

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



REPORTS  
OF JUDGMENTS AND DECISIONS

RECUEIL  
DES ARRÊTS ET DÉCISIONS

2005-XI

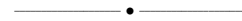
REGISTRY OF THE COURT    GREFFE DE LA COUR  
COUNCIL OF EUROPE    CONSEIL DE L'EUROPE  
STRASBOURG

CARL HEYMANNS VERLAG GMBH · KÖLN · MÜNCHEN

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

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

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



The Publisher/L'éditeur

Carl Heymanns Verlag GmbH  
Ein Unternehmen von Wolters Kluwer Deutschland  
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

2008 ISBN: 978-3-452-26894-5  
Printed in Germany

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

#### **Note on citation**

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

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

#### *Examples*

Judgment on the merits delivered by a Chamber

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

Judgment on the merits delivered by the Grand Chamber

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

Decision on admissibility delivered by a Chamber

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

Decision on admissibility delivered by the Grand Chamber

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

Judgment on preliminary objections delivered by a Chamber

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

Judgment on just satisfaction delivered by a Chamber

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

Judgment on revision delivered by a Chamber

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

Judgment on interpretation delivered by a Chamber

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

Judgment striking the case out delivered by a Chamber

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

Judgment on a friendly settlement delivered by a Chamber

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

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

### ***Note concernant la citation des arrêts et décisions***

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

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

#### *Exemples*

Arrêt rendu par une chambre sur le fond

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

Arrêt rendu par la Grande Chambre sur le fond

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

Décision rendue par une chambre sur la recevabilité

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

Décision rendue par la Grande Chambre sur la recevabilité

*Dupont c. France* (déc.) [GC], n° 45678/98, CEDH 1999-II

Arrêt rendu par une chambre sur des exceptions préliminaires

*Dupont c. France* (exceptions préliminaires), n° 45678/98, § 15, CEDH 1999-II

Arrêt rendu par une chambre sur la satisfaction équitable

*Dupont c. France* (satisfaction équitable), n° 45678/98, § 15, CEDH 1999-II

Arrêt de révision rendu par une chambre

*Dupont c. France* (révision), n° 45678/98, § 15, CEDH 1999-II

Arrêt d'interprétation rendu par une chambre

*Dupont c. France* (interprétation), n° 45678/98, § 15, CEDH 1999-II

Arrêt rendu par une chambre rayant l'affaire du rôle

*Dupont c. France* (radiation), n° 45678/98, § 15, CEDH 1999-II

Arrêt rendu par une chambre sur un règlement amiable

*Dupont c. France* (règlement amiable), n° 45678/98, § 15, CEDH 1999-II

## Contents/Table des matières

	<i>Page</i>
<i>Subject matter/Objet des affaires</i> .....	VII
<i>Gongadze v. Ukraine</i> , no. 34056/02, judgment of 8 November 2005	1
<i>Gongadze c. Ukraine</i> , n° 34056/02, arrêt du 8 novembre 2005 .....	37
<i>Bader and Kanbor v. Sweden</i> , no. 13284/04, judgment of 8 November 2005 .....	75
<i>Bader et Kanbor c. Suède</i> , n° 13284/04, arrêt du 8 novembre 2005 ...	95
<i>Leyla Şahin c. Turquie</i> [GC], n° 44774/98, arrêt du 10 novembre 2005 .....	115
<i>Leyla Şahin v. Turkey</i> [GC], no. 44774/98, judgment of 10 November 2005 .....	173
<i>Ivanciuc c. Roumanie</i> (déc.), n° 18624/03, 8 septembre 2005 .....	231
<i>Ivanciuc v. Romania</i> (dec.), no. 18624/03, 8 September 2005 .....	247
<i>Goudswaard-van der Lans v. the Netherlands</i> (dec.), no. 75255/01, 22 September 2005 .....	263
<i>Goudswaard-van der Lans c. Pays-Bas</i> (déc.), n° 75255/01, 22 septembre 2005 .....	281
<i>Papon c. France</i> (déc.), n° 344/04, 11 octobre 2005 (extraits) .....	299
<i>Papon v. France</i> (dec.), no. 344/04, 11 October 2005 (extracts) ...	311
<i>Perrin v. the United Kingdom</i> (dec.), no. 5446/03, 18 October 2005.	323
<i>Perrin c. Royaume-Uni</i> (déc.), n° 5446/03, 18 octobre 2005 .....	337
<i>Banfield v. the United Kingdom</i> (dec.), no. 6223/04, 18 October 2005 .....	353
<i>Banfield c. Royaume-Uni</i> (déc.), n° 6223/04, 18 octobre 2005 .....	369
<i>MPP Golub v. Ukraine</i> (dec.), no. 6778/05, 18 October 2005 .....	387
<i>MPP Golub c. Ukraine</i> (déc.), n° 6778/05, 18 octobre 2005 .....	403



## Subject matter/Objet des affaires

### Article 2

- Disappearance and death of political journalist  
*Gongadze v. Ukraine*, p. 1
- Disparition et décès d'un journaliste politique  
*Gongadze c. Ukraine*, p. 37
- Impending deportation of first applicant to Syria where he had been sentenced to death *in absentia*  
*Bader and Kanbor v. Sweden*, p. 75
- Expulsion imminente du premier requérant vers la Syrie, où il a été condamné à mort par contumace  
*Bader et Kanbor c. Suède*, p. 95

### Article 3

- Prolonged uncertainty as to fate of applicant's husband and prolonged refusal to grant applicant access to investigation case file  
*Gongadze v. Ukraine*, p. 1
- Incertitude prolongée quant au sort du mari de la requérante et refus prolongé de donner à celle-ci accès au dossier d'enquête  
*Gongadze c. Ukraine*, p. 37
- Impending deportation of first applicant to Syria where he had been sentenced to death *in absentia*  
*Bader and Kanbor v. Sweden*, p. 75
- Expulsion imminente du premier requérant vers la Syrie, où il a été condamné à mort par contumace  
*Bader et Kanbor c. Suède*, p. 95

### Article 6

#### Article 6 § 1

- Failure to appear at hearings and decision of tribunal not to refer objection of unconstitutionality to Constitutional Court  
*Ivanciuc v. Romania* (dec.), p. 247
- Défaut de comparution aux audiences et refus d'un tribunal de saisir la Cour constitutionnelle d'une exception d'inconstitutionnalité  
*Ivanciuc c. Roumanie* (déc.), p. 231
- Applicability of Article 6 to a dispute concerning the pension of a member of parliament  
*Papon v. France* (dec.), p. 311
- Applicabilité de l'article 6 à un litige concernant une pension de député  
*Papon c. France* (déc.), p. 299

### Article 9

Prohibition on a student wearing the Islamic headscarf at university

*Leyla Şahin v. Turkey* [GC], p. 173

Interdiction frappant une étudiante portant le foulard islamique à l'université

*Leyla Şahin c. Turquie* [GC], p. 115

### Article 10

Conviction of journalist for insult and defamation

*Ivanciuc v. Romania* (dec.), p. 247

Condamnation d'un journaliste pour insulte et diffamation

*Ivanciuc c. Roumanie* (déc.), p. 231

Conviction for publishing obscene material on a free preview page of a website

*Perrin v. the United Kingdom* (dec.), p. 323

Condamnation pour publication d'images obscènes sur la page de prévisualisation librement accessible d'un site Internet

*Perrin c. Royaume-Uni* (déc.), p. 337

### Article 35

#### Article 35 § 1

Cassation appeals to the Higher Commercial Court and the Supreme Court considered effective remedies in commercial-law cases

*MPP Golub v. Ukraine* (dec.), p. 387

Pourvois en cassation devant le tribunal supérieur de commerce et la Cour suprême tenus pour des recours effectifs dans des affaires de droit commercial

*MPP Golub c. Ukraine* (déc.), p. 403

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

Changes in social security legislation following social developments and resulting in the reduction of benefits payable to existing beneficiaries

*Goudswaard-van der Lans v. the Netherlands* (dec.), p. 263

Modifications apportées à la législation en matière de sécurité sociale à la suite de développements sociaux et ayant abouti à la réduction des prestations de certains bénéficiaires existants

*Goudswaard-van der Lans c. Pays-Bas* (déc.), p. 281

Forfeiture of police officer's pension for serious offences

*Banfield v. the United Kingdom* (dec.), p. 353

Déchéance des droits à pension d'un agent de police condamné pour de graves délits

*Banfield c. Royaume-Uni* (déc.), p. 369

### Article 2 of Protocol No. 1/Article 2 du Protocole n° 1

Prohibition on a student wearing the Islamic headscarf at university

*Leyla Şahin v. Turkey* [GC], p. 173

Interdiction frappant une étudiante portant le foulard islamique à l'université

*Leyla Şahin c. Turquie* [GC], p. 115



GONGADZE v. UKRAINE  
*(Application no. 34056/02)*

SECOND SECTION

JUDGMENT OF 8 NOVEMBER 2005<sup>1</sup>

---

1. English original.



SUMMARY<sup>1</sup>**Disappearance and death of political journalist****Article 2**

*Life – Positive obligations – Obligation of State to protect individual whose life is at risk – Real and immediate risk to life – Negligent treatment of request for protection measures and complaints about illegal surveillance – Disappearance and death of political journalist – Authorities’ failure to protect life – Lack of effective investigation*

**Article 3**

*Degrading treatment – Failure to perform prompt identification of corpse presumed to be applicant’s husband – Prolonged uncertainty as to fate of applicant’s husband – Prolonged refusal to grant applicant access to investigation case file*

\*  
\* \*

The applicant is the wife of a deceased political journalist, who was editor-in-chief of an online newspaper. He was actively involved in raising awareness about the lack of freedom of speech in Ukraine and reported on corruption among high-level State officials. He disappeared in September 2000. For months prior to his disappearance Mr Gongadze had unsuccessfully complained about receiving threats and being under surveillance. In an open letter he had asked the Prosecutor General to protect him and to find and punish those involved. In November 2000 the decapitated body of an unknown person was discovered in the Kyiv region. A few days later relatives of Mr Gongadze recognised the body as his. However, all documents relating to the first forensic examination were confiscated and the authorities announced that, contrary to the initial findings, the body that had been discovered had already been buried for two years. The applicant unsuccessfully requested to be recognised as a civil party and to participate in the identification of the body. The Chairman of the Ukrainian Socialist Party announced the existence of audio tapes implicating the then President Leonid Kuchma and other high-level State officials in the disappearance of Mr Gongadze. In January 2001 a newspaper made public the names of four police officers who had allegedly been involved in his surveillance. In February 2001 the General Prosecutor’s Office (“the GPO”) confirmed to the applicant that the body found was that of her husband. In May 2001 the authorities announced that the applicant’s husband had presumably been murdered by two drug users. The applicant lodged a complaint for negligence in the investigation, but it was not registered and later could not be found. In November 2002 a prosecutor involved in the case was arrested and charged with negligence in the investigation. In

---

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

December 2004 the newly elected President Viktor Yushchenko promised to reopen the investigation into the Gongadze case. It was established that from July 2000 until his disappearance Mr Gongadze had been the subject of illegal surveillance operations by certain officers of the Ministry of the Interior. It was also established that, in 2003, all the materials relating to this illegal surveillance had been destroyed. In March 2005 three police officers were arrested and charged with premeditated murder. It was also decided to charge their superior, but he could not be found. In August 2005 the applicant was allowed access to the case file. In September 2005 the parliament of Ukraine heard the report of the chairman of its *ad hoc* investigating committee on the murder of Mr Gongadze, which concluded that his kidnapping and murder had been organised by former President Kuchma and the then Minister of the Interior and that the current speaker of parliament and a member of parliament had been involved in the crimes. The report finally noted that the GPO had failed to take any action or to react to the conclusions of the *ad hoc* committee.

*Held*

(1) Article 2: (a) *Failure to protect the right to life*: The question to be determined was whether the authorities had failed to comply with their positive obligation to protect Mr Gongadze from a known risk to his life. The authorities, primarily the prosecutors, ought to have been aware of the vulnerable position of a journalist who was covering politically sensitive topics; at that time, eighteen journalists had been killed in Ukraine since 1991. Moreover, the GPO was entitled and obliged to supervise the activities of the police and investigate their lawfulness. However, despite clear indications in the open letter from Mr Gongadze about the inexplicable interest in him shown by law enforcement officers, the response of the GPO had been not only formalistic, but also blatantly negligent. A fortnight later he had disappeared. The complaints from the late Mr Gongadze and subsequent elements, revealing the possible involvement of State officials in his disappearance and death, had been neglected or simply denied without proper investigation for a considerable period of time. There had been no reaction to the alleged involvement of the police in his disappearance, even when information about such a possibility had been disseminated publicly. The fact that the alleged offenders, two of them active police officers, had been identified and charged with kidnapping and murder just a few days after the change in the country's leadership, raised serious doubts as to the genuine wish of the authorities under the previous government to investigate the case thoroughly.

*Conclusion*: violation (unanimously).

(b) *Failure to investigate the case*: During the investigation, until December 2004, the State authorities were more preoccupied with proving the lack of involvement of high-level State officials in the case than discovering the truth about the circumstances of the disappearance and death of the applicant's husband.

*Conclusion*: violation (unanimously).

(2) Article 3: The applicant's husband had disappeared in September 2000 but only in March 2003 had she received convincing information that the decapitated body found was that of her husband. In the meantime, she had received numerous contradictory statements from the authorities about his fate. That uncertain situation had continued and the State authorities had denied her access to the

case file until August 2005. The attitude of the investigating authorities towards the applicant and her family had clearly caused her serious suffering which amounted to degrading treatment.

*Conclusion:* violation (unanimously).

(3) Article 13: No effective criminal investigation had been conducted for more than four years. Furthermore, the applicant had been prevented from claiming compensation, since in practice a civil claim for compensation would not be examined prior to a final determination of the facts in pending criminal proceedings.

*Conclusion:* violation (unanimously).

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

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

*Kaya v. Turkey*, judgment of 19 February 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-I

*Güleç v. Turkey*, judgment of 27 July 1998, *Reports* 1998-IV

*Yaşa v. Turkey*, judgment of 2 September 1998, *Reports* 1998-VI

*Oğur v. Turkey* [GC], no. 21594/93, ECHR 1999-III

*Çakıcı v. Turkey* [GC], no. 23657/94, ECHR 1999-IV

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

*Aydın v. Turkey* (dec.), nos. 28293/95, 29494/95 and 30219/96, ECHR 2000-III

*İlhan v. Turkey* [GC], no. 22277/93, ECHR 2000-VII

*McKerr v. the United Kingdom*, no. 28883/95, ECHR 2001-III

*Avşar v. Turkey*, no. 25657/94, ECHR 2001-VII

*Orhan v. Turkey*, no. 25656/94, 18 June 2002



**In the case of Gongadze v. Ukraine,**

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

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

Mr A.B. BAKA,

Mr I. CABRAL BARRETO,

Mr K. JUNGWIERT,

Mr V. BUTKEVYCH,

Mrs A. MULARONI,

Mrs D. JOČIENĖ, *judges*,

and Mrs S. DOLLÉ, *Section Registrar*,

Having deliberated in private on 22 March and 11 October 2005,

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

**PROCEDURE**

1. The case originated in an application (no. 34056/02) against Ukraine lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by a Ukrainian national, Mrs Myroslava Gongadze (“the applicant”), on 16 September 2002.

2. The applicant was represented by Ms S. Preuss-Laussinotte, a lawyer practising in Paris. The Ukrainian Government (“the Government”) were represented by their Agents, Mrs V. Lutkovska and Mrs Z. Bortnovska.

3. The applicant alleged that the State authorities had failed to protect the life of her husband and investigate his disappearance and death, which caused her serious anguish and distress.

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 22 March 2005, the Chamber declared the application admissible.

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

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

7. The applicant was born in 1972 and lives in Arlington, United States of America.

### **A. The facts of the case, as submitted by the parties**

8. Georgiy Gongadze, the applicant's husband, was a journalist. He disappeared on 16 September 2000 in circumstances that have not yet been fully established by the Ukrainian authorities despite the numerous demands and requests of the applicant. Recently, however, several police officers were charged with the kidnap and murder of Mr Gongadze.

#### *1. Events prior to the disappearance of the applicant's husband*

9. Mr Gongadze was a political journalist and the editor-in-chief of *Ukrayinska Pravda*, an online newspaper. He was known for his criticism of those in power and for his active involvement in awareness-raising in Ukraine and abroad as regards the problems of freedom of speech in his country. He reported on such topics as the allegedly undemocratic initiatives of the Ukrainian authorities and corruption amongst high-level State officials.

10. For months before his disappearance Mr Gongadze had been telling his relatives and colleagues that he was receiving threats and was under surveillance.

11. On 14 July 2000 Mr Gongadze wrote an open letter to the Prosecutor General making the following complaints:

(i) His relatives and friends in the city of Lviv, and his colleagues in Kyiv, had been interviewed by law enforcement officers about him. The pretext for holding these interviews had been an inquiry into a criminal incident in Odessa in which Mr Gongadze had allegedly been involved. (The applicant maintained that Mr Gongadze had known nothing about the incident or the people involved in it. He himself had never been interviewed about it.)

(ii) For some time, unknown persons in a car with the number plate 07309 KB had been following Mr Gongadze from his home to his office and back.

In his open letter, Mr Gongadze requested the Prosecutor General to take measures to protect him from what he described as "moral terror", and to find and punish those involved.

12. In response, the Prosecutor General sent the letter to the regional prosecutor's office in Lviv, where Mr Gongadze was officially registered as a resident (*propiska*). The Lviv prosecutor replied that the places and streets (of Kyiv) mentioned in Mr Gongadze's letter were unknown in Lviv.

13. Later, the then Minister of the Interior told representatives of the non-governmental organisation "Reporters sans frontières" (as recounted in the latter's report of 22 January 2001) that the car registration plate had been stolen from a police vehicle in February 2000.



14. On 1 September 2000 the General Prosecutor's Office ("the GPO") informed Mr Gongadze that there were no grounds for the adoption of any decision under Article 52-1 of the Code of Criminal Procedure (protective measures during criminal proceedings) regarding his letter.

15. Mr Gongadze disappeared on 16 September 2000.

2. *The investigation into the disappearance and murder of the applicant's husband*

16. On 17 September 2000 the applicant reported her husband's disappearance to the Moskovskiy District Police Department in Kyiv.

17. On 18 September 2000 (19 September, according to the Government) the Pechersky district prosecutor's office initiated an inquiry into a case of premeditated murder (the "Gongadze case"). The inquiry included a search of the places where Mr Gongadze had last been seen and interviews with people who had been there at the time. The applicant maintained that the investigating prosecutor in charge of the case, Mr H., had seemed to be conducting a serious investigation. However, he was replaced at the beginning of November by another prosecutor, Mr V.

18. On 2 November 2000 the decapitated body of an unknown person was discovered in the vicinity of the town of Tarashcha, in the Kyiv Region.

19. On 3 November 2000 the Kyiv regional prosecutor's office initiated an inquiry into the murder of an unidentified person (the "Tarashcha case").

20. The first autopsy of the corpse was performed by a local expert and the findings were presented on 8 November 2000. According to these findings, the time of death of the unknown person roughly corresponded to the time of the disappearance of Mr Gongadze.

21. On 10 November 2000 relatives learned from a brief article in the newspapers about the discovery of an unidentified body in the vicinity of Kyiv. On 15 November 2000, on examining the body, they identified jewellery belonging to Mr Gongadze and the marks of an old injury to the body that corresponded to that of the missing journalist. The contents of the stomach corresponded to the food which Mr Gongadze had eaten on the day of his disappearance. The relatives took a fragment of skin from the body to be examined by independent experts.

22. From that date onwards, the prosecutor allegedly began actively to impede the investigation. On 15 November 2000 the body was removed from the morgue in Tarashcha. Three days later the Kyiv regional prosecutor's office admitted that the body had been transferred to Kyiv. All documents relating to the first forensic examination conducted in Tarashcha were confiscated. The local expert was prohibited from talking about the autopsy of the body and later became the subject of

criminal proceedings. On 16 November 2000 the Deputy Minister of the Interior announced that, contrary to the preliminary findings, the body which had been discovered had been buried in the ground for about two years.

23. On 21 November 2000 the applicant requested the investigator at the Pechersky district prosecutor's office

(i) to recognise her as a civil party to the proceedings in the Tarashcha case;

(ii) to identify the body and the jewellery found with it; and

(iii) to organise a forensic medical examination in order to establish whether the body found in Tarashcha was that of her husband.

24. On 23 November 2000 the investigator rejected this request.

25. That day the applicant also requested the prosecutor of the Kyiv Region not to cremate the body found in Tarashcha and to let her bury it if the body were to be identified as that of her husband.

26. On 29 November 2000 the Pechersky district prosecutor's office recognised the applicant as a civil party in the Gongadze case.

27. On 4 December 2000 the head of the investigation department of the Kyiv regional prosecutor's office informed the applicant that a criminal investigation into the murder of the unidentified person had been initiated and that a forensic medical examination had been organised. However, there were no grounds to recognise the applicant as a civil party in the Tarashcha case. They promised to keep the applicant informed as to her possible participation in the identification of the objects found with the body. Accordingly, the applicant was not allowed to participate in the identification of the body at that stage.

28. On 6 December 2000 the applicant asked the GPO to be allowed to participate in the identification of the body and requested that the two sets of proceedings be joined.

29. On 8 December 2000 the Prosecutor General announced that DNA analysis could not be done for the time being because Mrs Lesya Gongadze, the deceased's mother, was ill. This statement was denied by the latter herself. The Prosecutor General then declared that he had been misunderstood.

30. On 10 December 2000, more than a month after the body had been discovered, the applicant was allowed to participate in its identification. Being under stress, she was unable to make a positive identification of the body as being that of her husband.

31. On 11 December 2000 a blood sample was taken from the deceased's mother for DNA analysis.

32. On 14 December 2000 the applicant requested the Prosecutor General to involve foreign experts in the investigation of the case under the European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters of 20 April 1959.

33. On 15 December 2000 the Prosecutor General announced that the body found in Tarashcha was not that of Mr Gongadze.

34. On 18 December 2000 the GPO refused the applicant's request to involve foreign experts in the DNA analysis and informed her that the Ukrainian institutions were empowered to conduct all necessary examinations.

35. Later, several DNA analyses were conducted in the case, including by foreign experts. The forensic medical examinations conducted by the Russian and United States specialists confirmed that it was highly probable that the body found in Tarashcha was that of Mr Gongadze. However, within the framework of an investigation conducted by an *ad hoc* parliamentary committee, an examination conducted by German specialists did not confirm this finding.

36. The applicant maintained that she had never been informed directly by the investigating authorities about the results of these examinations, but had learned about them from the media.

37. On 10 January 2001 the Prosecutor General informed Parliament of the provisional findings of the forensic medical examination conducted by the Russian experts, which showed that the body found in Tarashcha was that of Mr Gongadze (99.64% probability). Nevertheless, the identity of the body could not be confirmed as there were witnesses who claimed to have seen Mr Gongadze alive in Lviv after his disappearance, in November and December 2000. This information had been checked but was also not confirmed.

38. On 12 January 2001 the applicant and the deceased's mother requested the GPO to recognise them as civil parties in the Tarashcha case and to conduct another examination of the body. The same day the applicant was informed by the Prosecutor General that her status as a civil party, which had been granted by the Pechersky district prosecutor's office on 29 November 2000, was annulled. The applicant lodged a complaint with the Pechersky District Court of Kyiv.

39. On 13 January 2001 the GPO rejected the applicant's request to be recognised as a civil party, stating that it had not been established beyond all doubt that Mr Gongadze was dead or that the body found in Tarashcha was his.

40. On 15 January 2001 the Pechersky District Court recognised the right of the applicant and the deceased's mother to be civil parties and ordered the GPO to grant them this status. However, despite the order, the GPO again refused this status on 17 January 2001. Exceptionally, the GPO agreed to give them the Tarashcha body for burial, whilst emphasising that the GPO was not competent to issue a death certificate.

41. Also on 15 January 2001 the editor-in-chief of the *Grani* newspaper made public the names of four policemen who had allegedly participated in the surveillance of Mr Gongadze.

42. The applicant and the deceased's mother challenged the refusal to grant them aggrieved-party status in the Pechersky District Court. On 9 February 2001 that court found that the GPO's decision was illegal. The GPO appealed.

43. On 24 January 2001 the investigators severed a defamation case involving a Mr Melnychenko from the Gongadze case (see *Melnychenko v. Ukraine*, no. 17707/02, § 15, ECHR 2004-X).

44. Despite its appeal, on 26 January 2001 the GPO recognised the status of the applicant and the deceased's mother as civil parties in the light of further forensic evidence. (The applicant maintained that this was done under the influence of Resolution 1239 (2001) of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe, adopted on 25 January 2001, which called on the authorities to conduct "an expeditious, full and transparent investigation into the disappearance or death of Mr Gongadze, and to make known the results of the investigation as quickly as possible; ... to respect the rights of the victim's relatives, including their right to be the aggrieved side in the case of Mr Gongadze's death".)

45. On 27 February 2001 the GPO informed the applicant that additional evidence had confirmed that the body found in Tarashcha was that of Mr Gongadze. An investigation into the murder of Mr Gongadze was initiated, and the applicant and the deceased's mother were granted the status of aggrieved parties.

46. On 16 March 2001 the applicant requested the Prosecutor General to give her access to the case-file material concerning the forensic medical examination of the body. On 19 March 2001 the investigating officer refused, stating that it was part of the preliminary investigation and the applicant could only have such access when the preliminary investigation was over. The applicant's lawyer unsuccessfully challenged this refusal in the Pechersky District Court of Kyiv.

47. On 30 March 2001 the applicant lodged a complaint with the Pechersky District Court of Kyiv alleging negligence by the investigators.

48. On 26 April 2001 the investigator carried out an inspection of the Tarashcha body in the presence of the deceased's mother and her lawyer, and the applicant's lawyer. An additional forensic examination and a genetic identification test were carried out by United States specialists. The joint examination by the United States and Ukrainian experts confirmed that the Tarashcha body was that of Mr Gongadze.

49. On 8 May 2001 the applicant requested full access to the case file, which was refused on 17 May 2001 pending the pre-trial investigation.

50. On 15 May 2001 the Minister of the Interior announced that the two presumed murderers of Mr Gongadze, identified as drug users, had died and that the case was therefore solved. The Minister further stated that the murder had been spontaneous, with no political motive. On

17 May 2001 the GPO contradicted this announcement and recommended that the Minister refrain from disclosing any information about the criminal investigation.

51. On 18 May 2001 the applicant requested the GPO to confirm the Minister's statement and to inform her as to when she would be allowed access to the case file. The same day the GPO informed the applicant that important additional information had been obtained and needed further examination, and that it would therefore be premature to say that the preliminary investigation was over.

52. On 22 May 2001 the applicant requested the GPO to involve experts from the United States Federal Bureau of Investigation (FBI) in the investigation. Her request was refused on 25 May 2001.

53. By a letter of 30 May 2001, the GPO authorised the Kyiv Office for Forensic and Medical Examinations to deliver the remains of Mr Gongadze to his relatives for burial. A copy of this letter was handed to the representative of the deceased's mother and sent by mail to the applicant's representative. On 6 July 2001 the forensic office informed the deceased's mother that she could take the body away for burial. However, according to the Government, the body was still in the Kyiv Office for Forensic and Medical Examinations, although the burial decision remained exclusively with the deceased's mother and the applicant.

54. On 6 September 2001 the applicant's representative requested access to the results of all the forensic examinations in the case file. She also asked when the preliminary investigation would be finished. On 7 September 2001 the GPO replied that it was not yet possible to say.

55. In a further reply of 10 September 2001, the GPO stated that the representative of an aggrieved party had a right of access to the results of forensic examinations, but only after the pre-trial investigation had been completed. According to the Government, the GPO noted that the representative had had access to the results of the forensic examinations and genetic tests within the limits permitted by the confidentiality of the investigation.

56. On 10 October 2001 the Kyiv City Justice Department informed the applicant that her negligence claim against the investigators, lodged on 30 March 2001 with the Pechersky District Court of Kyiv, had not been registered and could not be found. The Department of Justice advised the applicant to lodge the complaint again with that court.

57. On 30 October 2001 the applicant requested the GPO to provide her with information about the forensic medical examination conducted by the FBI and the reasons for the contradictory findings of the forensic medical examinations conducted by the Russian and German experts. She requested that an additional forensic medical examination be held to answer these questions.

58. On the same date the applicant was informed by the GPO that the case file could not be disclosed before the end of the preliminary investigation and that the preliminary investigation would be finalised when the person guilty of the crime had been found.

59. On 31 October 2001 the GPO stated that the forensic medical examinations had established that the body found in Tarashcha was that of Mr Gongadze. It further informed the applicant that the results of the forensic medical examination conducted by the German experts could not be included in the case file, as the tissue samples for that examination had been taken by an unauthorised person in breach of established procedures.

60. On 13 November 2001 the Kyiv City Justice Department again informed the applicant that her negligence claim against the investigators, lodged with the Pechersky District Court of Kyiv, had not been registered and could not be found. The Department of Justice advised the applicant to lodge the complaint again with the Pechersky District Court.

61. On 3 December 2001 the applicant lodged a complaint with the Pechersky District Court of Kyiv about the GPO's refusal to allow her access to the case-file material concerning the forensic medical examination of the body.

62. On 11 February 2002 the Pechersky District Court held that the applicant's complaint against the GPO could not be considered prior to the transfer of the case to the court. It decided to attach the complaint to the case file for consideration at a later date. The court stated that the Code of Criminal Procedure did not provide for a separate appeal against the investigators on the ground of their refusal of access to the case-file material relating to the forensic medical examination.

63. On 20 February 2002 the State Civil Registration Office in Lviv refused to issue a death certificate for Mr Gongadze in the absence of any document confirming his death.

64. On 28 March 2002 the applicant requested Mr Robert Ménard, the Secretary-General of "Reporters sans frontières", to be her representative in the case.

65. On 22 May 2002, while the power of attorney for this purpose was being prepared, Mr Ménard requested the GPO, on behalf of the deceased's mother who was also a civil party to the case, to interview the four police officers named in the press as having followed Mr Gongadze. He further requested access to the case-file material concerning the forensic medical examinations, and asked for another examination by foreign experts. His request was not answered.

66. Another request by Mr Ménard on 10 June 2002 was refused by the GPO on 18 June 2002 on the ground that he could not be recognised as the representative of the civil party. On 19 June 2002 Mr Ménard asked the GPO to annul that decision.

67. On 6 July 2002 a new Prosecutor General was elected, who confirmed on 3 September 2002 that there had been numerous irregularities in the previous investigation.

68. On 10 September 2002 the Prosecutor General announced an investigation into the alleged falsification of procedural documents by the prosecutor and investigator from the town of Tarashcha.

69. On 16 September 2002 “Reporters sans frontières” requested access to all the forensic results in the case file and their examination by an independent expert. They also requested information about the identity of the four persons who had followed Mr Gongadze before his disappearance.

70. In October 2002 a new forensic examination took place in Switzerland. On 11 March 2003 “Reporters sans frontières” announced that the last DNA test had unequivocally identified the body as that of Mr Gongadze.

71. In November 2002 the prosecutor from the Tarashcha district prosecutor’s office was arrested and charged with negligence in the investigation of the case. On 6 March 2003 the prosecutor was sentenced to two and a half years’ imprisonment but absolved from serving the sentence by the Shevchenkivsky Local Court of Kyiv under an amnesty law.

72. On 15 January 2003 the chairman of the parliamentary *ad hoc* committee on the Gongadze case announced that the persons responsible for the death of Mr Gongadze were members of the police.

73. On 17 February 2003 Parliament requested the GPO to investigate the possible role of Mr Kravchenko, who had been Minister of the Interior at the time of the disappearance of Mr Gongadze, in the death of the journalist. This request was supported by 120 members of parliament.

74. On 24 February 2003 the Prosecutor General, Mr Piskun, declared that they were checking the information about the involvement of senior officials of the Ministry of the Interior in the death of Mr Gongadze.

75. On 28 February 2003 the Prosecutor General openly criticised his predecessor, Mr Potebenko, for impeding the investigation into the murder of Mr Gongadze.

76. In May 2003 a former police officer, Mr G., was arrested and charged with setting up a criminal group with the participation of the police. He died in prison on 1 August 2003 in unclear circumstances. His lawyers maintained that he had been beaten and tortured. The body of Mr G. was cremated on 3 August without an autopsy.

77. On 5 August 2003 the letters of the late Mr G. appeared in the media. In these letters he accused the police and senior officials of kidnapping and killing Mr Gongadze. These letters, and the documents attached to them, were sent to the GPO.

78. On 9 September 2003 the GPO confirmed that the handwriting of the letters was that of the late Mr G.

79. On 22 October 2003 Lieutenant-General Pukach, an official of the Ministry of the Interior, was arrested on suspicion of involvement in the disappearance of Mr Gongadze. He was accused of ordering the destruction of important documents in the case.

80. On 29 October 2003 the Prosecutor General, Mr Piskun, was dismissed by the President.

81. On 6 November 2003 the Kyiv City Court released Mr Pukach on his undertaking not to abscond.

82. On 15 August 2005 the applicant was allowed to have access to the criminal case file.

### 3. *The political context*

83. The applicant noted that, since 1991, eighteen journalists had been killed in Ukraine.

84. The applicant maintained that the political situation which had developed after the disappearance of her husband illustrated the attitude of the Ukrainian authorities towards freedom of the press.

85. Soon after the disappearance of Mr Gongadze, the President of Ukraine had promised to employ every means to find him. After a motion voted by Parliament, the President had assigned three law enforcement agencies – the GPO, the police and the security services – to work on the case.

86. On 18 September 2000 an anonymous person called the embassy of Georgia in Kyiv with the information that the responsibility for the disappearance of the journalist lay with Mr K., the notorious leader of a criminal group, and with the Minister of the Interior and an MP, Mr Volkov. The Ambassador of Georgia, who made the contents of the call public, was recalled to Georgia several weeks later. The Ukrainian authorities denied any link between the two events.

87. At the end of September 2000 Parliament created an *ad hoc* committee to investigate the disappearance of Mr Gongadze. The Prosecutor General refused to collaborate with the committee as its request to interview experts and officers was considered unconstitutional.

88. On 28 November 2000 the Chairman of the Socialist Party, Mr Moroz, publicly announced the existence of audio tapes, secretly made in the office of the President, implicating President Kuchma and other high-level State officials in the disappearance of Mr Gongadze. In one of the recorded conversations, allegedly between the President and the Minister of the Interior, the President had asked for Mr Gongadze to be threatened. The Minister had then proposed certain people whom he called “real eagles”, capable of anything, to do the job.

89. The applicant maintained that, due to doubts as to the quality of the tapes, it was not possible to establish their authenticity,



although a United States laboratory (BEK TEK) confirmed that they were genuine. She referred to the report of 22 January 2001 by “Reporters sans frontières” that testified to the existence of special forces in the police, and groups of retired police officers recruited by the mafia who would commit acts of violence against political figures or journalists.

90. After the disappearance of Mr Gongadze, many news media experienced pressure and censorship over their coverage of the case.

91. On 15 September 2001 several thousand opposition supporters demonstrated in memory of Mr Gongadze.

#### *4. The international context*

92. The case of the disappearance of Mr Gongadze attracted the attention of many international organisations. It was analysed in the context of the lack of freedom of the media in Ukraine, which had been criticised for several years at international level.

93. On 25 January 2001 the Parliamentary Assembly of the Council of Europe (PACE) adopted Resolution 1239 (2001) expressing its concern about “the intimidation, repeated aggression and murders of journalists in Ukraine and the frequent abuse of power by the competent Ukrainian authorities in respect of freedom of expression”. It further stated that the investigation into the disappearance of Mr Gongadze “should be considered as a test for freedom of expression and the functioning of parliamentary democracy in Ukraine”.

94. A plea for a speedy and transparent investigation into all cases of violence against and the death of journalists, particularly in the Gongadze case, was repeated in PACE Recommendation 1497 (2001) of 25 January 2001, Resolution 1244 (2001) and Recommendation 1513 (2001) of 26 April 2001, and Resolution 1262 (2001) of 27 September 2001.

95. Similar pleas were made by the European Union in a statement on 5 February 2001, and by the Parliamentary Assembly of the Organisation for Security and Co-operation in Europe (OSCE) in its resolution of July 2001. The OSCE Assembly also awarded the 2001 OSCE Prize for Journalism and Democracy to Mr Gongadze posthumously.

96. The case of the disappearance of Mr Gongadze was reported in the documents of certain United Nations bodies: the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances and the Human Rights Committee.

97. “Reporters sans frontières” conducted its own investigation into the disappearance of Mr Gongadze, the results of which were published in the special report of 22 January 2001 mentioned above. It concluded that the investigating authorities had been mainly preoccupied with proving the innocence of high-level State officials.

98. On 2 July 2003 the report of Mr H.C. Krüger, Deputy Secretary General of the Council of Europe, was presented to PACE. The documents attached to the report confirmed that, prior to the appointment of a new Prosecutor General on 6 July 2002, the investigation had been ineffective, although later developments had raised hopes of more efficacy. According to the applicant, the further developments in the investigation demonstrated that the hopes expressed had been premature.

99. On 16 September 2003 the European Union made a declaration in which concern was expressed at the lack of progress in the investigation.

100. The issue of the effectiveness of the investigation in the case was similarly raised by the United States Congress and by NATO.

101. On 13 September 2005 several international non-governmental organisations published a report about the progress of the investigation in the Gongadze case. They maintained that the GPO, supported by the President, had tried to limit the investigation and had not made enough efforts to find and prosecute the instigators of the kidnap and murder of Mr Gongadze. They further criticised the Ukrainian authorities for serious setbacks in the investigation, in particular:

“– the disappearance of Lieutenant-General Pukach; the leaking of information that disrupted the work of Ukrainian and Israeli agencies who were preparing to detain him; the lack of any public scrutiny of that potentially criminal action; and the absence of any investigation into the process by which Lieutenant-General Pukach was previously released and the Pukach case closed in December 2003;

– the death of former Minister of the Interior Mr Kravchenko, who could have provided important information about the link between the conversations recorded by Melnychenko and the murder; and the lack of any public scrutiny of the possible negligence of the GPO in its handling of the Kravchenko case and in protecting him as a witness;

– the failure to interview numerous witnesses in the Ministry of the Interior with a knowledge of the system of surveillance operated there; and the failure to investigate thoroughly the links between the ‘werewolves’ and Honcharov cases with the Gongadze case;

– the failure to resolve the problems surrounding the Melnychenko tapes, with a view to using them as primary evidence in court, caused mainly by the mistakes and sluggishness of the GPO;

...”

## **B. Supplementary facts as submitted by the Government**

### *1. The investigation into the disappearance and murder of the applicant’s husband*

102. On 19 September 2000 the Pechersky district prosecutor’s office of Kyiv instituted a criminal investigation, pursuant to Article 94 of the

Criminal Code of Ukraine, into a case of premeditated murder. In order to determine the circumstances of the disappearance, an investigation group was formed. The group included officers of the Department of Criminal Investigations and the GPO. The following three lines of inquiry were pursued:

(i) Did the disappearance involve family problems?

(ii) Was Mr Gongadze the victim of a criminal offence unrelated to his profession?

(iii) Was the disappearance connected to his critical publications in the *Ukrayinska Pravda* online newspaper?

103. From 19 September 2000 until 10 October 2000, a number of investigative measures were taken to identify witnesses, check Mr Gongadze's contacts, search localities, etc.

104. On 2 November 2000 the unidentified corpse of a man was found in a forest in the Tarashcha district. The law enforcement authorities were informed about this and immediately went to the site. On 3 November 2000 the investigation group examined the site and prepared the necessary procedural documents. The corpse was transferred to the morgue of the Tarashcha district for a forensic examination. The investigating officer of the Tarashcha district prosecutor's office instituted a criminal investigation into the premeditated murder of an unidentified person, pursuant to Article 94 of the Criminal Code. The forensic expert found jewellery on the corpse that day and near the corpse in the soil nearby the following day.

105. The Pechersky district prosecutor's office enquired whether the corpse could be that of Mr Gongadze. For this purpose the applicant was summoned before the prosecutor and requested to describe the jewellery which Mr Gongadze could have been wearing when he disappeared.

106. On 15 November 2000 a group of journalists – close friends of Mr Gongadze – went to Tarashcha, having learned about the unidentified body from a newspaper article. They met with the forensic expert, who informed them about the jewellery and showed them the corpse. Upon the journalists' request, he took an X-ray of one of the arms of the corpse. The X-ray showed pieces of metal in the arm that could have corresponded to an old wound of Mr Gongadze's. On this ground the journalists concluded that the corpse was that of Mr Gongadze. The same day the Tarashcha prosecutor ordered and effected the transfer of the corpse to the Kyiv city morgue for further forensic examination.

107. On 7 December 2000 the GPO joined the investigations in the Gongadze and Tarashcha cases, and a case of defamation against senior State officials (the Melnychenko case), in order to ensure their comprehensive and speedy examination.

108. On 13 December 2000 the applicant was questioned as an aggrieved party. She agreed to provide samples of her own blood and of that of her children for forensic examination. The applicant insisted on participating in the identification of the Tarashcha body, and said that she was certain that she could recognise her husband's jewellery.

109. On 14 December 2000 the applicant refused to give blood samples because of a family conflict. That day the applicant requested the GPO to conduct the forensic examinations in a western country. This request was rejected on 18 December 2000.

110. On 15 December 2000 the investigator reported to the Deputy Prosecutor General that the deceased's mother had refused to participate in the identification of the Tarashcha body, scheduled for 18 December 2000, as she did not feel well and wished to postpone her participation until the completion of the genetic identification tests.

111. On 18 December 2000 the applicant was summoned to the GPO to participate in the identification of the Tarashcha body and the jewellery. She stated that there was a high probability that the corpse was that of her husband. She recognised the jewellery with absolute certainty. The same day the applicant requested to see the documents relating to the examination of the scene of the events and the body. Her request was allowed and a note made to that effect.

112. On 20 December 2000 the GPO received a letter from the deceased's mother, stating that she was under stress and could not come to Kyiv for the identification. She also stated that she would only participate in the identification once an independent forensic examination of the corpse had been conducted.

113. On 12 January 2001 the applicant and the deceased's mother requested the GPO to conduct an additional forensic examination with the assistance of United States experts. They also requested that efforts be made to find the head of the Tarashcha body. The request for the forensic examination was allowed and, with the assistance of the FBI and the United States Department of Defence, an additional forensic examination and a genetic identification test were conducted on 22 February 2001. The head could not be found, however.

114. On 27 February 2001 the GPO sent a request for legal assistance to the competent German authorities asking for the official results of a genetic identification test done in that State following a request from Mr Holovaty, a Ukrainian MP. According to Mr Holovaty, the German experts had concluded that the Tarashcha body was not that of Mr Gongadze. However, according to the Government, this test had no legal value, as neither the test nor the procedure for taking tissue samples had complied with Ukrainian legislation.

115. On 6 September 2001 the applicant's representative applied to the GPO, stating that, according to the media, journalists had visited Tarashcha on 15 October 2000. The journalists had examined the body in the Tarashcha morgue and taken photographs of it. She asked the GPO to interview those journalists and to join the photographs to the criminal case file. On 7 September 2001 the applicant's representative was informed that the journalists had been identified and interviewed as witnesses in the course of the investigation. They had been requested to submit their photographs for inclusion in the case file.

116. On 30 October 2001 the applicant's representative requested the GPO to fix a time-limit for the completion of the pre-trial investigation into the murder of Mr Gongadze. The GPO replied that it could not do so until the murderer had been identified.

117. On the same day the applicant's representative requested an additional forensic examination in order to determine, *inter alia*:

(i) whether the X-ray of the corpse's hand done in Tarashcha and given to the journalists corresponded to the X-rays taken when Mr Gongadze was alive, and to those taken by the FBI on 27 April 2001;

(ii) whether the FBI analyses proved the presence of traces from bullets that corresponded to the wounds known to have been suffered earlier by the late journalist; and

(iii) whether the hair identification and DNA analysis confirmed the corpse's identity.

118. On 31 October 2001 the GPO refused to authorise an additional examination, as the Tarashcha body was undoubtedly that of Mr Gongadze and during their examinations the Ukrainian and United States experts had already answered the applicant's questions.

119. On 11 June 2002 the applicant's representative requested access to the decision ordering a new forensic examination, allegedly to be carried out by German experts. She further requested to be allowed to put questions to these experts. She referred in her application to the alleged statements of investigators, disseminated by the media, about this new examination.

120. On 21 June 2002 the GPO rejected the application. The applicant's representative was informed that she could study the case file after the pre-trial investigation was completed and that no statement about a new examination by German experts had been made by the Deputy Prosecutor General to the media.

121. On 17 July 2002 the newly appointed Prosecutor General ordered the creation of a new investigation group in the Gongadze case.

122. On 26 and 30 July 2002 the new group conducted two additional examinations of the site where the body was found, together with forensic experts. They took soil samples, carried out a thorough search and took a number of objects for analysis.

123. On 9 August 2002 an additional examination of the Tarashcha body was conducted and samples for further forensic tests were taken. The additional forensic examinations were to establish more accurately the approximate time of Mr Gongadze's death.

124. On 3 September 2002 the deceased's mother was provided with the documents necessary for the burial of Mr Gongadze's remains.

125. On 24 September 2002 the GPO sent a letter to the Director of the FBI inviting them to assist Ukrainian specialists in investigating the case.

126. In September and October 2002 Mr Ménard, Secretary-General of "Reporters sans frontières", visited Kyiv twice as the representative of the deceased's mother in the criminal case. He met the Prosecutor General and had access to the results of the forensic examinations in the case. Moreover, samples were taken for an additional forensic examination, which was carried out in Lausanne (Switzerland) from 20 to 25 January 2003.

127. On 14 January 2005 the GPO instituted proceedings against Lieutenant-General Pukach for abuse of power. His case was joined to that of Mr Gongadze.

128. On 24 January 2005 the Pechersky District Court of Kyiv ordered the arrest and detention of Mr Pukach. The Security Service and the Ministry of the Interior were ordered to find him, without success.

129. During the investigation it was established that Mr Gongadze had been the subject of illegal surveillance operations by certain officers of the Department of Criminal Investigations, previously headed by Mr Pukach, from July 2000 until the day he disappeared in September 2000. It was also established that, in 2003, all the material relating to this illegal surveillance had been destroyed.

130. On 28 February 2005 the GPO instituted proceedings against police officers K. and Pr., as well as Mr Pukach, charging them with the premeditated murder of Mr Gongadze. On the same day Mr K. and Mr Pr. were arrested.

131. On 3 March 2005 the Pechersky District Court remanded Mr K. and Mr Pr. in custody.

132. On 5 March 2005 Mr K. and Mr Pr. were officially charged with premeditated murder. They confessed their involvement. On the same day Mr K. was dismissed from his position as head of unit in the Intelligence Department of the Ministry of the Interior.

133. On 5 March 2005 it was also decided to charge Mr Pukach, but he could not be found.

134. On 17 March 2005 the investigation established that a fourth person, Mr P., had been involved in the disappearance and murder of Mr Gongadze. Mr P. was interrogated and admitted his role in the crime.

On the same day Mr P. was dismissed from his position as a senior officer of the Intelligence Department of the Ministry of the Interior.

135. All three accused participated in an on-site reconstruction of the events of the crime. Other police officers who had followed Mr Gongadze before his disappearance were questioned.

136. Some objects belonging to the journalist were found and presented to his relatives for identification.

137. The investigation pursued further forensic examinations of the corpse and the audio tapes of Mr Melnychenko and a number of other matters.

## *2. The political context*

138. On 11 December 2000 the GPO received a video tape with statements by Mr Melnychenko made in the presence of several Ukrainian MPs. These statements concerned the involvement of the President of Ukraine and many other high-ranking officials in giving illegal orders. Mr Melnychenko claimed to have made audio recordings of incriminating conversations, using a digital recorder placed under the sofa in the office of the President of Ukraine.

139. On 13 December 2000 Mr Moroz, a Ukrainian MP, lodged an application with the GPO, enclosing a copy of a complaint by Mr Melnychenko dated 16 November 2000 and video-recorded statements containing accusations about the involvement of senior State officials in the disappearance of Mr Gongadze. A forensic examination of the audio tapes was ordered but could not determine their authenticity. (The applicant contended that a United States laboratory had confirmed the authenticity of the tapes.)

140. On 15 December 2000 the GPO requested Interpol to establish the whereabouts of Mr Melnychenko.

141. On 16 September 2002 the GPO requested the assistance of the United States Department of Justice in interviewing Mr Melnychenko as a witness in the Gongadze case.

142. Mr Melnychenko refused to provide the GPO with his tapes and recording equipment, but agreed to provide written answers to the GPO's questions, which he had not done by the time the Government submitted their observations to the Court. The applicant stated that the reason for Mr Melnychenko's implied lack of cooperation was his well-founded fear of prosecution by the Ukrainian authorities.

## **C. Recent events**

143. After Viktor Yushchenko was elected President of Ukraine on 26 December 2004, he pledged to reopen the investigation into the

Gongadze case. It was reported in the press on 2 March 2005 that the Prosecutor General had announced the arrest of three security officers in connection with the present case: a general and two colonels. On 4 March 2005 the death by purported suicide of Yuriy Kravchenko, the above-mentioned Minister of the Interior at the time, was announced. He had been due to be interviewed by the GPO that morning.

144. Recently, the GPO announced that the criminal investigation was complete and would be sent to the Court. The aggrieved parties were given access to the case file. They stated that the latest forensic examination in September 2005 by German experts had confirmed that the Tarashcha body was that of Mr Gongadze.

145. On 15 September 2005 Mr Turchinov, who had been dismissed from his post as head of the security service, informed journalists that the Service had been preparing for the arrest and extradition of Lieutenant-General Pukach from Israel, but the operation had failed due to a leak of information from the GPO. He stated that the interim results of the laboratory examination of the Melnychenko tapes had not established any sign of tampering, and had identified persons whose voices were recorded on the tapes.

146. On 20 September 2005 the parliament of Ukraine heard the report of the chairman of its *ad hoc* committee investigating the murder of Mr Gongadze. This report concluded that the kidnap and murder of Mr Gongadze had been organised by former President Kuchma and the late Minister of the Interior, Mr Kravchenko. The report found that the then head of the presidential administration and the current speaker of parliament, Mr V. Lytvyn, and the then head of the security service and a current member of parliament, Mr L. Derkach, had been involved in the crimes. The report noted finally that, having been informed about the crimes and the names of suspects, the GPO had failed to take any action or to react to the conclusions of the *ad hoc* committee.

## II. RELEVANT DOMESTIC LAW

147. The relevant provisions of the Constitution of Ukraine provide:

### **Article 3**

“The human being, his or her life and health, honour and dignity, inviolability and security are recognised in Ukraine as having the highest social value. ...”

### **Article 27**

“Every person has the inalienable right to life.



No one shall be arbitrarily deprived of life. The duty of the State is to protect human life. ...”

**Article 28**

“Everyone has the right to respect for his or her dignity.

No one shall be subjected to torture, cruel, inhuman or degrading treatment or punishment that violates his or her dignity. ...”

148. The relevant provisions of the Code of Criminal Procedure provide:

**Article 28**

**A civil claim in a criminal case**

“Anyone who has suffered material damage as a result of a crime shall be entitled to lodge an application to join the criminal proceedings as a civil party claiming damages ..., which shall be considered by the court at the same time as the criminal case ...”

**Article 49**

**An aggrieved party**

“Anyone who has suffered ... damage as a result of a crime may be recognised as an aggrieved party. ...

A citizen who has been recognised as an aggrieved party in respect of the crime shall be entitled to give evidence in the case. An aggrieved party, or his or her representative, shall be entitled to ... make requests; study all the materials of the case file when the pre-trial investigation is completed; ... [and] lodge complaints against the actions of the inquirer, investigator, prosecutor and court ...

In cases where the crime has caused the death of the victim, the rights provided for in this Article shall be conferred upon the deceased’s next of kin.”

**Article 94**

**Grounds for instituting a criminal action**

“A criminal action shall be instituted on the following grounds:

(1) applications or communications from ... individuals;

...

(5) direct detection of signs of a crime by a body of inquiry or investigation, a prosecutor or a court.

An action may be instituted only when there is sufficient evidence that a crime has been committed.”

149. The relevant provisions of the Prosecution Service Act, in the 1995 version, provided:

### Section 5

#### Main functions of the Prosecution Service

“The main functions of the Prosecution Service are:

...

2. supervision of compliance with the law by the bodies that combat crimes and other offences and investigate circumstances indicating that a crime has been committed;

3. investigation of circumstances indicating that a crime has been committed;

...”

## THE LAW

### I. THE GOVERNMENT’S PRELIMINARY OBJECTION

150. The Government submitted that the applicant’s complaints under Article 2 and Article 3 of the Convention about the alleged failure of the State to protect the life of her husband, and about her state of distress and uncertainty, had been lodged with the Court outside the six-month time-limit laid down in Article 35 § 1 of the Convention.

151. The Government stated that the refusal of the GPO to entertain the complaint of the applicant’s late husband about threats to his life had been sent to Mr Gongadze on 1 September 2000, more than six months before this application was lodged with the Court.

152. The Government maintained that the criminal proceedings relating to the murder of the applicant’s husband had been initiated on 27 February 2001, and the applicant recognised as an aggrieved party within those proceedings. The Government argued that the applicant should have raised her complaint under Article 2 of the Convention within six months of that date, but had failed to do so.

153. The Government contended that the applicant’s complaint under Article 3 of the Convention about the alleged atmosphere of fear and uncertainty should equally be rejected for being out of time. From the time when she was recognised as an aggrieved party in the criminal proceedings, she could no longer claim that the atmosphere had been uncertain because the body found in Tarashcha had been identified with a high degree of certainty as being that of her husband, and criminal proceedings for murder had been initiated.

154. The applicant claimed to have tried to use the available domestic remedies, but to no avail. She maintained that the six-month rule had been improperly relied upon in the circumstances of the present case.

155. The Court reiterates that where no domestic remedy is available in respect of an act alleged to be in violation of the Convention, the six-month time-limit laid down in Article 35 § 1 in

principle starts to run from the date on which the act complained of took place or the date on which the applicant was directly affected by, became aware or could have become aware of such an act. However, special considerations may apply in exceptional cases where applicants first avail themselves of a domestic remedy and only at a later stage become aware, or should have become aware, that the remedy is ineffective. In that situation, the six-month period may be calculated from the time the applicant becomes aware, or should have become aware, of these circumstances (see *Aydın v. Turkey* (dec.), nos. 28293/95, 29494/95 and 30219/96, ECHR 2000-III).

156. The Court notes that the Government relied on the availability and effectiveness of the remedy of criminal proceedings in the case of disappearance or murder in respect of the applicant's complaint under Article 13 of the Convention. The applicant pursued this remedy but, after delays and deficiencies in the criminal proceedings, she lodged her application with the Court two years after her husband's disappearance, while the criminal proceedings were still pending.

157. The Court observes that the applicant could arguably claim to have lacked confidence in the information provided by the investigation, given the contradictory statements made throughout the proceedings which allegedly contributed to the state of uncertainty of which she complained. This uncertainty is also supported by the fact that the latest identification of the body was conducted in September 2005.

158. Accordingly, the Court concludes that the application was lodged in due time, in the exceptional circumstances of the case, and therefore dismisses the Government's preliminary objection.

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

### A. Alleged failure to protect the right to life

#### 1. *The parties' submissions*

159. The applicant complained under Article 2 of the Convention that the death of her husband was the result of a forced disappearance and that the State authorities had failed to protect his life. The relevant part of Article 2 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.”

160. The Government originally maintained that the only element linking the murder of Mr Gongadze to State authorities was the audio tapes made by Mr Melnychenko. They contended that there was no

evidence “beyond reasonable doubt” that the State was responsible for a violation of the right to life of the applicant’s husband. Later, however, they informed the Court about the arrest of several police officers who had confessed to having participated in the surveillance, kidnap and murder of Mr Gongadze.

161. The applicant maintained that, at the time of lodging her application with the Court, she had not been certain of her husband’s fate or the identity of the body found in Tarashcha. Therefore, she had based her complaint on his disappearance. Whilst she no longer claimed that her husband had disappeared, she alleged that he had been killed in violation of Article 2 of the Convention.

162. The applicant submitted that the tapes made by Mr Melnychenko, the authenticity of which had been confirmed by FBI experts, were not the only element linking State authorities to the murder of Mr Gongadze. The culpable negligence of the law enforcement officers in conducting the investigation, in the applicant’s view, could also be considered to be a contributory element.

163. The applicant originally concluded that the facts of the case clearly demonstrated that the State had been involved in the murder of her husband or, at least, that there was a reasonable suspicion of involvement. She recently submitted that the latest information provided by the Government confirmed the direct involvement of State agents in the murder of her husband, but that the investigation had seemed to limit the case to the prosecution of direct offenders, and not of those who had ordered and organised the crime.

## *2. The Court’s assessment*

164. The Court reiterates that the first sentence of Article 2 § 1 enjoins the State not only to refrain from the intentional and unlawful taking of life, but also to take appropriate steps to safeguard the lives of those within its jurisdiction. This involves a primary duty on the State 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. It also extends, in appropriate circumstances, to a positive obligation on the authorities to take preventive operational measures to protect an individual or individuals whose lives are at risk from the criminal acts of another individual.

165. Bearing in mind the difficulties in policing modern societies, the unpredictability of human conduct and the operational choices which must be made in terms of priorities and resources, the positive obligation must be interpreted in a way which does not impose an impossible or

disproportionate burden on the authorities. Accordingly, not every claimed risk to life can entail for the authorities a Convention requirement to take operational measures to prevent that risk from materialising. For a positive obligation to arise, it must be established that the authorities knew or ought to have known at the time of the existence of a real and immediate risk to the life of an identified individual or individuals from the criminal acts of a third party, and that they failed to take measures within the scope of their powers which, judged reasonably, might have been expected to avoid that risk (see *Kılıç v. Turkey*, no. 22492/93, §§ 62-63, ECHR 2000-III).

166. The recent developments in the present case demonstrate with a high degree of probability that police officers were involved in the disappearance and murder of Mr Gongadze. The question to be determined is whether the authorities failed to comply with their positive obligation to protect Mr Gongadze from a known risk to his life.

167. The Court first notes that, in the instant case, the applicant's husband, in his open letter of 14 July 2000 to the Prosecutor General, reported several facts concerning the questioning of his relatives and colleagues by police officers about him and his surveillance by unknown persons. He requested an investigation of these facts and the implementation of measures for his protection.

168. Secondly, the authorities, primarily prosecutors, ought to have been aware of the vulnerable position in which a journalist who covered politically sensitive topics placed himself/herself *vis-à-vis* those in power at the material time (as evidenced by the death of eighteen journalists in Ukraine since 1991 – see paragraph 83 above).

169. Thirdly, the Court notes that, by virtue of powers conferred upon it under domestic law, the GPO is entitled and obliged to supervise the activities of the police and investigate the lawfulness of any actions taken by them. Despite clear indications in Mr Gongadze's letter about the inexplicable interest in him shown by law enforcement officers, the response of the GPO was not only formalistic, but also blatantly negligent (see paragraph 12 above). A fortnight later the applicant's husband disappeared.

170. The Court finds that these complaints, made by the late Mr Gongadze, and subsequent events revealing the possible involvement of State officials in his disappearance and death, were neglected or simply denied for a considerable period of time without proper investigation. There was no reaction to the alleged involvement of the police in the disappearance when information about such a possibility was disseminated publicly (see paragraph 41 above). The fact that the alleged offenders, two of them active police officers, were identified and charged with the kidnap and murder of the journalist just a few days after the change in the country's leadership raises serious doubts as to the

genuine desire of the authorities under the previous government to investigate the case thoroughly.

171. In view of these considerations, the Court finds that there has been a substantive violation of Article 2 of the Convention.

## **B. Failure to investigate the case**

### *1. The parties' submissions*

172. The applicant next complained that the State had failed to investigate the case in a coherent and effective manner, in violation of the procedural requirements of Article 2 of the Convention.

173. The Government maintained that there had been objective reasons for the delays in the investigation. Given that the GPO had performed many investigative measures in the case, the Government considered that the investigation had been sufficiently effective.

174. The applicant disagreed. She contended that the mere number of investigative measures could not be the decisive factor. The conviction of two law enforcement officers for negligence in the investigation clearly demonstrated its ineffectiveness. Moreover, after some progress in the investigation in 2003, the proceedings had again been impeded after the dismissal of Mr Piskun from the position of Prosecutor General. These facts, according to the applicant, showed that the State had failed to comply with its obligation to conduct an effective investigation into her husband's murder.

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

175. The Court reiterates that the obligation to protect the right to life under Article 2 of the Convention, read in conjunction with the State's general duty under Article 1 of the Convention to "secure to everyone within [its] jurisdiction the rights and freedoms defined in [the] Convention", also requires by implication that there should be some form of effective official investigation when individuals have been killed as a result of the use of force (see, *mutatis mutandis*, *Kaya v. Turkey*, judgment of 19 February 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-I, p. 324, § 86). The essential purpose of such an investigation is to secure the effective implementation of the domestic laws which protect the right to life and, in those cases involving State agents or bodies, to ensure their accountability for deaths occurring under their responsibility. What form of investigation will achieve those purposes may vary in different circumstances. However, whatever mode is employed, the authorities must act of their own motion, once the matter has come to their attention. They cannot leave it to the

initiative of the next of kin either to lodge a formal complaint or to take responsibility for the conduct of any investigatory procedure (see, for example, *mutatis mutandis*, *İlhan v. Turkey* [GC], no. 22277/93, § 63, ECHR 2000-VII).

176. For an investigation into an alleged unlawful killing by State agents to be effective, it may generally be regarded as necessary for the persons responsible for and carrying out the investigation to be independent from those implicated in the events (see *Güleç v. Turkey*, judgment of 27 July 1998, *Reports* 1998-IV, p. 1733, §§ 81-82, and *Oğur v. Turkey* [GC], no. 21594/93, §§ 91-92, ECHR 1999-III). The investigation must also be effective in the sense that it is capable of leading to a determination of whether the force used in such cases was or was not justified in the circumstances (see, for example, *Kaya*, cited above, p. 324, § 87) and to the identification and punishment of those responsible (see *Oğur*, cited above, § 88). This is not an obligation of result, but of means. The authorities must have taken all reasonable steps to secure the evidence concerning the incident. Any deficiency in the investigation which undermines its ability to establish the cause of death or the persons responsible, whether the direct offenders or those who ordered or organised the crime, will risk falling foul of this standard.

177. There is also a requirement of promptness and reasonable expedition implicit in this context (see *Yaşa v. Turkey*, judgment of 2 September 1998, *Reports* 1998-VI, pp. 2439-40, §§ 102-04, and *Çakıcı v. Turkey* [GC], no. 23657/94, §§ 80, 87 and 106, ECHR 1999-IV). It must be accepted that there may be obstacles or difficulties which prevent progress in an investigation in a particular situation. However, a prompt response by the authorities in investigating the use of lethal force or a disappearance may generally be regarded as essential in ensuring public confidence in their maintenance of the rule of law and in preventing any appearance of collusion in or tolerance of unlawful acts (see, in general, *McKerr v. the United Kingdom*, no. 28883/95, §§ 108-15, ECHR 2001-III, and *Aoşar v. Turkey*, no. 25657/94, §§ 390-95, ECHR 2001-VII).

178. The Court observes that the applicant maintained that the investigation into the disappearance of her husband had suffered a series of delays and deficiencies. Some of these deficiencies were acknowledged by the domestic authorities on several occasions.

179. The Court considers that the facts of the present case show that during the investigation, until December 2004, the State authorities were more preoccupied with proving the lack of involvement of high-level State officials in the case than with discovering the truth about the circumstances of the disappearance and death of the applicant's husband.

180. In the light of these considerations, the Court concludes that there has been a procedural violation of Article 2 of the Convention.

### III. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 3 OF THE CONVENTION

#### 1. *The parties' submissions*

181. The applicant maintained that the atmosphere of fear and uncertainty, and the incomplete and contradictory information provided during the investigation, had forced her to leave the country and caused her suffering, in breach of Article 3 of the Convention, which provides:

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

182. The applicant submitted that the contradictory statements about the identity of the Tarashcha body, and the attitude of the investigating authorities towards her and the deceased's mother, had created an atmosphere of fear and uncertainty. The applicant maintained that she had only been convinced that the body found in Tarashcha belonged to her husband in March 2003 (see paragraph 70 above). She alleged that the further developments in the investigation, namely the death of Mr G., a former police officer and possible witness in the Gongadze case, and the release of Lieutenant-General Pukach, who had been suspected of organising the surveillance of her husband, had made her despair of any effective outcome of the investigation.

183. The Government accepted that the applicant had suffered as a result of her husband's murder, but disagreed that a breach of Article 3 of the Convention had been caused by the conduct of any State authority.

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

184. The Court observes that Article 3 has previously been relied on in a number of similar cases against Turkey in which the applicants complained that they had suffered inhuman and degrading treatment in the context of the death or disappearance of their next of kin. Whether a family member of a “disappeared person” is a victim of treatment contrary to Article 3 will depend on the existence of special factors which give the suffering of the relative a dimension and character distinct from the emotional distress which may be regarded as inevitably caused to relatives of a victim of serious violations of human rights. Relevant elements will include the proximity of the family tie, the particular circumstances of the relationship, the extent to which the family member witnessed the events in question, the involvement of the family members in the attempts to obtain information about the disappeared person and the way in which the authorities responded to those enquiries (see *Orhan v. Turkey*, no. 25656/94, § 358, 18 June 2002).

185. In the instant case the Court notes that the applicant's husband disappeared in September 2000 and that, according to the applicant, it



was only in March 2003 that she received convincing information that the decapitated body that had been found in Tarashcha in November 2000 was that of her husband. In the meantime, the applicant had received numerous contradictory statements from the authorities about his fate. In particular, in December 2000 the Prosecutor General announced that the Tarashcha corpse was not Mr Gongadze; on 10 January 2001 the Prosecutor General publicly announced that it was highly probable that the corpse was Mr Gongadze and, at the same time, announced that there were witnesses who had seen Mr Gongadze alive after his disappearance; three days later the GPO informed the applicant that there was no evidence that the corpse was Mr Gongadze; and a fortnight later the applicant was recognised as an aggrieved party because there was enough evidence to believe that the Tarashcha corpse was that of her late husband. This situation of uncertainty continued, with the result that, having raised doubts as to the identity of the Tarashcha corpse, and therefore the fate of the applicant's husband, the State authorities at the same time constantly refused to grant the applicant full access to the relevant material in the case file. Only in August 2005 was the applicant allowed access to the file. In September 2005 the GPO announced that the latest DNA test conducted in Germany proved that the body found in Tarashcha was that of the applicant's husband.

186. The Court finds that the attitude of the investigating authorities towards the applicant and her family clearly caused her serious suffering which amounted to degrading treatment contrary to Article 3 of the Convention. It concludes, therefore, that there has been a violation of this provision.

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

187. The applicant complained of a lack of effective remedies and relied on Article 13 of the Convention, which provides:

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

##### *1. The parties' submissions*

188. The Government stated that the Code of Criminal Procedure provided an aggrieved party with the possibility of lodging a civil claim for compensation in respect of pecuniary and non-pecuniary damage incurred as a result of a crime, but the applicant had not pursued this channel. Moreover, the Government stressed that the investigation into the death of Mr Gongadze had been sufficiently effective. They

maintained that the Code of Criminal Procedure provided rights for an aggrieved party to join the criminal proceedings, which the applicant had enjoyed. In so far as the complaint was based on the refusal of full access to the criminal case file, such a restriction had been justified in the interests of the confidentiality and effectiveness of the investigation.

189. The applicant disagreed, maintaining her claim that there was no effective remedy for her complaints under Articles 2 and 3 of the Convention.

## 2. *The Court's assessment*

190. The Court reiterates that Article 13 of the Convention guarantees the availability at the national level of a remedy to enforce the substance of the Convention rights and freedoms in whatever form they might happen to be secured in the domestic legal order. The effect of Article 13 is thus to require the provision of a domestic remedy to deal with the substance of an arguable complaint under the Convention and to grant appropriate relief, although Contracting States are afforded some discretion as to the manner in which they conform to their Convention obligations under this provision. The scope of the obligation under Article 13 varies depending on the nature of the applicant's complaint under the Convention. Nevertheless, the remedy required by Article 13 must be "effective" in practice as well as in law. In particular, its exercise must not be unjustifiably hindered by the acts or omissions of the authorities of the respondent State.

191. Given the fundamental importance of the right to the protection of life, Article 13 requires, in addition to the payment of compensation where appropriate, a thorough and effective investigation capable of leading to the identification and punishment of those responsible for the deprivation of life, including effective access for the complainant to the investigation procedure (see *Kılıç*, cited above, § 91).

192. In the present case, it is not in dispute that the authorities had an obligation to carry out an effective investigation into the circumstances of the killing of the applicant's husband. For the reasons set out above (see paragraphs 166-70, 178-79 and 185), for more than four years no effective criminal investigation can be considered to have been conducted in accordance with Article 13, the requirements of which are broader than the obligation to investigate imposed by Article 2. The Court therefore finds that the applicant was denied an effective remedy in respect of the death of her husband.

193. Furthermore, with regard to the compensatory remedy relied on by the Government, the Court observes that a claim for compensation for criminal injury can be lodged under the Code of Criminal Procedure. However, such a claim must be lodged against a particular person or

persons. The remedy becomes futile if the offender is not identified or prosecuted. Therefore the absence of any outcome in the main criminal proceedings also prevented the applicant from effective recourse to this remedy, since in practice a civil claim for compensation would not have been examined prior to a final determination of the facts in the pending criminal proceedings.

194. Accordingly, there has been a violation of Article 13 of the Convention.

## V. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

195. 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

196. The applicant claimed a global sum of 100,000 euros in respect of pecuniary and non-pecuniary damage and costs and expenses.

197. The Government observed that this claim was not supported by any documents, but left the decision on the amount of just satisfaction to the Court’s discretion.

198. The Court has found that the failure of the authorities to protect the life of the applicant’s husband and the ineffective investigation into his death gave rise to violations of Articles 2, 3, and 13 of the Convention. It considers that an award of compensation should be made in her favour, having regard to the gravity of the breaches in question. Accordingly, it awards the amount claimed in full.

### B. Default interest

199. 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 objection;
2. *Holds* that there has been a violation of Article 2 of the Convention, both in its substantive and procedural aspects;

3. *Holds* that there has been a violation of Article 3 of the Convention;
4. *Holds* that there has been a violation of Article 13 of the Convention;
5. *Holds*
  - (a) that the respondent State is to pay the applicant, within three months from the date on which the judgment becomes final in accordance with Article 44 § 2 of the Convention, EUR 100,000 (one hundred thousand euros) in respect of pecuniary and non-pecuniary damage, as well as costs and expenses, to be converted into United States dollars at the rate applicable at the date of settlement, 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 8 November 2005, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

S. DOLLÉ  
Registrar

J.-P. COSTA  
President

GONGADZÉ c. UKRAINE  
*(Requête n° 34056/02)*

DEUXIÈME SECTION

ARRÊT DU 8 NOVEMBRE 2005<sup>1</sup>

---

1. Traduction ; original anglais.



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Disparition et décès d'un journaliste politique****Article 2**

*Vie – Obligations positives – Obligation pour l'Etat de protéger un individu dont la vie est mise en danger – Risque réel et immédiat pour la vie – Traitement négligent d'une demande de mesures de protection et des plaintes concernant une surveillance illégale – Disparition et décès d'un journaliste politique – Manquement des autorités à protéger la vie – Absence d'enquête effective*

**Article 3**

*Traitement dégradant – Manquement à procéder rapidement à l'identification d'un cadavre présumé être celui du mari de la requérante – Incertitude prolongée quant au sort du mari de la requérante – Refus prolongé de donner à la requérante accès au dossier d'enquête*

\*  
\* \*

La requérante est l'épouse d'un journaliste politique décédé, qui était rédacteur en chef d'un quotidien en ligne. Ce journaliste s'employait activement à faire prendre conscience du manque de liberté d'expression en Ukraine et dénonçait la corruption parmi des hauts responsables de l'Etat. Il disparut en septembre 2000. Pendant des mois avant sa disparition, M. Gongadzé s'était plaint en vain d'avoir reçu des menaces et d'être sous surveillance. Dans une lettre ouverte, il avait demandé au procureur général de le protéger et de découvrir et sanctionner les personnes en question. En novembre 2000, le corps décapité d'un inconnu fut découvert dans la région de Kiev. Quelques jours plus tard, des proches de M. Gongadzé reconnurent le corps comme étant le sien. Toutefois, tous les documents relatifs au premier examen médico-légal furent confisqués et les autorités annoncèrent que, contrairement aux constatations initiales, le corps qui avait été découvert était déjà enseveli depuis deux ans. La requérante demanda sans succès à se voir reconnaître la qualité de partie civile et à participer à l'identification du corps. Le président du Parti socialiste ukrainien annonça qu'il existait des bandes audio impliquant le président de l'époque, Leonid Koutchma, et d'autres hauts responsables de l'Etat dans la disparition de M. Gongadzé. En janvier 2001, un journal rendit public le nom des quatre policiers qui auraient été impliqués dans la surveillance de M. Gongadzé. En février 2001, le parquet général («le PG») confirma à la requérante que le corps retrouvé était celui de son mari. En mai 2001, les autorités annoncèrent que le mari de la requérante aurait été tué par deux toxicomanes. La requérante porta plainte pour négligence dans la conduite de l'enquête, mais sa plainte ne fut pas enregistrée et on ne put en

---

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

retrouver la trace par la suite. En novembre 2002, un procureur impliqué dans l'affaire fut arrêté et inculpé de négligence au cours de l'enquête. En décembre 2004, le président Victor Iouchtchenko nouvellement élu s'engagea à rouvrir l'enquête sur l'affaire Gongadze. Il fut établi que de juillet 2000 à sa disparition, M. Gongadze avait été soumis à une surveillance illégale de la part de certains fonctionnaires du ministère de l'Intérieur. Il fut aussi établi qu'en 2003 toutes les pièces relatives à cette surveillance illégale avaient été détruites. En mars 2005, trois policiers furent arrêtés et inculpés d'assassinat. Il fut également décidé d'inculper leur supérieur, mais on ne put le retrouver. En août 2005, la requérante eut accès au dossier. En septembre 2005, le Parlement d'Ukraine entendit le rapport du président de sa commission d'enquête *ad hoc* sur l'assassinat de M. Gongadze ; la commission concluait que l'enlèvement puis l'assassinat avaient été organisés par l'ex-président Kouchma et par le ministre de l'Intérieur de l'époque et que le président du Parlement et un député en fonction étaient impliqués dans ces crimes. Il était enfin noté dans le rapport que le PG n'avait pris aucune mesure ni n'avait réagi aux conclusions de la commission *ad hoc*.

1. Article 2: a) *Manquement à protéger le droit à la vie* – La question à trancher est celle de savoir si les autorités ont manqué à leur obligation positive de protéger M. Gongadze contre un risque connu pour sa vie. Les autorités, au premier rang desquelles les procureurs, auraient dû savoir combien un journaliste qui couvrait des sujets politiquement sensibles se trouvait dans une situation vulnérable ; à ce moment-là, on comptait déjà dix-huit journalistes tués en Ukraine depuis 1991. En outre, le PG était en droit et tenu de surveiller les activités de la police et de s'assurer de leur légalité. Or, en dépit des indications claires que M. Gongadze avait données dans sa lettre ouverte quant à l'intérêt inexplicable que lui manifestaient des représentants de l'ordre, le PG avait donné une réponse non seulement de pure forme, mais témoignant aussi d'une négligence flagrante. Quinze jours plus tard, M. Gongadze disparaissait. Les plaintes de feu M. Gongadze et les éléments ultérieurs révélant que des fonctionnaires de l'Etat pouvaient être impliqués dans la disparition et le décès avaient été négligés ou simplement démentis sans aucune enquête adéquate pendant un laps de temps considérable. Il n'y eut aucune réaction quant à l'implication alléguée de la police dans la disparition, même une fois que des informations sur cette possibilité eurent été diffusées publiquement. Le fait que les délinquants présumés, dont deux étaient des policiers en exercice, aient été identifiés et inculpés d'enlèvement et d'assassinat quelques jours seulement après le changement de direction de l'Etat, suscite de sérieux doutes quant à la volonté véritable des autorités sous le gouvernement précédent d'instruire l'affaire de manière approfondie.

*Conclusion* : violation (unanimité).

b) *Absence d'enquête sur l'affaire* – Au cours de l'enquête, jusqu'en décembre 2004, les autorités de l'Etat se sont davantage préoccupées de prouver la non-implication de hauts responsables de l'Etat dans l'affaire que de découvrir la vérité sur les circonstances de la disparition et du décès du mari de la requérante.

*Conclusion* : violation (unanimité).

2. Article 3: le mari de la requérante avait disparu en septembre 2000 mais c'est seulement en mars 2003 que l'intéressée reçut des informations convaincantes



selon lesquelles le corps décapité découvert était celui de son mari. Dans l'intervalle, elle avait obtenu des autorités de nombreuses déclarations contradictoires quant au sort qui avait été réservé à son mari. Cette situation d'incertitude s'est prolongée et les autorités de l'Etat ont refusé à la requérante l'accès au dossier jusqu'en août 2005. L'attitude des autorités d'enquête envers la requérante et sa famille ont assurément causé à l'intéressée de graves souffrances qui s'analysent en un traitement dégradant.

*Conclusion* : violation (unanimité).

3. Article 13 : aucune enquête pénale n'a été menée pendant plus de quatre ans. En outre, la requérante n'a pu demander réparation puisque en pratique une action civile en réparation ne peut être examinée tant qu'une décision définitive n'a pas été rendue sur les faits dans une affaire pénale pendante.

*Conclusion* : violation (unanimité).

Article 41 : la Cour alloue certaines sommes pour dommage matériel et moral.

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

*Kaya c. Turquie*, arrêt du 19 février 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-I

*Güleç c. Turquie*, arrêt du 27 juillet 1998, *Recueil* 1998-IV

*Yaşa c. Turquie*, arrêt du 2 septembre 1998, *Recueil* 1998-VI

*Oğur c. Turquie* [GC], n° 21594/93, CEDH 1999-III

*Çakıcı c. Turquie* [GC], n° 23657/94, CEDH 1999-IV

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

*Aydın c. Turquie* (déc.), nos 28293/95, 29494/95 et 30219/96, CEDH 2000-III

*İlhan c. Turquie* [GC], n° 22277/93, CEDH 2000-VII

*McKerr c. Royaume-Uni*, n° 28883/95, CEDH 2001-III

*Avşar c. Turquie*, n° 25657/94, CEDH 2001-VII

*Orhan c. Turquie*, n° 25656/94, 18 juin 2002



**En l'affaire Gongadze c. Ukraine,**

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

MM. J.-P. COSTA, *président*,

A.B. BAKA,

I. CABRAL BARRETO,

K. JUNGWIERT,

V. BUTKEVYCH,

M<sup>mes</sup> A. MULARONI,

D. JOČIENĚ, *juges*,

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

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 22 mars et 11 octobre  
2005,

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

**PROCÉDURE**

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 34056/02) dirigée  
contre l'Ukraine et dont une ressortissante de cet Etat, M<sup>me</sup> Miroslava  
Gongadze («la requérante»), a saisi la Cour le 16 septembre 2002 en  
vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des Droits de  
l'Homme et des Libertés fondamentales («la Convention»).

2. La requérante est représentée devant la Cour par M<sup>e</sup> S. Preuss-  
Laussinotte, avocate à Paris (France). Le gouvernement ukrainien («le  
Gouvernement») est représenté par ses agentes, M<sup>me</sup> V. Loutkovska et  
M<sup>me</sup> Z. Bortnovska.

3. La requérante alléguait que les autorités de l'Etat n'avaient pas  
protégé la vie de son mari et n'avaient pas enquêté sur la disparition et le  
décès de celui-ci, qui lui ont causé une vive angoisse et un profond  
désarroi.

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 22 mars 2005, la chambre a déclaré la requête  
recevable.

6. La requérante et le Gouvernement ont déposé des observations  
écrites sur le fond de l'affaire (article 59 § 1 du règlement).

## EN FAIT

### I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

7. La requérante est née en 1972 et réside à Arlington, aux États-Unis d'Amérique.

#### **A. Les faits de la cause tels qu'ils ont été exposés par les parties**

8. Guéorgui Gongadzé, le mari de la requérante, était journaliste. Il a disparu le 16 septembre 2000 dans des circonstances que les autorités ukrainiennes n'ont pas encore totalement élucidées malgré les nombreuses demandes et requêtes que leur a adressées la requérante. Plusieurs fonctionnaires de police ont toutefois été accusés récemment d'avoir enlevé et tué M. Gongadzé.

##### *1. Événements antérieurs à la disparition du mari de la requérante*

9. M. Gongadzé était un journaliste politique et rédacteur en chef de *Oukraïnska Pravda*, un journal qui paraît sur Internet. Il était connu pour critiquer les personnes au pouvoir et pour contribuer activement à faire prendre conscience en Ukraine et à l'étranger des problèmes de liberté d'expression dans son pays. Il écrivait des articles sur des questions comme les initiatives prétendument antidémocratiques des autorités ukrainiennes et la corruption qui sévirait parmi les hauts fonctionnaires de l'État.

10. Durant plusieurs mois avant sa disparition, M. Gongadzé avait dit à ses proches et à des collègues qu'il recevait des menaces et qu'il était surveillé.

11. Le 14 juillet 2000, M. Gongadzé écrivit une lettre ouverte au procureur général ; il y formulait les plaintes suivantes :

i. Des représentants de la loi interrogeaient ses proches et des amis dans la ville de Lviv et des collègues à Kiev à son sujet. Le prétexte de ces entretiens était une enquête sur un incident de nature criminelle qui s'était produit à Odessa et dans lequel M. Gongadzé aurait été impliqué. (La requérante affirme que M. Gongadzé ignorait tout de l'incident ou des personnes qui y avaient été mêlées. Il n'aurait lui-même jamais été interrogé à ce propos.)

ii. Pendant quelque temps, des inconnus à bord d'une voiture immatriculée 07309 KB auraient suivi M. Gongadzé dans ses allées et venues entre son domicile et son bureau.

Dans sa lettre ouverte, M. Gongadzé invitait le procureur général à prendre des mesures pour le mettre à l'abri de ce qu'il qualifiait de

«terreur morale», et pour découvrir et sanctionner les personnes mêlées à ces agissements.

12. Le procureur général transmet cette lettre au parquet régional de Lviv, où M. Gongadzé avait son lieu de résidence officiel (*propiska*). Le procureur de Lviv répondit que les endroits et les rues (de Kiev) mentionnés dans la lettre de M. Gongadzé étaient inconnus à Lviv.

13. Par la suite, selon le rapport du 22 janvier 2001 de l'organisation non gouvernementale Reporters sans frontières, le ministre de l'Intérieur de l'époque aurait informé des représentants de cette organisation que la plaque d'immatriculation de la voiture avait été dérobée à un véhicule de police en février 2000.

14. Le 1<sup>er</sup> septembre 2000, le parquet général (ci-après «le PG») avisa M. Gongadzé qu'aucun motif ne justifiait de prendre une décision en vertu de l'article 52-1 du code de procédure pénale (mesures de protection au cours d'une procédure pénale) à la suite de sa lettre.

15. M. Gongadzé disparut le 16 septembre 2000.

## 2. *L'enquête sur la disparition et le meurtre du mari de la requérante*

16. Le 17 septembre 2000, la requérante signala la disparition de son mari au commissariat de police du district moscovite à Kiev.

17. Le 18 septembre 2000 (selon le Gouvernement, le 19 septembre), le parquet du district Petcherski ouvrit une enquête sur une affaire d'assassinat (l'«affaire Gongadzé»). Cette enquête comportait une perquisition des lieux où M. Gongadzé avait été vu pour la dernière fois et l'interrogatoire des personnes qui s'y trouvaient au moment en question. La requérante estime que le juge d'instruction chargé de l'affaire, M. H., a mené sérieusement l'instruction. Il fut toutefois remplacé au début de novembre par un autre procureur, M. V.

18. Le 2 novembre 2000, le corps décapité d'un inconnu fut retrouvé à proximité de la ville de Tarachtcha, dans la région de Kiev.

19. Le 3 novembre 2000, le parquet régional de Kiev ouvrit une enquête sur le meurtre d'une personne non identifiée (l'«affaire de Tarachtcha»).

20. La première autopsie du corps fut pratiquée par un expert de l'endroit qui remit ses conclusions le 8 novembre 2000. D'après cet expert, le moment du décès de l'inconnu correspondait grosso modo au moment de la disparition de M. Gongadzé.

21. Le 10 novembre 2000, des proches lurent dans un bref article de journal qu'un corps non identifié avait été découvert dans les environs de Kiev. Le 15 novembre 2000, lorsqu'ils examinèrent le corps, ils reconnurent des bijoux appartenant à M. Gongadzé et les cicatrices d'une ancienne blessure semblable à celle que portait le journaliste disparu. Le bol alimentaire se trouvant dans l'estomac correspondait aux

aliments que M. Gongadzé avait absorbés le jour de sa disparition. Les proches prélevèrent sur le corps un fragment de peau pour le faire examiner par des experts indépendants.

22. A partir de cette date, les autorités de poursuite auraient changé d'attitude et accéléré l'instruction. Le 15 novembre 2000, le corps fut enlevé à la morgue de Tarachtcha. Trois jours plus tard, le parquet régional de Kiev admit que la dépouille avait été transférée dans cette ville. Tous les documents se rapportant au premier examen médico-légal pratiqué à Tarachtcha furent confisqués. Interdiction fut faite à l'expert local de parler de l'autopsie et des poursuites pénales furent engagées contre lui ultérieurement. Le 16 novembre 2000, le ministre adjoint de l'Intérieur annonça que, contrairement à ce qui ressortait des premières constatations, le corps découvert avait été inhumé environ deux ans auparavant.

23. Le 21 novembre 2000, la requérante demanda à l'enquêteur du parquet du district Petcherski :

- i. de lui reconnaître la qualité de partie civile à la procédure concernant l'affaire de Tarachtcha ;
  - ii. d'identifier le corps et les bijoux qui avaient été découverts sur lui ;
- et
- iii. de faire procéder à un examen médico-légal afin d'établir si le corps découvert à Tarachtcha était celui de son mari.

24. Le 23 novembre 2000, l'enquêteur repoussa cette demande.

25. Ce jour-là, la requérante demanda aussi au procureur de la région de Kiev de ne pas procéder à la crémation du corps découvert à Tarachtcha et de lui permettre de le faire inhumer s'il se révélait être celui de son mari.

26. Le 29 novembre 2000, le parquet du district Petcherski reconnut à la requérante la qualité de partie civile à l'affaire Gongadzé.

27. Le 4 décembre 2000, le chef du bureau des enquêtes du parquet régional de Kiev informa la requérante qu'une enquête criminelle avait été ouverte sur le meurtre de l'individu non identifié et qu'un examen médico-légal était prévu. Il n'y avait toutefois aucun motif de reconnaître à l'intéressée la qualité de partie civile dans l'affaire de Tarachtcha. Le bureau s'engageait à la tenir informée dans le cas où elle pourrait participer à l'identification des objets découverts auprès du cadavre. La requérante ne fut donc pas autorisée à prendre part à l'identification du corps à ce stade.

28. Le 6 décembre 2000, la requérante demanda au PG l'autorisation de participer à l'identification du corps et elle sollicita la jonction des deux procédures.

29. Le 8 décembre 2000, le procureur général précisa qu'une analyse ADN ne pouvait être pratiquée pour l'heure, M<sup>me</sup> Lesya Gongadzé, la mère du défunt, étant malade. Déclaration que

démentit cette personne elle-même. Le procureur général déclara alors avoir été mal compris.

30. Le 10 décembre 2000, plus d'un mois après la découverte du corps, la requérante fut autorisée à participer à son identification. En proie à l'émotion, elle ne put clairement identifier le corps comme étant celui de son mari.

31. Le 11 décembre 2000, un échantillon sanguin fut prélevé sur la mère du défunt en vue d'une analyse ADN.

32. Le 14 décembre 2000, la requérante demanda au procureur général d'impliquer des experts étrangers dans l'enquête, en vertu de la Convention européenne du 20 avril 1959 sur l'entraide en matière pénale.

33. Le 15 décembre 2000, le procureur général annonça que le corps découvert à Tarachtcha n'était pas celui de M. Gongadzé.

34. Le 18 décembre 2000, le PG repoussa la demande de la requérante tendant à la participation d'experts étrangers à l'analyse ADN et informa l'intéressée que les institutions ukrainiennes étaient habilitées à procéder à tous les examens nécessaires.

35. Par la suite, plusieurs analyses ADN furent effectuées, dont certaines par des experts étrangers. Les examens médico-légaux pratiqués par des spécialistes russes et américains confirmèrent que le corps découvert à Tarachtcha était très probablement celui de M. Gongadzé. Toutefois, un examen pratiqué par des spécialistes allemands dans le cadre d'une enquête menée par une commission parlementaire *ad hoc* ne confirma pas cette conclusion.

36. La requérante affirme que les autorités d'instruction ne l'ont jamais informée directement des résultats de ces examens, dont elle a eu connaissance par les médias.

37. Le 10 janvier 2001, le procureur général informa le Parlement des constats provisoires auxquels l'examen médico-légal pratiqué par les experts russes avait abouti: le corps découvert à Tarachtcha était celui de M. Gongadzé (avec une probabilité de 99,64 %). L'identité de la dépouille ne pouvait toutefois être confirmée, des témoins prétendant avoir vu M. Gongadzé vivant à Lviv après sa disparition, en novembre et décembre 2000. Information que l'on avait vérifiée mais qui n'avait pas été confirmée.

38. Le 12 janvier 2001, la requérante et la mère du défunt invitèrent le PG à leur reconnaître la qualité de partie civile à l'affaire de Tarachtcha et à faire pratiquer un autre examen du corps. Le même jour, le procureur général informa la requérante de l'annulation de sa qualité de partie civile que le parquet du district Petcherski lui avait accordée le 29 novembre 2000. La requérante porta plainte auprès du tribunal du district Petcherski de Kiev.

39. Le 13 janvier 2001, le PG écarta la demande de la requérante, qui souhaitait se voir octroyer la qualité de partie civile, déclarant qu'il n'était

pas établi au-delà de tout doute raisonnable que M. Gongadzé fût décédé ou que le corps découvert à Tarachtcha fût le sien.

40. Le 15 janvier 2001, le tribunal du district Petcherski reconnut à la requérante et à la mère du défunt le droit d'être parties civiles et ordonna au PG de leur reconnaître cette qualité. Ce à quoi le PG se refusa à nouveau le 17 janvier 2001. A titre exceptionnel, il accepta de leur remettre le corps de Tarachtcha en vue de son inhumation, tout en soulignant que le PG n'avait pas compétence pour délivrer un certificat de décès.

41. Le 15 janvier 2001 également, le rédacteur en chef du quotidien *Grani* rendit publics les noms de quatre policiers qui auraient pris part à la surveillance de M. Gongadzé.

42. La requérante et la mère du défunt contestèrent devant le tribunal du district Petcherski le refus de leur reconnaître la qualité de partie civile. Le 9 février 2001, ce tribunal jugea que la décision du PG était illégale. Le PG interjeta appel.

43. Le 24 janvier 2001, les enquêteurs disjoignirent une procédure pour diffamation impliquant un certain M. Melnitchenko de l'affaire Gongadzé (*Melnitchenko c. Ukraine*, n° 17707/02, § 15, CEDH 2004-X).

44. Bien qu'il eût interjeté appel, le PG reconnut le 26 janvier 2001 à la requérante et à la mère du défunt la qualité de partie civile, compte tenu de nouvelles preuves médico-légales. (La requérante soutient qu'il l'a fait sous l'influence de la Résolution 1239 (2001) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, adoptée le 25 janvier 2001, qui invite instamment les autorités à mener «une enquête rapide, approfondie et transparente sur la disparition ou le décès de M. Gongadzé, et à en faire connaître les résultats dans les délais les plus brefs possible ; (...) à respecter les droits des proches de la victime, y compris leur qualité de partie civile dans l'affaire du décès de M. Gongadzé».)

45. Le 27 février 2001, le PG informa la requérante que des éléments supplémentaires confirmaient que le corps découvert à Tarachtcha était celui de M. Gongadzé. Une enquête sur le meurtre de M. Gongadzé fut ouverte ; la requérante et la mère du défunt s'y virent reconnaître la qualité de partie civile.

46. Le 16 mars 2001, la requérante demanda au procureur général de lui donner accès aux éléments du dossier se rapportant à l'examen médico-légal pratiqué sur le corps. Le 19 mars 2001, le juge d'instruction refusa au motif que cet examen relevait de l'enquête préliminaire et que la requérante ne pourrait bénéficier de pareil accès qu'après la clôture de cette enquête. L'avocat de la requérante contesta en vain ce refus auprès du tribunal du district Petcherski de Kiev.

47. Le 30 mars 2001, la requérante saisit ce tribunal d'une plainte contre les enquêteurs pour faute.



48. Le 26 avril 2001, l'enquêteur procéda à un examen du corps de Tarachtcha en présence de la mère du défunt et de la requérante ainsi que de leurs avocats respectifs. Un examen médico-légal complémentaire et un test d'identification génétique furent pratiqués par des spécialistes américains. L'examen auquel des experts américains et ukrainiens procédèrent conjointement confirma que le corps de Tarachtcha était celui de M. Gongadzé.

49. Le 8 mai 2001, la requérante sollicita l'accès à l'intégralité du dossier. Sa demande fut repoussée, l'enquête préliminaire étant en cours.

50. Le 15 mai 2001, le ministre de l'Intérieur annonça que les deux meurtriers présumés de M. Gongadzé, toxicomanes, étaient décédés et que l'affaire était donc close. Il précisa que le meurtre n'avait pas été prémédité et n'était pas inspiré par des motivations politiques. Le 17 mai 2001, le PG démentit cette déclaration et recommanda au ministre de s'abstenir de divulguer des informations sur l'enquête pénale.

51. Le 18 mai 2001, la requérante invita le PG à confirmer la déclaration du ministre et à lui dire quand elle pourrait avoir accès au dossier. Le même jour, le PG l'informa que l'on avait recueilli de nouveaux éléments importants qu'il fallait étudier plus avant, et qu'il serait donc prématuré de dire que l'enquête préliminaire était arrivée à son terme.

52. Le 22 mai 2001, la requérante invita le PG à faire intervenir des experts du Bureau fédéral américain d'investigation (FBI) dans l'enquête. Elle essuya un refus le 25 mai 2001.

53. Par une lettre du 30 mai 2001, le PG autorisa l'institut médico-légal de Kiev à remettre les restes de M. Gongadzé à ses proches en vue de leur inhumation. Une copie de cette lettre fut délivrée au représentant de la mère du défunt et une autre adressée par courrier électronique à la représentante de la requérante. Le 6 juillet 2001, l'institut médico-légal informa la mère du défunt qu'elle pouvait emporter le corps pour l'inhumer. Toutefois, selon le Gouvernement, le corps se trouve toujours à l'institut médico-légal de Kiev, bien que la décision de l'inhumer incombe exclusivement à la mère du défunt et à la requérante.

54. Le 6 septembre 2001, la représentante de la requérante demanda à avoir accès aux résultats de tous les examens médico-légaux dans cette affaire. Elle chercha aussi à savoir quand l'enquête préliminaire serait close. Le 7 septembre 2001, le PG lui répondit qu'il était encore impossible de le dire.

55. Le 10 septembre 2001, le PG indiqua pour compléter sa réponse que le représentant d'une partie civile avait un droit d'accès aux résultats des examens médico-légaux, mais seulement une fois l'enquête préliminaire terminée. Selon le Gouvernement, le PG nota que la représentante avait eu accès aux résultats des examens médico-légaux et aux tests génétiques dans les limites qu'autorisait la confidentialité de l'enquête.

56. Le 10 octobre 2001, le département de la justice de la ville de Kiev informa la requérante que la plainte qu'elle avait déposée le 30 mars 2001 auprès du tribunal du district Petcherski de Kiev contre les enquêteurs pour faute, n'avait pas été enregistrée et qu'on ne pouvait la retrouver. Le département de la justice conseilla à la requérante de redéposer plainte auprès de ce tribunal.

57. Le 30 octobre 2001, la requérante demanda au PG de lui fournir des informations sur l'examen médico-légal pratiqué par le FBI et les raisons expliquant les conclusions contradictoires des examens médico-légaux pratiqués par les experts russes et allemands. Elle sollicitait un examen supplémentaire qui permettrait de répondre à ses questions.

58. Le même jour, le PG informa la requérante que le dossier ne pouvait lui être divulgué avant la clôture de l'enquête préliminaire, qui interviendrait une fois que l'auteur du crime aurait été découvert.

59. Le 31 octobre 2001, le PG déclara que les examens médico-légaux avaient permis d'établir que le corps découvert à Tarachtcha était celui de M. Gongadzé. Il informa de plus la requérante que les résultats de l'examen pratiqué par les experts allemands ne pouvaient être versés au dossier, les échantillons prélevés aux fins de cet examen ayant été subtilisés par une personne non autorisée, au mépris des procédures établies.

60. Le 13 novembre 2001, le département de la justice de la ville de Kiev informa à nouveau la requérante que la plainte pour faute qu'elle avait déposée auprès du tribunal du district Petcherski de Kiev contre les enquêteurs n'avait pas été enregistrée et ne pouvait être retrouvée. Il conseillait à l'intéressée de redéposer plainte auprès de ce tribunal.

61. Le 3 décembre 2001, la requérante déposa plainte auprès de ce tribunal relativement au refus du PG de lui donner accès aux éléments du dossier se rapportant à l'examen médico-légal du corps.

62. Le 11 février 2002, le tribunal dit ne pouvoir examiner la plainte de la requérante contre le PG avant que l'affaire ne lui eût été déférée. Il décida de joindre la plainte au dossier pour l'examiner à une date ultérieure. Il déclara que le code de procédure pénale ne prévoyait pas d'appel distinct contre les enquêteurs pour refus de donner accès aux éléments du dossier concernant l'examen médico-légal.

63. Le 20 février 2002, le service de l'état civil de Lviv refusa de délivrer un certificat de décès pour M. Gongadzé faute de tout document confirmant la mort.

64. Le 28 mars 2002, la requérante demanda à M. Robert Ménard, secrétaire général de Reporters sans frontières, de la représenter dans l'affaire.

65. Le 22 mai 2002, alors que le mandat à cette fin était en cours de préparation, M. Ménard demanda au PG, au nom de la mère du

défunt qui était partie civile à la cause, à interroger les quatre fonctionnaires de police dont la presse avait dit qu'ils avaient assuré la filature de M. Gongadzé. Il sollicita aussi l'accès aux éléments du dossier concernant les examens médico-légaux, et demanda que des experts étrangers pratiquent un autre examen. Il ne reçut aucune réponse.

66. M. Ménard adressa une autre demande le 10 juin 2002 ; le PG la repoussa le 18 juin 2002 au motif qu'on ne pouvait reconnaître à M. Ménard la qualité de représentant de la partie civile. Le 19 juin 2002, celui-ci invita le PG à revenir sur cette décision.

67. Le 6 juillet 2002, un nouveau procureur général fut élu ; il confirma le 3 septembre 2002 que l'enquête précédente était entachée de nombreuses irrégularités.

68. Le 10 septembre 2002, le procureur général annonça l'ouverture d'une enquête sur la falsification de pièces de procédure à laquelle le procureur et l'enquêteur de la ville de Tarachtcha se seraient livrés.

69. Le 16 septembre 2002, Reporters sans frontières demanda à avoir accès à tous les résultats des examens médico-légaux versés au dossier pour les soumettre à un expert indépendant. L'organisation chercha aussi à connaître l'identité des quatre personnes qui avaient filé M. Gongadzé avant sa disparition.

70. En octobre 2002, un nouvel examen médico-légal eut lieu en Suisse. Le 11 mars 2003, Reporters sans frontières annonça que le dernier test ADN pratiqué avait identifié sans équivoque le corps comme étant celui de M. Gongadzé.

71. En novembre 2002, le procureur du district de Tarachtcha fut arrêté et inculpé de faute dans l'instruction. Le 6 mars 2003, il fut condamné à deux ans et demi d'emprisonnement mais, en vertu d'une loi d'amnistie, le tribunal du district Chevtchenkivski de Kiev le releva de l'obligation de purger sa peine.

72. Le 15 janvier 2003, le président de la commission parlementaire *ad hoc* pour l'affaire Gongadzé annonça que les responsables de la mort de M. Gongadzé appartenaient à la police.

73. Le 17 février 2003, le Parlement chargea le PG d'enquêter sur le rôle que M. Kravtchenko, ministre de l'Intérieur à l'époque de la disparition de M. Gongadzé, avait pu jouer dans la mort du journaliste. Cette demande fut appuyée par cent vingt députés.

74. Le 24 février 2003, le procureur général, M. Piskoun, déclara que les informations mettant en cause de hauts fonctionnaires du ministère de l'Intérieur quant à la mort de M. Gongadzé étaient en cours de vérification.

75. Le 28 février 2003, le procureur général critiqua ouvertement son prédécesseur, M. Potebenko, auquel il reprochait d'avoir fait obstruction à l'enquête sur le meurtre de M. Gongadzé.

76. En mai 2003, un ancien fonctionnaire de police, M. G., fut arrêté et accusé d'avoir mis en place un groupe criminel avec la participation de la police. Il décéda en prison le 1<sup>er</sup> août 2003 dans des circonstances obscures. D'après ses avocats, il avait été frappé et torturé. Son corps a été incinéré le 3 août 2003 sans avoir été autopsié.

77. Le 5 août 2003, les lettres de feu M. G. furent publiées dans les médias. Il y accusait la police et de hauts fonctionnaires d'avoir enlevé et tué M. Gongadzé. Ces lettres ainsi que les documents dont elles s'accompagnaient furent envoyés au PG.

78. Le 9 septembre 2003, le PG confirma que l'écriture des lettres était celle de feu M. G.

79. Le 22 octobre 2003, le général Poukatch, fonctionnaire au ministère de l'Intérieur, fut arrêté car on le soupçonnait d'être mêlé à la disparition de M. Gongadzé. Il fut accusé d'avoir ordonné la destruction d'importants documents dans l'affaire.

80. Le 29 octobre 2003, le président démit le procureur général, M. Piskoun, de ses fonctions.

81. Le 6 novembre 2003, le tribunal de la ville de Kiev relâcha M. Poukatch, celui-ci s'étant engagé à ne pas prendre la fuite.

82. Le 15 août 2005, la requérante fut autorisée à consulter le dossier pénal.

### 3. *Le contexte politique*

83. La requérante relève que depuis 1991 dix-huit journalistes ont été tués en Ukraine.

84. Selon elle, la situation politique qui a émergé après la disparition de son mari témoigne de l'attitude des autorités ukrainiennes en matière de liberté de la presse.

85. Peu après la disparition de M. Gongadzé, le président de l'Ukraine avait promis de mettre tous les moyens en œuvre pour le retrouver. Après une proposition adoptée par le Parlement, le président avait donné pour instruction à trois organes chargés de faire appliquer la loi – le PG, la police et les services de sécurité – de se consacrer à cette affaire.

86. Le 18 septembre 2000, une personne anonyme appela l'ambassade de Géorgie à Kiev pour l'informer que c'était M. K., chef notoire d'un groupe criminel, le ministre de l'Intérieur et un député, M. Volkov, qui étaient responsables de la disparition du journaliste. L'ambassadeur de Géorgie, qui rendit publique la teneur de l'appel téléphonique, fut rappelé en Géorgie plusieurs semaines après. Les autorités ukrainiennes démentirent tout lien entre les deux événements.

87. A la fin de septembre 2000, le Parlement chargea une commission *ad hoc* d'enquêter sur la disparition de M. Gongadzé. Le procureur général refusa de collaborer avec la commission, estimant

inconstitutionnelle la demande qu'elle faisait d'interroger des experts et des fonctionnaires.

88. Le 28 novembre 2000, le président du parti socialiste, M. Moroz, annonça publiquement qu'il existait des bandes magnétiques, enregistrées secrètement dans le bureau du président, qui impliquaient le président Koutchma et d'autres hauts responsables de l'État dans la disparition de M. Gongadzé. L'une des conversations enregistrées, qui se serait déroulée entre le président et le ministre de l'Intérieur, faisait apparaître que le président avait demandé que l'on menaçât M. Gongadzé. Le ministre avait alors proposé de confier cette tâche à certaines personnes qu'il qualifiait de «vrais aigles» capables de tout.

89. Selon la requérante, la qualité des bandes suscitant des doutes, il n'est pas possible d'établir leur authenticité, bien que l'un des laboratoires américains (BEK TEK) l'eût confirmée. Elle se réfère au rapport du 22 janvier 2001 de Reporters sans frontières qui atteste de l'existence de forces spéciales dans la police, et de groupes de fonctionnaires de police à la retraite que la mafia recrute pour commettre des actes de violence dirigés contre des personnalités politiques ou des journalistes.

90. Après la disparition de M. Gongadzé, maints organes de presse ont subi des pressions et ont connu la censure lorsqu'ils couvraient l'affaire.

91. Le 15 septembre 2001, plusieurs milliers de partisans de l'opposition manifestèrent à la mémoire de M. Gongadzé.

#### *4. Le contexte international*

92. L'affaire de la disparition de M. Gongadzé a attiré l'attention de nombreuses organisations internationales. Elle a donné lieu à des analyses ayant pour toile de fond l'absence de liberté des médias en Ukraine, critiquée depuis plusieurs années au niveau international.

93. Le 25 janvier 2001, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (APCE) adopta la Résolution 1239 (2001). Elle s'y est dite «préoccupée par l'intimidation, les agressions répétées et les meurtres dont les journalistes sont victimes en Ukraine et par les fréquents abus de pouvoir des autorités ukrainiennes compétentes en matière de liberté d'expression». Elle a ajouté que les mesures prises pour enquêter sur la disparition de M. Gongadzé «devraient être considérées comme un test pour la liberté d'expression et le fonctionnement de la démocratie parlementaire en Ukraine».

94. L'APCE a réitéré son appel à une enquête prompte et transparente sur tous les cas de violences dirigées contre des journalistes ou le décès de journalistes, particulièrement dans l'affaire Gongadzé, dans sa Recommandation 1497 (2001) du 25 janvier 2001, sa Résolution 1244 (2001) et sa Recommandation 1513 (2001) du 26 avril 2001 et sa Résolution 1262 (2001) du 27 septembre 2001.

95. Des appels similaires furent lancés par l'Union européenne dans une déclaration du 5 février 2001, et par l'Assemblée parlementaire de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE) dans sa résolution de juillet 2001. Cette assemblée décerna aussi le prix du journalisme et de la démocratie 2001 à M. Gongadze à titre posthume.

96. L'affaire de la disparition de M. Gongadze fut rapportée dans les documents de certains organes des Nations unies : le groupe de travail sur les disparitions forcées ou involontaires et le comité des droits de l'homme.

97. Reporters sans frontières mena sa propre enquête sur la disparition de M. Gongadze ; les résultats en furent publiés dans le rapport spécial du 22 janvier 2001 mentionné plus haut. Cette organisation concluait que les autorités d'enquête s'étaient avant tout attachées à prouver l'innocence de hauts responsables de l'Etat.

98. Le 2 juillet 2003, le rapport de M. H.-C. Krüger, Secrétaire général adjoint du Conseil de l'Europe, fut présenté à l'APCE. Les documents qui y étaient joints confirmaient que, avant la nomination d'un nouveau procureur général le 6 juillet 2002, l'enquête n'avait pas été effective bien que par la suite on eût cru à plus d'efficacité. D'après la requérante, l'évolution de l'enquête a démontré que les espoirs qui avaient été ainsi exprimés étaient prématurés.

99. Le 16 septembre 2003, l'Union européenne fit une déclaration dans laquelle elle se disait préoccupée par le fait que l'enquête n'était toujours pas conclue.

100. La question du caractère effectif de l'enquête dans cette affaire fut également soulevée par le Congrès américain et par l'OTAN.

101. Le 13 septembre 2005, plusieurs organisations internationales non gouvernementales publièrent un rapport sur l'état d'avancement de l'enquête sur l'affaire Gongadze. Elles soutenaient que le PG, appuyé par le président, s'était employé à restreindre l'enquête et n'avait pas fait suffisamment d'efforts pour découvrir et poursuivre les instigateurs de l'enlèvement et du meurtre de M. Gongadze. Elles critiquaient également les autorités ukrainiennes pour les graves incidents qui avaient émaillé l'enquête, en particulier :

«– la disparition du général Poukatch ; la fuite de renseignements qui a interrompu les travaux d'organes ukrainiens et israéliens qui se préparaient à le détenir ; l'absence de tout examen public de cet acte de nature éventuellement criminelle ; et l'absence de toute enquête sur la procédure qui avait débouché auparavant sur la libération du général Poukatch et la clôture de l'affaire Poukatch en décembre 2003 ;

– le décès de l'ancien ministre des Affaires étrangères, M. Kravtchenko, qui aurait pu fournir d'importantes informations sur le lien entre les conversations enregistrées par Melnitchenko et le meurtre ; et l'absence de tout examen public de la négligence dont le parquet général aurait pu faire preuve dans le traitement de l'affaire Kravtchenko et quant à la protection dont M. Kravtchenko aurait dû bénéficier en sa qualité de témoin ;

– la non-interrogation de nombreux témoins appartenant au ministère de l'Intérieur qui connaissaient le système de surveillance qui y était assuré; et l'absence d'enquête approfondie sur les liens entre les affaires des « loups garous » et de Hontcharov et l'affaire Gongadzé;

– le fait que l'on n'ait pas résolu les problèmes entourant les bandes Melnitchenko, ce qui aurait permis de les utiliser comme preuves primordiales en justice, et cela essentiellement à cause des erreurs et de l'incurie du parquet général;

(...)»

## **B. Faits complémentaires tels qu'exposés par le Gouvernement**

### *1. L'enquête sur la disparition et le meurtre du mari de la requérante*

102. Le 19 septembre 2000, le parquet du district Petcherski de Kiev ouvrit, en vertu de l'article 94 du code pénal ukrainien, une enquête sur une affaire d'assassinat. Une équipe d'investigation fut chargée de déterminer les circonstances de la disparition. Le groupe comprenait des fonctionnaires du département des enquêtes criminelles et du PG. Il suivit les trois pistes d'enquête suivantes :

i. la disparition avait-elle un rapport avec des problèmes familiaux ?

ii. M. Gongadzé était-il victime d'une infraction pénale sans lien avec sa profession ?

iii. la disparition avait-elle un lien avec les articles critiques de M. Gongadzé publiés dans le journal *Oukraïnska Pravda* qui paraît sur Internet ?

103. Du 19 septembre 2000 au 10 octobre 2000, plusieurs mesures d'instruction furent prises pour identifier les témoins, vérifier les contacts qu'avait eus M. Gongadzé, et définir des localités où faire porter les recherches, etc.

104. Le 2 novembre 2000, le corps d'un homme non identifié fut découvert dans une forêt du district de Tarachtcha. Les autorités de police en furent informées et se rendirent immédiatement sur les lieux. Le 3 novembre 2000, l'équipe d'enquête examina ceux-ci et prépara les pièces de procédure nécessaires. La dépouille fut transférée à la morgue du district de Tarachtcha pour autopsie. Le magistrat du parquet du district de Tarachtcha chargé de l'instruction engagea des poursuites pour assassinat d'une personne non identifiée, en application de l'article 94 du code pénal. Le médecin légiste découvrit des bijoux sur le corps ce jour-là et près du corps dans le sol le lendemain.

105. Le parquet du district Petcherski rechercha si le corps pouvait être celui de M. Gongadzé. Afin de l'aider dans cette tâche, la requérante fut convoquée devant le procureur et invitée à décrire les bijoux que M. Gongadzé aurait pu porter au moment de sa disparition.

106. Le 15 novembre 2000, un groupe de journalistes – proches amis de M. Gongadzé – qui avaient appris par un article de journal l’histoire du corps non identifié, se rendirent à Tarachtcha. Ces journalistes rencontrèrent un médecin légiste, qui leur parla des bijoux retrouvés et leur montra le corps. A la demande des journalistes, il fit une radiographie d’un bras de la dépouille. Elle fit apparaître des plaques de métal qui auraient pu correspondre à une vieille blessure qu’avait eue M. Gongadzé. Les journalistes en conclurent que le corps était celui de leur ami. Le même jour, le procureur de Tarachtcha ordonna et fit effectuer le transfert du corps à la morgue de la ville de Kiev en vue d’examens médico-légaux plus approfondis.

107. Le 7 décembre 2000, le PG joignit les instructions dans l’affaire Gongadzé et celle de Tarachtcha, ainsi que dans une affaire de diffamation dirigée contre de hauts responsables de l’Etat (l’affaire Melnitchenko), afin qu’elles fussent examinées rapidement et de manière exhaustive.

108. Le 13 décembre 2000, la requérante fut interrogée en qualité de partie civile. Elle accepta de fournir des échantillons de son sang et de celui de ses enfants en vue d’examens médico-légaux. Elle insista pour participer à l’identification du corps de Tarachtcha et dit être sûre qu’elle pourrait reconnaître les bijoux de son mari.

109. Le 14 décembre 2000, la requérante refusa de fournir des échantillons sanguins à cause d’un conflit familial. Ce jour-là, elle demanda au PG de faire procéder aux examens médico-légaux dans un pays occidental. Cette demande fut rejetée le 18 décembre 2000.

110. Le 15 décembre 2000, l’enquêteur rapporta au procureur général adjoint que la mère du défunt avait refusé de prendre part à l’identification du corps de Tarachtcha, prévue pour le 18 décembre 2000, parce qu’elle ne se sentait pas bien et souhaitait reporter sa participation tant que les tests d’identification génétique n’auraient pas été menés à bien.

111. Le 18 décembre 2000, la requérante fut convoquée au PG pour participer à l’identification du corps de Tarachtcha et des bijoux. Elle déclara que le corps était très probablement celui de son mari. Elle reconnut les bijoux avec une totale certitude. Le même jour, elle demanda à voir les documents concernant l’inspection qui avait été effectuée sur le lieu des événements et l’examen du corps. Sa demande fut accueillie et une note rédigée en ce sens.

112. Le 20 décembre 2000, le PG reçut de la mère du défunt une lettre dans laquelle l’intéressée déclarait être en proie à l’émotion et ne pas pouvoir venir à Kiev pour l’identification. Elle précisait qu’elle ne pourrait participer à l’identification qu’une fois que le corps aurait été examiné par un médecin légiste indépendant.



113. Le 12 janvier 2001, la requérante et la mère du défunt demandèrent au PG de faire procéder à un autre examen médico-légal avec l'assistance d'experts américains. Elles demandèrent aussi que l'on s'employât à retrouver la tête du corps de Tarachtcha. Leur demande d'un nouvel examen médico-légal fut accueillie; cet examen supplémentaire ainsi qu'un test d'identification génétique furent pratiqués le 22 février 2001 avec l'assistance du FBI et du département américain de la défense. Par contre, la tête ne put être retrouvée.

114. Le 27 février 2001, le PG adressa aux autorités allemandes compétentes une demande d'entraide judiciaire et les invita à lui communiquer les résultats officiels d'un test d'identification génétique qui avait été pratiqué en Allemagne à la demande de M. Holovati, député ukrainien. D'après M. Holovati, les experts allemands avaient conclu que le corps de Tarachtcha n'était pas celui de M. Gongadzé. Toutefois, selon le Gouvernement, ce test n'avait pas d'effet juridique étant donné que ni le test lui-même ni la procédure suivie pour le prélèvement des échantillons de tissus n'étaient conformes à la législation ukrainienne.

115. Le 6 septembre 2001, la représentante de la requérante s'adressa au PG; elle déclara que, d'après les médias, des journalistes s'étaient rendus à Tarachtcha le 15 octobre 2000. Ils avaient examiné le corps à la morgue et en avaient fait des photographies. Elle demanda au PG d'interroger ces journalistes et de verser leurs photographies au dossier pénal. Le 7 septembre 2001, la représentante de la requérante fut informée que les journalistes avaient été identifiés et interrogés comme témoins au cours de l'enquête. On leur avait demandé de remettre leurs photographies, qui seraient versées au dossier.

116. Le 30 octobre 2001, la représentante de la requérante demanda au PG de fixer un délai pour la clôture de l'enquête préliminaire sur le meurtre de M. Gongadzé. Le PG répondit que cela n'était pas possible tant que le meurtrier n'avait pas été identifié.

117. Le même jour, la représentante de la requérante demanda un examen médico-légal supplémentaire afin que l'on recherchât notamment :

i. si la radiographie de la main du corps qui avait été faite à Tarachtcha et remise aux journalistes correspondait aux radiographies prises du vivant de M. Gongadzé, et à celles prises par le FBI le 27 avril 2001 ;

ii. si les analyses du FBI révélaient la présence de traces de balles qui correspondaient aux blessures dont on savait que feu le journaliste avait subies antérieurement ; et

iii. si l'identification des cheveux et l'analyse ADN confirmaient l'identité du corps.

118. Le 31 octobre 2001, le PG refusa d'autoriser un examen complémentaire, le corps de Tarachtcha étant sans aucun doute celui de M. Gongadzé et les experts ukrainiens et américains ayant, au cours des

examens auxquels ils avaient procédé, déjà répondu aux questions de la requérante.

119. Le 11 juin 2002, la représentante de la requérante demanda à avoir accès à la décision ordonnant un nouvel examen médico-légal, dont on disait qu'il serait pratiqué par des experts allemands. Elle demanda en outre à pouvoir poser des questions à ces experts. Dans sa demande, elle se référait aux déclarations prétendues des enquêteurs, que les médias avaient diffusées, à propos de ce nouvel examen.

120. Le 21 juin 2002, le PG rejeta la requête. La représentante de la requérante fut informée qu'elle pourrait étudier le dossier une fois l'enquête préliminaire terminée et que le procureur général adjoint n'avait fait aucune déclaration aux médias sur un nouvel examen qui serait pratiqué par des experts allemands.

121. Le 17 juillet 2002, le procureur général récemment nommé chargea une autre équipe d'investigation de l'affaire Gongadze.

122. Les 26 et 30 juillet 2002, la nouvelle équipe procéda à deux examens supplémentaires des lieux où le corps avait été trouvé, avec l'assistance de médecins légistes. Elle préleva des échantillons du sol, procéda à une fouille approfondie et emporta plusieurs objets à des fins d'analyse.

123. Le 9 août 2002, un nouvel examen du corps de Tarachtcha fut pratiqué et des échantillons prélevés en vue d'examen médico-légaux. Ceux-ci devaient permettre d'établir avec plus de précision l'heure à laquelle M. Gongadze avait pu trouver la mort.

124. Le 3 septembre 2002, la mère du défunt se vit remettre les documents nécessaires à l'inhumation des restes de M. Gongadze.

125. Le 24 septembre 2002, le PG adressa une lettre au directeur du FBI lui demandant de prêter l'assistance de ses services aux spécialistes ukrainiens dans l'instruction de l'affaire.

126. En septembre et octobre 2002, M. Robert Ménard, secrétaire général de Reporters sans frontières, se rendit par deux fois à Kiev en qualité de mandataire de la mère du défunt dans l'affaire pénale. Il rencontra le procureur général et eut accès aux résultats des examens médico-légaux qui avaient été pratiqués. En outre, des échantillons furent prélevés en vue d'un examen médico-légal complémentaire, qui fut effectué à Lausanne (Suisse) du 20 au 25 janvier 2003.

127. Le 14 janvier 2005, le PG engagea des poursuites contre le général Poukatch pour abus de pouvoir. Il joignit cette affaire à celle de M. Gongadze.

128. Le 24 janvier 2005, le tribunal du district Petcherski de Kiev ordonna l'arrestation et le placement en détention de M. Poukatch. Le service de sécurité et le ministère de l'Intérieur eurent ordre de trouver celui-ci, mais ils échouèrent.

129. Au cours de l'enquête, il fut établi que certains fonctionnaires du département des enquêtes criminelles, dirigé précédemment par M. Poukatch, avaient soumis M. Gongadzé à une surveillance illégale de juillet 2000 au jour de sa disparition, en septembre 2000. Il fut également établi qu'en 2003 tous les documents se rapportant à cette surveillance illégale avaient été détruits.

130. Le 28 février 2005, le PG ouvrit des poursuites contre les fonctionnaires de police K. et Pr., ainsi que contre M. Poukatch, pour l'assassinat de M. Gongadzé. Le même jour, M. K. et M. Pr. furent arrêtés.

131. Le 3 mars 2005, le tribunal du district Petcherski plaça M. K. et M. Pr. en garde à vue.

132. Le 5 mars 2005, M. K. et M. Pr. furent officiellement accusés d'assassinat. Ils avouèrent y être mêlés. Le même jour, M. K. fut démis de ses fonctions de chef d'unité au service du renseignement du ministère de l'Intérieur.

133. Le 5 mars 2005, il fut aussi décidé d'émettre un acte d'accusation à l'encontre de M. Poukatch, mais celui-ci ne put être retrouvé.

134. Le 17 mars 2005, l'enquête établit qu'une quatrième personne, M. P., était impliquée dans la disparition et l'assassinat de M. Gongadzé. M. P. fut interrogé et il admit son rôle dans ce crime. Le même jour, il fut relevé de ses fonctions de haut fonctionnaire au service du renseignement du ministère de l'Intérieur.

135. Ces trois accusés participèrent à une reconstitution du crime sur les lieux. D'autres fonctionnaires de police qui avaient assuré la filature de M. Gongadzé avant sa disparition furent interrogés.

136. Certains objets appartenant au journaliste furent découverts et présentés à ses proches à des fins d'identification.

137. Dans le cadre de l'enquête furent pratiqués plusieurs autres examens médico-légaux du corps; les bandes magnétiques de M. Melnitchenko furent écoutées et plusieurs autres questions furent étudiées.

## *2. Le contexte politique*

138. Le 11 décembre 2000, le PG reçut une cassette vidéo contenant des déclarations que M. Melnitchenko avait faites en présence de plusieurs députés ukrainiens. Ces propos concernaient la participation du président ukrainien et de nombreux autres hauts responsables de l'Etat à des ordres illégaux. M. Melnitchenko affirmait avoir enregistré sur bandes magnétiques des conversations mettant en cause les intéressés; il avait placé à cette fin un enregistreur numérique sous le canapé se trouvant dans le bureau du président ukrainien.

139. Le 13 décembre 2000, M. Moroz, député ukrainien, adressa au PG une demande à laquelle était jointe une copie de la plainte déposée par

M. Melnitchenko le 16 novembre 2000 ainsi que les déclarations enregistrées sur cassette vidéo renfermant des accusations selon lesquelles de hauts responsables de l'Etat étaient impliqués dans la disparition de M. Gongadzé. Un examen des bandes magnétiques fut ordonné mais il ne permit pas d'en établir l'authenticité. (Selon la requérante, un laboratoire américain a confirmé l'authenticité de ces bandes.)

140. Le 15 décembre 2000, le PG demanda à Interpol de retrouver M. Melnitchenko.

141. Le 16 septembre 2002, le PG demanda l'assistance du département américain de la Justice en vue de l'interrogatoire de M. Melnitchenko en qualité de témoin dans l'affaire Gongadzé.

142. M. Melnitchenko refusa de fournir au PG ses bandes et son matériel d'enregistrement, mais il accepta de répondre par écrit aux questions du PG, ce qu'il n'avait pas encore fait au moment où le Gouvernement déposa ses observations devant la Cour. Selon la requérante, le manque de coopération implicite de M. Melnitchenko tient à ce que celui-ci craint avec raison d'être poursuivi par les autorités ukrainiennes.

### **C. Evénements récents**

143. Après son élection comme président de l'Ukraine le 26 décembre 2004, M. Victor Iouchtchenko s'engagea à rouvrir l'enquête sur l'affaire Gongadzé. La presse rapporta le 2 mars 2005 que le procureur général avait annoncé l'arrestation de trois fonctionnaires des services de sécurité – un général et deux colonels – dans le cadre de la présente affaire. Le 4 mars 2005, on annonça la mort, prétendument par suicide, de Iouri Kravtchenko, le ministre de l'Intérieur de l'époque, mentionné plus haut. Il devait être interrogé par le PG ce matin-là.

144. Le PG a indiqué récemment que l'enquête criminelle était close et que l'affaire allait passer en jugement. Les parties civiles avaient eu accès au dossier. Elles ont déclaré que le dernier examen médico-légal pratiqué en septembre 2005 par des experts allemands avait confirmé que le corps de Tarachtcha était celui de M. Gongadzé.

145. Le 15 septembre 2005, M. Tourtchinov, qui avait été démis de ses fonctions de chef du service de sécurité, informa les journalistes que ce service avait commencé à préparer l'arrestation en Israël du général Poukatch et son extradition, mais que cette opération avait échoué à la suite d'une fuite émanant du PG. Il déclara que les résultats provisoires des examens de laboratoire pratiqués sur les bandes de Melnitchenko n'avaient fait apparaître aucune falsification et avaient permis d'identifier les personnes dont les voix avaient été ainsi enregistrées.

146. Le 20 septembre 2005, le président du Parlement ukrainien examina le rapport de la commission parlementaire *ad hoc* chargée d'enquêter sur le meurtre de M. Gongadzé. La conclusion de ce rapport était que l'enlèvement et le meurtre de M. Gongadzé avaient été organisés par l'ancien président Koutchma et le défunt ministre de l'Intérieur, M. Kravtchenko. Il était indiqué dans le rapport que le chef de l'Administration présidentielle de l'époque et le président en exercice du Parlement, M. Litvine, ainsi que le chef du service de sécurité de l'époque et un député en exercice, M. L. Derkatch, étaient impliqués dans ces crimes. Il était noté enfin que, une fois qu'il avait été informé de ces crimes et des noms des suspects, le PG n'avait pris aucune mesure et qu'il n'avait nullement réagi aux conclusions de la commission *ad hoc*.

## II. LE DROIT INTERNE PERTINENT

147. Les dispositions pertinentes de la Constitution ukrainienne sont ainsi libellées :

### **Article 3**

«L'être humain, sa vie et sa santé, son honneur et sa dignité, son inviolabilité et sa sûreté sont reconnus en Ukraine comme étant de la plus haute valeur sociale. (...)»

### **Article 27**

«Toute personne a un droit inaliénable à la vie.

Nul ne peut être privé arbitrairement de la vie. L'Etat a le devoir de protéger la vie humaine. (...)»

### **Article 28**

«Toute personne a droit au respect de sa dignité.

Nul ne peut être soumis à la torture, à des traitements cruels, inhumains ou dégradants ou à des peines qui portent atteinte à sa dignité. (...)»

148. Les dispositions pertinentes du code de procédure pénale énoncent :

### **Article 28**

#### **Constitution de partie civile dans une affaire pénale**

«Quiconque a subi un dommage matériel résultant d'un crime ou d'un délit peut demander à se constituer partie civile (...). Le tribunal examinera sa demande en même temps que l'affaire pénale (...)»

**Article 49**  
**Partie lésée**

«Quiconque a subi un dommage résultant d'un crime ou d'un délit peut se voir reconnaître la qualité de partie lésée. (...)

Un citoyen qui s'est vu reconnaître la qualité de partie lésée à la suite d'un crime ou d'un délit peut être autorisé à témoigner. Une partie lésée, ou son représentant, peut formuler des demandes; examiner toutes les pièces versées au dossier une fois l'enquête préliminaire clôturée; (...) et déposer plainte contre les actes accomplis par l'enquêteur, le magistrat instructeur, le procureur et le tribunal (...)

Dans le cas où l'infraction a causé la mort de la victime, les droits prévus par le présent article sont dévolus aux proches parents du défunt.»

**Article 94**  
**Motifs d'une action pénale**

«Une action pénale est engagée:

1. sur plainte ou sur communication émanant de (...) particuliers;

(...)

5. en cas d'indices d'infraction découverts directement par un organe d'enquête ou d'instruction, un procureur ou un tribunal.

Une action ne peut être engagée que s'il existe des éléments suffisants démontrant qu'un crime ou un délit a été commis.»

149. Les dispositions pertinentes de la loi sur le service des poursuites, dans sa version de 1995, étaient ainsi libellées :

**Article 5**  
**Principales fonctions du service des poursuites**

«Le service des poursuites a pour principales fonctions:

(...)

2. de veiller au respect de la loi par les organes qui combattent les crimes et les autres infractions et enquêtent sur les circonstances indiquant qu'un crime ou un délit a été commis;

3. d'enquêter sur les circonstances indiquant qu'un crime ou un délit a été commis; (...)

## EN DROIT

### I. SUR L'EXCEPTION PRÉLIMINAIRE SOULEVÉE PAR LE GOUVERNEMENT

150. Le Gouvernement considère que les griefs formulés par la requérante sur le terrain des articles 2 et 3 de la Convention relativement au manquement allégué de l'Etat à protéger la vie de son

mari, et quant à la situation de désarroi et d'incertitude dans laquelle elle se trouve, ont été portés devant la Cour après expiration du délai de six mois prévu par l'article 35 § 1 de la Convention.

151. Le refus du PG d'examiner la plainte de feu le mari de la requérante, qui alléguait que sa vie avait été menacée, aurait été communiqué à M. Gongadzé le 1<sup>er</sup> septembre 2000, soit plus de six mois avant la saisine de la Cour.

152. La procédure pénale se rapportant au meurtre du mari de la requérante aurait débuté le 27 février 2001, et la requérante se serait vu reconnaître la qualité de partie civile à cette procédure. L'intéressée aurait dû formuler son grief sur le terrain de l'article 2 dans les six mois qui ont suivi cette date, ce qu'elle n'aurait pas fait.

153. Le grief de la requérante sur le terrain de l'article 3 concernant l'atmosphère de crainte et d'incertitude dans laquelle l'intéressée évoluerait devrait lui aussi être rejeté pour tardiveté. Depuis que l'intéressée a été reconnue partie civile à la procédure pénale, elle ne pourrait plus prétendre se trouver dans l'incertitude car le corps découvert à Tarachtcha aurait été identifié avec une forte probabilité comme étant celui de son mari, et des poursuites pénales pour meurtre auraient été engagées.

154. La requérante dit avoir cherché à user des voies de recours internes disponibles, mais en vain. Le délai de six mois serait invoqué à mauvais escient dans les circonstances de la cause.

155. La Cour considère que là où aucun recours interne n'est disponible pour dénoncer un acte supposé violer la Convention, le délai de six mois prévu à l'article 35 § 1 de la Convention commence en principe à courir le jour où l'acte incriminé a été accompli, ou le jour auquel un requérant a eu à pâtir directement de cet acte, en a pris connaissance ou aurait pu en prendre connaissance. Toutefois, des considérations spéciales pourraient trouver à s'appliquer dans des cas exceptionnels où des requérants auraient d'abord exercé un recours interne et auraient pris conscience ultérieurement ou auraient dû prendre conscience ultérieurement des circonstances rendant ce recours inefficace. En pareil cas, la période de six mois pourrait se calculer à compter du moment où le requérant a pris conscience ou aurait dû prendre conscience de ces circonstances (*Aydın c. Turquie* (déc.), n<sup>os</sup> 28293/95, 29494/95 et 30219/96, CEDH 2000-III).

156. La Cour note que le Gouvernement invoque l'existence et le caractère effectif de la voie de recours que constitue la procédure pénale, en cas de disparition ou de meurtre, pour le grief que la requérante tire de l'article 13 de la Convention. La requérante s'est prévaluée de ce recours mais, au vu des retards et des lacunes de la procédure, elle a saisi la Cour deux ans après la disparition de son mari alors que la procédure pénale se trouvait toujours pendante.

157. La Cour observe que la requérante peut valablement prétendre manquer de confiance dans les renseignements que l'enquête a mis au jour, compte tenu des déclarations contradictoires qui ont été formulées tout au long de la procédure, ce qui a selon elle contribué à l'état d'incertitude qu'elle dénonce. Cette allégation d'incertitude est étayée par le fait que la dernière identification du corps a eu lieu en septembre 2005.

158. Partant, la Cour conclut que la requête a été introduite dans les délais, vu les circonstances exceptionnelles de l'affaire, et elle rejette donc l'exception préliminaire du Gouvernement.

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

### A. Sur le manquement allégué au devoir de protéger le droit à la vie

#### 1. *Les thèses défendues par les parties*

159. Se plaçant sur le terrain de l'article 2 de la Convention, la requérante allègue que la mort de son mari résulte d'une disparition forcée et que les autorités de l'Etat n'ont pas protégé la vie de M. Gongadzé. Le passage pertinent de l'article 2 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. »

160. Le Gouvernement a d'abord soutenu que les enregistrements sur bandes magnétiques que M. Melnitchenko avait effectués constituent le seul élément reliant le meurtre de M. Gongadzé aux autorités de l'Etat. Il n'existerait aucune preuve « au-delà de tout doute raisonnable » que l'Etat fût responsable d'un manquement au droit à la vie de l'époux de la requérante. Le Gouvernement aurait toutefois par la suite informé la Cour de l'arrestation de plusieurs fonctionnaires de police qui auraient avoué avoir participé à la surveillance, à l'enlèvement et à l'assassinat de M. Gongadzé.

161. La requérante dit qu'à l'époque où elle a saisi la Cour elle n'était pas certaine du sort qui avait été réservé à son époux ni de l'identité du corps découvert à Tarachtcha. Elle aurait donc fondé sa plainte sur la disparition de M. Gongadzé. Si elle ne soutient plus que son mari a disparu, elle allègue qu'il a été tué au mépris de l'article 2 de la Convention.

162. D'après l'intéressée, les bandes enregistrées par M. Melnitchenko, dont les experts du FBI ont confirmé l'authenticité, ne constituent pas le seul élément reliant les autorités de l'Etat à l'assassinat de M. Gongadzé. La négligence coupable dont les représentants de la loi auraient fait preuve



dans la conduite de l'enquête pourrait aussi, d'après l'intéressée, être tenue pour un élément constitutif de violation.

163. Au départ, la requérante concluait que les faits de la cause montraient clairement que l'Etat était mêlé à l'assassinat de son époux ou, du moins, qu'il y avait des raisons plausibles de le soupçonner d'y être mêlé. Elle a soutenu récemment que les dernières informations fournies par le Gouvernement confirment que des agents de l'Etat ont été directement impliqués dans l'assassinat de son mari, mais que l'enquête semble circonscrire l'affaire à la poursuite des auteurs directs du crime, et ne pas englober ceux qui ont commandité celui-ci et l'ont organisé.

## 2. *L'appréciation de la Cour*

164. La Cour rappelle que la première phrase de l'article 2 § 1 astreint l'Etat non seulement à s'abstenir de provoquer la mort de manière volontaire et illégale, mais aussi à prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de sa juridiction. L'obligation de l'Etat à cet égard implique 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 en prévenir, réprimer et sanctionner les violations. Cette disposition comporte également dans certaines circonstances définies l'obligation positive pour les Etats de prendre préventivement des mesures d'ordre pratique pour protéger l'individu dont la vie est menacée par les agissements criminels d'autrui.

165. Eu égard aux difficultés qu'a la police à exercer ses fonctions dans les sociétés contemporaines, à l'imprévisibilité du comportement humain et aux choix opérationnels à faire en termes de priorités et de ressources, il faut interpréter l'obligation positive de manière à ne pas imposer aux autorités un fardeau insupportable ou excessif. Dès lors, toute menace alléguée contre la vie n'oblige pas les autorités, au regard de la Convention, à prendre des mesures concrètes pour en prévenir la réalisation. Pour qu'il y ait une obligation positive, il doit être établi que les autorités savaient ou auraient dû savoir sur le moment qu'un ou plusieurs individus étaient menacés de manière réelle et immédiate dans leur vie du fait des actes criminels d'un tiers, et qu'elles n'ont pas pris, dans le cadre de leurs pouvoirs, les mesures qui, d'un point de vue raisonnable, auraient sans doute pallié ce risque (*Kılıç c. Turquie*, n° 22492/93, §§ 62-63, CEDH 2000-III).

166. Les éléments qui sont apparus récemment dans la présente affaire démontrent qu'en toute probabilité des fonctionnaires de police ont été mêlés à la disparition et à l'assassinat de M. Gongadzé. Il faut donc rechercher si les autorités ont failli à leur obligation positive de mettre M. Gongadzé à l'abri d'un risque connu pour sa vie.

167. La Cour note d'abord qu'en l'espèce, dans sa lettre ouverte du 14 juillet 2000 au procureur général, le mari de la requérante avait signalé plusieurs faits relatifs à l'interrogatoire auquel des officiers de police avaient soumis ses proches et des collègues à son sujet ainsi que la surveillance que des inconnus exerçaient sur lui. Il demandait une enquête sur ces faits et la mise en place de mesures de protection.

168. Deuxièmement, les autorités, au premier rang desquelles les procureurs, auraient dû avoir conscience de la position de vulnérabilité dans laquelle se mettait un journaliste qui rendait compte de sujets politiquement sensibles par rapport aux personnes au pouvoir à l'époque (comme en témoigne le fait que depuis 1991 dix-huit journalistes aient trouvé la mort en Ukraine – paragraphe 83 ci-dessus).

169. En troisième lieu, la Cour relève qu'en vertu des pouvoirs que lui confère le droit interne, le PG est en droit et a le devoir de surveiller les activités de la police et d'enquêter sur la légalité des mesures prises par elle. Bien que M. Gongadzé eût clairement indiqué dans sa lettre que des représentants de l'ordre lui manifestaient un intérêt inexplicable, le PG a donné une réponse non seulement de pure forme, mais témoignant aussi d'une négligence flagrante (paragraphe 12 ci-dessus). Quinze jours plus tard, le mari de la requérante disparaissait.

170. La Cour considère que ces plaintes, formulées par feu M. Gongadzé, puis les événements ayant fait apparaître que des fonctionnaires de l'Etat avaient pu être impliqués dans sa disparition et sa mort, ont été négligés ou simplement niés pendant un laps de temps considérable sans enquête adéquate. L'information diffusée publiquement selon laquelle la police pouvait être impliquée dans la disparition n'a suscité aucune réaction (paragraphe 41 ci-dessus). La circonstance que les auteurs présumés, dont deux étaient des fonctionnaires de police en activité, aient été identifiés et accusés de l'enlèvement et du meurtre du journaliste seulement quelques jours après le changement survenu à la tête du pays suscite de sérieux doutes quant à une volonté véritable des autorités sous le gouvernement précédent d'instruire l'affaire de manière approfondie.

171. Eu égard à ce qui précède, la Cour estime qu'il y a eu violation de l'article 2 de la Convention sous son volet matériel.

## **B. Absence d'enquête sur l'affaire**

### *1. Les thèses défendues par les parties*

172. La requérante allègue ensuite que l'Etat n'a pas instruit l'affaire d'une manière cohérente et effective; elle y voit un manquement aux exigences procédurales de l'article 2 de la Convention.

173. Le Gouvernement soutient que les retards de l'enquête s'expliquent par des raisons objectives. Le PG ayant procédé à maints actes d'instruction, l'enquête aurait été suffisamment effective.

174. La requérante marque son désaccord. Selon elle, le nombre des mesures d'instruction ne saurait à lui seul être déterminant. Le fait que deux représentants de l'ordre aient été condamnés pour faute dans le cadre de l'enquête serait une preuve patente du caractère inefficace de celle-ci. D'ailleurs, si l'instruction avait quelque peu progressé en 2003, la procédure aurait été à nouveau freinée après que M. Piskoun eut été démis de ses fonctions de procureur général. Ces circonstances démontreraient que l'Etat a manqué à son obligation de mener une enquête effective sur le meurtre de M. Gongadzé.

## 2. L'appréciation de la Cour

175. L'obligation de protéger le droit à la vie qu'impose l'article 2 de la Convention, combinée avec le devoir général incombant à l'Etat en vertu de l'article 1 de «reconn[ître] à toute personne relevant de [sa] juridiction les droits et libertés définis [dans] la (...) Convention», implique et exige également de mener une forme d'enquête officielle et effective lorsque le recours à la force a entraîné mort d'homme (voir, *mutatis mutandis*, *Kaya c. Turquie*, arrêt du 19 février 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-I, p. 324, § 86). Il s'agit essentiellement, au travers d'une telle enquête, d'assurer l'application effective des lois internes qui protègent le droit à la vie et, dans les affaires où des agents ou des organes de l'Etat sont impliqués, de garantir l'obligation que ceux-ci aient à rendre des comptes au sujet des décès survenus sous leur responsabilité. Quant à savoir quelle forme d'enquête est de nature à permettre la réalisation de ces objectifs, cela peut varier selon les circonstances. Toutefois, quelles que soient les modalités retenues, les autorités doivent agir d'office dès que la question est signalée à leur attention. Elles ne sauraient laisser à l'initiative des proches de la victime le dépôt d'une plainte formelle ou la responsabilité d'engager une procédure d'enquête (voir par exemple, *mutatis mutandis*, *İlhan c. Turquie* [GC], n° 22277/93, § 63, CEDH 2000-VII).

176. Pour qu'une enquête sur une allégation d'homicide illégal commis par des agents de l'Etat soit effective, on estime généralement nécessaire que les personnes qui en sont chargées soient indépendantes des personnes impliquées (voir, par exemple, les arrêts *Güleç c. Turquie*, du 27 juillet 1998, *Recueil* 1998-IV, p. 1733, §§ 81-82, et *Oğur c. Turquie* [GC], n° 21594/93, §§ 91-92, CEDH 1999-III). L'enquête doit également être effective en ce sens qu'elle doit permettre de déterminer si le recours à la force était justifié ou non dans les circonstances (voir, par exemple, *Kaya*, précité, p. 324, § 87) et d'identifier et de sanctionner les responsables (*Oğur*,

précité, § 88). Il s'agit là d'une obligation non de résultat, mais de moyens. Les autorités doivent avoir pris toutes les mesures que l'on pouvait raisonnablement attendre d'elles pour rassembler les éléments de preuve concernant les faits en question. Si l'enquête présente des lacunes qui affaiblissent sa capacité à établir la cause du décès ou les responsables, qu'il s'agisse des auteurs directs du crime ou de ceux qui l'ont commandité ou organisé, elle risque de ne pas répondre à cette norme.

177. Une exigence de célérité et de diligence raisonnable est implicite dans ce contexte (*Yaşa c. Turquie*, arrêt du 2 septembre 1998, *Recueil* 1998-VI, pp. 2439-2440, §§ 102-104; *Çakıcı c. Turquie* [GC], n° 23657/94, §§ 80, 87 et 106, CEDH 1999-IV). Force est d'admettre qu'il peut y avoir des obstacles ou des difficultés empêchant l'enquête de progresser dans une situation particulière. Une réponse rapide des autorités, lorsqu'il s'agit d'enquêter sur le recours à la force meurtrière ou sur une disparition, peut généralement être regardée comme essentielle pour préserver la confiance du public dans le principe de légalité et pour éviter toute apparence de complicité ou de tolérance relativement à des actes illégaux (voir, par exemple, *McKerr c. Royaume-Uni*, n° 28883/95, §§ 108-115, CEDH 2001-III, et *Aydın c. Turquie*, n° 25657/94, §§ 390-395, CEDH 2001-VII).

178. La Cour observe que, selon la requérante, l'enquête sur la disparition de son mari a accusé une série de retards et de lacunes. Les autorités internes ont reconnu à plusieurs reprises certaines de celles-ci.

179. La Cour estime que les faits de la présente cause montrent que pendant l'enquête, jusqu'en décembre 2004, les autorités de l'Etat se sont davantage attachées à prouver la non-implication de hauts responsables de l'Etat dans l'affaire qu'à découvrir la vérité sur les circonstances de la disparition et de la mort de l'époux de la requérante.

180. Dès lors, la Cour conclut qu'il y a eu violation de l'article 2 de la Convention sous son volet procédural.

### III. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 3 DE LA CONVENTION

#### 1. *Les thèses défendues par les parties*

181. La requérante soutient que la situation de crainte et d'incertitude dans laquelle elle s'est trouvée et les informations incomplètes et contradictoires fournies au cours de l'enquête l'ont contrainte à quitter le pays et ont été pour elle sources de souffrance. Elle dénonce une violation de l'article 3 de la Convention, ainsi libellé :

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

182. Selon l'intéressée, les déclarations contradictoires sur l'identité du corps de Tarachtcha et l'attitude des autorités d'instruction à son égard comme à celui de la mère du défunt ont engendré une situation de crainte et d'incertitude. Ce serait seulement en mars 2003 que l'intéressée aurait été convaincue que le corps découvert à Tarachtcha était celui de son mari (paragraphe 70 ci-dessus). Les événements survenus ultérieurement au cours de l'enquête, à savoir le décès de M. G., ancien fonctionnaire de police et peut-être témoin dans l'affaire Gongadzé, et la libération du général Poukatch, qui avait été soupçonné d'avoir organisé la surveillance de son mari, l'aurait fait désespérer que l'enquête aboutisse jamais.

183. Le Gouvernement admet que l'assassinat de son mari a été source de souffrance pour la requérante, mais il dément que la conduite de telle ou telle autorité de l'Etat ait emporté violation de l'article 3 de la Convention.

## 2. *L'appréciation de la Cour*

184. La Cour rappelle que l'article 3 a déjà été invoqué dans plusieurs affaires semblables dirigées contre la Turquie dans lesquelles des requérants alléguaient avoir subi un traitement inhumain et dégradant à cause du décès ou de la disparition d'un proche. La question de savoir si le proche d'un «disparu» est victime d'un traitement contraire à l'article 3 dépend de l'existence de facteurs particuliers conférant à la souffrance de l'intéressé une dimension et un caractère distincts du désarroi affectif que l'on peut considérer comme inévitable pour les proches parents d'une personne victime de violations graves des droits de l'homme. Parmi ces facteurs figureront la proximité de la parenté, les circonstances particulières de la relation, la mesure dans laquelle le parent a été témoin des événements en question, la participation du parent aux tentatives d'obtention de renseignements sur le disparu, et la manière dont les autorités ont réagi à ces demandes (*Orhan c. Turquie*, n° 25656/94, § 358, 18 juin 2002).

185. En l'espèce, la Cour note que le mari de la requérante a disparu en septembre 2000 et que, selon l'intéressée, c'est seulement en mars 2003 qu'elle a reçu des informations convaincantes d'après lesquelles le corps décapité retrouvé à Tarachtcha en novembre 2000 était celui de son mari. Dans l'intervalle, les autorités lui avaient fait de nombreuses déclarations contradictoires sur le sort de son mari. En particulier, en décembre 2000 le procureur général avait annoncé que le corps de Tarachtcha n'était pas celui de M. Gongadzé; le 10 janvier 2001, il a déclaré publiquement qu'il était fortement probable que le corps fût celui de M. Gongadzé et annoncé en même temps que des témoins avaient vu M. Gongadzé vivant après sa disparition; trois

jours plus tard, le PG informa la requérante qu'il n'existait aucune preuve que le corps fût celui de M. Gongadzé, et, une quinzaine de jours plus tard, la requérante se vit reconnaître la qualité de partie civile parce qu'il existait des éléments suffisants permettant de croire que le corps de Tarachtcha était celui de son mari. Cette situation d'incertitude a perduré, avec ce résultat que, si elles émettaient des doutes quant à l'identité du corps de Tarachtcha, et donc quant au sort du mari de la requérante, les autorités de l'Etat se sont, dans le même temps, invariablement refusées à accorder à la requérante accès aux éléments pertinents du dossier. C'est seulement en août 2005 que l'intéressée a obtenu cet accès. En septembre 2005, le PG annonça que la dernière analyse ADN en date, effectuée en Allemagne, prouvait que le corps découvert à Tarachtcha était celui du mari de la requérante.

186. La Cour estime que l'attitude des autorités d'enquête envers la requérante et sa famille ont assurément causé à l'intéressée de graves souffrances qui s'analysent en un traitement dégradant contraire à l'article 3 de la Convention. Elle conclut dès lors à la violation de cette disposition.

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

187. La requérante dénonce l'absence de recours effectifs et invoque l'article 13 de la Convention, ainsi libellé :

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

##### *1. Les thèses défendues par les parties*

188. Le Gouvernement indique que le code de procédure pénale donne à une partie lésée la possibilité d'engager une action civile en réparation du dommage matériel et moral causé par une infraction, mais que la requérante ne s'en est pas prévaluée. En outre, l'enquête sur la mort de M. Gongadzé aurait revêtu un caractère suffisamment effectif. Le code de procédure pénale accorde à une partie lésée le droit de se porter partie civile à la procédure pénale, faculté dont la requérante aurait usé. Pour autant que le grief repose sur le refus d'accorder un plein accès au dossier pénal, cette restriction se justifierait par le souci de préserver la confidentialité et le caractère effectif de l'enquête.

189. La requérante marque son désaccord et maintient qu'elle ne disposait d'aucun recours effectif quant aux griefs qu'elle tire des articles 2 et 3 de la Convention.

## 2. *L'appréciation de la Cour*

190. La Cour rappelle que l'article 13 garantit l'existence en droit interne d'un recours permettant de s'y prévaloir des droits et libertés de la Convention, tels qu'ils peuvent s'y trouver consacrés. Cette disposition a donc pour conséquence d'exiger un recours interne habilitant l'instance nationale compétente à connaître du contenu d'un grief défendable fondé sur la Convention et à offrir le redressement approprié, même si les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation quant à la manière de se conformer aux obligations que leur fait cette disposition. La portée de l'obligation résultant de l'article 13 varie en fonction de la nature du grief que le requérant fonde sur la Convention. Toutefois, le recours exigé par l'article 13 doit être «effectif» en pratique comme en droit. En particulier, les actes ou omissions des autorités de l'Etat défendeur ne peuvent pas en entraver indûment l'exercice.

191. Eu égard à l'importance fondamentale du droit à la protection de la vie, l'article 13 implique, outre le versement d'une indemnité là où il convient, des investigations approfondies et effectives propres à conduire à l'identification et à la punition des responsables et comportant un accès effectif du plaignant à la procédure d'enquête (*Kılıç*, précité, § 91).

192. En l'espèce, il n'est pas contesté que les autorités avaient l'obligation de mener une enquête effective sur les circonstances du meurtre du mari de la requérante. Pour les raisons exposées ci-dessus (paragraphe 166-170, 178-179 et 185), on peut dire que pendant plus de quatre ans aucune enquête pénale effective n'a été conduite conformément à l'article 13, dont les exigences vont plus loin que l'obligation de mener une enquête imposée par l'article 2. Dès lors, la Cour conclut que la requérante n'a pas disposé d'un recours effectif relativement à la mort de son mari.

193. Par ailleurs, en ce qui concerne la voie de réparation à laquelle le Gouvernement fait référence, la Cour observe qu'une demande en réparation pour dommage d'origine criminelle peut être introduite en vertu du code de procédure pénale. Toutefois, pareille action doit être dirigée contre une personne ou des personnes déterminées. Cette voie de recours devient inopérante si l'auteur de l'infraction n'est pas identifié ou poursuivi. L'absence d'issue à la procédure pénale principale a donc aussi empêché la requérante d'user de manière effective de cette voie de recours, puisqu'en pratique une action civile en réparation n'aurait été examinée qu'une fois les faits établis de manière définitive dans le cadre de la procédure pénale en cours.

194. Partant, il y a eu violation de l'article 13 de la Convention.

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

195. 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

196. La requérante réclame une somme globale de 100 000 euros pour dommage matériel et moral ainsi que pour frais et dépens.

197. Le Gouvernement relève que cette demande n'est étayée par aucune pièce justificative, mais il s'en remet à la sagesse de la Cour pour la question de la satisfaction équitable.

198. La Cour a constaté que le manquement des autorités à protéger la vie du mari de la requérante et l'enquête inefficace menée sur la mort de celui-ci avaient emporté violation des articles 2, 3 et 13 de la Convention. Eu égard à la gravité des violations en question, elle estime qu'il y a lieu d'accorder une réparation. Elle octroie donc à M<sup>me</sup> Gongadzé l'intégralité de la somme qu'elle sollicite.

### B. Intérêts moratoires

199. 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* l'exception préliminaire du Gouvernement ;
2. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 2 de la Convention, sous ses volets matériel comme procédural ;
3. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 3 de la Convention ;
4. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 13 de la Convention ;
5. *Dit*
  - a) que l'Etat défendeur doit verser à la requérante, dans les trois mois à compter du jour où l'arrêt sera devenu définitif conformément à



l'article 44 § 2 de la Convention, 100 000 EUR (cent mille euros) pour dommage matériel, dommage moral et frais et dépens, somme à convertir en dollars américains au taux applicable à la date du règlement, 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 8 novembre 2005, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

S. DOLLÉ  
Greffière

J.-P. COSTA  
Président



BADER AND KANBOR v. SWEDEN  
*(Application no. 13284/04)*

SECOND SECTION

JUDGMENT OF 8 NOVEMBER 2005<sup>1</sup>

---

1. English original.



SUMMARY<sup>1</sup>**Impending deportation of first applicant to Syria where he had been sentenced to death *in absentia*****Articles 2 and 3**

*Death penalty – Inhuman or degrading treatment or punishment – Impending deportation of first applicant to Syria where he had been sentenced to death in absentia – No guarantee of a retrial or that the death penalty would not be requested at any retrial – Justified and well-founded fear of execution – Lack of public scrutiny and accountability – Fear, anguish and intolerable uncertainty – Flagrant denial of a fair trial – Real risk of execution and/or proscribed treatment*

\*  
\*   \*

The applicants, a couple and their two minor children, left their native Syria in 2002 and travelled to Sweden, where they sought asylum on the ground that the first applicant had been repeatedly arrested and ill-treated by the Syrian security police. Their requests were rejected. In 2004 the family submitted a fresh asylum request in which they referred to a Syrian court judgment of November 2003 which stated that the first applicant had been convicted, *in absentia*, of complicity in murder following an alleged “honour killing” by his brother and sentenced to death. The Aliens Appeals Board rejected the applicants’ request. On the basis of the advice of a local lawyer who had been engaged by the Swedish embassy in Syria, the Board found that, in the event of his return to Syria, the first applicant would receive a full retrial and would be spared the death sentence if convicted, as the case was “honour related”. It therefore found that the applicants’ fears were not well-founded and that they were not in need of protection. The applicants’ deportation was stayed following an indication by the Court under Rule 39 of the Rules of Court.

*Held*

Articles 2 and 3: The Swedish Government had obtained no guarantee from the Syrian authorities that the first applicant’s case would be reopened and that the public prosecutor would not request the death penalty at any retrial. The first applicant would therefore be at serious risk if he were sent back to Syria. He had a justified and well-founded fear that his death sentence would be executed if he were forced to return. Given the lack of public scrutiny and accountability in respect of executions in Syria, he and the other applicants would all face intolerable uncertainty about when, where and how the execution would be carried out. Further, the first applicant had been denied a fair trial in Syria by the summary nature of the proceedings and their total disregard for the rights of

---

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

the defence. No oral evidence had been taken at the trial, all the evidence had been submitted by the prosecutor and neither the first applicant nor his lawyer had been present. There would thus be significant additional uncertainty as to the outcome of any retrial. Having regard to all the circumstances of the case, there were substantial grounds for believing that the first applicant would be exposed to a real risk of proscribed treatment and execution if deported.

*Conclusion:* the applicants' deportation would give rise to violations of Articles 2 and 3 (unanimously).

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

*Soering v. the United Kingdom*, judgment of 7 July 1989, Series A no. 161

*H.L.R. v. France*, judgment of 29 April 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-III

*Bahaddar v. the Netherlands*, judgment of 19 February 1998, *Reports* 1998-I, opinion of the Commission

*Ismaili v. Germany* (dec.), no. 58128/00, 15 March 2001

*Nivette v. France* (dec.), no. 44190/98, ECHR 2001-VII

*S.R. v. Sweden* (dec.), no. 62806/00, 23 April 2002

*Mamatkulov and Askarov v. Turkey* [GC], nos. 46827/99 and 46951/99, ECHR 2005-I

*Öcalan v. Turkey* [GC], no. 46221/99, ECHR 2005-IV

**In the case of Bader and Kanbor v. Sweden,**

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

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

Mr I. CABRAL BARRETO,

Mr V. BUTKEVYCH,

Mrs A. MULARONI,

Mrs E. FURA-SANDSTRÖM,

Mrs D. JOČIENĚ,

Mr D. POPOVIĆ, *judges*,

and Mrs S. DOLLÉ, *Section Registrar*,

Having deliberated in private on 18 October 2005,

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

**PROCEDURE**

1. The case originated in an application (no. 13284/04) against the Kingdom of Sweden lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by four Syrian nationals, Mr Kamal Bader Muhammad Kurdi, Mrs Hamida Abdilhamid Mohammad Kanbor and their two minor children (“the applicants”), on 16 April 2004.

2. The applicants, who had been granted legal aid, were represented by Mr K. Larsson, a lawyer practising in Karlskrona. The Swedish Government (“the Government”) were represented by their Agent, Ms E. Jagander, of the Ministry of Foreign Affairs.

3. The applicants alleged that, if deported from Sweden to Syria, the first applicant would face a real risk of being arrested and executed contrary to Articles 2 and 3 of the Convention.

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. The President of the Chamber and subsequently the Chamber decided, on 16 and 27 April 2004 respectively, to apply Rule 39, indicating to the Government that it was desirable in the interests of the parties and the proper conduct of the proceedings not to deport the applicants pending the Court’s decision.

6. By a decision of 26 October 2004, the Chamber declared the application admissible.

7. On 1 November 2004 the Court changed the composition of its Sections (Rule 25 § 1). This case was assigned to the newly composed Second Section (Rule 52 § 1).

8. The Government filed observations on the merits (Rule 59 § 1).

## THE FACTS

### I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

9. The applicants were born in 1972, 1973, 1998 and 1999 respectively and are currently in Sweden.

10. They arrived in Sweden on 25 August 2002 and applied to the Migration Board (*Migrationsverket*) for asylum on the following day. The first applicant submitted that he was of Kurdish origin, a Sunnite Muslim, and had lived with his family and worked in Beirut (Lebanon) since 1995. He claimed that in December 1999 he and three of his brothers had been arrested by the Syrian security police and imprisoned in Aleppo (Syria) for nine months because the police wanted information about another brother who had absconded while performing military service in 1998. He further alleged that he had been tortured and ill-treated in prison and had only been released after being hospitalised as a result of the ill-treatment. After his release, he returned to Beirut to stay with his family. Between 2001 and 2002 he was arrested four times by the security police, questioned about his brother's whereabouts and beaten. However, on each occasion, he was released after a few days. In 2002 the applicants moved to Aleppo, where they remained until they left Syria in August 2002.

The applicants stated that they had left Syria legally, flying from Damascus to Turkey and then on to Stockholm. They had travelled using their own passports but had destroyed them upon their arrival in Sweden.

11. On 27 June 2003 the Migration Board rejected the family's application for asylum and their request for residence permits and ordered their deportation to Syria. It noted, firstly, that the general situation of Kurds in Syria was not such as to satisfy the requirements for asylum since, *inter alia*, Kurds who were Syrian nationals had the same rights as all other citizens. Moreover, the majority of the population in Syria were Sunnite Muslims. The Migration Board then found that the applicants had not shown that they risked persecution if they were sent back to Syria. It observed that, except for the first occasion in 1999, the first applicant had been released shortly after each interrogation by the security police. Moreover, as the interrogations had concerned his brother and not himself, the Migration Board considered that he was not personally in need of protection. In this connection, it noted that the first applicant had not been able to explain why his brother had left the army or why the security police was so interested in him. The Migration Board also observed that the applicants had left Syria legally.



12. The applicants appealed to the Aliens Appeals Board (*Utlänningsnämnden*), relying on the same grounds as they had before the Migration Board and adding that Kurds were being persecuted and discriminated against in Syria. They also claimed that they had paid 6,000 United States dollars for false passports which they had subsequently discarded. Furthermore, the second applicant had been admitted to an emergency psychiatric clinic for three days in July 2003 owing to panic attacks.

13. On 16 September 2003 the Aliens Appeals Board dismissed the appeal on the same grounds as the Migration Board, stating that the new reasons advanced by the applicants did not alter the position. The deportation order was also upheld.

14. The applicants subsequently lodged a new application with the Aliens Appeals Board which was rejected on 27 November 2003.

15. Further, during the autumn of 2003, the District Court (*tingsrätten*) of Blekinge convicted the first applicant of threatening behaviour against his four-year-old daughter and a neighbour. It gave him a suspended sentence and made an order for his deportation from Sweden. However, he appealed to the Court of Appeal (*hovrätten*) of Skåne and Blekinge, which on 24 February 2004 upheld the conviction and the suspended sentence but quashed the deportation order as it did not consider that the offence in itself merited deportation.

16. On account of the District Court's decision on deportation, the police authorities had begun preparations to enforce it. In that connection, the Swedish embassy in Damascus ascertained that the applicants had left Damascus legally on 17 August 2002 using their own passports but had in fact travelled via Cyprus, not Turkey.

17. In January 2004 the family lodged a new application for asylum to the Aliens Appeals Board and requested a stay of execution of the deportation order. They referred to a judgment that had been delivered on 17 November 2003 by the Regional Court in Aleppo which stated that the first applicant had been convicted, *in absentia*, of complicity in a murder and sentenced to death pursuant to Article 535 § 1 of the Syrian Criminal Code.

18. On 9 January 2004 the Aliens Appeals Board granted a stay of execution of the deportation order against the applicants until further notice and requested them to submit an original of the judgment and other relevant documents in support of their application.

19. On 26 January 2004 the applicants submitted to the Aliens Appeals Board a certified copy of the judgment in which it was stated that the first applicant and his brother had, on several occasions, threatened their brother-in-law because they considered that he had ill-treated their sister and paid too small a dowry, thereby dishonouring their family. In November 1998 the first applicant's brother had shot the brother-in-law,

after planning the murder with the first applicant, who had provided the weapon. The Syrian court, which noted that the two brothers had absconded, found them guilty of the charges and sentenced them to death. They were also ordered to pay 1,000,000 Syrian pounds to the victim's family and were deprived of their civil rights and all their assets were frozen. The first applicant was also charged with unlawfully possessing a military firearm, a charge which the Syrian court had instructed the military prosecutor to proceed with. Lastly, the court went on to state: "[T]his judgment has been delivered in the accused's absence. [It] can be reopened." It would appear that the judgment has gained legal force.

20. The applicants also submitted some further documents concerning the proceedings in Syria, including a summons dated 10 August 2003 requiring the first applicant to present himself before the court within ten days, failing which he would forfeit his civil rights and the control of his assets. The first applicant claimed that he had not been involved in the murder as he had been in Beirut at the material time. He also explained that he had, in fact, spent nine months in custody in 1999-2000 on suspicion of complicity in the murder and had been released on bail on 9 September 2000. He insisted that he had not mentioned this before because it concerned the family's honour and his sister's humiliation. The applicant was represented by a lawyer in Syria whose contact details had been provided to the Aliens Appeals Board.

21. On 16 February 2004 the Aliens Appeals Board requested the Swedish embassy in Syria to verify whether the judgment was authentic and, if so, whether it was possible to appeal or to have the case reopened. They further enquired if a reprieve was possible and whether death sentences were normally carried out in Syria.

22. By a letter dated 14 March 2004, the Swedish embassy in Syria informed the Aliens Appeals Board that a local lawyer (*förtroendeadvokat*) they had engaged had confirmed that the judgment was authentic. He had also carried out research into the Syrian criminal law on sentences for murder and manslaughter, the results of which were attached to the embassy's letter.

23. The embassy provided the following information in their letter to the Aliens Appeals Board. According to the local lawyer it was probable (*sannolikt*) that the case would be retried in court once the accused were located and it would then be very likely (*troligt*) that new witnesses would be called and the entire case reheard. Further, the fact that a case was "honour related" was usually considered a mitigating factor leading to a lighter sentence. The embassy said that the lawyer had also stated that it was not unusual for the Syrian courts to impose the maximum sentence possible when an accused failed to appear for trial after being summoned to do so. It added that, according to their sources, it appeared that the

accused had to be present in person in order to obtain a retrial. In this respect, the Syrian judicial system was marked by considerable (*betydande*) arbitrariness and the death sentence was carried out for serious crimes such as murder. However, every execution had to be approved by the President. The embassy had no reliable information about how frequently death sentences were enforced as they were normally carried out without any public scrutiny or accountability. However, the local lawyer had claimed that it was very rare for the death sentence to be imposed at all by the Syrian courts today.

24. On 4 March 2004, in response to the information provided by the embassy, the applicants initially noted that the first applicant was wanted in Syria under the judgment. They then observed that the local lawyer had only given his own opinion on the matter and on what he considered was likely to happen. However, there were no guarantees that the case would be reopened or that the outcome would be different. They also stated that it would now be very difficult for the first applicant to find any witnesses to testify on his behalf and that, since the murdered man's family was very wealthy, they would be able to bribe the prosecutor and witnesses and, for that matter, the judge. The first applicant alleged that the murdered man had not been his brother-in-law, contrary to what had been stated in the Syrian judgment (see paragraph 19 above), but that the man's family had relied on forged documents before the Syrian court, stating that the first applicant's sister had been married to him. Thus, the murder was considered to be of the most serious kind. Furthermore, the fact that the first applicant was of Kurdish origin would also expose him to discrimination by the court and possibly to a harsher sentence. The applicants argued that, in view of the fact that the Syrian legal system was arbitrary and corrupt, they had a well-founded fear that the first applicant would be executed if he were returned to Syria and that the family would thereby be destroyed.

25. On 7 April 2004 the Aliens Appeals Board, by two votes to one, rejected the applicants' request for asylum. The majority considered, on the basis of the local lawyer's research, that it had been established that, if the first applicant returned to Syria, the case against him would be reopened and he would receive a full retrial, at the end of which, if convicted, he would be given a sentence other than death, as the case was "honour related". Under those circumstances, the majority found that the applicants did not have a well-founded fear and were thus not in need of protection.

26. The dissenting member of the Aliens Appeals Board considered that, having regard to all the facts of the case, the applicants did have a well-founded fear that the first applicant would be executed if returned to Syria and the family should therefore be granted residence permits in Sweden.

27. On 19 April 2004, following the Court's indication under Rule 39, the Migration Board granted a stay of execution of the deportation order until further notice. The stay is still in force.

## II. RELEVANT DOMESTIC LAW

28. The basic provisions concerning the right of aliens to enter and remain in Sweden are to be found in the Aliens Act (*Utlänningslagen*, 1989:529). An alien who is considered to be a refugee or otherwise in need of protection is, with certain exceptions, entitled to a residence permit in Sweden (chapter 3, section 4 of the Act). The term "refugee" refers to an alien who is outside the country of his or her nationality owing to a well-founded fear of being persecuted for reasons of race, nationality, membership of a particular social group, or religious or political opinion, and who is unable or, owing to such fear, unwilling to avail him- or herself of protection in that country. This applies irrespective of whether or not persecution is at the hands of the authorities of the country, if the authorities cannot be relied on to offer protection against persecution by private individuals (chapter 3, section 2). By "an alien otherwise in need of protection" (chapter 3, section 3) is meant, *inter alia*, a person who has left the country of his or her nationality because he or she has a well-founded fear of being sentenced to death or corporal punishment or of being subjected to torture or other inhuman or degrading treatment or punishment.

29. In addition, when it comes to enforcing a decision to refuse entry to or to deport an alien, regard must be had to the risk of torture and other inhuman or degrading treatment or punishment. According to a special provision on bars to enforcement (chapter 8, section 1), an alien must not be sent to a country where there are reasonable grounds (*skälig anledning*) for believing that he or she would be in danger of suffering capital or corporal punishment or of being subjected to torture or other inhuman or degrading treatment or punishment.

## III. CAPITAL PUNISHMENT IN SYRIA

30. According to Article 535 of the Syrian Criminal Code, a person convicted of intentionally killing another person will be sentenced to capital punishment.

31. In its Concluding Observations on the third periodic report by Syria under Article 40 of the International Covenant on Civil and Political Rights (CCPR/CO/84/SYR, dated 9 August 2005), the United Nations Human Rights Committee expressed its concern about the nature and number of offences which carried the death penalty in Syria.

It was further “deeply concerned at the *de facto* reinstatement of death sentences and executions in 2002” and noted that Syria had submitted insufficient information relating to the numbers of persons whose death sentences had been commuted, and the number of persons awaiting execution.

32. According to Amnesty International (Country Reports 2005: Syria), the Syrian authorities had, on 5 July 2004, announced that sixteen people had been executed in 2002 and eleven in 2003. Moreover, on 17 October 2004, it was reported that two persons had been executed in Aleppo, but no further details had been made public.

## THE LAW

### I. ALLEGED VIOLATIONS OF ARTICLES 2 AND 3 OF THE CONVENTION

33. The applicants complained that, if deported from Sweden to Syria, the first applicant would face a real risk of being arrested and executed, as the death sentence against him in Syria had gained legal force. They relied on Articles 2 and 3 of the Convention, the relevant parts of which provide:

#### Article 2

“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.

...”

#### Article 3

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

### A. The parties’ submissions

#### 1. *The applicants*

34. The applicants submitted that it was established that the first applicant’s fear of being executed upon return to Syria was real since the judgment was authentic and enforceable. They stressed that the letter provided by the Swedish embassy in Damascus and the research carried out by the local lawyer it had engaged were uncertain and imprecise, using words such as “probable” and “likely” while at the same time acknowledging that the Syrian judicial system was arbitrary and corrupt.

Furthermore, it had also been acknowledged that there was no reliable information on the frequency with which the death penalty was implemented in that country since executions were carried out without the public being informed. The first applicant further expressed strong doubts about his ability to survive arrest and detention upon his arrival in Syria. The fact that he had applied for asylum in a third country and was of Kurdish origin were both circumstances which would expose him to additional risks upon a forcible repatriation. Moreover, the first applicant contended that it would be very difficult for him to find witnesses and evidence in his favour if his case were reopened in Syria since it was now more than six years since the alleged murder had taken place.

35. The applicants also pointed to the fact that the Aliens Appeals Board had not been unanimous in its decision but that one of the three members had found that the first applicant's fear of being executed if returned to Syria was well-founded and that the applicants should therefore have been granted protection in Sweden.

36. In conclusion, the applicants maintained that the first applicant faced a substantial risk of being executed if he were sent back to Syria, in violation of Articles 2 and 3 of the Convention.

## 2. *The Government*

37. The Government observed that Article 2 of the Convention did not prohibit capital punishment but that the protection against the death penalty was guaranteed in all circumstances by Article 1 of Protocol No. 13 to the Convention, a Protocol by which Sweden was bound. Thus, the Government had no objection to the examination of the present case under both Article 3 of the Convention and Article 1 of Protocol No. 13, and they would proceed on that assumption.

38. They recognised that the human rights situation in Syria was still problematic, noting, *inter alia*, that the death penalty was prescribed for, among other crimes, murder. However, since details on the enforcement of capital punishment were never made public, it was difficult to determine whether executions took place. The Government further observed that the Syrian Constitution provided for an independent judiciary but that political connections and bribery sometimes influenced verdicts in the ordinary courts. Defendants in criminal trials had the right to apply for bail and their release from detention on their own recognisance. However, many criminal suspects were held in pre-trial detention for months. Defendants in criminal courts were, moreover, presumed innocent, had the right to legal representation of their own choosing and were allowed to present evidence and to cross-examine their accusers. Furthermore, verdicts could be appealed against to a provincial appeal court and ultimately to the Court of Cassation.

39. On the basis of the above, the Government considered that the circumstances in Syria could not in themselves suffice to establish that the forcible repatriation of the first applicant to that country would entail a violation of Article 3 of the Convention or of Article 1 of Protocol No. 13. In the Government's view, in order for there to be a violation of either Article, it had to be established that the first applicant was personally at risk of being subjected to treatment contrary to those provisions.

40. In that regard, and taking into consideration the information obtained by the Swedish embassy in Syria and the local lawyer it had engaged, the Government referred to the conclusion of the Aliens Appeals Board that the first applicant could not be considered to have a well-founded fear of being sentenced to death or executed upon his return to Syria. Thus, neither the first applicant nor his family was in need of protection. The Government stressed that that conclusion had been reached by the Aliens Appeals Board applying the relevant provisions of the Aliens Act, which were in conformity with the corresponding Convention guarantees.

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

### *1. The relevant principles*

41. The Contracting States have the right, as a matter of well-established international law and subject to their treaty obligations, including the Convention, to control the entry, residence and deportation of aliens. However, the deportation of an alien by a Contracting State may give rise to an issue under Article 3, and hence engage the responsibility of that State under the Convention, where substantial grounds have been shown for believing that the person in question, if deported, would face a real risk of being subjected to treatment contrary to Article 3 in the receiving country. In these circumstances, Article 3 implies the obligation not to deport the person in question to that country (see, among other authorities, *H.L.R. v. France*, judgment of 29 April 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-III, p. 757, §§ 33-34).

42. Moreover, the Court has not in earlier cases excluded the possibility that a Contracting State's responsibility might be engaged under Article 2 of the Convention or Article 1 of Protocol No. 6 where an alien is deported to a country where he or she is seriously at risk of being executed, as a result of the imposition of the death penalty or otherwise (see among others, *S.R. v. Sweden* (dec.), no. 62806/00, 23 April 2002; *Ismaili v. Germany* (dec.), no. 58128/00, 15 March 2001; and *Bahaddar v. the Netherlands*, judgment of 19 February 1998, *Reports* 1998-I, opinion of the Commission, pp. 270-71, §§ 75-78).

In *Öcalan v. Turkey* ([GC], no. 46221/99, ECHR 2005-IV), the Grand Chamber of the Court noted that the territories encompassed by the member States of the Council of Europe had become a zone free of capital punishment and that it could be said that capital punishment in peacetime, having regard, *inter alia*, to the fact that all member States had signed Protocol No. 6 and only two (Russia and Monaco) had yet to ratify it, had come to be regarded as an unacceptable form of punishment which was no longer permissible under Article 2 of the Convention (*ibid.*, § 163; for a survey on the Council of Europe's stance regarding capital punishment, see *Öcalan*, §§ 58 and 59). However, the Grand Chamber considered that:

“For the time being, the fact that there are still a large number of States who have yet to sign or ratify Protocol No. 13 may prevent the Court from finding that it is the established practice of the Contracting States to regard the implementation of the death penalty as inhuman and degrading treatment contrary to Article 3 of the Convention, since no derogation may be made from that provision, even in times of war.” (paragraph 165)

The Grand Chamber abstained from reaching any firm conclusion as to whether Article 2 of the Convention could be considered to have been amended so as to prohibit the death penalty in all circumstances (*ibid.*, § 165). At the same time, it considered that it would be contrary to the Convention, even if Article 2 were to be construed as still permitting the death penalty, to implement a death sentence following an unfair trial as an arbitrary deprivation of life was prohibited (*ibid.*, § 166):

“... It also follows from the requirement in Article 2 § 1 that the deprivation of life be pursuant to the ‘execution of a sentence of a court’, ... and that the most rigorous standards of fairness be observed in the criminal proceedings both at first instance and on appeal.”

Moreover, to impose a death sentence on a person after an unfair trial would generate, in circumstances where there exists a real possibility that the sentence will be enforced, a significant degree of human anguish and fear, bringing the treatment within the scope of Article 3 of the Convention (*ibid.*, §§ 168-69).

In this connection, it should also be noted that the Court has acknowledged that an issue might exceptionally be raised under Article 6 of the Convention by an extradition decision in circumstances where the fugitive has suffered or risks suffering a flagrant denial of a fair trial in the requesting country (see *Mamatkulov and Askarov v. Turkey* [GC], nos. 46827/99 and 46951/99, § 88, ECHR 2005-I, and *Soering v. the United Kingdom*, judgment of 7 July 1989, Series A no. 161, p. 45, § 113).

It follows that an issue may arise under Articles 2 and 3 of the Convention if a Contracting State deports an alien who has suffered or risks suffering a flagrant denial of a fair trial in the receiving State, the outcome of which was or is likely to be the death penalty.



2. *Application of the above principles to the present case*

43. The Court notes from the outset that the applicants have not pursued under the Convention their initial submission before the Swedish immigration authorities that the first applicant had been exposed to torture before leaving Syria and risked being subjected to such treatment were he to be sent back there. The Court will not examine that matter of its own motion. It will accordingly limit its examination to the applicants' complaint that there is a real risk that the first applicant will be executed if he is deported to Syria, since he has been sentenced to death under an enforceable judgment.

44. In this regard, the Court attaches particular weight to the fact that, according to a judgment of 17 November 2003 by the Regional Court in Aleppo, the first applicant was convicted, *in absentia*, of complicity in a murder and sentenced to death under Article 535 § 1 of the Syrian Criminal Code. The authenticity of the judgment has been confirmed by the Swedish embassy in Syria. The Court further stresses that, although it might not necessarily be a common occurrence, the death sentence for serious crimes is enforced in Syria.

Moreover, it is stated in the judgment that the first applicant may apply for a reopening of his case and for a retrial. However, this would necessarily entail his surrendering to the Syrian authorities upon his return and he would most certainly be detained while awaiting a decision by the court on whether or not to reopen his case.

45. The Court agrees with the applicants that the information in the report from the Swedish embassy in Syria is vague and imprecise as to whether the case would be reopened and as to the likelihood, in the event of a conviction at a retrial, of the first applicant escaping capital punishment. The report contained only assumptions and no definite answers as to what would happen if the applicants were deported to Syria. In this respect, the Court finds it surprising that the first applicant's defence lawyer in Syria does not even seem to have been contacted by the Swedish embassy during their investigation into the case, even though the applicants had furnished the Swedish authorities with his name and address and he could, in all probability, have provided useful information about the case and the proceedings before the Syrian court. More importantly, the Court notes that the Swedish Government have obtained no guarantee from the Syrian authorities that the first applicant's case will be reopened and that the public prosecutor will not request the death penalty at any retrial (see, among others, *Mamatkulov and Askarov*, cited above, § 76; *Soering*, cited above, pp. 38-39, §§ 97-98; and *Nivette v. France* (dec.), no. 44190/98, ECHR 2001-VII). In these circumstances, the Swedish authorities would be putting the first applicant at serious risk by sending him back to Syria and into the hands

of the Syrian authorities, without any assurance that he will receive a new trial and that the death penalty will not be sought or imposed.

46. Thus, the Court considers that the first applicant has a justified and well-founded fear that the death sentence against him will be executed if he is forced to return to his home country. Moreover, since executions are carried out without any public scrutiny or accountability, the circumstances surrounding his execution would inevitably cause the first applicant considerable fear and anguish while he and the other applicants would all face intolerable uncertainty about when, where and how the execution would be carried out.

47. Furthermore, in the instant case, it transpires from the Syrian judgment that no oral evidence was taken at the hearing, that all the evidence examined was submitted by the prosecutor and that neither the accused nor even his defence lawyer was present at the hearing. The Court finds that, because of their summary nature and the total disregard of the rights of the defence, the proceedings must be regarded as a flagrant denial of a fair trial (see, *mutatis mutandis*, *Mamatkulov and Askarov*, cited above, § 88). Naturally, this must give rise to a significant degree of added uncertainty and distress for the applicants as to the outcome of any retrial in Syria.

In the light of the above, the Court considers that the death sentence imposed on the first applicant following an unfair trial would inevitably cause the applicants additional fear and anguish as to their future if they were forced to return to Syria as there exists a real possibility that the sentence will be enforced in that country (see *Öcalan*, cited above, § 169).

48. Thus, having regard to all the circumstances of the case, the Court considers that there are substantial grounds for believing that the first applicant would be exposed to a real risk of being executed and subjected to treatment contrary to Articles 2 and 3 if deported to his home country. Accordingly, the Court finds that the deportation of the applicants to Syria, if implemented, would give rise to violations of Articles 2 and 3 of the Convention.

49. Having reached this conclusion, the Court does not find it necessary to consider the matter under Protocol No. 13 to the Convention, as the Government suggested it should.

## II. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

50. Article 41 of the Convention provides:

“If the Court finds that there has been a violation of the Convention or the Protocols thereto, and if the internal law of the High Contracting Party concerned allows only partial reparation to be made, the Court shall, if necessary, afford just satisfaction to the injured party.”

51. After declaring the application admissible, the Court requested the applicants to submit their claims for just satisfaction. No such claims have been received. Accordingly no award by the Court is required.

**FOR THESE REASONS, THE COURT UNANIMOUSLY**

*Holds* that the applicants' deportation to Syria would amount to a violation of Articles 2 and 3 of the Convention.

Done in English, and notified in writing on 8 November 2005, 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 Cabral Barreto is annexed to this judgment.

J.-P.C.  
S.D.

## CONCURRING OPINION OF JUDGE CABRAL BARRETO

(Translation)

I joined the majority in finding a violation of Article 2 of the Convention as I had no other means of expressing my opinion that there had been a violation not of that provision, but of Article 1 of Protocol No. 13.

Allow me to explain.

In my opinion, this is the first time the Court has plainly stated that the extradition or deportation of a person to a country where he or she risks an unfair trial followed by capital punishment will violate Article 2 of the Convention.

In *Öcalan v. Turkey* ([GC], no. 46221/99, ECHR 2005-IV), the Court (sitting as a Grand Chamber) examined this issue in depth.

In paragraph 166 of its judgment, the Grand Chamber endorsed the following statement by the Section:

“... Even if the death penalty were still permissible under Article 2, the Court considers that an arbitrary deprivation of life pursuant to capital punishment is prohibited. This flows from the requirement that ‘[e]veryone’s right to life shall be protected by law’. An arbitrary act cannot be lawful under the Convention ...”

However, despite noting that “[i]t follows from the above construction of Article 2 that the implementation of the death penalty in respect of a person who has not had a fair trial would not be permissible”, the Grand Chamber declined to find a violation of Article 2, preferring instead to examine the issue under Article 3.

It went on to say:

“167. The above conclusion concerning the interpretation of Article 2 where there has been an unfair trial must inform the opinion of the Court when it considers under Article 3 the question of the imposition of the death penalty in such circumstances.

168. As the Court has previously noted ..., the manner in which the death penalty is imposed or executed, the personal circumstances of the condemned person and a disproportionality to the gravity of the crime committed, as well as the conditions of detention awaiting execution, are examples of factors capable of bringing the treatment or punishment received by the condemned person within the proscription under Article 3 (see *Soering*, cited above, p. 41, § 104).

169. In the Court’s view, to impose a death sentence on a person after an unfair trial is to subject that person wrongfully to the fear that he will be executed. The fear and uncertainty as to the future generated by a sentence of death, in circumstances where there exists a real possibility that the sentence will be enforced, must give rise to a significant degree of human anguish. Such anguish cannot be dissociated from the unfairness of the proceedings underlying the sentence which, given that human life is at stake, becomes unlawful under the Convention.”

The Court said in conclusion in paragraph 175:

“Consequently, the Court concludes that the imposition of the death sentence on the applicant following an unfair trial by a court whose independence and impartiality were open to doubt amounted to inhuman treatment in violation of Article 3 ...”

In the operative provisions of that judgment, the Grand Chamber confined itself to holding that there had been a violation of Article 3 of the Convention as regards the imposition of the death penalty following an unfair trial.

Notwithstanding the conclusions in *Öcalan*, it seems to me (and it is for this reason that I voted with the majority) that the Section is entitled to go a little further on the basis of the Grand Chamber’s reasoning with respect to Protocols Nos. 6 and 13.

After noting that Protocol No. 6 could be taken as already signalling “the agreement of the Contracting States to abrogate, or at the very least to modify, the second sentence of Article 2 § 1” (§ 163), the Grand Chamber accepted that Protocol No. 13 could be seen as “confirmation of the abolitionist trend in the practice of the Contracting States. It does not necessarily run counter to the view that Article 2 has been amended in so far as it permits the death penalty in times of peace” (§ 164).

The States that have already ratified Protocol No. 13 wished to replace the obligation arising under Article 2 of the Convention by a stronger one, namely an obligation to abolish the death penalty in all circumstances.

The second sentence of Article 2 has, as it were, been abrogated, or at least rendered redundant, by the entry into force of Protocol No. 13.

The States that have ratified Protocol No. 13 have undertaken not only never to implement capital punishment but also not to put anyone at risk of incurring that penalty.

Consequently, there is no need to examine the trial or the situation of the person sentenced to death prior to the sentence being carried out because there will always be a violation of Article 1 of Protocol No. 13.

Sweden has already ratified Protocol No. 13.

I would therefore prefer to find that, in the instant case, the applicants’ expulsion to Syria would entail a violation of Article 1 of Protocol No. 13, in addition to a violation of Article 3 of the Convention.



BADER ET KANBOR c. SUÈDE  
*(Requête n° 13284/04)*

DEUXIÈME SECTION

ARRÊT DU 8 NOVEMBRE 2005<sup>1</sup>

---

1. Traduction; original anglais.





SOMMAIRE<sup>1</sup>**Expulsion imminente du premier requérant vers la Syrie, où il a été condamné à mort par contumace****Articles 2 et 3**

*Peine de mort – Peine ou traitement inhumain ou dégradant – Expulsion imminente du premier requérant vers la Syrie, où il a été condamné à mort par contumace – Absence de garantie de réouverture du procès ou d’assurance que la peine capitale ne sera pas requise lors d’un nouveau procès – Crainte justifiée d’être exécuté – Absence de contrôle public et de responsabilité à l’égard du public – Peur, angoisse et incertitude intolérables – Dénî flagrant de procès équitable – Risque réel d’exécution et/ou de traitement prohibé*

\*  
\*   \*

En 2002, les requérants, un couple et leurs deux enfants mineurs, quittèrent leur pays d’origine – la Syrie – pour la Suède, où ils présentèrent des demandes d’asile en faisant valoir que le premier d’entre eux avait été plusieurs fois arrêté et maltraité par des agents de la sûreté syrienne. Ils furent déboutés de leurs demandes. En 2004, ils sollicitèrent à nouveau l’asile en invoquant un jugement rendu par un tribunal syrien en novembre 2003, d’où il ressortait que le premier requérant avait été condamné à mort par contumace pour complicité dans un « crime d’honneur », un meurtre commis par son frère. La Commission de recours des étrangers rejeta la demande en question. S’appuyant sur un avis formulé par un avocat local mandaté par l’ambassade de Suède en Syrie, elle estima que, en cas de renvoi du premier requérant en Syrie, la procédure dont celui-ci avait fait l’objet serait entièrement réexaminée et qu’il ne serait pas condamné à la peine de mort s’il était reconnu coupable car il s’agissait d’une « affaire d’honneur ». Elle en conclut que les craintes exprimées par les intéressés étaient infondées et qu’ils n’avaient pas besoin de protection. Conformément à une indication donnée par la Cour en application de l’article 39 de son règlement, il fut sursis à l’expulsion du premier requérant.

Articles 2 et 3 : le gouvernement suédois n’a pas obtenu des autorités syriennes la garantie que la procédure dont le premier requérant avait fait l’objet serait ouverte et que le procureur ne requerrait pas la peine capitale lors d’un nouveau procès. Dans ces conditions, l’intéressé courrait un risque grave s’il était renvoyé en Syrie. Le premier requérant est fondé à craindre que la peine de mort prononcée contre lui soit exécutée en cas de rapatriement forcé dans son pays d’origine. La peine capitale étant appliquée en Syrie en dehors de tout contrôle public et sans que personne ne doive en rendre compte, le premier requérant et les autres intéressés se trouveraient confrontés à une incertitude intolérable quant au moment, au lieu et aux modalités de l’exécution. En outre, le premier

---

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

requérant a été privé d'un procès équitable car la procédure menée en Syrie se caractérisait par sa nature sommaire et la négation totale des droits de la défense. Aucun témoin n'a été entendu à l'audience, tous les éléments de preuve ont été produits par le procureur et ni l'accusé ni son avocat n'ont comparu. Cela ne peut que contribuer de manière significative à l'incertitude des requérants quant à l'issue de tout nouveau procès en Syrie. Eu égard à l'ensemble des circonstances de la cause, il existe des raisons sérieuses de croire que le premier requérant courrait un risque réel d'être exécuté et soumis à un traitement prohibé en cas d'expulsion.

*Conclusion*: la mesure d'expulsion des requérants emporterait violation des articles 2 et 3 (unanimité).

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

*Soering c. Royaume-Uni*, arrêt du 7 juillet 1989, série A n° 161

*H.L.R. c. France*, arrêt du 29 avril 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-III

*Bahaddar c. Pays-Bas*, arrêt du 19 février 1998, *Recueil* 1998-I, avis de la Commission

*Ismaili c. Allemagne* (déc.), n° 58128/00, 15 mars 2001

*Nivette c. France* (déc.), n° 44190/98, CEDH 2001-VII

*S.R. c. Suède* (déc.), n° 62806/00, 23 avril 2002

*Mamatkoulou et Askarov c. Turquie* [GC], n<sup>os</sup> 46827/99 et 46951/99, CEDH 2005-I

*Öcalan c. Turquie* [GC], n° 46221/99, CEDH 2005-IV

**En l'affaire Bader et Kanbor c. Suède,**

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

MM. J.-P. COSTA, *président*,

I. CABRAL BARRETO,

V. BUTKEVYCH,

M<sup>mes</sup> A. MULARONI,

E. FURA-SANDSTRÖM,

D. JOČIENĚ,

M. D. POPOVIĆ, *juges*,

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

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 18 octobre 2005,

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

**PROCÉDURE**

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 13284/04) dirigée contre le Royaume de Suède et dont quatre ressortissants syriens, M. Kamal Bader Muhammad Kurdi, M<sup>me</sup> Hamida Abdilhamid Mohammad Kanbor et leurs deux enfants mineurs (« les requérants »), ont saisi la Cour le 16 avril 2004 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, qui ont été admis au bénéfice de l'assistance judiciaire, ont été représentés par M<sup>e</sup> K. Larsson, avocat à Karlskrona. Le gouvernement suédois (« le Gouvernement ») a été représenté par son agente, M<sup>me</sup> E. Jagander, du ministère des Affaires étrangères.

3. Invoquant les articles 2 et 3 de la Convention, les intéressés alléguaient que l'expulsion de M. Bader (« le premier requérant ») de la Suède vers la Syrie l'aurait exposé à un risque réel d'être arrêté et exécuté.

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 président de la chambre, puis la chambre, le 16 et le 27 avril 2004 respectivement, ont décidé d'appliquer l'article 39 du règlement, indiquant au Gouvernement qu'il était souhaitable dans l'intérêt des parties et de la bonne conduite de la procédure de ne pas expulser les requérants avant que n'intervienne la décision de la Cour.

6. Par une décision du 26 octobre 2004, la chambre a déclaré la requête recevable.

7. Le 1<sup>er</sup> novembre 2004, la Cour a modifié la composition de ses sections (article 25 § 1 du règlement). La requête est ainsi échue à la deuxième section telle que remaniée (article 52 § 1).

8. Le Gouvernement a déposé des observations écrites sur le fond de l'affaire (article 59 § 1 du règlement).

## EN FAIT

### I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

9. Les requérants sont nés respectivement en 1972, 1973, 1998 et 1999 et se trouvent actuellement en Suède.

10. Entrés dans ce pays le 25 août 2002, ils demandèrent l'asile au bureau des migrations (*Migrationsverket*) le lendemain. Devant cet organisme, le premier requérant alléguait être d'origine kurde et de confession sunnite. Il affirma s'être installé avec sa famille à Beyrouth (Liban) en 1995 et y avoir travaillé. En décembre 1999, lui-même et trois de ses frères auraient été arrêtés par la sûreté syrienne et emprisonnés à Alep (Syrie) pendant neuf mois sur ordre de la police, laquelle recherchait des informations sur un autre de ses frères qui avait déserté en 1998 pendant son service militaire. Il aurait en outre été torturé et maltraité en prison et n'aurait été relâché qu'après avoir été hospitalisé en raison de ces mauvais traitements. Après sa libération, il serait retourné à Beyrouth dans sa famille. Entre 2001 et 2002, il aurait été arrêté quatre fois par des agents de la sûreté syrienne, qui l'auraient interrogé sur son frère et frappé avant de le libérer au bout de quelques jours de détention. En 2002, les requérants auraient déménagé à Alep, où ils seraient restés jusqu'à leur départ de la Syrie, en août de la même année.

Ils auraient quitté la Syrie légalement, voyageant en avion de Damas à Stockholm *via* la Turquie avec leurs propres passeports, qu'ils auraient détruits à leur arrivée en Suède.

11. Le 27 juin 2003, le bureau des migrations rejeta la demande d'asile et d'autorisation de séjour formée par les intéressés et ordonna leur expulsion vers la Syrie. Pour se prononcer ainsi, il releva d'abord que la situation générale des Kurdes en Syrie ne satisfaisait pas aux critères d'octroi de l'asile, notamment parce que les Kurdes de nationalité syrienne avaient les mêmes droits que tout autre citoyen syrien. Il observa ensuite que les musulmans sunnites étaient majoritaires en Syrie. Il en conclut que les requérants n'avaient pas démontré qu'ils risquaient d'être persécutés si on les renvoyait en Syrie. Il nota en outre que, excepté lors de sa première arrestation en 1999, M. Bader avait été libéré peu après avoir été interrogé par la sûreté syrienne et que les interrogatoires n'avaient pas porté sur l'intéressé mais sur son frère, de

sorte que le premier requérant n'avait pas personnellement besoin de protection. A cet égard, il releva que M. Bader n'avait pas su expliquer les causes de la désertion de son frère et les raisons pour lesquelles la sûreté syrienne s'intéressait tellement à celui-ci. Il observa enfin que les requérants avaient quitté la Syrie légalement.

12. Les intéressés saisirent la Commission de recours des étrangers (*Utlänningsnämnden*), faisant valoir devant elle les mêmes moyens que ceux qu'ils avaient invoqués devant le bureau des migrations et arguant en outre que les Kurdes étaient persécutés et victimes de discrimination en Syrie. Ils soutinrent également avoir payé 6 000 dollars américains pour se procurer des faux passeports qu'ils avaient par la suite détruits. Ils alléguèrent enfin que M<sup>me</sup> Kanbor avait été hospitalisée dans le service des urgences d'une clinique psychiatrique pendant trois jours en juillet 2003 en raison d'attaques de panique.

13. Le 16 septembre 2003, la commission rejeta leur recours pour les mêmes motifs que le bureau des migrations, déclarant que les nouveaux arguments avancés par les requérants ne changeaient en rien la situation. L'arrêté d'expulsion fut également confirmé.

14. Les intéressés présentèrent par la suite une nouvelle demande à la commission, qui fut rejetée le 27 novembre 2003.

15. Au cours de l'automne 2003, le tribunal de district (*tingsrätten*) de Blekinge condamna le premier requérant pour menaces à l'encontre de sa fille de quatre ans et d'un voisin. Il infligea à l'intéressé une peine avec sursis et ordonna qu'il fût expulsé de la Suède. Toutefois, statuant sur recours de l'intéressé le 24 février 2004, la cour d'appel (*hovrätten*) de Skåne et Blekinge confirma la condamnation et la peine avec sursis mais annula l'arrêté d'expulsion au motif que l'infraction commise n'était pas en soi passible de pareille mesure.

16. Avant que cette dernière décision ne fût rendue, les autorités policières avaient commencé à effectuer les démarches nécessaires à l'exécution de l'arrêté d'expulsion pris par le tribunal de district. A cette fin, l'ambassade de Suède à Damas établit que les requérants avaient quitté Damas légalement le 17 août 2002 en utilisant leurs propres passeports et qu'ils avaient en fait voyagé *via* Chypre et non *via* la Turquie.

17. En janvier 2004, les intéressés déposèrent une nouvelle demande d'asile devant la Commission de recours des étrangers et sollicitèrent le sursis à exécution de l'arrêté d'expulsion. Ils invoquèrent un jugement rendu le 17 novembre 2003 par le tribunal régional d'Alep condamnant par contumace le premier requérant à la peine de mort, en application de l'article 535 § 1 du code pénal syrien, pour complicité de meurtre.

18. Le 9 janvier 2004, la commission ordonna qu'il fût sursis à l'exécution de l'arrêté d'expulsion visant les requérants jusqu'à nouvel ordre et les invita à présenter un original du jugement ainsi que d'autres documents pertinents à l'appui de leur demande.

19. Le 26 janvier 2004, les intéressés présentèrent à la commission une copie certifiée de la décision du tribunal régional d'Alep. Dans son jugement, la juridiction syrienne indiquait que le premier requérant et son frère avaient menacé à plusieurs reprises leur beau-frère, qu'ils accusaient de maltraiter leur sœur et d'avoir déshonoré leur famille en versant une dot trop faible. Elle tenait pour établi que le frère de M. Bader avait tué leur beau-frère en novembre 1998, après avoir planifié le meurtre avec l'intéressé, lequel avait fourni l'arme du crime. Après avoir relevé que les deux frères s'étaient soustraits à la justice, elle les déclara coupables des faits qui leur étaient reprochés et les condamna à mort, à verser un million de livres syriennes à la famille de la victime, à la privation de leurs droits civiques et ordonna le gel de leurs avoirs. Elle reprochait en outre au premier requérant de détenir illégalement une arme militaire et invitait le procureur militaire à le poursuivre de ce chef. Le jugement comportait la mention suivante : «Ce jugement a été rendu en l'absence de l'accusé. La procédure peut être rouverte.» Il apparaît qu'il avait force de chose jugée.

20. Les requérants présentèrent en outre certains autres documents relatifs à la procédure en Syrie, y compris une citation à comparaître en date du 10 août 2003 qui enjoignait à M. Bader de se présenter personnellement devant le tribunal dans les dix jours sous peine de se voir priver de ses droits civiques et de la jouissance de ses biens. Le premier requérant prétendit devant la commission qu'il ne pouvait être impliqué dans le meurtre puisqu'il se trouvait à Beyrouth à l'époque des faits. Il expliqua également que, soupçonné de complicité de meurtre, il avait en réalité subi neuf mois de détention provisoire en 1999-2000 et qu'il avait été libéré sous caution le 9 septembre 2000. Il précisa qu'il n'avait pas divulgué ces faits auparavant parce qu'ils mettaient en cause l'honneur de sa famille et révélaient l'humiliation subie par sa sœur. Il était représenté par un avocat en Syrie, dont les coordonnées lui avaient été fournies par la Commission de recours des étrangers.

21. Le 16 février 2004, la commission invita l'ambassade de Suède en Syrie à vérifier si le jugement était authentique et si, dans l'affirmative, il était possible d'interjeter appel ou de rouvrir la procédure. Elle souhaita également savoir si une grâce était envisageable et si les sentences capitales étaient généralement exécutées en Syrie.

22. Par une lettre du 14 mars 2004, l'ambassade de Suède en Syrie informa la commission qu'un avocat local (*förtroendadvokat*) qu'elle avait mandaté avait confirmé l'authenticité du jugement et effectué des recherches en droit pénal syrien sur les peines infligées pour meurtre et homicide, dont les résultats étaient joints à la lettre.

23. Dans sa lettre, l'ambassade indiqua que, selon les informations fournies par l'avocat local, il était vraisemblable (*sannolikt*) que la cause serait rejugée une fois que l'accusé aurait été localisé et il était très

probable (*troligt*) que de nouveaux témoins seraient appelés et que l'affaire serait réexaminée dans son ensemble. Elle ajouta que le fait qu'une cause pût être qualifiée d'«affaire d'honneur» était habituellement considéré comme une circonstance atténuante de nature à alléger la sentence. Elle déclara également que, selon l'avocat, il n'était pas inhabituel que les tribunaux syriens infligent la peine maximale prévue par la loi lorsqu'un accusé ne déférait pas à une citation à comparaître. Elle indiqua que, selon ses sources, il semblait que la comparution personnelle de l'accusé fût une condition nécessaire à la réouverture du procès. Elle souligna que le système judiciaire syrien se caractérisait par un arbitraire considérable (*betydande*) et que les sentences capitales prononcées pour des infractions graves telles que le meurtre étaient exécutées, précisant cependant que toute exécution devait être approuvée par le président. Elle signala qu'elle ne disposait pas d'informations fiables sur la fréquence des exécutions car celles-ci se déroulaient en principe hors de tout contrôle public et sans que personne ne dût en répondre, ajoutant toutefois que, selon l'avocat local, les tribunaux syriens ne prononçaient que très rarement des condamnations à mort de nos jours.

24. Le 4 mars 2004, répondant aux informations fournies par l'ambassade, les requérants relevèrent tout d'abord que le premier d'entre eux était recherché en Syrie en vertu du jugement rendu par le tribunal régional d'Alep. Ils observèrent ensuite que les indications données par l'avocat syrien ne faisaient que refléter son opinion personnelle sur l'affaire et son appréciation sur la suite probable qui y serait donnée. Ils soulignèrent que rien ne garantissait que la procédure serait rouverte et que, à supposer qu'elle le fût, son issue serait différente de celle du procès par contumace. Ils déclarèrent également qu'il serait désormais très difficile au premier requérant de trouver des témoins prêts à déposer en sa faveur et que la fortune de la famille de l'homme qui avait été tué permettrait à celle-ci de corrompre le procureur et les témoins, voire le juge. M. Bader alléguait que, contrairement à ce qui était indiqué dans le jugement (paragraphe 19 ci-dessus), la victime n'était pas son beau-frère. Il précisa que ce quiproquo était dû au fait que la famille de l'homme qui avait été tué avait produit devant le tribunal syrien de faux documents attestant que sa sœur était l'épouse de la victime, afin que le meurtre fût considéré comme étant de la plus extrême gravité. Il alléguait par ailleurs que son origine kurde l'exposerait à un traitement discriminatoire devant les juridictions syriennes et probablement à une sanction plus sévère. Les requérants plaidèrent enfin que, compte tenu de l'arbitraire et de la corruption qui régnaient dans la justice syrienne, ils avaient de bonnes raisons de craindre que l'expulsion de M. Bader vers la Syrie conduirait à son exécution et, partant, à la destruction de leur famille.

25. Le 7 avril 2004, la Commission de recours des étrangers rejeta la demande d'asile des requérants par deux voix contre une. Pour se prononcer ainsi, la majorité de ses membres estima que les recherches menées par l'avocat local avaient permis d'établir, d'une part, que la procédure dont le premier requérant avait fait l'objet serait rouverte et l'affaire entièrement rejugée si celui-ci était renvoyé en Syrie et, d'autre part, qu'il ne serait pas condamné à la peine de mort s'il était reconnu coupable car il s'agissait d'une « affaire d'honneur ». La majorité en conclut que les craintes exprimées par les requérants étaient dénuées de fondement et en déduisit qu'ils n'avaient pas besoin de protection.

26. Le membre minoritaire de la commission jugea pour sa part que, eu égard à l'ensemble des faits de la cause, les requérants étaient fondés à croire que M. Bader serait exécuté s'il était renvoyé en Syrie et qu'ils devaient donc se voir accorder une autorisation de séjour en Suède.

27. Le 19 avril 2004, se conformant à l'indication que la Cour avait donnée au Gouvernement en vertu de l'article 39 de son règlement, le bureau des migrations décida qu'il serait sursis à l'exécution de l'arrêté d'expulsion jusqu'à nouvel ordre. Le sursis est toujours en vigueur.

## II. LE DROIT INTERNE PERTINENT

28. Le texte de base régissant l'entrée et le séjour des étrangers sur le territoire suédois est la loi sur les étrangers (*Utlänningslagen*, 1989:529). Selon l'article 4 du chapitre 3 de ce texte, un étranger ayant obtenu le statut de réfugié ou ayant besoin de protection à un autre titre a le droit, sauf exceptions, de se voir délivrer une autorisation de séjour en Suède. Le terme « réfugié » s'entend d'un étranger se trouvant hors du pays dont il a la nationalité parce qu'il a de solides motifs de craindre d'être persécuté à cause de sa race, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social déterminé, de ses convictions religieuses ou de ses opinions politiques et qu'il ne peut ou ne veut, du fait de ses craintes, se prévaloir de la protection de ce pays. En vertu de l'article 2 du chapitre 3, les dispositions précédentes s'appliquent tant dans le cas où la persécution est le fait des autorités du pays en question que dans celui où l'on ne peut s'en remettre à elles pour offrir une protection contre la perpétration d'actes de persécution par des particuliers. En application de l'article 3 du chapitre 3, est un « étranger ayant besoin de protection à un autre titre » notamment celui qui a fui son pays d'origine en raison de la crainte bien fondée d'être condamné à la peine capitale ou à des châtiments corporels ou soumis à la torture ou à d'autres traitements ou peines inhumains ou dégradants.



29. En outre, l'autorité appelée à exécuter une mesure de refoulement ou d'expulsion d'un étranger doit tenir compte du risque que pareille mesure ferait courir à celui-ci de se voir infliger la torture ou d'autres formes de traitements inhumains ou dégradants. Les empêchements légaux à l'exécution d'une mesure d'éloignement sont énumérés dans une disposition particulière de la loi, l'article 1 du chapitre 8, en vertu de laquelle un étranger ne peut être expulsé vers un pays où il y a raisonnablement lieu de croire (*skälig anledning*) qu'il se verrait infliger la peine capitale, des châtiments corporels, la torture ou d'autres formes de traitements inhumains ou dégradants.

### III. LA PEINE DE MORT EN SYRIE

30. Selon l'article 535 du code pénal syrien, les personnes reconnues coupables d'homicide volontaire encourent la peine de mort.

31. Dans ses observations finales sur le troisième rapport périodique présenté par la Syrie en vertu de l'article 40 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (CCPR/CO/84/SYR, du 9 août 2005), le Comité des droits de l'homme de l'Organisation des Nations unies a exprimé son inquiétude quant à la nature et au nombre d'infractions passibles de la peine de mort dans ce pays. Il s'est en outre déclaré «profondément préoccupé par le rétablissement de fait de la peine de mort et des exécutions en 2002» et a constaté le manque de renseignements fournis par la Syrie concernant le nombre des personnes dont la peine de mort avait été commuée et de celles qui attendaient leur exécution.

32. Selon Amnesty International (Rapport Pays 2005 – Syrie), les autorités syriennes ont annoncé le 5 juillet 2004 avoir exécuté seize personnes en 2002 et onze autres en 2003. En outre, il a été rapporté le 17 octobre 2004, sans plus de précisions, que deux exécutions avaient eu lieu à Alep.

## EN DROIT

### I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DES ARTICLES 2 ET 3 DE LA CONVENTION

33. Les requérants alléguaient que l'expulsion de M. Bader de la Suède vers la Syrie était de nature à exposer celui-ci à un risque réel d'être arrêté et exécuté car la peine capitale à laquelle il avait été condamné dans ce pays était devenue exécutoire. Ils invoquaient les articles 2 et 3 de la Convention, dont les dispositions pertinentes se lisent ainsi :

**Article 2**

«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.

(...)»

**Article 3**

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

**A. Thèses des parties***1. Thèse des requérants*

34. Les intéressés soutiennent qu'il est établi que M. Bader est fondé à craindre que la peine de mort prononcée contre lui soit exécutée s'il était contraint de retourner en Syrie, car le jugement de condamnation est authentique et exécutoire. Ils font valoir que l'emploi de termes tels que «probable» et «vraisemblable» dans la lettre adressée par l'ambassade de Suède à Damas et le rapport de recherches rédigé par l'avocat local engagé par elle traduisent le caractère aléatoire et imprécis des informations qui y figurent, soulignant en même temps que ces documents font état de l'arbitraire et de la corruption qui sévissent dans le système judiciaire syrien. Ils ajoutent que ces pièces établissent que les exécutions pratiquées en Syrie ne sont pas rendues publiques, raison pour laquelle il n'existe pas d'informations fiables sur leur fréquence. Le premier requérant doute sérieusement de survivre à l'arrestation et à la détention dont il ferait l'objet en cas de retour en Syrie. Il indique que le fait d'avoir demandé l'asile à un pays tiers et d'avoir des origines kurdes aggrave les risques que lui ferait courir un rapatriement forcé. Observant que plus de six ans se sont écoulés depuis que le meurtre qu'on lui impute a été commis, il plaide qu'il lui serait extrêmement difficile de trouver des témoins et des preuves en sa faveur en cas de réouverture du procès en Syrie.

35. Les requérants soulignent en outre que la décision litigieuse n'a pas été rendue à l'unanimité des trois membres composant la Commission de recours des étrangers et renvoie à l'opinion de l'un de ceux qui y siégeaient, lequel avait estimé que les craintes de M. Bader d'être exécuté s'il était renvoyé en Syrie étaient fondées et que les intéressés méritaient donc la protection de la Suède.

36. Les requérants concluent que M. Bader serait exposé à un risque réel d'être exécuté s'il était expulsé vers la Syrie, situation contraire aux articles 2 et 3 de la Convention.

## 2. *Thèse du Gouvernement*

37. Le Gouvernement observe que l'article 2 de la Convention n'interdit pas la peine de mort et souligne que la protection contre ce châtement est garantie en toutes circonstances par l'article 1 du Protocole n° 13 à la Convention, lequel lie la Suède. Aussi ne voit-il aucun inconvénient à ce que la présente affaire soit examinée sous l'angle tant de l'article 3 de la Convention que de l'article 1 du Protocole n° 13. Il partira de cette hypothèse pour exposer ses arguments.

38. Il reconnaît que la situation des droits de l'homme en Syrie laisse encore à désirer, observant entre autres qu'un certain nombre de crimes, dont le meurtre, sont passibles de la peine de mort dans ce pays. Toutefois, il souligne qu'aucune information concernant l'application de la sentence capitale n'est divulguée, de sorte qu'il est difficile de savoir si celle-ci est réellement exécutée. Relevant en outre que la Constitution syrienne consacre le principe de l'indépendance de la justice, il admet que les pressions politiques et la corruption peuvent parfois influencer sur les décisions rendues par les juridictions ordinaires. Il signale que le système pénal syrien permet aux prévenus de réclamer leur mise en liberté provisoire contre le versement d'une caution personnelle, tout en indiquant que bon nombre d'entre eux sont maintenus en détention provisoire pendant des mois. Il ajoute qu'ils bénéficient de la présomption d'innocence, qu'ils peuvent se faire représenter par l'avocat de leur choix et qu'il leur est permis de produire des preuves ainsi que de contre-interroger leurs accusateurs. Il précise que les verdicts sont susceptibles de recours devant les cours régionales et, en dernière instance, devant la Cour de cassation.

39. Au vu de ce qui précède, le Gouvernement estime que l'on ne saurait se fonder exclusivement sur la situation prévalant en Syrie pour conclure que le rapatriement forcé du premier requérant dans ce pays emporterait violation de l'article 3 de la Convention ou de l'article 1 du Protocole n° 13. Il considère que l'on ne peut constater la violation de l'une ou l'autre de ces dispositions sans qu'il soit établi que M. Bader court personnellement le risque d'être soumis à un traitement que celles-ci prohibent.

40. A cet égard, et compte tenu des informations obtenues par l'ambassade de Suède en Syrie et par l'avocat local mandaté par elle, le Gouvernement renvoie à l'avis de la Commission de recours des étrangers, qui a conclu que les craintes exprimées par le premier requérant au sujet d'une condamnation à mort ou d'une exécution en cas de renvoi en Syrie n'étaient pas fondées et en a déduit que ni lui ni sa famille n'avaient besoin de protection. Il souligne que, pour se prononcer ainsi, la commission a appliqué les dispositions pertinentes de la loi sur les étrangers, lesquelles sont conformes aux garanties correspondantes de la Convention.

## B. Appréciation de la Cour

### 1. Principes pertinents

41. La Cour rappelle d'abord que les Etats contractants ont, en vertu d'un principe de droit international bien établi et sans préjudice des engagements découlant pour eux des traités internationaux, y compris la Convention, le droit de contrôler l'entrée, le séjour et l'éloignement des non-nationaux. Cependant, l'expulsion d'un étranger par un Etat contractant peut soulever un problème au regard de l'article 3, donc engager la responsabilité de l'Etat en cause au titre de la Convention, lorsqu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire que l'intéressé, si on l'expulse vers le pays de destination, y courra un risque réel d'être soumis à un traitement contraire à l'article 3. En pareil cas, cette disposition implique l'obligation de ne pas expulser la personne en question vers ce pays (voir, entre autres, *H.L.R. c. France*, arrêt du 29 avril 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-III, p. 757, §§ 33-34).

42. En outre, dans des affaires dont elle a eu précédemment à connaître, la Cour n'a pas exclu que la responsabilité d'un Etat contractant puisse être engagée au titre de l'article 2 de la Convention ou de l'article 1 du Protocole n° 6 lorsqu'un étranger est renvoyé dans un pays où il court un risque important d'être exécuté en application d'une sentence capitale ou pour une autre raison (voir, par exemple, *S.R. c. Suède* (déc.), n° 62806/00, 23 avril 2002; *Ismaili c. Allemagne* (déc.), n° 58128/00, 15 mars 2001, et *Bahaddar c. Pays-Bas*, arrêt du 19 février 1998, *Recueil* 1998-I, avis de la Commission, pp. 270-271, §§ 75-78).

Dans l'affaire *Öcalan c. Turquie* ([GC], n° 46221/99, CEDH 2005-IV), la Grande Chambre de la Cour a constaté que les territoires relevant de la juridiction des Etats membres du Conseil de l'Europe étaient devenus une zone exempte de la peine de mort et que, compte tenu notamment du fait que l'ensemble des Etats membres avaient signé le Protocole n° 6 et que seuls deux d'entre eux (Monaco et la Russie) ne l'avaient pas encore ratifié, l'on pouvait dire que la sentence capitale en temps de paix en était venue à être considérée comme une forme de sanction inacceptable qui n'était plus autorisée par l'article 2 de la Convention (*ibidem*, § 163; pour un aperçu de la position du Conseil de l'Europe sur la peine de mort, voir *Öcalan*, précité, §§ 58-59). Toutefois, la Grande Chambre a poursuivi en ces termes :

« Pour le moment, le fait qu'il y a encore un nombre élevé d'Etats qui n'ont pas signé ou ratifié le Protocole n° 13 peut empêcher la Cour de constater que les Etats contractants ont une pratique établie de considérer l'exécution de la peine de mort comme un traitement inhumain et dégradant contraire à l'article 3 de la Convention, compte tenu du fait que cette dernière disposition n'admet aucune dérogation, même en temps de guerre. » (paragraphe 165)

La Grande Chambre s'est abstenue de répondre catégoriquement à la question de savoir s'il y avait lieu de considérer que l'article 2 de la Convention avait été amendé de manière à interdire la peine de mort en toutes circonstances (*ibidem*, § 165). Elle a cependant estimé que, quand bien même l'article 2 devrait être interprété comme autorisant encore aujourd'hui la peine capitale, appliquer une sentence de mort à l'issue d'un procès inéquitable serait contraire à la Convention en ce que cela reviendrait à infliger la mort de façon arbitraire (*ibidem*, § 166) :

« (...) Il découle également de l'exigence contenue dans l'article 2 § 1 que la mort ne peut être donnée qu'en vertu de « l'exécution d'une sentence capitale prononcée par un tribunal » (...) [et que] les normes d'équité les plus strictes et les plus rigoureuses doivent être observées dans la procédure pénale tant en première instance qu'en appel. »

Elle a ajouté que prononcer la peine capitale à l'issue d'un procès inéquitable provoquerait chez la personne ainsi condamnée, dans des circonstances où il existe une possibilité réelle que la peine soit exécutée, une angoisse et une peur considérables de nature à faire tomber pareille mesure sous le coup de l'article 3 de la Convention (*ibidem*, §§ 168-169).

A cet égard, il convient également de relever que la Cour admet qu'une décision d'extradition peut exceptionnellement soulever un problème sur le terrain de l'article 6 de la Convention au cas où le fugitif aurait subi ou risquerait de subir un déni de justice flagrant dans le pays requérant l'extradition (voir les arrêts *Mamatkoulov et Askarov c. Turquie* [GC], n<sup>os</sup> 46827/99 et 46951/99, § 88, CEDH 2005-I, et *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, série A n<sup>o</sup> 161, p. 45, § 113).

Il s'ensuit qu'un problème peut se poser sur le terrain des articles 2 et 3 de la Convention dans le cas où une Partie contractante expulse un étranger ayant subi ou risquant de subir, dans l'Etat de destination, un déni de justice flagrant qui déboucherait ou risquerait de déboucher sur la peine de mort.

## 2. Application des principes susmentionnés au cas d'espèce

43. La Cour note d'emblée que les requérants n'ont pas maintenu devant elle l'allégation qu'ils avaient formulée devant les services de l'immigration suédois, selon laquelle M. Bader avait été soumis à la torture avant de quitter la Syrie et y serait de nouveau exposé en cas de rapatriement forcé vers ce pays. La Cour n'estimant pas devoir examiner d'office cette question, elle se bornera à rechercher si, comme le prétendent les intéressés, la condamnation exécutoire à la peine capitale frappant M. Bader exposerait celui-ci à un risque réel d'être mis à mort s'il était expulsé vers la Syrie.

44. A cet égard, la Cour attache une grande importance au fait que, aux termes d'un jugement par contumace prononcé le 17 novembre 2003 par le tribunal régional d'Alep, le premier requérant a été condamné à la

sentence capitale pour complicité de meurtre sur le fondement de l'article 535 § 1 du code pénal syrien. L'authenticité de ce jugement a été confirmée par l'ambassade de Suède en Syrie. La Cour souligne par ailleurs que, même si elle n'est pas forcément chose courante, la peine de mort est appliquée en Syrie pour les crimes les plus graves.

Elle relève en outre que le jugement rendu par le tribunal d'Alep indique que M. Bader peut solliciter la réouverture de la procédure et un nouveau procès. Toutefois, celui-ci devrait pour cela se livrer aux autorités à son retour en Syrie et serait presque certainement incarcéré en attendant que le tribunal compétent statue sur pareille demande.

45. La Cour estime, comme les requérants, que les informations recueillies par l'ambassade de Suède en Syrie sur les perspectives de réouverture de la procédure et la probabilité pour M. Bader d'échapper à la peine capitale au cas où il serait reconnu coupable à l'issue d'un nouveau procès sont vagues et imprécises. Le rapport dans lequel ces informations figurent n'émet que des hypothèses et ne fournit pas de réponse catégorique quant au sort qui serait réservé aux requérants en cas de rapatriement vers la Syrie. A cet égard, la Cour trouve surprenant que, lors de l'enquête qu'elle a menée, l'ambassade de Suède ne semble même pas avoir pris contact avec l'avocat de M. Bader en Syrie bien que les intéressés eussent indiqué aux autorités suédoises les nom et adresse de l'avocat en question, lequel aurait très probablement pu fournir des informations utiles sur l'affaire et sur la procédure applicable devant la juridiction syrienne. Surtout, la Cour note que le gouvernement suédois n'a pas obtenu des autorités syriennes la garantie que la procédure dirigée contre le premier requérant serait rouverte et que le procureur ne requerrait pas la peine capitale lors d'un nouveau procès (voir, entre autres, *Mamatkoulou et Askarov*, précité, § 76; *Soering*, précité, pp. 38-39, §§ 97-98; *Nivette c. France* (déc.), n° 44190/98, CEDH 2001-VII). Dans ces conditions, les services suédois compétents feraient courir un risque grave à M. Bader en le renvoyant en Syrie et en le livrant aux autorités syriennes sans avoir reçu la moindre assurance qu'il bénéficierait d'un nouveau procès et que la peine de mort ne serait pas requise ou prononcée contre lui.

46. Aussi la Cour juge-t-elle que le premier requérant est fondé à craindre que la peine de mort à son encontre soit exécutée en cas de retour forcé en Syrie. En outre, la peine capitale étant appliquée dans ce pays en dehors de tout contrôle du public et sans que personne ne doive en rendre compte, le premier requérant éprouverait inévitablement une peur et une angoisse considérables quant aux circonstances de son exécution et subirait, avec les membres de sa famille, une incertitude intolérable quant au moment, au lieu et aux modalités de sa mise à mort.

47. Par ailleurs, il ressort de la décision rendue par la juridiction syrienne qu'aucun témoin n'a été entendu à l'audience, que tous les éléments de preuve examinés ont été produits par le procureur et que

ni l'accusé ni même son avocat n'ont comparu. Pareille procédure, qui se caractérise par sa nature sommaire et la négation totale des droits de la défense, constitue aux yeux de la Cour un déni flagrant de procès équitable (voir, *mutatis mutandis*, *Mamatkoulov et Askarov*, précité, § 88). Naturellement, cela ne peut qu'ajouter aux sentiments d'incertitude et de détresse des requérants quant à l'issue de tout nouveau procès en Syrie.

Au vu de ce qui précède, la Cour estime que la peine de mort à laquelle M. Bader a été condamné à l'issue d'un procès inéquitable causerait inévitablement aux requérants un supplément de crainte et d'angoisse quant à leur avenir en cas de rapatriement forcé en Syrie puisque la sentence en question risquerait fort d'y être exécutée (*Öcalan*, précité, § 169).

48. Partant, au vu de l'ensemble des circonstances de l'espèce, la Cour considère qu'il y a des raisons sérieuses de croire que M. Bader serait exposé à un risque réel d'être exécuté et soumis à un traitement contraire aux articles 2 et 3 s'il était expulsé vers son pays d'origine. Dès lors, la Cour conclut que la mesure d'expulsion des requérants vers la Syrie, si elle recevait application, emporterait violation des articles 2 et 3 de la Convention.

49. Eu égard à cette conclusion, la Cour juge inutile d'examiner la requête à la lumière du Protocole n° 13 à la Convention, comme le Gouvernement l'a suggéré.

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

50. Aux termes de l'article 41 de la Convention,

« Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses Protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable. »

51. Après avoir déclaré la requête recevable, la Cour a invité les requérants à lui soumettre une demande de satisfaction équitable. Les intéressés n'ayant formulé aucune prétention à cet égard, il n'y a pas lieu pour la Cour de leur accorder un quelconque montant.

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

*Dit* que l'expulsion des requérants vers la Syrie emporterait violation des articles 2 et 3 de la Convention.

Fait en anglais, puis communiqué par écrit le 8 novembre 2005, 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. Cabral Barreto.

J.-P.C.  
S.D.



## OPINION CONCORDANTE DE M. LE JUGE CABRAL BARRETO

J'ai voté avec la majorité pour la violation de l'article 2 de la Convention parce que je ne disposais d'aucun autre moyen pour exprimer ma conviction qu'il y a violation non pas de cet article mais de l'article 1 du Protocole n° 13.

Je m'explique.

A mon avis, c'est la première fois que la Cour dit sans ambages que l'extradition ou l'expulsion d'un individu vers un pays où il risque la peine capitale à l'issue d'un procès inéquitable constitue une violation de l'article 2 de la Convention.

Dans l'arrêt *Öcalan c. Turquie* ([GC], n° 46221/99, CEDH 2005-IV), la Cour (statuant en Grande Chambre) a étudié ce problème de façon approfondie.

Au paragraphe 166 de son arrêt, la Grande Chambre a repris ce que la section avait dit :

« (...) Quand bien même l'article 2 autoriserait-il encore aujourd'hui la peine de mort, la Cour estime qu'il est interdit d'infliger la mort de façon arbitraire en vertu de la peine capitale. Cela découle de l'exigence que «le droit de toute personne à la vie [soit] protégé par la loi». Un acte arbitraire ne saurait être régulier au regard de la Convention (...)»

Or, même s'« [i]l découle de l'interprétation de l'article 2 développée ci-dessus que l'exécution d'un condamné à mort qui n'a pas bénéficié d'un procès équitable n'est pas autorisée », la Grande Chambre s'est abstenue de conclure à la violation de l'article 2 pour passer sur le terrain de l'article 3.

Et l'arrêt continue ainsi :

« 167. La conclusion ci-dessus sur l'interprétation à donner à l'article 2 en cas de procès inéquitable doit guider la Cour lorsqu'elle examine, au regard de l'article 3, la question du prononcé de la peine de mort en de telles circonstances.

168. Comme la Cour l'a déjà souligné (...), la manière dont la peine de mort est prononcée ou appliquée, la personnalité du condamné ou une disproportion à la gravité de l'infraction, ainsi que les conditions de la détention vécue dans l'attente de l'exécution, figurent parmi les éléments de nature à faire tomber sous le coup de l'article 3 le traitement ou la peine subis par l'intéressé (*Soering*, précité, p. 41, § 104).

169. Selon la Cour, prononcer la peine capitale à l'encontre d'une personne à l'issue d'un procès inéquitable équivaut à soumettre injustement cette personne à la crainte d'être exécutée. La peur et l'incertitude quant à l'avenir engendrées par une sentence de mort, dans des circonstances où il existe une possibilité réelle que la peine soit exécutée, doivent être sources d'une angoisse considérable chez l'intéressé. Ce sentiment d'angoisse ne peut être dissocié de l'iniquité de la procédure qui a débouché sur la peine, laquelle, considérant qu'une vie humaine est en jeu, devient illégale au regard de la Convention. »

Enfin, la Cour conclut au paragraphe 175 que :

«Partant, (...) le fait de prononcer la peine de mort à l'encontre du requérant à l'issue d'un procès inéquitable devant un tribunal dont l'indépendance et l'impartialité sont sujettes à caution s'analyse en un traitement inhumain contraire à l'article 3 (...)»

Dans le dispositif, la Grande Chambre a seulement jugé qu'il y avait violation de l'article 3 de la Convention quant au fait de prononcer la peine de mort à l'issue d'un procès inéquitable.

Nonobstant les conclusions de l'arrêt *Öcalan*, il me semble, et c'est pourquoi j'ai voté avec la majorité, que la section peut aller un peu plus loin, en se fondant sur les considérations de la Grande Chambre à propos des Protocoles n<sup>os</sup> 6 et 13.

Après avoir jugé possible que le Protocole n<sup>o</sup> 6 traduisait déjà «un accord des Etats contractants pour abroger, ou du moins modifier, la deuxième phrase de l'article 2» (§ 163), la Grande Chambre a admis que le Protocole n<sup>o</sup> 13 reflétait «la confirmation de la tendance abolitionniste que les Etats contractants sont en train de mettre en pratique. Elle ne va pas nécessairement à l'encontre de la thèse selon laquelle l'article 2 a été amendé en tant qu'il autorise la peine de mort en temps de paix» (§ 164).

Les Etats qui ont déjà ratifié le Protocole n<sup>o</sup> 13 ont voulu remplacer l'obligation qui découle de l'article 2 de la Convention par une obligation plus forte, celle d'abolir la peine de mort en toutes circonstances.

La deuxième phrase de l'article 2 est en quelque sorte abrogée ou, au moins, vidée de son contenu avec l'entrée en vigueur du Protocole n<sup>o</sup> 13.

Les Etats qui ont ratifié le Protocole n<sup>o</sup> 13 s'engagent non seulement à ne jamais appliquer la peine capitale mais aussi à ne jamais placer une personne dans une situation où elle risque cette peine.

Par conséquent, il n'y a pas lieu de s'intéresser au procès ni à la situation dans laquelle se trouvera le condamné à mort avant l'application de la peine capitale, puisqu'il y aura toujours violation de l'article 1 du Protocole n<sup>o</sup> 13.

La Suède a déjà ratifié le Protocole n<sup>o</sup> 13.

Ainsi, je préfère dire qu'il y aurait dans le cas d'espèce, au-delà d'une violation de l'article 3 de la Convention, également violation de l'article 1 du Protocole n<sup>o</sup> 13 si les requérants étaient expulsés vers la Syrie.

LEYLA ŞAHİN c. TURQUIE  
(Requête n° 44774/98)

GRANDE CHAMBRE<sup>1</sup>

ARRÊT DU 10 NOVEMBRE 2005

---

1. Arrêt rendu par la Grande Chambre à la suite d'un renvoi de l'affaire en application de l'article 43 de la Convention.



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Interdiction frappant une étudiante portant le foulard islamique à l'université****Article 9 de la Convention**

*Liberté de manifester sa religion – Interdiction frappant une étudiante portant le foulard islamique à l'université – Prévu par la loi – Accessibilité – Prévisibilité – Cadre légal complété par une décision de la Cour constitutionnelle – Buts légitimes – Protection des droits d'autrui et de l'ordre – Nécessaire dans une société démocratique – Notion de laïcité respectueuse des valeurs sous-jacentes à la Convention – Marge d'appréciation – Étudiants par ailleurs libres de s'acquitter des formes habituelles par lesquelles un musulman manifeste sa religion – Dialogue maintenu tout au long du processus décisionnel*

**Article 2 du Protocole n° 1**

*Droit à l'instruction – Applicabilité à l'enseignement supérieur – Interdiction frappant une étudiante portant le foulard islamique à l'université – Restriction au droit à l'instruction – Rapport raisonnable de proportionnalité – Pas d'atteinte à la substance même du droit*

\*  
\*   \*

A l'époque des faits, la requérante était étudiante à la faculté de médecine de l'université d'Istanbul. Elle est issue d'une famille traditionnelle pratiquant la religion musulmane et porte le foulard islamique afin de respecter un précepte religieux. En février 1998, le recteur de l'université d'Istanbul adopta une circulaire indiquant que les étudiantes portant le foulard islamique ne devaient pas être acceptées aux cours, stages et travaux pratiques. La requérante continua néanmoins à se couvrir la tête. En conséquence, elle se vit refuser une inscription et ne fut pas admise à un cours et à des épreuves écrites. La faculté lui infligea aussi un avertissement pour non-respect des règles portant sur la tenue vestimentaire et l'exclut des cours pendant un semestre pour avoir participé à un rassemblement non autorisé tendant à protester contre ces règles. A la suite de l'adoption d'une loi d'amnistie, toutes les sanctions disciplinaires infligées à la requérante furent annulées. La requérante introduisit un recours en annulation contre la circulaire. Le tribunal administratif la débouta, considérant que le recteur disposait d'un pouvoir réglementaire en matière de tenue vestimentaire des étudiants et que la réglementation et les mesures dont elle se plaignait n'étaient pas illégales.

1. Article 9 de la Convention : comme la chambre, la Grande Chambre est partie du principe que la circulaire, qui soumet le port du foulard islamique à des restrictions, a constitué une ingérence dans l'exercice par la requérante du droit

---

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

de manifester sa religion. La circulaire a été adoptée dans le cadre de la loi relative à l'enseignement supérieur. La Cour constitutionnelle a dit en 1991 que la loi n'autorisait pas le port du foulard pour des motifs religieux dans les établissements de l'enseignement supérieur. Cette décision, à la fois contraignante et accessible, venait compléter la loi et s'alignait sur la jurisprudence constitutionnelle antérieure. De même, le Conseil d'État considérait depuis de nombreuses années que le port du foulard islamique à l'université n'était pas compatible avec les principes fondamentaux de la République et, par ailleurs, le port du foulard islamique était réglementé à l'université depuis au moins 1994, soit bien avant que la requérante ne s'y inscrive. La requérante pouvait donc prévoir, dès son entrée à l'université, que le port du foulard était réglementé et, à partir de février 1998, qu'elle risquait de se voir refuser l'accès aux cours et aux épreuves si elle persistait à le porter. L'ingérence était donc «prévue par la loi» et visait des buts légitimes: la protection des droits et libertés d'autrui et celle de l'ordre.

Reste à savoir si l'ingérence était nécessaire dans une société démocratique. L'ingérence était fondée sur les principes de laïcité et d'égalité. Selon la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, la laïcité interdit à l'État de témoigner une préférence pour une religion ou croyance précise, guidant ainsi ce dernier dans son rôle d'arbitre impartial, et implique nécessairement la liberté de religion et de conscience. Elle vise également à prémunir l'individu non seulement contre des ingérences arbitraires de l'État mais aussi contre des pressions extérieures émanant des mouvements extrémistes. La liberté de manifester la religion peut ainsi être restreinte dans le but de préserver ces valeurs et principes démocratiques. La Cour trouve une telle conception de la laïcité respectueuse des valeurs sous-jacentes à la Convention et nécessaire à la protection du système démocratique en Turquie. Le principe de laïcité est donc la considération primordiale ayant motivé l'interdiction du port du foulard. Dans un pays où les valeurs de pluralisme, de respect des droits d'autrui et d'égalité des hommes et des femmes devant la loi sont enseignées et appliquées dans la pratique, l'on peut comprendre que les autorités aient voulu préserver le caractère laïque de leur établissement et ainsi estimé comme contraire à ces valeurs d'accepter le port de tenues religieuses à l'université. Quant à la proportionnalité, la Cour relève que, dans les universités turques, les étudiants musulmans pratiquants sont libres, dans les limites apportées par les exigences de l'organisation de l'enseignement, de s'acquitter des formes habituelles par lesquelles un musulman manifeste sa religion. Par ailleurs, toutes sortes de tenues religieuses sont interdites dans l'enceinte universitaire. Tout au long du processus décisionnel, les autorités universitaires ont cherché à ne pas fermer leurs portes aux étudiantes voilées, en continuant à dialoguer avec celles-ci tout en veillant au maintien de l'ordre. A la lumière de ce qui précède et compte tenu de la marge d'appréciation des États contractants en la matière, l'ingérence litigieuse était justifiée dans son principe et proportionnée aux buts visés, et pouvait donc passer pour «nécessaire dans une société démocratique».

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

2. Article 2 du Protocole n° 1: contrairement à la chambre, la Grande Chambre est d'avis que le grief tiré de cette disposition mérite un examen séparé. Or, si la première phrase de l'article 2 du Protocole n° 1 énonce pour l'essentiel l'accès aux

établissements de l'enseignement du primaire et du secondaire, on concevrait mal que les établissements du supérieur existant à un moment donné échappent à son empire. Dans une société démocratique, le droit à l'instruction occupe une place si fondamentale qu'une interprétation restrictive de la première phrase de l'article 2 ne correspondrait pas au but et à l'objet de cette disposition, laquelle est donc applicable.

Par analogie avec son raisonnement relatif à l'article 9 de la Convention, la Cour admet que la réglementation sur laquelle était fondé le refus d'accès à plusieurs cours ou épreuves a constitué une limitation au droit de la requérante à l'instruction. Comme pour l'article 9, la restriction était prévisible et visait des buts légitimes, et les moyens employés étaient proportionnés. Le processus décisionnel a satisfait dans toute la mesure du possible à un exercice de mise en balance des divers intérêts en jeu et était assorti de garanties (principe de légalité et contrôle juridictionnel) propres à protéger les intérêts des étudiants. De plus, la requérante pouvait raisonnablement prévoir qu'elle risquait de se voir refuser l'accès aux cours et épreuves si elle persistait à porter le foulard islamique. Dès lors, la limitation en question n'a pas porté atteinte à la substance même du droit à l'instruction de la requérante.

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

### Jurisprudence citée par la Cour

*Affaire «relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique»* (fond), arrêt du 23 juillet 1968, série A n° 6

*Delcourt c. Belgique*, arrêt du 17 janvier 1970, série A n° 11

*De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*, arrêt du 18 juin 1971, série A n° 12

*Golder c. Royaume-Uni*, arrêt du 21 février 1975, série A n° 18

*X c. Royaume-Uni*, n° 5962/72, décision de la Commission du 13 mars 1975, Décisions et rapports 2

*Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark*, arrêt du 7 décembre 1976, série A n° 23  
*Arrousmith c. Royaume-Uni*, n° 7050/75, décision de la Commission du 12 octobre 1978, Décisions et rapports 19

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

*Marckx c. Belgique*, arrêt du 13 juin 1979, série A n° 31

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

*X c. Royaume-Uni*, n° 8844/80, décision de la Commission du 9 décembre 1980, Décisions et rapports 23

*Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, arrêt du 13 août 1981, série A n° 44

*Campbell et Cosans c. Royaume-Uni*, arrêt du 25 février 1982, série A n° 48

*C. c. Royaume-Uni*, n° 10358/83, décision de la Commission du 15 décembre 1983, Décisions et rapports 37

*Barthold c. Allemagne*, arrêt du 25 mars 1985, série A n° 90

*Krustlin c. France*, arrêt du 24 avril 1990, série A n° 176-A

*Yanasik c. Turquie*, n° 14524/89, décision de la Commission du 6 janvier 1993, Décisions et rapports 74

*Costello-Roberts c. Royaume-Uni*, arrêt du 25 mars 1993, série A n° 247-C

*Karaduman c. Turquie*, n° 16278/90, décision de la Commission du 3 mai 1993, Décisions et rapports 74

- Kokkinakis c. Grèce*, arrêt du 25 mai 1993, série A n° 260-A  
*Casado Coca c. Espagne*, arrêt du 24 février 1994, série A n° 285-A  
*Fayed c. Royaume-Uni*, arrêt du 21 septembre 1994, série A n° 294-B  
*Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, arrêt du 20 septembre 1994, série A n° 295-A  
*Sulak c. Turquie*, n° 24515/94, décision de la Commission du 17 janvier 1996, Décisions et rapports 84-B  
*Kramelius c. Suède*, n° 21062/92, décision de la Commission du 17 janvier 1996, non publiée  
*Manoussakis et autres c. Grèce*, arrêt du 26 septembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-IV  
*Wingrove c. Royaume-Uni*, arrêt du 25 novembre 1996, *Recueil* 1996-V  
*Valsamis c. Grèce*, arrêt du 18 décembre 1996, *Recueil* 1996-VI  
*Kalaç c. Turquie*, arrêt du 1<sup>er</sup> juillet 1997, *Recueil* 1997-IV  
*Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, arrêt du 30 janvier 1998, *Recueil* 1998-I  
*Buscarini et autres c. Saint-Marin* [GC], n° 24645/94, CEDH 1999-I  
*Chassagnou et autres c. France* [GC], n<sup>os</sup> 25088/94, 28331/95 et 28443/95, CEDH 1999-III  
*Lukach c. Russie* (déc.), n° 48041/99, 16 novembre 1999  
*Serif c. Grèce*, n° 38178/97, CEDH 1999-IX  
*Georgiou c. Grèce* (déc.), n° 45138/98, 13 janvier 2000  
*Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France* [GC], n° 27417/95, CEDH 2000-VII  
*Hassan et Tchaouch c. Bulgarie* [GC], n° 30985/96, CEDH 2000-XI  
*Dahlab c. Suisse* (déc.), n° 42393/98, CEDH 2001-V  
*K. et T. c. Finlande* [GC], n° 25702/94, CEDH 2001-VII  
*Tepeli et autres c. Turquie* (déc.), n° 31876/96, 11 septembre 2001  
*Pichon et Sajous c. France* (déc.), n° 49853/99, CEDH 2001-X  
*Podkolzina c. Lettonie*, n° 46726/99, CEDH 2002-II  
*Göç c. Turquie* [GC], n° 36590/97, CEDH 2002-V  
*Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie* [GC], n<sup>os</sup> 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98, CEDH 2003-II  
*Murphy c. Irlande*, n° 44179/98, CEDH 2003-IX  
*Gorzelik et autres c. Pologne* [GC], n° 44158/98, CEDH 2004-I  
*Durmaz et autres c. Turquie* (déc.), n<sup>os</sup> 46506/99, 46569/99, 46570/99 et 46939/99, 4 septembre 2001  
*Cumpană et Mazăre c. Roumanie* [GC], n° 33348/96, CEDH 2004-XI  
*Mamatkoulov et Askarov c. Turquie* [GC], n<sup>os</sup> 46827/99 et 46951/99, CEDH 2005-I



**En l'affaire Leyla Şahin c. Turquie,**

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,

MM. B. ZUPANČIĆ,

R. TÜRMEŒ,

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

MM. C. BİRSAN,

K. JUNGWIERT,

V. BUTKEVYCH,

M<sup>me</sup> N. VAJÍĆ,

M. M. UGREKHELIDZE,

M<sup>me</sup> A. MULARONI,

M. J. BORREGO BORREGO,

M<sup>mes</sup> E. FURA-SANDSTRÖM,

A. GYULUMYAN,

MM. E. MYJER,

S.E. JEBENS, *juges*,

et de M. T.L. EARLY, *greffier adjoint de la Grande Chambre*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 18 mai et 5 octobre 2005,

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

**PROCÉDURE**

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 44774/98) dirigée contre la République de Turquie et dont une ressortissante de cet Etat, M<sup>lle</sup> Leyla Şahin («la requérante»), avait saisi la Commission européenne des Droits de l'Homme («la Commission») le 21 juillet 1998 en vertu de l'ancien article 25 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales («la Convention»).

2. La requérante est représentée par M<sup>e</sup> X. Magnée, avocat à Bruxelles, et M<sup>e</sup> K. Berzeg, avocat à Ankara. Le gouvernement turc («le Gouvernement») est représenté par M. M. Özmen, coagent.

3. La requérante alléguait que la réglementation concernant le port du foulard islamique dans les établissements de l'enseignement supérieur a constitué une violation des droits et libertés énoncés aux articles 8, 9, 10 et 14 de la Convention, ainsi qu'à l'article 2 du Protocole n° 1.

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

5. La requête a été attribuée à la quatrième section de la Cour (article 52 § 1 du règlement).

6. Par une décision du 2 juillet 2002, la requête a été déclarée recevable par une chambre de ladite section, composée de Sir Nicolas Bratza, président, M. M. Pellonpää, M<sup>me</sup> E. Palm, M. R. Türmen, M. M. Fischbach, M. J. Casadevall et M. S. Pavlovski, juges, et de M. M. O'Boyle, greffier de section.

7. Une audience portant sur les questions de fond (article 54 § 3 du règlement) s'est déroulée en public le 19 novembre 2002 au Palais des Droits de l'Homme, à Strasbourg.

8. Dans son arrêt du 29 juin 2004 («l'arrêt de la chambre»), la chambre a dit, à l'unanimité, qu'il n'y avait pas eu violation de l'article 9 de la Convention du fait de l'interdiction incriminée, et que nulle question distincte ne se posait sous l'angle des articles 8 et 10, de l'article 14 combiné avec l'article 9 de la Convention, et de l'article 2 du Protocole n° 1.

9. Le 27 septembre 2004, la requérante a demandé le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre (article 43 de la Convention).

10. Le 10 novembre 2004, un collège de la Grande Chambre a décidé d'accueillir la demande de renvoi (article 73 du règlement).

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

12. Tant la requérante que le Gouvernement ont déposé des observations écrites sur le fond de l'affaire.

13. Une audience s'est déroulée en public au Palais des Droits de l'Homme, à Strasbourg, le 18 mai 2005 (article 59 § 3 du règlement).

Ont comparu :

– *pour le Gouvernement*

MM. M. ÖZMEN,	<i>coagent,</i>
E. İŞCAN,	<i>conseil,</i>
M <sup>mes</sup> A. EMÜLER,	
G. AKYÜZ,	
D. KILISLIOĞLU,	<i>conseillères ;</i>

– *pour la requérante*

M <sup>es</sup> X. MAGNÉE,	
K. BERZEG,	<i>conseils.</i>

La Cour a entendu en leurs déclarations M<sup>e</sup> Berzeg et M. Özmen, puis M<sup>e</sup> Magnée.

## EN FAIT

### I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

14. La requérante est née en 1973 et vit à Vienne (Autriche) depuis 1999, année où elle a quitté Istanbul pour poursuivre ses études de médecine à la faculté de médecine de l'université de cette ville. Elle est issue d'une famille traditionnelle pratiquant la religion musulmane et porte le foulard islamique afin de respecter un précepte religieux.

#### A. La circulaire du 23 février 1998

15. Le 26 août 1997, la requérante, alors étudiante en cinquième année à la faculté de médecine de l'université de Bursa, s'inscrit à la faculté de médecine de Cerrahpaşa de l'université d'Istanbul. Elle affirme avoir porté le foulard islamique pendant ses quatre années d'études de médecine à l'université de Bursa ainsi que pendant la période qui s'ensuivit et jusqu'en février 1998.

16. Le 23 février 1998, le recteur de l'université d'Istanbul adopta une circulaire. La partie pertinente de celle-ci est libellée comme suit :

«En vertu de la Constitution, de la loi, des règlements, et conformément à la jurisprudence du Conseil d'Etat, de la Commission européenne des droits de l'homme et aux décisions adoptées par les comités administratifs des universités, les étudiantes ayant la « tête couverte » (portant le foulard islamique) et les étudiants portant la barbe (y compris les étudiants étrangers) ne doivent pas être acceptés aux cours, stages et travaux pratiques. En conséquence, le nom et le numéro des étudiantes revêtues du foulard islamique ou des étudiants barbus ne doivent pas être portés sur les listes de recensement des étudiants. Toutefois, si des étudiants dont le nom et le numéro ne figurent pas sur ces listes insistent pour assister aux travaux pratiques et entrer dans les salles de cours, il faut les avertir de la situation et, s'ils ne veulent pas sortir, il faut relever leurs noms et numéros et les informer qu'ils ne peuvent assister aux cours. S'ils persistent à ne pas vouloir sortir de la salle de cours, l'enseignant dresse un procès-verbal constatant la situation et son impossibilité de faire cours et il porte aussi d'urgence la situation à la connaissance des autorités de l'université pour sanction.»

17. Conformément à la circulaire précitée, le 12 mars 1998, l'accès aux épreuves écrites du cours d'oncologie fut refusé à la requérante par les surveillants au motif qu'elle portait le foulard islamique. Par ailleurs, le 20 mars 1998, M<sup>lle</sup> Şahin s'adressa au secrétariat de la chaire de traumatologie orthopédique pour son inscription administrative, qui lui fut refusée pour cause de port du foulard. De même, les 16 avril et 10 juin 1998, toujours pour la même raison, elle ne fut pas admise au cours de neurologie et aux épreuves écrites du cours de santé populaire.

## **B. Le recours en annulation introduit par la requérante contre la circulaire du 23 février 1998**

18. Le 29 juillet 1998, la requérante introduisit un recours en annulation contre la circulaire du 23 février 1998. Dans son mémoire, elle soutenait que la circulaire en question et son application constituaient une atteinte à ses droits garantis par les articles 8, 9 et 14 de la Convention ainsi que par l'article 2 du Protocole n° 1 dans la mesure où, d'une part, la circulaire n'avait pas de base légale et, d'autre part, le rectorat ne disposait pas de pouvoir de réglementation en la matière.

19. Par un jugement rendu le 19 mars 1999, le tribunal administratif d'Istanbul débouta la requérante, considérant qu'en vertu de l'article 13 b) de la loi n° 2547 relative à l'enseignement supérieur («la loi n° 2547») (paragraphe 52 ci-dessous), le recteur d'une université, en tant qu'organe exécutif d'un tel établissement, disposait d'un pouvoir réglementaire en matière de tenue vestimentaire des étudiants en vue d'assurer le maintien de l'ordre. Ce pouvoir réglementaire devait être exercé conformément à la législation pertinente ainsi qu'aux arrêts rendus par la Cour constitutionnelle et le Conseil d'Etat. Se référant à la jurisprudence constante de ces derniers, le tribunal administratif conclut que ni la réglementation litigieuse ni les mesures individuelles ne pouvaient être considérées comme illégales.

20. Le 19 avril 2001, le Conseil d'Etat rejeta le pourvoi de la requérante.

## **C. Les sanctions disciplinaires infligées à la requérante**

21. En mai 1998, une procédure disciplinaire fut engagée contre la requérante au titre de l'article 6 a) du règlement sur la procédure disciplinaire des étudiants (paragraphe 50 ci-dessous) en raison de l'inobservation par celle-ci des règles portant sur la tenue vestimentaire.

22. Le 26 mai 1998, eu égard au fait que M<sup>lle</sup> Şahin manifestait par son comportement la volonté de continuer à participer aux cours et/ou aux travaux pratiques en portant le foulard, le doyen de la faculté déclara que l'attitude de la requérante et le non-respect par celle-ci des règles portant sur la tenue vestimentaire ne seyaient pas à la dignité que nécessite la qualité d'étudiant. Il décida en conséquence de lui infliger un avertissement.

23. Le 15 février 1999, un rassemblement non autorisé tendant à protester contre les règles portant sur la tenue vestimentaire eut lieu devant le décanat de la faculté de médecine de Cerrahpaşa.

24. Le 26 février 1999, le doyen de la faculté entama une procédure disciplinaire dirigée entre autres contre la requérante à cause de sa participation au rassemblement en question. Le 13 avril 1999, après

l'avoir entendue, le doyen de la faculté lui infligea une exclusion d'un semestre, en application de l'article 9 j) du règlement sur la procédure disciplinaire des étudiants (paragraphe 50 ci-dessous).

25. Le 10 juin 1999, la requérante introduisit un recours en annulation contre cette sanction disciplinaire devant le tribunal administratif d'Istanbul. Le 30 novembre 1999, ce dernier rejeta le recours au motif que la mesure litigieuse ne pouvait être considérée comme illégale, compte tenu des pièces du dossier et de la jurisprudence établie en la matière.

26. A la suite de l'entrée en vigueur le 28 juin 2000 de la loi n° 4584 prévoyant l'amnistie des sanctions disciplinaires prononcées contre les étudiants et l'annulation des conséquences y relatives, toutes les sanctions infligées à la requérante furent amnistiées et toutes les conséquences y relatives effacées.

27. Le 28 septembre 2000, se fondant sur la loi n° 4584, le Conseil d'Etat décida qu'il n'y avait pas lieu d'examiner le fond du pourvoi de la requérante contre l'arrêt du 30 novembre 1999.

28. Entre-temps, le 16 septembre 1999, la requérante abandonna ses études en Turquie et s'inscrivit à l'université de Vienne pour y poursuivre ses études supérieures.

## II. LE DROIT ET LA PRATIQUE PERTINENTS

### A. La Constitution

29. Les dispositions pertinentes de la Constitution sont libellées en ces termes :

#### Article 2

«La République de Turquie est un Etat de droit démocratique, laïque et social, respectueux des droits de l'homme dans un esprit de paix sociale, de solidarité nationale et de justice, attaché au nationalisme d'Atatürk et reposant sur les principes fondamentaux énoncés dans le préambule.»

#### Article 4

«Les dispositions de l'article premier de la Constitution stipulant que la forme de l'Etat est celle d'une république, ainsi que les dispositions de l'article 2 relatives aux caractéristiques de la République et celles de l'article 3 ne peuvent être modifiées et leur modification ne peut être proposée.»

#### Article 10

«Tous les individus sont égaux devant la loi sans aucune discrimination fondée sur la langue, la race, la couleur, le sexe, l'opinion politique, la croyance philosophique, la religion, l'appartenance à un courant religieux ou d'autres motifs similaires.»

Les femmes et les hommes ont des droits égaux. L'Etat est tenu d'assurer la mise en pratique de cette égalité.

On ne peut accorder de privilèges à un individu, une famille, un groupe ou une catégorie quelconques.

Les organes de l'Etat et les autorités administratives sont tenus d'agir conformément au principe de l'égalité devant la loi en toute circonstance.»

#### **Article 13**

«Les droits et libertés fondamentaux ne peuvent être limités que pour des motifs prévus par des dispositions particulières de la Constitution et en vertu de la loi, et pour autant que ces limitations ne portent pas atteinte à l'essence même des droits et libertés. Les limitations dont les droits et libertés fondamentaux font l'objet ne peuvent être en contradiction ni avec la lettre et l'esprit de la Constitution, ni avec les exigences d'un ordre social démocratique et laïque, et elles doivent respecter le principe de proportionnalité.»

#### **Article 14**

«Les droits et libertés mentionnés dans la Constitution ne peuvent être exercés dans le but de porter atteinte à l'intégrité territoriale de l'Etat et à l'unité de la nation, de supprimer la République démocratique et laïque fondée sur les droits de l'homme.

Aucune disposition de la Constitution ne peut être interprétée en ce sens qu'elle accorderait à l'Etat ou à des individus le droit de mener des activités destinées à anéantir les droits et libertés fondamentaux inscrits dans la Constitution ou à limiter ces droits et libertés dans une mesure dépassant celle qui est stipulée par la Constitution.

La loi fixe les sanctions applicables à ceux qui mènent des activités contraires à ces dispositions.»

#### **Article 24**

«Chacun a droit à la liberté de conscience, de croyance et de conviction religieuse.

Les prières, les rites et les cérémonies religieux sont libres à condition de ne pas violer les dispositions de l'article 14.

Nul ne peut être contraint de participer à des prières ou à des cérémonies et rites religieux ni de divulguer ses croyances et ses convictions religieuses; nul ne peut être blâmé ni inculpé à cause de ses croyances ou convictions religieuses.

L'éducation et l'enseignement religieux et éthique sont dispensés sous la surveillance et le contrôle de l'Etat. L'enseignement de la culture religieuse et de la morale figure parmi les cours obligatoires dispensés dans les établissements scolaires du primaire et du secondaire. En dehors de ces cas, l'éducation et l'enseignement religieux sont subordonnés à la volonté propre de chacun et, en ce qui concerne les mineurs, à celle de leurs représentants légaux.

Nul ne peut, de quelque manière que ce soit, exploiter la religion, les sentiments religieux ou les choses considérées comme sacrées par la religion, ni en abuser dans le but de faire reposer, même partiellement, l'ordre social, économique, politique ou juridique de l'Etat sur des préceptes religieux ou de s'assurer un intérêt ou une influence sur le plan politique ou personnel.»

**Article 42**

«Nul ne peut être privé de son droit à l'éducation et à l'instruction.

Le contenu du droit à l'instruction est défini et réglementé par la loi.

L'éducation et l'enseignement sont assurés sous la surveillance et le contrôle de l'Etat, conformément aux principes et réformes d'Atatürk et selon les règles de la science et de la pédagogie contemporaines. Il ne peut être créé d'établissement d'éducation ou d'enseignement en opposition avec ces principes.

La liberté d'éducation et d'enseignement ne dispense pas du devoir de loyauté envers la Constitution.

L'enseignement primaire est obligatoire pour tous les citoyens des deux sexes et il est gratuit dans les écoles de l'Etat.

Les règles auxquelles doivent se conformer les écoles privées des degrés primaire et secondaire sont déterminées par la loi d'une manière propre à garantir le niveau fixé pour les écoles de l'Etat.

L'Etat accorde aux bons élèves qui sont dépourvus de moyens financiers l'aide nécessaire pour leur permettre de poursuivre leurs études, sous forme de bourses ou par d'autres voies. Il prend les mesures appropriées en vue de rendre les personnes dont l'état nécessite une éducation spéciale utiles à la société.

On ne peut poursuivre dans les établissements d'éducation et d'enseignement que des activités se rapportant à l'éducation, à l'enseignement, à la recherche et à l'étude. Aucune entrave ne peut être apportée à ces activités de quelque manière que ce soit (...)

**Article 153**

«Les arrêts de la Cour constitutionnelle sont définitifs. Les arrêts d'annulation ne peuvent être rendus publics avant d'avoir été motivés par écrit.

Lorsque la Cour constitutionnelle annule l'ensemble ou un article d'une loi ou d'un décret-loi, elle ne peut pas se substituer au législateur en établissant une disposition susceptible d'entraîner une application nouvelle.

(...)

Les arrêts de la Cour constitutionnelle sont immédiatement publiés au Journal officiel et lient les organes du législatif, de l'exécutif et du judiciaire ainsi que les autorités administratives et les personnes physiques et morales.»

**B. Historique et contexte***1. Le principe de laïcité et le port de tenues religieuses*

30. La République turque s'est construite autour de la laïcité. Avant et après la proclamation de la République le 29 octobre 1923, la séparation des sphères publique et religieuse fut obtenue par plusieurs réformes révolutionnaires : le 3 mars 1923, le califat fut aboli ; le 10 avril 1928, la disposition constitutionnelle selon laquelle l'islam était la religion d'Etat

fut supprimée; enfin, par une révision constitutionnelle intervenue le 5 février 1937, le principe de laïcité acquit valeur constitutionnelle (article 2 de la Constitution de 1924 et article 2 des Constitutions de 1961 et 1982, repris au paragraphe 29 ci-dessus).

31. Le principe de laïcité s'inspirait de l'évolution de la société ottomane au cours de la période qui se situe entre le XIX<sup>e</sup> siècle et la proclamation de la République. L'idée de créer un espace public moderne où l'égalité était assurée à tous les citoyens sans distinction de religion, de confession et de sexe avait déjà trouvé un écho dans les débats ottomans du XIX<sup>e</sup> siècle. Les droits des femmes ont connu un grand progrès durant cette période (l'égalité de traitement dans l'enseignement, l'interdiction de la polygamie en 1914, le transfert de la compétence juridique en matière d'affaires familiales aux tribunaux séculiers instaurés au XIX<sup>e</sup> siècle).

32. L'idéal républicain était défini à travers la visibilité publique de la femme et sa participation active à la société. Par conséquent, à l'origine, l'émancipation de la femme à l'égard des contraintes religieuses et la modernisation de la société ont été pensées ensemble. Ainsi, le 17 février 1926, fut adopté le code civil, qui prévoit l'égalité des sexes dans la jouissance des droits civiques, notamment dans le domaine du divorce et de la succession. Ensuite, par la révision constitutionnelle du 5 décembre 1934 (article 10 de la Constitution de 1924), les droits politiques des femmes furent reconnus au même titre que ceux des hommes.

33. Pour ce qui est de la tenue vestimentaire, la première disposition adoptée fut la loi n° 671 du 28 novembre 1925 relative au port du chapeau, qui envisageait la tenue comme une question ayant trait à la modernité. De même, le port d'un habit religieux, quelle que soit la religion ou la croyance concernée, fut interdit en dehors des lieux de culte et des cérémonies religieuses par la loi n° 2596 du 3 décembre 1934 sur la réglementation du port de certains vêtements.

34. Par ailleurs, en vertu de la loi n° 430, adoptée le 3 mars 1924, sur la fusion des services d'éducation, les écoles religieuses furent fermées et toutes les écoles furent rattachées au ministère de l'Éducation. Cette loi fait partie des lois ayant valeur constitutionnelle, protégées par l'article 174 de la Constitution turque.

35. En Turquie, le port du foulard islamique à l'école et à l'université est un phénomène récent, qui s'est manifesté notamment à partir des années 1980. Le sujet est largement débattu et continue à être l'objet de vives discussions dans la société turque. Pour les partisans du foulard islamique, il s'agit d'une obligation et/ou d'une manifestation liée(s) à l'identité religieuse. En revanche, les tenants de la laïcité, qui font une différence entre le *başörtüsü* (foulard traditionnel anatolien, porté lâche) et le *türban* (foulard noué serré qui cache les cheveux et la gorge), considèrent le foulard islamique comme un symbole de l'islam politique.



Notamment, l'arrivée au pouvoir le 28 juin 1996 d'un gouvernement de coalition constitué par le Refah Partisi, de tendance islamiste, et le Doğru Yol Partisi, de tendance centre-droite, a donné un aspect particulièrement politique à ce débat. L'ambiguïté de l'attachement aux valeurs démocratiques qui ressort des prises de position des dirigeants du Refah Partisi, y compris de celle du premier ministre de l'époque issu de ce parti, et des discours de ces dirigeants prônant un système multijuridique fonctionnant selon des règles religieuses différentes pour chaque communauté religieuse, fut perçue dans la société comme une menace réelle pour les valeurs républicaines et la paix civile (*Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie* [GC], n<sup>os</sup> 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98, CEDH 2003-II).

2. *La réglementation de la tenue vestimentaire dans les établissements de l'enseignement supérieur et la jurisprudence constitutionnelle*

36. Le premier texte en la matière fut le règlement du 22 juillet 1981 adopté par le Conseil des ministres, lequel imposait une tenue vestimentaire simple, sans excès et contemporaine au personnel travaillant dans les organismes et institutions publiques ainsi qu'aux agents et étudiants des établissements rattachés aux ministères. De même, selon ce règlement, les femmes, lors de l'exercice de leur fonction, et les étudiantes devaient être non voilées dans les établissements d'enseignement.

37. Le 20 décembre 1982, une circulaire relative au port du foulard dans les établissements de l'enseignement supérieur fut adoptée par le Conseil de l'enseignement supérieur. Ce texte interdisait le port du foulard islamique dans les salles de cours. Le Conseil d'Etat, dans son arrêt du 13 décembre 1984, confirma la légalité de cette réglementation et considéra que :

«Au-delà d'une simple habitude innocente, le foulard est en train de devenir le symbole d'une vision contraire aux libertés des femmes et aux principes fondamentaux de la République.»

38. Le 10 décembre 1988 entra en vigueur l'article 16 provisoire de la loi n° 2547. La disposition en question était ainsi libellée :

«Une tenue ou une apparence contemporaine est obligatoire dans les locaux et couloirs des établissements de l'enseignement supérieur, écoles préparatoires, laboratoires, cliniques et polycliniques. Le port d'un voile ou d'un foulard couvrant le cou et les cheveux pour des raisons de conviction religieuse est libre.»

39. Par un arrêt du 7 mars 1989 publié au Journal officiel le 5 juillet 1989, la Cour constitutionnelle déclara la disposition précitée contraire aux articles 2 (laïcité), 10 (égalité devant la loi) et 24 (liberté de religion) de la Constitution. De même, elle considéra que cette disposition ne

saurait non plus se concilier avec le principe d'égalité des sexes qui se dégageait, entre autres, des valeurs républicaines et révolutionnaires (préambule et article 174 de la Constitution).

Dans leur arrêt, les juges constitutionnels expliquèrent tout d'abord que la laïcité avait acquis valeur constitutionnelle en raison de l'expérience historique du pays et des particularités de la religion musulmane par rapport aux autres religions, et qu'elle constituait l'une des conditions indispensables de la démocratie et le garant de la liberté de religion et du principe d'égalité devant la loi. La laïcité interdisait aussi à l'Etat de témoigner une préférence pour une religion ou croyance et, en conséquence, un Etat laïque ne pouvait pas invoquer la conviction religieuse dans sa fonction législative. Ils considérèrent notamment :

«La laïcité est l'organisatrice civique de la vie politique, sociale et culturelle, qui se fonde sur la souveraineté nationale, la démocratie, la liberté et la science. La laïcité est le principe qui offre à l'individu la possibilité d'affirmer sa personnalité propre grâce à la liberté de pensée et qui, en réalisant la distinction entre la politique et les croyances religieuses, rend effectives les libertés de conscience et de religion. Dans les sociétés fondées sur la religion, qui fonctionnent avec la pensée et les règlements religieux, l'organisation politique a un caractère religieux. Dans le régime laïque, la religion est préservée d'une politisation. Elle n'est plus un outil de l'administration et se maintient à sa place respectable, qui est à évaluer par la conscience de tout un chacun (...)»

Soulignant le caractère inviolable de la liberté de religion, de conscience et de culte, les juges constitutionnels observèrent que cette liberté, qui ne pouvait pas être assimilée au port d'un habit religieux spécifique, garantissait avant tout la liberté d'adhérer ou non à une religion. Ils relevèrent que, en dehors du cadre intime réservé à l'individu, la liberté de manifester la religion pouvait être restreinte pour des raisons d'ordre public dans le but de préserver le principe de laïcité.

Selon les juges constitutionnels, chacun peut s'habiller comme il le veut. Il convient aussi de respecter les valeurs et traditions sociales et religieuses de la société. Toutefois, lorsqu'une forme de tenue est imposée aux individus par référence à une religion, celle-ci est perçue et présentée comme un ensemble de valeurs incompatible avec les valeurs contemporaines. Au surplus, en Turquie, où la majorité de la population est de confession musulmane, le fait de présenter le port du foulard islamique comme une obligation religieuse contraignante entraînerait une discrimination entre les pratiquants, les croyants non pratiquants et les non-croyants en fonction de leur tenue, et signifierait indubitablement que les personnes qui ne portent pas le foulard sont contre la religion ou sans religion.

Les juges constitutionnels soulignèrent aussi que les étudiants doivent pouvoir travailler et se former ensemble dans un climat de sérénité, de tolérance et d'entraide sans que le port de signes d'appartenance à une

religion les en empêche. Ils estimèrent que, indépendamment de la question de savoir si le foulard islamique était un précepte de la religion musulmane, la reconnaissance juridique d'un tel symbole religieux dans les établissements de l'enseignement supérieur n'était pas non plus compatible avec la neutralité de l'enseignement public, dans la mesure où une telle reconnaissance était de nature à générer des conflits entre les étudiants en fonction de leurs idées ou croyances religieuses.

40. Le 25 octobre 1990 entra en vigueur l'article 17 provisoire de la loi n° 2547, ainsi libellé :

«A condition de ne pas être contraire aux lois en vigueur, la tenue est libre dans les établissements de l'enseignement supérieur.»

41. Dans son arrêt du 9 avril 1991, publié au Journal officiel le 31 juillet 1991, la Cour constitutionnelle déclara la disposition précitée conforme à la Constitution, considérant qu'à la lumière des principes qui se dégagent de son arrêt du 7 mars 1989, cette disposition n'autorisait pas le port du foulard pour des motifs religieux dans les établissements de l'enseignement supérieur. Elle indiqua notamment :

« (...) l'expression «lois en vigueur» vise avant toute chose la Constitution (...) Dans les établissements de l'enseignement supérieur, se couvrir le cou et les cheveux avec un voile ou un foulard pour des raisons de conviction religieuse est contraire aux principes de laïcité et d'égalité. Dans cette situation, la liberté vestimentaire dans les établissements de l'enseignement supérieur reconnue dans la disposition litigieuse «ne concerne pas les vêtements de caractère religieux ni le fait de se couvrir le cou et les cheveux avec un voile et un foulard» (...) La liberté reconnue par cet article [article 17 provisoire] est subordonnée à la condition de ne pas être contraire «aux lois en vigueur». Or l'arrêt de la Cour constitutionnelle [du 7 mars 1989] établit que le fait de se couvrir le cou et les cheveux avec un foulard est avant tout contraire à la Constitution. Par conséquent, la condition énoncée à l'article précité de ne pas être contraire aux lois en vigueur place en dehors du champ d'application de la liberté vestimentaire le fait de «se couvrir le cou et les cheveux avec un foulard» (...) »

### *3. Application à l'université d'Istanbul*

42. Créée au XV<sup>e</sup> siècle, l'université d'Istanbul forme un des principaux pôles d'enseignement supérieur public en Turquie. Elle est composée de dix-sept facultés dont deux de médecine, à savoir la faculté de médecine de Cerrahpaşa et celle de Çapa, et de douze écoles supérieures. Elle accueille environ 50 000 étudiants.

43. En 1994, à la suite d'une campagne de pétitions lancée par les étudiantes inscrites au programme de formation des sages-femmes de l'Ecole supérieure des métiers de la santé de l'université, le recteur diffusa une note d'information par laquelle il exposait le contexte dans lequel se situe la question du foulard islamique et le fondement juridique de la réglementation en la matière. Il déclara notamment :

«L'interdiction du port du foulard par les étudiantes inscrites au programme de formation des sages-femmes pendant les cours pratiques n'a pas pour objet de porter atteinte à leur liberté de conscience et de religion, mais d'agir conformément aux lois et règlements en vigueur. Lorsqu'elle exerce sa profession, une sage-femme ou une infirmière est en uniforme. Cet uniforme est décrit et identifié par les règlements adoptés par le ministère de la Santé (...) Les étudiantes qui souhaitent intégrer cette profession le savent. Imaginez une étudiante sage-femme avec un manteau à manches longues qui veut retirer un bébé d'une couveuse ou l'y installer ou qui assiste un médecin dans une salle d'opération ou dans une salle d'accouchement.»

44. Considérant que la manifestation visant à obtenir l'autorisation de porter le foulard islamique dans tous les espaces de l'université tendait à prendre une tournure susceptible de porter atteinte à l'ordre et à la paix de l'université, de la faculté et de l'hôpital de Cerrahpaşa ainsi que de l'Ecole supérieure des métiers de la santé, et, invoquant notamment les droits des malades, le recteur pria les étudiants de respecter les règles relatives à la tenue vestimentaire.

45. La décision concernant la tenue vestimentaire des étudiants et agents publics adoptée le 1<sup>er</sup> juin 1994 par la direction de l'université est rédigée comme suit :

«Dans les universités, la tenue vestimentaire est définie par les lois et règlements. La Cour constitutionnelle a rendu un arrêt empêchant le port d'une tenue religieuse dans les universités.

Cet arrêt vaut pour tous les étudiants de notre université ainsi que pour le personnel académique, administratif et autre, à tous les niveaux. En particulier, les infirmières, sages-femmes, médecins et vétérinaires sont tenus de respecter, au cours des travaux pratiques de santé et de science appliquée (travaux d'infirmier, de laboratoire, de salle d'opération, de microbiologie), la réglementation portant sur la tenue vestimentaire telle que définie par les exigences scientifiques et la législation. Ceux qui ne se conforment pas à cette tenue vestimentaire ne seront pas acceptés aux travaux pratiques.»

46. Le 23 février 1998 fut diffusée une circulaire régissant l'entrée des étudiants barbus et des étudiantes portant le foulard islamique, signée par le recteur de l'université d'Istanbul (voir le texte de cette circulaire au paragraphe 16 ci-dessus).

47. La décision n° 11 du 9 juillet 1998 adoptée par l'université d'Istanbul est rédigée en ces termes :

«1. Les étudiants de l'université d'Istanbul doivent respecter les principes juridiques et les règles relatives à la tenue vestimentaire définies dans les décisions de la Cour constitutionnelle et des hauts organes judiciaires.

2. Les étudiants de l'université d'Istanbul ne peuvent porter aucune tenue vestimentaire symbolisant ou manifestant une quelconque religion, confession, race, inclination politique ou idéologique dans aucun établissement et département de l'université d'Istanbul et dans aucun espace appartenant à cette université.

3. Les étudiants de l'université d'Istanbul sont tenus de se conformer, dans les établissements et départements auxquels ils sont inscrits, aux règles qui prescrivent des tenues vestimentaires particulières pour des raisons liées à la profession.

4. Les photographies remises par les étudiants de l'université d'Istanbul à leur établissement ou département [doivent être prises] de «face», «la tête et le cou découverts», doivent dater de moins de six mois et permettre d'identifier facilement l'étudiant.

5. Ceux qui ont une attitude contraire aux points énoncés ci-dessus ou qui encouragent par leurs paroles, leurs écrits ou leurs activités une telle attitude feront l'objet d'une procédure en vertu des dispositions du règlement sur la procédure disciplinaire des étudiants.»

#### *4. Le règlement sur la procédure disciplinaire des étudiants*

48. Le règlement sur la procédure disciplinaire des étudiants, publié au Journal officiel le 13 janvier 1985, prévoit cinq sanctions disciplinaires, à savoir l'avertissement, le blâme, l'exclusion temporaire d'une semaine à un mois, l'exclusion temporaire d'un à deux semestres et l'exclusion définitive.

49. Le simple fait de porter le foulard islamique dans l'enceinte des universités n'est pas constitutif d'une infraction disciplinaire.

50. En vertu de l'article 6 a) du règlement «le fait d'avoir un comportement et une attitude qui ne soient pas à la dignité que nécessite la qualité d'élève» constitue un acte ou comportement appelant un avertissement. Un blâme sera infligé entre autres lorsqu'un étudiant a une attitude de nature à ébranler le sentiment d'estime et de confiance que nécessite la qualité d'étudiant ou lorsqu'il dérange l'ordre des cours, séminaires, travaux pratiques, en laboratoire ou en atelier (article 7 a) et e)). Un étudiant qui restreint directement ou indirectement la liberté d'apprendre et d'enseigner et qui a une attitude de nature à rompre le calme, la tranquillité et l'atmosphère de travail des établissements de l'enseignement supérieur ou qui se livre à des activités politiques dans un tel établissement est sanctionné par une exclusion temporaire allant d'une semaine à un mois (article 8 a) et c)). En vertu de l'article 9 j), le fait d'organiser ou de participer à des réunions non autorisées dans l'enceinte universitaire est puni d'une exclusion d'un à deux semestres.

51. La procédure d'enquête disciplinaire est régie par les articles 13 à 34 du règlement en question. Selon les articles 16 et 33, les droits de la défense des étudiants doivent être respectés et le conseil disciplinaire doit prendre en considération la raison qui a conduit l'étudiant à se livrer à une activité contraire au règlement. Par ailleurs, toutes les sanctions disciplinaires peuvent être soumises au contrôle des tribunaux administratifs.

#### *5. Le pouvoir réglementaire des organes de direction des universités*

52. Les universités étant des personnes morales de droit public en vertu de l'article 130 de la Constitution, elles sont dotées d'une

autonomie, sous le contrôle de l'Etat, qui se traduit par la présence à leur tête d'organes de direction, tel le recteur, disposant des pouvoirs dévolus par les lois.

L'article 13 de la loi n° 2547, dans ses parties pertinentes, est ainsi libellé :

« (...) »

b) Pouvoirs, compétences et responsabilités du recteur :

1. Présider les conseils de l'université, exécuter les décisions de ces derniers, examiner les propositions des conseils universitaires et prendre les décisions nécessaires, et assurer le fonctionnement coordonné des établissements rattachés à l'université ;

(...)

5. Assurer la surveillance et le contrôle des unités de l'université et de son personnel de tous niveaux.

C'est le recteur qui est principalement compétent et responsable pour prendre, le cas échéant, des mesures de sécurité ; pour assurer la surveillance et le contrôle administratifs et scientifiques dans le fonctionnement de l'enseignement (...) »

53. Le pouvoir de contrôle et de surveillance accordé au recteur par l'article 13 de la loi n° 2547 est soumis au principe de légalité et au contrôle du juge administratif.

### **C. La force contraignante de la motivation des arrêts de la Cour constitutionnelle**

54. Dans son arrêt du 27 mai 1999 (E. 1998/58, K. 1999/19), publié au Journal officiel le 4 mars 2000, la Cour constitutionnelle déclara notamment :

« Le législatif et l'exécutif sont liés tant par le dispositif des arrêts que par leur motivation dans son ensemble. Les arrêts, avec leur motivation, contiennent les critères d'appréciation des activités législatives et en définissent les lignes directrices. »

### **D. Droit comparé**

55. Depuis plus d'une vingtaine d'années, la place du voile islamique dans l'enseignement public suscite en Europe la controverse. Dans la majorité des pays européens, le débat concerne principalement les établissements d'enseignement du primaire et du secondaire. En revanche, en Turquie, en Azerbaïdjan et en Albanie, ce débat tourne non seulement autour de la liberté personnelle mais également de la signification politique du voile islamique. En effet, dans ces trois seuls pays, le port de celui-ci est réglementé dans l'espace universitaire.

56. En France, où la laïcité est considérée comme un des fondements des valeurs républicaines, a été adoptée la loi du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics. Cette loi insère dans le code de l'éducation un article L. 141-5-1 ainsi rédigé: «Dans les écoles, les collèges et les lycées publics, le port de signes ou tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse est interdit. Le règlement intérieur rappelle que la mise en œuvre d'une procédure disciplinaire est précédée d'un dialogue avec l'élève.»

La loi s'applique à l'ensemble des écoles et établissements scolaires publics, y compris aux formations postbaccalauréat (classes préparatoires aux grandes écoles, sections de technicien supérieur). Elle n'est pas applicable aux universités publiques. En outre, elle ne concerne, comme l'indique la circulaire du 18 mai 2004, que «les signes (...) dont le port conduit à se faire immédiatement reconnaître par son appartenance religieuse, tels que le voile islamique, quel que soit le nom qu'on lui donne, la kippa ou une croix de dimension manifestement excessive.»

57. En Belgique, il n'existe pas de norme générale d'interdiction du port de signes religieux dans les écoles. Dans la communauté française, le décret du 13 mars 1994 définit la neutralité de l'enseignement. Les élèves sont en principe autorisés à arborer un signe religieux. D'une part, cette liberté s'exerce à la seule condition que soient sauvegardés les droits de l'homme, la réputation d'autrui, la sécurité nationale, l'ordre public, la santé et la moralité publique, et que soit respecté le règlement d'ordre intérieur. D'autre part, l'enseignant doit veiller à ce que, sous son autorité, ne se développent ni le prosélytisme religieux ou philosophique ni le militantisme politique organisés par ou pour les élèves. Ce décret mentionne comme motif de restriction admissible le règlement d'ordre intérieur de l'établissement. En outre, le 19 mai 2004, la communauté française a adopté un décret relatif à la mise en œuvre de l'égalité de traitement. En ce qui concerne la communauté flamande, la situation des établissements n'est pas uniforme quant à la question de l'acceptation du port de signes religieux. Certains établissements l'interdisent, d'autres l'autorisent. Dans ce dernier cas, des restrictions sont admises sur la base de critères d'hygiène et de sécurité.

58. Dans d'autres pays, parfois après un long débat juridique, l'enseignement public accepte en principe les jeunes filles musulmanes qui portent le foulard islamique (Allemagne, Autriche, Espagne, Pays-Bas, Royaume-Uni, Suède et Suisse).

59. En Allemagne, où le débat s'était concentré sur le port du foulard islamique par les enseignantes, la Cour constitutionnelle a indiqué le 24 septembre 2003 dans une affaire opposant l'une d'elles au *Land* de Bade-Wurtemberg que l'absence d'interdiction législative explicite

permettait le port du foulard par les enseignantes. Par conséquent, elle a imposé aux *Länder* l'obligation de réglementer la tenue vestimentaire des enseignants quand ils veulent leur interdire le port du foulard islamique dans les écoles publiques.

60. En Autriche, il n'y a pas de législation spécifique sur le port du foulard, du turban et de la kippa. Il est en général considéré que l'interdiction du port du voile est uniquement justifiée lorsque la santé ou la sécurité des élèves est en cause.

61. Au Royaume-Uni, une attitude tolérante prévaut à l'égard du port de signes religieux par les élèves. Des difficultés en relation avec le port du voile islamique ne surviennent que rarement. La question a également été débattue dans le cadre du principe d'élimination de la discrimination raciale à l'école en vue de protéger le caractère multiculturel des établissements d'enseignement (voir notamment l'affaire *Mandla v. Dowell, The Law Reports* 1983, pp. 548-570). La Commission pour l'égalité raciale, dont les avis ne constituent que des recommandations, s'est également prononcée sur la question du foulard islamique en 1988 à l'occasion de l'affaire de la *grammar school* d'Altrincham qui a abouti à un compromis entre l'école et la famille de deux sœurs souhaitant porter le foulard islamique dans une école privée. L'école a accepté le port du voile islamique, à condition que celui-ci soit dépourvu de toute décoration et soit de couleur bleu marine, comme l'uniforme de l'école, et maintenu serré au niveau du cou.

Dans l'affaire *R. (On the application of Begum) v. Headteacher and Governors of Denbigh High School* ([2004] EWHC 1389 (Admin)), la *High Court of Justice* de Londres a été appelée à trancher une affaire opposant une élève musulmane souhaitant porter le *jilbab* (ample toge couvrant tout le corps) à l'école. Cette dernière imposait aux élèves un uniforme, dont une des options correspondait au port du voile et d'une longue tenue traditionnelle du sous-continent indien (*shalwar kameez*). En juin 2004, le tribunal a débouté l'élève et n'a discerné aucune violation de la liberté de religion. Toutefois, ce jugement a été infirmé en appel en mars 2005 par la *Court of Appeal*, qui a accepté l'existence d'une ingérence dans la liberté de religion de l'élève, étant donné qu'une minorité des musulmans au Royaume-Uni estimait qu'il y avait une obligation religieuse de porter le *jilbab* à partir de l'âge de la puberté et que l'élève s'y ralliait sincèrement. Cette ingérence n'avait pas été justifiée par les autorités scolaires parce que la procédure de décision n'était pas compatible avec la liberté de religion.

62. En Espagne, la législation n'interdit pas d'une façon expresse le port de couvre-chefs religieux par les élèves dans l'enseignement public. Deux décrets royaux du 26 janvier 1996, applicables par défaut dans l'enseignement primaire et secondaire en l'absence de mesures prises par les communautés autonomes, compétentes en la matière, accordent aux conseils d'établissement la compétence pour adopter le règlement



intérieur, qui peut notamment comporter des dispositions sur la tenue vestimentaire. Dans l'ensemble, le port du foulard est accepté par les établissements scolaires publics.

63. En Finlande et en Suède, le foulard islamique a été admis à l'école. Toutefois, une distinction est faite entre la *bourca* (voile intégral couvrant l'ensemble du corps et du visage) et le *niqab* (voile recouvrant tout le haut du corps à l'exception des yeux). Notamment en Suède, des directives contraignantes ont été adoptées en 2003 par l'agence nationale de l'éducation. Elles autorisent une école à interdire la *bourca* et le *niqab*, mais à condition que pareille mesure soit prise dans un esprit de dialogue sur les valeurs communes d'égalité des sexes et de respect du principe démocratique sur lequel se base le système éducatif.

64. Aux Pays-Bas, où la question du foulard islamique est appréhendée non pas sous l'angle de la liberté de religion mais sous celui de la discrimination, le foulard islamique est généralement toléré. En 2003, une directive non contraignante a été élaborée. Les écoles peuvent imposer des uniformes aux élèves à condition que les exigences ainsi prévues ne soient pas discriminatoires, qu'elles figurent dans le guide de l'école et que leur méconnaissance ne soit pas sanctionnée de manière disproportionnée. Par ailleurs, il est considéré que l'interdiction de la *bourca* est justifiée pour permettre d'identifier les élèves ou d'assurer la communication avec elles. En outre, la commission pour l'égalité de traitement a estimé, en 1997, qu'interdire le port du voile durant des cours de gymnastique pour des motifs de sécurité n'était pas discriminatoire.

65. Il apparaît que, dans plusieurs autres pays, le foulard islamique n'a encore jamais été l'objet d'une discussion juridique approfondie, et il est admis à l'école (Russie, Roumanie, Hongrie, Grèce, République tchèque, Slovaquie, Pologne).

### **E. Les textes pertinents du Conseil de l'Europe relatifs à l'enseignement supérieur**

66. Concernant les divers textes adoptés par le Conseil de l'Europe dans le domaine de l'enseignement supérieur, il y a lieu tout d'abord de citer, parmi les travaux de l'Assemblée parlementaire, la Recommandation 1353 (1998) portant sur l'accès des minorités à l'enseignement supérieur, adoptée le 27 janvier 1998, ainsi que, parmi les travaux du Comité des Ministres, la Recommandation n° R (98) 3 sur l'accès à l'enseignement supérieur, adoptée le 17 mars 1998.

En la matière, il convient également de mentionner une convention conjointe du Conseil de l'Europe et de l'UNESCO, à savoir la Convention sur la reconnaissance des qualifications relatives à l'enseignement

supérieur dans la région européenne, qui a été signée à Lisbonne le 11 avril 1997 et est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> février 1999.

67. Dans son préambule, la Convention sur la reconnaissance des qualifications relatives à l'enseignement supérieur dans la région européenne énonce :

«Conscientes du fait que le droit à l'éducation est un droit de l'homme et que l'enseignement supérieur, qui joue un rôle éminent dans l'acquisition et dans le progrès de la connaissance, constitue une exceptionnelle richesse culturelle et scientifique, tant pour les individus que pour la société (...)»

68. Le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a adopté le 17 mars 1998 la Recommandation n<sup>o</sup> R (98) 3 sur l'accès à l'enseignement supérieur. En vertu du préambule de ce texte :

«l'enseignement supérieur a un rôle essentiel à jouer dans la promotion des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et dans le renforcement de la démocratie pluraliste et de la tolérance [et] (...) l'élargissement des possibilités de participation à l'enseignement supérieur aux membres de tous les groupes de la société peut contribuer à garantir la démocratie et à instaurer la confiance dans des situations de tension sociale (...)»

69. De même, l'article 2 de la Recommandation 1353 (1998) portant sur l'accès des minorités à l'enseignement supérieur, adoptée le 27 janvier 1998 par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, est ainsi libellé :

«L'éducation est un droit fondamental de la personne et, par conséquent, l'accès à tous les niveaux d'enseignement, y compris supérieur, devrait être ouvert dans les mêmes conditions à tous les résidents permanents des Etats signataires de la Convention culturelle européenne.»

## EN DROIT

### I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 9 DE LA CONVENTION

70. La requérante soutient que l'interdiction de porter le foulard islamique dans les établissements de l'enseignement supérieur constitue une atteinte injustifiée à son droit à la liberté de religion, en particulier à son droit de manifester sa religion.

Elle invoque l'article 9 de la Convention, ainsi libellé :

«1. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites.

2. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans

une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.»

### **A. Arrêt de la chambre**

71. La chambre a constaté que la réglementation de l'université d'Istanbul, qui soumet le port du foulard islamique à des restrictions, et les mesures d'application y afférentes ont constitué une ingérence dans l'exercice par la requérante du droit de manifester sa religion. Elle a conclu que cette ingérence était prévue par la loi, poursuivait l'un des buts légitimes énoncés dans le deuxième paragraphe de l'article 9 et était justifiée dans son principe et proportionnée aux buts poursuivis, et pouvait donc être considérée comme «nécessaire dans une société démocratique» (paragraphe 66-116 de l'arrêt de la chambre).

### **B. Thèses des parties devant la Grande Chambre**

72. Dans sa demande de renvoi à la Grande Chambre du 27 septembre 2004 et dans sa plaidoirie à l'audience, la requérante a contesté les considérations qui ont conduit la chambre à conclure à l'absence de violation de l'article 9 de la Convention.

73. En revanche, dans ses observations présentées à la Grande Chambre le 27 janvier 2005, la requérante a combattu l'idée d'obtenir la reconnaissance juridique du port du foulard islamique en tout lieu pour toutes les femmes, et a notamment dit ceci : «L'arrêt de section implique l'idée que le port du foulard n'est pas toujours protégé par la liberté de religion. [Je] ne conteste pas cette approche.»

74. Le Gouvernement demande à la Grande Chambre d'entériner le constat de la chambre selon lequel il n'y a pas eu violation de l'article 9.

### **C. Appréciation de la Cour**

75. La Cour doit rechercher s'il y a eu ingérence dans le droit de la requérante garanti par l'article 9 et, dans l'affirmative, si cette ingérence était «prévue par la loi», poursuivait un but légitime et était «nécessaire dans une société démocratique» au sens de l'article 9 § 2 de la Convention.

#### *1. Sur l'existence d'une ingérence*

76. La requérante déclare que son habillement doit être traité comme l'observance d'une règle religieuse, qu'elle considère comme une «pratique reconnue». Elle soutient que la restriction litigieuse, à savoir la réglementation du port du foulard islamique dans l'enceinte

universitaire, constitue une ingérence manifeste dans son droit à la liberté de manifester sa religion.

77. Le Gouvernement ne s'est pas prononcé sur cette question devant la Grande Chambre.

78. En ce qui concerne l'existence d'une ingérence, la Grande Chambre souscrit aux constats suivants de la chambre (paragraphe 71 de son arrêt) :

«Selon la requérante, en revêtant un foulard, elle obéit à un précepte religieux et, par ce biais, manifeste sa volonté de se conformer strictement aux obligations de la religion musulmane. Dès lors, l'on peut considérer qu'il s'agit d'un acte motivé ou inspiré par une religion ou une conviction et, sans se prononcer sur la question de savoir si cet acte, dans tous les cas, constitue l'accomplissement d'un devoir religieux, la Cour partira du principe que la réglementation litigieuse, qui soumet le port du foulard islamique à des restrictions de lieu et de forme dans les universités, a constitué une ingérence dans l'exercice par la requérante du droit de manifester sa religion.»

## 2. «Prévue par la loi»

### a) Thèses des parties devant la Grande Chambre

79. La requérante fait valoir l'absence de règle de «droit écrit» interdisant à une femme vêtue d'un foulard islamique de poursuivre ses études à l'université, au moment de son inscription à l'université en 1993 et dans la période qui s'en est suivie. Elle explique notamment qu'en vertu du règlement sur la procédure disciplinaire des étudiants le simple fait de porter le foulard islamique n'est pas constitutif d'une infraction (paragraphe 49 et 50 ci-dessus). En effet, le premier acte réglementaire restrictif applicable à son égard sera, quatre ans et demi plus tard, la circulaire du rectorat du 23 février 1998.

80. Selon la requérante, l'on ne peut pas prétendre que la source légale de la réglementation litigieuse était la jurisprudence des tribunaux turcs, étant donné que ces derniers, seuls habilités à appliquer la loi, n'ont pas compétence pour élaborer de nouvelles règles de droit. Dans ses arrêts des 7 mars 1989 et 9 avril 1991 (paragraphe 39 et 41 ci-dessus), la Cour constitutionnelle n'a certes pas excédé ses pouvoirs en posant une interdiction à l'égard des particuliers. Toutefois, le législateur n'a pas déduit du premier arrêt de la Cour constitutionnelle une injonction d'interdire le port du foulard islamique. Or aucune disposition des lois en vigueur n'interdit aux étudiantes de porter un foulard dans l'enceinte des établissements de l'enseignement supérieur, et la motivation développée par la Cour constitutionnelle pour appuyer sa conclusion n'a pas de valeur juridique.

81. Selon la requérante, il ne fait aucun doute que les autorités universitaires, y compris les rectorats et décanats, peuvent exercer les

compétences qui leur sont attribuées par le droit. Par ailleurs, l'étendue, les limites, les procédures d'exercice ainsi que les mesures destinées à éviter un exercice abusif de ces compétences sont également définies par le droit. Or, en l'espèce, ni les lois en vigueur ni le règlement sur la procédure disciplinaire des étudiants n'attribuent au rectorat la compétence et le pouvoir de refuser aux étudiantes «portant le foulard» l'accès aux locaux de l'établissement ou aux salles d'examen. Au demeurant, selon elle, le pouvoir législatif n'a jamais adopté une position générale interdisant le port de signes religieux dans les écoles et les universités et, à aucun moment, ne s'est constituée au Parlement une telle volonté, nonobstant le fait que le port du foulard islamique était l'objet d'une très vive controverse. Par ailleurs, dans aucun règlement d'ordre général les autorités administratives n'ont adopté de dispositions prévoyant l'application de sanctions disciplinaires aux étudiantes portant un foulard dans un établissement de l'enseignement supérieur, ce qui signifie l'absence d'une telle interdiction.

82. Aux yeux de la requérante, l'ingérence dans son droit n'avait pas de caractère prévisible et ne reposait pas sur une «loi» au sens de la Convention.

83. Le Gouvernement s'est borné à demander à la Grande Chambre d'entériner le constat de la chambre sur ce point.

#### **b) Appréciation de la Cour**

84. La Cour rappelle sa jurisprudence constante selon laquelle l'expression «prévue par la loi» veut d'abord que la mesure incriminée ait une base en droit interne, mais a trait aussi à la qualité de la loi en question: cette expression exige l'accessibilité de la loi aux personnes concernées et une formulation assez précise pour leur permettre – en s'entourant, au besoin, de conseils éclairés – de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences pouvant résulter d'un acte déterminé et de régler leur conduite (*Gorzelik et autres c. Pologne* [GC], n° 44158/98, § 64, CEDH 2004-I).

85. La Cour observe que les arguments de la requérante relatifs à l'imprévisibilité alléguée du droit turc ne concernent pas la circulaire du 23 février 1998 sur laquelle était fondée l'interdiction d'accès aux cours, stages et travaux pratiques aux étudiantes voilées. En effet, ce texte émanait du recteur de l'université d'Istanbul, qui a agi en tant que personne principalement compétente et responsable, chargée d'assurer la surveillance et le contrôle administratifs et scientifiques dans le fonctionnement de l'université; il a adopté la circulaire en question dans le cadre légal défini par l'article 13 de la loi n° 2547 (paragraphe 52 ci-dessus) et conformément aux textes réglementaires adoptés antérieurement.

86. Selon la requérante, toutefois, ce texte n'est pas compatible avec l'article 17 provisoire de la loi n° 2547 dans la mesure où ledit article n'interdisait pas le port du foulard islamique, et il n'existe aucune règle législative susceptible de constituer la source légale d'une disposition réglementaire.

87. La Cour doit donc rechercher si l'article 17 provisoire de la loi n° 2547 peut représenter le fondement légal de la circulaire en question. Elle rappelle à cet égard qu'il incombe au premier chef aux autorités nationales, et singulièrement aux cours et tribunaux, d'interpréter et d'appliquer le droit interne (*Kruslin c. France*, arrêt du 24 avril 1990, série A n° 176-A, pp. 21-22, § 29). Or les tribunaux administratifs, pour écarter le moyen tiré de l'illégalité du texte litigieux, se sont appuyés sur la jurisprudence constante du Conseil d'Etat et de la Cour constitutionnelle (paragraphe 19 ci-dessus).

88. Par ailleurs, en ce qui concerne l'expression «prévues par la loi» figurant aux articles 8 à 11 de la Convention, la Cour rappelle avoir toujours entendu le terme «loi» dans son acception «matérielle» et non «formelle»; elle y a inclus à la fois du «droit écrit», comprenant aussi bien des textes de rang infralégislatif (*De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*, arrêt du 18 juin 1971, série A n° 12, pp. 45-46, § 93) que des actes réglementaires pris par un ordre professionnel, par délégation du législateur, dans le cadre de son pouvoir normatif autonome (*Barthold c. Allemagne*, arrêt du 25 mars 1985, série A n° 90, pp. 21-22, § 46) et le «droit non écrit». La «loi» doit se comprendre comme englobant le texte écrit et le «droit élaboré» par les juges (voir, entre autres, *Sunday Times c. Royaume-Uni (n° 1)*, arrêt du 26 avril 1979, série A n° 30, p. 30, § 47, *Kruslin*, précité, pp. 21-22, § 29 *in fine*, et *Casado Coca c. Espagne*, arrêt du 24 février 1994, série A n° 285-A, p. 18, § 43). En résumé, la «loi» est le texte en vigueur tel que les juridictions compétentes l'ont interprété.

89. Il convient dès lors d'examiner la question sur la base, non seulement du libellé de l'article 17 provisoire de la loi n° 2547, mais aussi de la jurisprudence pertinente des tribunaux internes.

A cet égard, à la lecture dudit article, comme la Cour constitutionnelle l'a souligné dans son arrêt du 9 avril 1991 (paragraphe 41 ci-dessus), la liberté vestimentaire dans les établissements de l'enseignement supérieur n'est pas absolue. Aux termes dudit article, la tenue des étudiants est libre «à condition de ne pas être contraire aux lois en vigueur».

90. Le différend concerne alors la signification des mots «lois en vigueur» figurant dans la disposition précitée.

91. La Cour rappelle que la portée de la notion de prévisibilité dépend dans une large mesure du texte dont il s'agit, du domaine qu'il couvre ainsi que du nombre et de la qualité de ses destinataires. Il faut en plus avoir à l'esprit qu'aussi clair que le libellé d'une disposition légale puisse

être, il existe immanquablement un élément d'interprétation judiciaire, car il faudra toujours élucider les points obscurs et s'adapter aux circonstances particulières. A lui seul, un certain doute à propos de cas limites ne suffit pas à rendre l'application d'une disposition légale imprévisible. En outre, une telle disposition ne se heurte pas à l'exigence de prévisibilité aux fins de la Convention du simple fait qu'elle se prête à plus d'une interprétation. La fonction de décision confiée aux juridictions sert précisément à dissiper les doutes qui pourraient subsister quant à l'interprétation des normes, en tenant compte des évolutions de la pratique quotidienne (*Gorzelik et autres*, précité, § 65).

92. La Cour note à cet égard que, dans son arrêt précité, la Cour constitutionnelle a considéré que les termes «lois en vigueur» englobent nécessairement la Constitution. Il ressort par ailleurs de cet arrêt que le fait d'autoriser les étudiantes à «se couvrir le cou et les cheveux avec un voile ou un foulard pour des raisons de conviction religieuse» dans les universités était contraire à la Constitution (paragraphe 41 ci-dessus).

93. Cette jurisprudence de la Cour constitutionnelle, ayant force contraignante (paragraphe 29 et 54 ci-dessus) et étant accessible puisque avait été publiée au Journal officiel le 31 juillet 1991, complétait la lettre de l'article 17 provisoire et s'alignait sur la jurisprudence constitutionnelle antérieure (paragraphe 39 ci-dessus). Au surplus, depuis de longues années déjà, le Conseil d'Etat considérait que le port du foulard islamique par les étudiantes n'était pas compatible avec les principes fondamentaux de la République, dès lors que celui-ci était en passe de devenir le symbole d'une vision contraire aux libertés de la femme et aux principes fondamentaux (paragraphe 37 ci-dessus).

94. Pour ce qui est de l'argument de la requérante selon lequel le pouvoir législatif n'a jamais adopté une telle interdiction, la Cour rappelle qu'il ne lui appartient pas de se prononcer sur l'opportunité des techniques choisies par le législateur d'un Etat défendeur pour réglementer tel ou tel domaine; son rôle se limite à vérifier si les méthodes adoptées et les conséquences qu'elles entraînent sont en conformité avec la Convention (*Gorzelik et autres*, précité, § 67).

95. En outre, la Cour estime que, si l'université d'Istanbul ou d'autres universités ont appliqué plus ou moins strictement une règle existante, tel l'article 17 provisoire de la loi n° 2547, lu à la lumière de la jurisprudence pertinente, en fonction du contexte et des particularités des formations proposées, une telle pratique, à elle seule, ne rend pas cette règle imprévisible. En effet, dans le système constitutionnel turc, les organes directeurs des universités ne peuvent en aucun cas apporter une restriction aux droits fondamentaux sans une base légale (voir l'article 13 de la Constitution, paragraphe 29 ci-dessus). Leur rôle se limite à adopter les règles internes d'un établissement d'enseignement dans le respect du principe de légalité et sous le contrôle des juges administratifs.

96. Par ailleurs, la Cour peut admettre que, dans un domaine tel que les règles internes d'une université, il peut se révéler difficile d'élaborer des lois d'une très grande précision, voire inopportun de formuler des règles rigides (voir, *mutatis mutandis*, *Gorzelik et autres*, précité, § 67).

97. De même, il est hors de doute que le port du foulard islamique à l'université d'Istanbul était réglementé depuis au moins 1994, soit bien avant que la requérante ne s'y inscrive (paragraphes 43 et 45 ci-dessus).

98. Dans ces conditions, la Cour conclut que l'ingérence litigieuse avait une base légale en droit turc, à savoir l'article 17 provisoire de la loi n° 2547, lu à la lumière de la jurisprudence pertinente des tribunaux internes. La loi était aussi accessible et peut passer pour être libellée avec suffisamment de précision pour satisfaire à l'exigence de prévisibilité. En effet, la requérante pouvait prévoir, dès son entrée à l'université d'Istanbul, que le port du foulard islamique par les étudiantes était réglementé dans l'espace universitaire et, à partir du 23 février 1998, qu'elle risquait de se voir refuser l'accès aux cours et aux épreuves si elle persistait à le porter.

### 3. *But légitime*

99. Eu égard aux circonstances de la cause et aux termes des décisions des juridictions internes, la Cour peut accepter que l'ingérence incriminée poursuivait pour l'essentiel les buts légitimes que sont la protection des droits et libertés d'autrui et la protection de l'ordre, ce qui ne prête pas à controverse entre les parties.

### 4. «Nécessaire dans une société démocratique»

#### a) **Thèses des parties devant la Grande Chambre**

##### i. *La requérante*

100. La requérante conteste les considérations de la chambre. Dans ses observations du 27 septembre 2004 et dans sa plaidoirie à l'audience, elle a souligné notamment que les notions de «démocratie» et de «république» ne sont pas similaires. Alors que beaucoup de régimes totalitaires se réclament de «la République», seule une véritable démocratie peut être fondée sur les principes de pluralisme et d'esprit d'ouverture. Selon elle, en Turquie, l'organisation des systèmes judiciaire et universitaire a été façonnée au gré des coups d'Etat militaires de 1960, 1971 et 1980. En outre, se référant à la jurisprudence de la Cour et à la pratique adoptée dans plusieurs pays européens, la requérante soutient que les Etats contractants ne doivent pas disposer d'une large marge d'appréciation en matière de tenue vestimentaire des étudiants. Elle explique notamment que dans aucun pays européen il n'est interdit aux



étudiantes de porter le foulard islamique dans les universités. Par ailleurs, elle fait valoir qu'aucune tension n'est survenue dans les établissements de l'enseignement supérieur pour justifier une telle mesure radicale.

101. Toujours dans ses observations précitées, la requérante explique que les étudiantes sont des adultes disposant d'une faculté d'appréciation, de leur pleine capacité juridique et de celle de décider librement de la conduite à tenir. Est par conséquent dénuée de tout fondement l'allégation selon laquelle, en revêtant le foulard islamique, elle se montrerait irrespectueuse envers les convictions d'autrui ou chercherait à influencer les autres et à porter atteinte aux droits et libertés d'autrui. Elle n'a créé aucune entrave externe à une quelconque liberté avec le soutien ou l'autorité de l'Etat. Il s'agit en effet d'un choix fondé sur sa conviction religieuse, laquelle constitue le droit fondamental le plus important que lui accorde la démocratie pluraliste et libérale. Il est à ses yeux incontestable qu'une personne est libre de s'imposer des restrictions si elle les juge appropriées. Par ailleurs, il est injuste de considérer que le port du foulard islamique par elle-même est contraire au principe d'égalité des hommes et des femmes, étant donné que toutes les religions imposent de telles restrictions vestimentaires et que les individus sont libres de s'y conformer ou non.

102. En revanche, dans ses observations du 27 janvier 2005, la requérante a dit pouvoir accepter l'idée que le port du foulard islamique n'est pas toujours protégé par la liberté de religion (paragraphe 73 ci-dessus).

*ii. Le Gouvernement*

103. Le Gouvernement souscrit à la conclusion de la chambre (paragraphe 71 ci-dessus).

**b) Appréciation de la Cour**

*i. Principes généraux*

104. La Cour rappelle que, telle que la protège l'article 9, la liberté de pensée, de conscience et de religion représente l'une des assises d'une «société démocratique» au sens de la Convention. Cette liberté figure, dans sa dimension religieuse, parmi les éléments les plus essentiels de l'identité des croyants et de leur conception de la vie, mais elle est aussi un bien précieux pour les athées, les agnostiques, les sceptiques ou les indifférents. Il y va du pluralisme – chèrement conquis au cours des siècles – qui ne saurait être dissocié de pareille société. Cette liberté implique, notamment, celle d'adhérer ou non à une religion et celle de la pratiquer ou de ne pas la pratiquer (voir, entre autres, *Kokkinakis c. Grèce*, arrêt du 25 mai 1993, série A n° 260-A, p. 17, § 31, et *Buscarini et autres c. Saint-Marin* [GC], n° 24645/94, § 34, CEDH 1999-I).

105. Si la liberté de religion relève d'abord du for intérieur, elle implique également celle de manifester sa religion individuellement et en privé, ou de manière collective, en public et dans le cercle de ceux dont on partage la foi. L'article 9 énumère les diverses formes que peut prendre la manifestation d'une religion ou d'une conviction, à savoir le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites (voir, *mutatis mutandis*, *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France* [GC], n° 27417/95, § 73, CEDH 2000-VII).

L'article 9 ne protège toutefois pas n'importe quel acte motivé ou inspiré par une religion ou conviction (voir, parmi plusieurs autres, *Kalaç c. Turquie*, arrêt du 1<sup>er</sup> juillet 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-IV, p. 1209, § 27, *Arrowsmith c. Royaume-Uni*, n° 7050/75, rapport de la Commission du 12 octobre 1978, Décisions et rapports (DR) 19, p. 5, *C. c. Royaume-Uni*, n° 10358/83, décision de la Commission du 15 décembre 1983, DR 37, p. 142, et *Tepeli et autres c. Turquie* (déc.), n° 31876/96, 11 septembre 2001).

106. Dans une société démocratique, où plusieurs religions coexistent au sein d'une même population, il peut se révéler nécessaire d'assortir la liberté de manifester sa religion ou ses convictions de limitations propres à concilier les intérêts des divers groupes et à assurer le respect des convictions de chacun (*Kokkinakis*, précité, p. 18, § 33). Cela découle à la fois du paragraphe 2 de l'article 9 et des obligations positives qui incombent à l'Etat en vertu de l'article 1 de la Convention de reconnaître à toute personne relevant de sa juridiction les droits et libertés définis dans la Convention.

107. La Cour a souvent mis l'accent sur le rôle de l'Etat en tant qu'organisateur neutre et impartial de l'exercice des diverses religions, cultes et croyances, et indiqué que ce rôle contribue à assurer l'ordre public, la paix religieuse et la tolérance dans une société démocratique. Elle estime aussi que le devoir de neutralité et d'impartialité de l'Etat est incompatible avec un quelconque pouvoir d'appréciation de la part de celui-ci quant à la légitimité des croyances religieuses ou des modalités d'expression de celles-ci (*Manoussakis et autres c. Grèce*, arrêt du 26 septembre 1996, *Recueil* 1996-IV, p. 1365, § 47, *Hassan et Tchaouch c. Bulgarie* [GC], n° 30985/96, § 78, CEDH 2000-XI, *Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie* [GC], n<sup>os</sup> 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98, § 91, CEDH 2003-II), et considère que ce devoir impose à l'Etat de s'assurer que des groupes opposés se tolèrent (*Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, arrêt du 30 janvier 1998, *Recueil* 1998-I, p. 27, § 57). Dès lors, le rôle des autorités dans ce cas n'est pas de supprimer la cause des tensions en éliminant le pluralisme, mais de s'assurer que des groupes opposés l'un à l'autre se tolèrent (*Serif c. Grèce*, n° 38178/97, § 53, CEDH 1999-IX).

108. Pluralisme, tolérance et esprit d'ouverture caractérisent une « société démocratique ». Bien qu'il faille parfois subordonner les intérêts d'individus à ceux d'un groupe, la démocratie ne se ramène pas à la suprématie constante de l'opinion d'une majorité mais commande un équilibre qui assure aux individus minoritaires un traitement juste et qui évite tout abus d'une position dominante (voir, *mutatis mutandis*, *Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, arrêt du 13 août 1981, série A n° 44, p. 25, § 63, et *Chassagnou et autres c. France* [GC], n°s 25088/94, 28331/95 et 28443/95, § 112, CEDH 1999-III). Le pluralisme et la démocratie doivent également se fonder sur le dialogue et un esprit de compromis, qui impliquent nécessairement de la part des individus des concessions diverses qui se justifient aux fins de la sauvegarde et de la promotion des idéaux et valeurs d'une société démocratique (voir, *mutatis mutandis*, *Parti communiste unifié de Turquie et autres*, précité, pp. 21-22, § 45, et *Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres*, précité, § 99). Si les « droits et libertés d'autrui » figurent eux-mêmes parmi ceux garantis par la Convention ou ses Protocoles, il faut admettre que la nécessité de les protéger puisse conduire les Etats à restreindre d'autres droits ou libertés également consacrés par la Convention : c'est précisément cette constante recherche d'un équilibre entre les droits fondamentaux de chacun qui constitue le fondement d'une « société démocratique » (*Chassagnou et autres*, précité, § 113).

109. Lorsque se trouvent en jeu des questions sur les rapports entre l'Etat et les religions, sur lesquelles de profondes divergences peuvent raisonnablement exister dans une société démocratique, il y a lieu d'accorder une importance particulière au rôle du décideur national (voir, *mutatis mutandis*, *Cha'are Shalom Ve Tsedek*, précité, § 84, et *Wingrove c. Royaume-Uni*, arrêt du 25 novembre 1996, *Recueil* 1996-V, pp. 1957-1958, § 58). Tel est notamment le cas lorsqu'il s'agit de la réglementation du port de symboles religieux dans les établissements d'enseignement, d'autant plus, comme le démontre l'aperçu de droit comparé (paragraphes 55-65 ci-dessus), au vu de la diversité des approches nationales quant à cette question. En effet, il n'est pas possible de discerner à travers l'Europe une conception uniforme de la signification de la religion dans la société (*Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, arrêt du 20 septembre 1994, série A n° 295-A, p. 19, § 50) et le sens ou l'impact des actes correspondant à l'expression publique d'une conviction religieuse ne sont pas les mêmes suivant les époques et les contextes (voir, par exemple, *Dahlab c. Suisse* (déc.) n° 42393/98, CEDH 2001-V). La réglementation en la matière peut varier par conséquent d'un pays à l'autre en fonction des traditions nationales et des exigences imposées par la protection des droits et libertés d'autrui et le maintien de l'ordre public (voir, *mutatis mutandis*, *Wingrove*, précité, p. 1957, § 57). Dès lors, le choix quant à l'étendue et aux modalités d'une telle réglementation doit, par la force des choses, être dans une certaine mesure laissé à l'Etat concerné, puisqu'il dépend du contexte national

considéré (voir, *mutatis mutandis*, *Gorzelik et autres*, précité, § 67, et *Murphy c. Irlande*, n° 44179/98, § 73, CEDH 2003-IX).

110. Cette marge d'appréciation va de pair avec un contrôle européen portant à la fois sur la loi et sur les décisions qui l'appliquent. La tâche de la Cour consiste à rechercher si les mesures prises au niveau national se justifient dans leur principe et sont proportionnées (*Manoussakis et autres*, précité, p. 1364, § 44). Pour délimiter l'ampleur de cette marge d'appréciation en l'espèce, la Cour doit tenir compte de l'enjeu, à savoir la protection des droits et libertés d'autrui, les impératifs de l'ordre public, la nécessité de maintenir la paix civile et un véritable pluralisme religieux, indispensable pour la survie d'une société démocratique (voir, *mutatis mutandis*, *Kokkinakis*, précité, p. 17, § 31, *Manoussakis et autres*, précité, p. 1364, § 44, et *Casado Coca*, précité, p. 21, § 55).

111. La Cour rappelle également que, dans les décisions *Karaduman c. Turquie* (n° 16278/90, décision de la Commission du 3 mai 1993, DR 74, p. 93) et *Dahlab*, précitée, les organes de la Convention ont considéré que, dans une société démocratique, l'Etat peut limiter le port du foulard islamique si cela nuit à l'objectif visé de protection des droits et libertés d'autrui, de l'ordre et de la sécurité publique. Dans l'affaire *Karaduman* précitée, des mesures prises dans les universités en vue d'empêcher certains mouvements fondamentalistes religieux d'exercer une pression sur les étudiants qui ne pratiquent pas la religion en cause ou sur ceux adhérant à une autre religion n'ont pas été considérées comme une ingérence au regard de l'article 9 de la Convention. Par conséquent, il a été établi que des établissements de l'enseignement supérieur peuvent réglementer la manifestation des rites et des symboles d'une religion en fixant des restrictions de lieu et de forme, dans le but d'assurer la mixité d'étudiants de croyances diverses et de protéger ainsi l'ordre public et les croyances d'autrui (voir, également, *Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres*, précité, § 95). Dans le cadre de l'affaire *Dahlab* précitée, qui concernait une enseignante chargée d'une classe de jeunes enfants, la Cour a notamment mis l'accent sur le «signe extérieur fort» que représentait le port du foulard par celle-ci et s'est interrogée sur l'effet de prosélytisme que peut avoir le port d'un tel symbole dès lors qu'il semblait être imposé aux femmes par un précepte religieux difficilement conciliable avec le principe d'égalité des sexes. Elle a également noté la difficulté de concilier le port du foulard islamique par une enseignante avec le message de tolérance, de respect d'autrui et surtout d'égalité et de non-discrimination que, dans une démocratie, tout enseignant doit transmettre à ses élèves.

*ii. Application de ces principes au cas d'espèce*

112. L'ingérence litigieuse que constitue la réglementation du 23 février 1998, qui soumet le port du foulard islamique par les étudiantes,

telle M<sup>lle</sup> Şahin, à des restrictions de lieu et de forme dans l'enceinte universitaire, était fondée, selon les juridictions turques (paragraphes 37, 39 et 41 ci-dessus), notamment sur les deux principes de laïcité et d'égalité.

113. Dans leur arrêt du 7 mars 1989, les juges constitutionnels ont estimé que la laïcité, qui constitue le garant des valeurs démocratiques, est au confluent de la liberté et de l'égalité. Ce principe interdit à l'État de témoigner une préférence pour une religion ou croyance précise, guidant ainsi ce dernier dans son rôle d'arbitre impartial, et implique nécessairement la liberté de religion et de conscience. Il vise également à prémunir l'individu non seulement contre des ingérences arbitraires de l'État mais aussi contre des pressions extérieures émanant des mouvements extrémistes. Selon ces juges, par ailleurs, la liberté de manifester la religion peut être restreinte dans le but de préserver ces valeurs et principes (paragraphe 39 ci-dessus).

114. Comme la chambre l'a souligné à juste titre (paragraphe 106 de son arrêt), la Cour trouve une telle conception de la laïcité respectueuse des valeurs sous-jacentes à la Convention. Elle constate que la sauvegarde de ce principe, assurément l'un des principes fondateurs de l'État turc qui cadrent avec la prééminence du droit et le respect des droits de l'homme et de la démocratie, peut être considérée comme nécessaire à la protection du système démocratique en Turquie. Une attitude ne respectant pas ce principe ne sera pas nécessairement acceptée comme faisant partie de la liberté de manifester la religion et ne bénéficiera pas de la protection qu'assure l'article 9 de la Convention (*Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres*, précité, § 93).

115. Après avoir examiné les arguments des parties, la Grande Chambre ne voit aucune raison pertinente de s'écarter des considérations suivantes de la chambre (paragraphes 107-109 de son arrêt):

« (...) La Cour note que le système constitutionnel turc met l'accent sur la protection des droits des femmes. L'égalité entre les sexes, reconnue par la Cour européenne comme l'un des principes essentiels sous-jacents à la Convention et un objectif des États membres du Conseil de l'Europe (voir, par exemple, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, arrêt du 28 mai 1985, série A n° 94, pp. 37-38, § 78, *Schuler-Zraggen c. Suisse*, arrêt du 24 juin 1993, série A n° 263, pp. 21-22, § 67, *Burghartz c. Suisse*, arrêt du 22 février 1994, série A n° 280-B, p. 27, § 27, *Van Raalte c. Pays-Bas*, arrêt du 21 février 1997, *Recueil* 1997-I, p. 186, § 39 *in fine*, et *Petrovic c. Autriche*, arrêt du 27 mars 1998, *Recueil* 1998-II, p. 587, § 37), a également été considérée par la Cour constitutionnelle turque comme un principe implicitement contenu dans les valeurs inspirant la Constitution (...)

(...) En outre, à l'instar des juges constitutionnels (...), la Cour estime que, lorsque l'on aborde la question du foulard islamique dans le contexte turc, on ne saurait faire abstraction de l'impact que peut avoir le port de ce symbole, présenté ou perçu comme une obligation religieuse contraignante, sur ceux qui ne l'arborescent pas. Entrent en jeu

notamment, comme elle l'a déjà souligné (*Karaduman*, décision précitée, et *Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres*, précité, § 95), la protection des « droits et libertés d'autrui » et le « maintien de l'ordre public » dans un pays où la majorité de la population, manifestant un attachement profond aux droits des femmes et à un mode de vie laïque, adhère à la religion musulmane. Une limitation en la matière peut donc passer pour répondre à un « besoin social impérieux » tendant à atteindre ces deux buts légitimes, d'autant plus que, comme l'indiquent les juridictions turques (...), ce symbole religieux avait acquis au cours des dernières années en Turquie une portée politique.

(...) La Cour ne perd pas de vue qu'il existe en Turquie des mouvements politiques extrémistes qui s'efforcent d'imposer à la société tout entière leurs symboles religieux et leur conception de la société, fondée sur des règles religieuses (...). Elle rappelle avoir déjà dit que chaque Etat contractant peut, en conformité avec les dispositions de la Convention, prendre position contre de tels mouvements politiques en fonction de son expérience historique (*Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres*, précité, § 124). La réglementation litigieuse se situe donc dans un tel contexte et elle constitue une mesure destinée à atteindre les buts légitimes énoncés ci-dessus et à protéger ainsi le pluralisme dans un établissement universitaire.»

116. Vu le contexte décrit ci-dessus, c'est le principe de laïcité tel qu'interprété par la Cour constitutionnelle (paragraphe 39 ci-dessus) qui est la considération primordiale ayant motivé l'interdiction du port de symboles religieux dans les universités. Dans un tel contexte, où les valeurs de pluralisme, de respect des droits d'autrui et, en particulier, d'égalité des hommes et des femmes devant la loi, sont enseignées et appliquées dans la pratique, l'on peut comprendre que les autorités compétentes aient voulu préserver le caractère laïque de leur établissement et ainsi estimé comme contraire à ces valeurs d'accepter le port de tenues religieuses, y compris, comme en l'espèce, celui du foulard islamique.

117. Il reste à déterminer si, en l'occurrence, il existait un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et les objectifs légitimes poursuivis par l'ingérence contestée.

118. D'emblée, à l'instar de la chambre (paragraphe 111 de son arrêt), il convient de constater que les parties admettent que, dans les universités turques, les étudiants musulmans pratiquants, dans les limites apportées par les exigences de l'organisation de l'enseignement, peuvent s'acquitter des formes habituelles par lesquelles un musulman manifeste sa religion. Il ressort par ailleurs de la décision du 9 juillet 1998 adoptée par l'université d'Istanbul que toutes sortes de tenues religieuses sont également interdites dans l'enceinte universitaire (paragraphe 47 ci-dessus).

119. Il importe aussi d'observer que, lorsque la question du port du foulard islamique par les étudiantes s'est posée en 1994 à l'université d'Istanbul dans le cadre des formations de santé, le recteur de l'université a rappelé aux étudiants la raison d'être des règles régissant

la tenue vestimentaire. Soulignant le dévoiement de la revendication visant à obtenir l'autorisation de porter le foulard islamique dans tous les espaces de l'université et faisant valoir les exigences liées au maintien de l'ordre public imposées par les formations de santé, il a demandé aux étudiants de respecter ces règles, qui étaient en conformité avec la législation et la jurisprudence des hautes juridictions (paragraphe 43-44 ci-dessus).

120. Par ailleurs, le processus de mise en application de la réglementation en question ayant débouché sur la décision du 9 juillet 1998 s'est déroulé sur plusieurs années et a été marqué par un large débat au sein de la société turque et du monde éducatif (paragraphe 35 ci-dessus). Les deux hautes juridictions, le Conseil d'Etat et la Cour constitutionnelle, ont pu élaborer une jurisprudence constante en la matière (paragraphe 37, 39 et 41 ci-dessus). Force est de constater que, tout au long de ce processus décisionnel, les autorités universitaires ont cherché à adapter leur attitude à l'évolution du contexte pour ne pas fermer leurs portes aux étudiantes voilées, en continuant à dialoguer avec celles-ci tout en veillant au maintien de l'ordre public et, en particulier, des exigences imposées par la formation dont il s'agit.

121. A cet égard, la Cour ne souscrit pas à l'argument de la requérante selon lequel le fait que le non-respect du code vestimentaire n'était pas passible de sanction disciplinaire équivaut à l'absence de règle (paragraphe 81 ci-dessus). S'agissant des moyens à employer pour assurer le respect des règles internes, il n'appartient pas à la Cour de substituer sa propre vision à celle des autorités universitaires. Ces dernières, étant en prise directe et permanente avec la communauté éducative, sont en principe mieux placées qu'une juridiction internationale pour évaluer les besoins et le contexte locaux ou les exigences d'une formation donnée (voir, *mutatis mutandis*, *Valsamis c. Grèce*, arrêt du 18 décembre 1996, *Recueil* 1996-VI, p. 2325, § 32). Du reste, ayant constaté la légitimité du but de la réglementation, la Cour ne saurait appliquer le critère de proportionnalité de façon à rendre la notion de « norme interne » d'un établissement vide de sens. L'article 9 ne garantit pas toujours le droit de se comporter d'une manière dictée par une conviction religieuse (*Pichon et Sajous c. France* (déc.), n° 49853/99, CEDH 2001-X) et il ne confère pas aux individus agissant de la sorte le droit de se soustraire à des règles qui se sont révélées justifiées (arrêt *Valsamis*, précité, avis de la Commission, p. 2337, § 51).

122. A la lumière de ce qui précède et compte tenu de la marge d'appréciation des Etats contractants en la matière, la Cour conclut que l'ingérence litigieuse était justifiée dans son principe et proportionnée à l'objectif visé.

123. Partant, il n'y a pas eu violation de l'article 9 de la Convention.

## II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 2 DU PROTOCOLE N° 1

### A. Sur la nécessité d'un examen séparé du présent grief

#### 1. Position des parties

124. La Cour constate que si, devant la chambre, la requérante a invoqué certains articles de la Convention (articles 8, 10 et 14 de la Convention ainsi que 2 du Protocole n° 1), l'intéressée a plaidé pour l'essentiel la violation de l'article 9 de la Convention. Dans sa demande de renvoi, M<sup>lle</sup> Şahin a prié la Grande Chambre de conclure à la violation des articles 8, 9, 10 et 14 de la Convention ainsi que de l'article 2 du Protocole n° 1, en ne présentant aucun argument juridique quant à l'article 10.

125. Dans son mémoire du 27 janvier 2005, la requérante semble toutefois placer son argumentation concernant la réglementation du 23 février 1998 sous un éclairage différent de celui qu'elle avait adopté notamment devant la chambre. Dans son mémoire précité, elle a «[allégué] au principal une violation de l'article 2 du premier Protocole et demand[é] à la Grande Chambre de trancher en ce sens». Elle a notamment prié la Cour de «constater que la décision litigieuse d'interdire l'accès de l'université à la requérante portant, le cas échéant, le voile islamique, constitue en l'espèce une violation du droit à l'instruction, tel que garanti par l'article 2 du premier Protocole lu à la lumière des articles 8, 9 et 10 de la Convention».

126. Quant au Gouvernement, il soutient qu'il n'y a pas eu violation de la première phrase de l'article 2 du Protocole n° 1.

#### 2. Arrêt de la chambre

127. La chambre a conclu que nulle question distincte ne se posait sous l'angle des articles 8, 10 et 14 de la Convention ainsi que de l'article 2 du Protocole n° 1, invoqués par la requérante, les circonstances pertinentes étant les mêmes que pour l'article 9, au sujet duquel elle a conclu à l'absence de violation.

#### 3. Appréciation de la Cour

128. La Cour rappelle que, selon sa jurisprudence désormais bien établie, l'«affaire» renvoyée devant la Grande Chambre englobe nécessairement tous les aspects de la requête que la chambre a examinés précédemment dans son arrêt, aucun fondement ne permettant un renvoi simplement partiel de l'affaire (voir, en dernier lieu, *Cumpănă et Mazăre c. Roumanie* [GC], n° 33348/96, § 66, CEDH 2004-XI, et *K. et T. c. Finlande*



[GC], n° 25702/94, §§ 140-141, CEDH 2001-VII). L'«affaire» dont est saisie la Grande Chambre est la requête telle qu'elle a été déclarée recevable.

129. La Cour estime que le grief tiré de la première phrase de l'article 2 du Protocole n° 1 peut être considéré comme distinct de celui tiré de l'article 9 de la Convention, compte tenu des circonstances propres à l'affaire et de la nature fondamentale du droit à l'instruction ainsi que de la position des parties, nonobstant le fait que ce grief équivaut en substance à une critique de la réglementation du 23 février 1998 comme cela était le cas au regard de l'article 9.

130. En conclusion, la Cour examinera ce grief séparément (voir, *mutatis mutandis*, *Göç c. Turquie* [GC], n° 36590/97, § 46, CEDH 2002-V).

## **B. Sur l'applicabilité**

131. La requérante allègue la violation de la première phrase de l'article 2 du Protocole n° 1, ainsi libellée :

«Nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction. (...)»

### *Champ d'application de la première phrase de l'article 2 du Protocole n° 1*

#### **a) Thèses des parties devant la Grande Chambre**

132. La requérante ne doute pas que le droit à l'instruction, tel que prévu par la première phrase de l'article 2 du Protocole n° 1, s'applique à l'enseignement supérieur, étant donné que cette disposition concerne l'ensemble des établissements existant à un moment donné.

133. Le Gouvernement ne s'est pas prononcé sur cette question.

#### **b) Appréciation de la Cour**

134. Aux termes de la première phrase de l'article 2 du Protocole n° 1, nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction. Bien que ce texte ne fasse aucune mention de l'enseignement supérieur, rien ne tend non plus à indiquer qu'il n'est pas applicable à tous les niveaux d'enseignement, y compris le supérieur.

135. En ce qui concerne le contenu du droit à l'instruction et l'étendue de l'obligation qui en découle, la Cour rappelle avoir dit dans *l'Affaire «relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique» «affaire linguistique belge»* ((fond), arrêt du 23 juillet 1968, série A n° 6, pp. 30-31, § 3) que «[l]a formulation négative signifie, et les travaux préparatoires le confirment, que les Parties contractantes ne reconnaissent pas un droit à l'instruction qui les obligerait à organiser à leurs frais, ou à subventionner, un enseignement d'une forme ou à un

échelon déterminés. L'on ne saurait pourtant en déduire que l'Etat n'ait aucune obligation positive d'assurer le respect de ce droit, tel que le protège la première phrase de l'article 2 du Protocole n° 1. Puisque «droit» il y a, celui-ci est garanti, en vertu de l'article 1 de la Convention, à toute personne relevant de la juridiction d'un Etat contractant.»

136. La Cour ne perd pas de vue que le développement du droit à l'instruction, dont le contenu varierait dans le temps et dans l'espace en fonction des circonstances économiques et sociales, dépend principalement des besoins et des ressources de la communauté. Cependant, il est d'une importance cruciale que la Convention soit interprétée et appliquée d'une manière qui en rende les garanties concrètes et effectives et non pas théoriques et illusoire. En outre, elle est un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions actuelles (*Marckx c. Belgique*, arrêt du 13 juin 1979, série A n° 31, p. 19, § 41, *Airey c. Irlande*, arrêt du 9 octobre 1979, série A n° 32, pp. 14-15, § 26, et, en dernier lieu, *Mamatkoulov et Askarov c. Turquie* [GC], n°s 46827/99 et 46951/99, § 121, CEDH 2005-I). Or, si la première phrase de l'article 2 énonce pour l'essentiel l'accès aux établissements de l'enseignement du primaire et du secondaire, nulle cloison étanche ne sépare l'enseignement supérieur du domaine de l'instruction. En effet, dans plusieurs textes adoptés récemment, le Conseil de l'Europe a souligné le rôle essentiel et l'importance du droit à l'accès à l'enseignement supérieur dans la promotion des droits de l'homme et des libertés fondamentales et le renforcement de la démocratie (voir notamment la Recommandation n° R (98) 3 et la Recommandation 1353 (1998), paragraphes 68 et 69 ci-dessus). Comme l'indique la Convention sur la reconnaissance des qualifications relatives à l'enseignement supérieur dans la région européenne (paragraphe 67 ci-dessus), l'enseignement supérieur «joue un rôle éminent dans l'acquisition et dans le progrès de la connaissance» et «constitue une exceptionnelle richesse culturelle et scientifique, tant pour les individus que pour la société».

137. Partant, on concevrait mal que les établissements de l'enseignement supérieur existant à un moment donné échappent à l'empire de la première phrase de l'article 2 du Protocole n° 1. Ledit article n'astreint certes pas les Etats contractants à créer des établissements d'enseignement supérieur. Néanmoins, un Etat qui a créé de tels établissements a l'obligation de veiller à ce que les personnes jouissent d'un droit d'accès effectif à ceux-ci. Dans une société démocratique, le droit à l'instruction, indispensable à la réalisation des droits de l'homme, occupe une place si fondamentale qu'une interprétation restrictive de la première phrase de l'article 2 ne correspondrait pas au but et à l'objet de cette disposition (voir, *mutatis mutandis*, *affaire linguistique belge*, arrêt précité, pp. 33-34, § 9, et *Delcourt c. Belgique*, arrêt du 17 janvier 1970, série A n° 11, pp. 13-15, § 25).

138. Cette approche est conforme à la position retenue dans l'*affaire linguistique belge* (p. 22) par la Commission qui, dès 1965, déclarait que, bien que le champ d'application du droit protégé par l'article 2 du Protocole n° 1 ne soit pas défini ou précisé par la Convention, celui-ci comprenait, «aux fins de l'examen de la présente affaire», «l'accès à l'enseignement gardien, primaire, secondaire et supérieur».

139. Plus tard, dans plusieurs décisions, la Commission a relevé que «le droit à l'instruction, au sens de l'article 2, vise au premier chef l'instruction élémentaire et pas nécessairement des études supérieures comme celles de technologie» (*X c. Royaume-Uni*, n° 5962/72, décision de la Commission du 13 mars 1975, DR 2, p. 50, et *Kramelius c. Suède*, n° 21062/92, décision de la Commission du 17 janvier 1996, non publiée). Dans les affaires plus récentes, en laissant la porte ouverte à l'application de l'article 2 du Protocole n° 1 à l'enseignement universitaire, elle s'est penchée sur la légitimité de certaines restrictions à l'accès aux établissements de l'enseignement supérieur (voir, en ce qui concerne un système d'enseignement supérieur limité, *X c. Royaume-Uni*, n° 8844/80, décision de la Commission du 9 décembre 1980, DR 23, p. 228; en ce qui concerne des mesures d'exclusion temporaire ou définitive d'un établissement d'enseignement, *Yanasik c. Turquie*, n° 14524/89, décision de la Commission du 6 janvier 1993, DR 74, p. 14, et *Sulak c. Turquie*, n° 24515/94, décision de la Commission du 17 janvier 1996, DR 84-B, p. 98).

140. Quant à la Cour, à la suite de l'*affaire linguistique belge*, elle a déclaré irrecevables plusieurs affaires concernant l'enseignement supérieur, non parce que la première phrase de l'article 2 du Protocole n° 1 ne s'y appliquait pas mais en se fondant sur un autre motif d'irrecevabilité (grief d'une personne handicapée n'ayant pas rempli les conditions d'accès à l'université, *Lukach c. Russie* (déc.), n° 48041/99, 16 novembre 1999; absence d'autorisation de se préparer et de se présenter à l'examen final du diplôme de droit à l'université pendant une détention, *Georgiou c. Grèce* (déc.), n° 45138/98, 13 janvier 2000; interruption des études supérieures en raison d'une condamnation régulière, *Durmaz et autres c. Turquie* (déc.), nos 46506/99, 46569/99, 46570/99 et 46939/99, 4 septembre 2001).

141. De l'ensemble des considérations qui précèdent, il ressort que les établissements de l'enseignement supérieur, s'ils existent à un moment donné, entrent dans le champ d'application de la première phrase de l'article 2 du Protocole n° 1, étant donné que le droit à l'accès à ces établissements constitue un élément inhérent au droit qu'énonce ladite disposition. Il ne s'agit pas là d'une interprétation extensive de nature à imposer aux Etats contractants de nouvelles obligations: elle se fonde sur les termes mêmes de la première phrase dudit article, lue dans son contexte et à la lumière de l'objet et du but de ce traité normatif qu'est

la Convention (voir, *mutatis mutandis*, *Golder c. Royaume-Uni*, arrêt du 21 février 1975, série A n° 18, p. 18, § 36).

142. Partant, la première phrase de l'article 2 du Protocole n° 1 trouve à s'appliquer en l'espèce. La manière dont elle le fait dépend toutefois à l'évidence des particularités du droit à l'instruction.

### C. Sur le fond

#### 1. Thèses des parties devant la Grande Chambre

##### a) La requérante

143. Pour la requérante, il est évident que l'interdiction du port du foulard islamique émanant des autorités publiques constitue une ingérence dans son droit à l'instruction, qui a consisté dans le refus de l'accès aux épreuves d'oncologie le 12 mars 1998, le refus de l'inscription administrative le 20 mars 1998 et le refus de l'accès au cours de neurologie le 16 avril 1998 et aux épreuves écrites du cours de santé populaire le 10 juin 1998.

144. La requérante admet que, de par sa nature, le droit à l'instruction nécessite d'être réglementé par l'Etat. A ses yeux, la réglementation doit suivre les mêmes critères que ceux valant pour les ingérences autorisées par les articles 8 à 11 de la Convention. A cet égard, elle insiste sur l'absence d'une disposition en droit interne turc empêchant la poursuite d'études supérieures, et déclare que les lois en vigueur n'attribuent pas au rectorat la compétence et le pouvoir de refuser l'accès à l'université aux étudiantes revêtues du foulard.

145. L'intéressée souligne avoir pu s'inscrire à l'université alors qu'elle portait le foulard et y poursuivre ses études de la sorte sans encombre pendant quatre ans et demi. Ainsi, elle soutient qu'il n'existait aucune source juridique interne qui, au moment de son inscription à l'université et pendant la période où elle poursuivait ses études, aurait permis de prévoir que, quelques années plus tard, elle ne pourrait plus accéder aux salles de cours.

146. Tout en réitérant que les moyens employés en l'espèce étaient disproportionnés au but poursuivi, la requérante admet que les établissements de l'enseignement supérieur peuvent, en principe, aspirer à fournir un enseignement dans un climat de sérénité et de sécurité. Toutefois, comme en témoigne l'absence de poursuite disciplinaire à son encontre, elle affirme qu'en portant le foulard islamique elle n'a nullement troublé l'ordre public ni porté atteinte aux droits et libertés des autres étudiants. En outre, selon elle, les autorités compétentes de l'université ont à leur disposition suffisamment d'instruments pour garantir la protection de l'ordre public, tels que des mécanismes

disciplinaires ou la saisine des juridictions répressives, si le comportement de l'étudiant est constitutif d'une infraction pénale.

147. La requérante allègue que le fait de conditionner la poursuite de ses études à la suppression du foulard et de lui refuser l'accès aux établissements d'enseignement en cas de non-respect de cette condition porte effectivement et abusivement atteinte à la substance du droit à l'instruction et rend ce droit inutilisable. Cela vaut d'autant plus qu'elle est une jeune adulte ayant construit sa personnalité et intégré des valeurs de nature sociale et morale et qu'elle s'est vue privée de toute possibilité de continuer ses études en Turquie en accord avec ses convictions.

148. Pour l'ensemble de ces raisons, la requérante soutient que, quelle que soit la portée de la marge d'appréciation qui lui a été accordée, l'Etat défendeur en a outrepassé les limites et a violé son droit à l'instruction, lu à la lumière des articles 8, 9 et 10 de la Convention.

#### **b) Le Gouvernement**

149. Se référant à la jurisprudence de la Cour, le Gouvernement rappelle que les Etats contractants disposent d'une marge d'appréciation pour adopter des réglementations en matière d'enseignement.

150. Il fait valoir également que la requérante s'était inscrite à la faculté de médecine de Cerrahpaşa de l'université d'Istanbul alors qu'elle poursuivait depuis cinq ans ses études à la faculté de médecine de l'université de Bursa, où elle portait le voile. Par une circulaire, le recteur de l'université d'Istanbul avait interdit le port du voile dans l'université. Cette interdiction se fondait sur les arrêts de la Cour constitutionnelle et du Conseil d'Etat. Comme l'indiquent la requête et la demande de renvoi, l'intéressée ne s'est heurtée à aucun obstacle lorsqu'elle s'est inscrite à la faculté de médecine de Cerrahpaşa. Cela prouve qu'elle a bénéficié de l'égalité de traitement en matière de droit d'accès aux établissements d'enseignement. Quant à l'ingérence qu'elle a subie en raison de la mise en œuvre de la circulaire du 23 février 1998, le Gouvernement se contente de souligner que celle-ci avait été contrôlée par les instances judiciaires.

151. En conclusion, en demandant que soit confirmé l'arrêt de la chambre, le Gouvernement soutient que la réglementation litigieuse n'était pas contraire à la jurisprudence de la Cour, compte tenu de la marge d'appréciation accordée aux Etats contractants.

### *2. Appréciation de la Cour*

#### **a) Principes généraux**

152. Le droit à l'instruction, tel qu'il est prévu par la première phrase de l'article 2 du Protocole n° 1, garantit à quiconque relève de la juridiction des Etats contractants «un droit d'accès aux établissements

scolaires existant à un moment donné»; mais l'accès à ces derniers ne forme qu'une partie de ce droit fondamental. Pour que ce droit «produise des effets utiles, il faut encore, notamment, que l'individu qui en est titulaire ait la possibilité de tirer un bénéfice de l'enseignement suivi, c'est-à-dire le droit d'obtenir, conformément aux règles en vigueur dans chaque Etat, sous une forme ou une autre, la reconnaissance officielle des études accomplies» (*affaire linguistique belge*, arrêt précité, pp. 30-32, §§ 3-5; voir également *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark*, arrêt du 7 décembre 1976, série A n° 23, pp. 25-26, § 52). De même, le membre de phrase «nul ne peut (...)» implique le principe d'égalité de traitement de tous les citoyens dans l'exercice du droit à l'instruction.

153. Le droit fondamental de chacun à l'instruction vaut pour les élèves des établissements de l'enseignement public comme des établissements privés, sans aucune distinction (*Costello-Roberts c. Royaume-Uni*, arrêt du 25 mars 1993, série A n° 247-C, p. 58, § 27).

154. Pour important qu'il soit, ce droit n'est toutefois pas absolu; il peut donner lieu à des limitations implicitement admises car il «appelle de par sa nature même une réglementation par l'Etat» (*affaire linguistique belge*, arrêt précité, p. 32, § 5; voir aussi, *mutatis mutandis*, *Golder*, arrêt précité, pp. 18-19, § 38, et *Fayed c. Royaume-Uni*, arrêt du 21 septembre 1994, série A n° 294-B, pp. 49-50, § 65). Certes, des règles régissant les établissements d'enseignement peuvent varier dans le temps en fonction entre autres des besoins et des ressources de la communauté ainsi que des particularités de l'enseignement de différents niveaux. Par conséquent, les autorités nationales jouissent en la matière d'une certaine marge d'appréciation, mais il appartient à la Cour de statuer en dernier ressort sur le respect des exigences de la Convention. Afin de s'assurer que les limitations mises en œuvre ne réduisent pas le droit dont il s'agit au point de l'atteindre dans sa substance même et de le priver de son effectivité, la Cour doit se convaincre que celles-ci sont prévisibles pour le justiciable et tendent à un but légitime. Toutefois, à la différence des articles 8 à 11 de la Convention, elle n'est pas liée par une énumération exhaustive des «buts légitimes» sur le terrain de l'article 2 du Protocole n° 1 (voir, *mutatis mutandis*, *Podkolzina c. Lettonie*, n° 46726/99, § 36, CEDH 2002-II). En outre, pareille limitation ne se concilie avec ledit article que s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé.

155. De telles limitations ne doivent pas non plus se heurter à d'autres droits consacrés par la Convention et ses Protocoles (*affaire linguistique belge*, arrêt précité, p. 32, § 5, *Campbell et Cosans c. Royaume-Uni*, arrêt du 25 février 1982, série A n° 48, p. 19, § 41, et *Yanasik*, décision précitée). Les dispositions de ceux-ci doivent être envisagées comme un tout. Dès lors, il faut lire, le cas échéant, la première phrase de l'article 2 du Protocole n° 1 à la lumière,

notamment, des articles 8, 9 et 10 de la Convention (*Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen*, arrêt précité, p. 26, § 52 *in fine*).

156. Le droit à l'instruction n'exclut pas en principe le recours à des mesures disciplinaires, y compris des mesures d'exclusion temporaire ou définitive d'un établissement d'enseignement en vue d'assurer l'observation des règles internes des établissements. L'application de sanctions disciplinaires constitue l'un des procédés par lesquels l'école s'efforce d'atteindre le but dans lequel on l'a créée, y compris le développement et le façonnement du caractère et de l'esprit des élèves (voir, notamment, *Campbell et Cosans*, arrêt précité, p. 14, § 33; voir aussi, en ce qui concerne l'exclusion d'un élève de l'école militaire, *Yanasik*, décision précitée, ou l'exclusion d'un étudiant pour fraude, *Sulak*, décision précitée).

#### **b) Application de ces principes au cas d'espèce**

157. Par analogie avec son raisonnement relatif à l'existence d'une ingérence sur le terrain de l'article 9 de la Convention (paragraphe 78 ci-dessus), la Cour peut admettre que la réglementation litigieuse sur laquelle était fondé le refus d'accès à plusieurs cours ou épreuves opposé à l'intéressée en raison de son foulard islamique a constitué une limitation au droit de celle-ci à l'instruction, nonobstant le fait que l'intéressée a eu accès à l'université et pu suivre le cursus de son choix en fonction de ses résultats à l'examen d'entrée à l'université. Cependant, une analyse de l'affaire au regard du droit à l'instruction ne saurait en l'espèce se dissocier de la conclusion à laquelle la Cour est parvenue plus haut sous l'angle de l'article 9 (paragraphe 122). En effet, les considérations énoncées à cet égard valent à l'évidence pour le grief tiré de l'article 2 du Protocole n° 1, lequel constitue une critique de la réglementation incriminée présentée dans une optique semblable à celle formulée au regard de l'article 9.

158. A ce sujet, la Cour a déjà établi que la limitation litigieuse était prévisible pour le justiciable et poursuivait les buts légitimes que sont la protection des droits et libertés d'autrui et le maintien de l'ordre public (paragraphe 98 et 99 ci-dessus). Cette limitation avait manifestement pour finalité de préserver le caractère laïque des établissements d'enseignement.

159. En ce qui concerne le principe de proportionnalité, la Cour rappelle avoir jugé aux paragraphes 118 à 121 ci-dessus qu'il existait un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé, en se fondant notamment sur les éléments suivants qui sont, à l'évidence, pertinents en l'espèce. D'une part, il est manifeste que les mesures en question ne représentent pas une entrave à l'exercice par les étudiants des obligations qui constituent les formes habituelles d'une pratique religieuse. D'autre part, le processus décisionnel concernant la

mise en application des règlements internes a satisfait, dans toute la mesure du possible, à un exercice de mise en balance des divers intérêts en jeu. Les autorités universitaires ont judicieusement cherché à trouver des moyens appropriés sans préjudice de l'obligation de protéger les droits d'autrui et les intérêts du monde éducatif pour ne pas fermer les portes des universités aux étudiantes voilées. Enfin, il apparaît aussi que ce processus était assorti de garanties – principe de légalité et contrôle juridictionnel – propres à protéger les intérêts des étudiants (paragraphe 95 ci-dessus).

160. Il est par ailleurs artificiel de penser que la requérante, étudiante en médecine, ignorait les règles internes de l'université d'Istanbul qui apportaient une restriction de lieu au port des tenues religieuses, et n'était pas suffisamment informée de leur justification. Elle pouvait raisonnablement prévoir qu'elle risquait de se voir refuser l'accès aux cours et épreuves si elle persistait à revêtir le foulard islamique à partir du 23 février 1998, comme cela s'est produit plus tard.

161. Partant, la limitation en question n'a pas porté atteinte à la substance même du droit à l'instruction de la requérante. En outre, à la lumière de ses conclusions au regard des autres articles invoqués par la requérante (paragraphe 122 ci-dessus et 166 ci-dessous), la Cour observe que la limitation en question ne se heurte pas davantage à d'autres droits consacrés par la Convention et ses Protocoles.

162. En conclusion, il n'y a pas eu violation de la première phrase de l'article 2 du Protocole n° 1.

### III. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DES ARTICLES 8, 10 ET 14 DE LA CONVENTION

163. Comme devant la chambre, la requérante allègue une violation des articles 8, 10 et 14 de la Convention: la réglementation dont elle se plaint porterait atteinte à son droit au respect de sa vie privée ainsi qu'à son droit à la liberté d'expression, et constituerait également un traitement discriminatoire.

164. La Cour ne discerne cependant nulle violation des articles 8 et 10 de la Convention, l'argumentation tirée de ceux-ci n'étant que la reformulation du grief exprimé sur le terrain de l'article 9 de la Convention et de l'article 2 du Protocole n° 1, au sujet desquels la Cour a conclu à l'absence de violation.

165. Pour ce qui est du grief tiré de l'article 14, pris isolément ou combiné avec l'article 9 de la Convention et la première phrase de l'article 2 du Protocole n° 1, la Cour relève que celui-ci n'a pas été exposé de manière approfondie dans les plaidoiries de la partie requérante présentées à la Grande Chambre. Par ailleurs, comme cela a déjà été noté



(paragraphe 99 et 158 ci-dessus), la réglementation concernant le port du foulard islamique ne vise pas l'appartenance de la requérante à une religion, mais poursuit entre autres le but légitime de protection de l'ordre et des droits et libertés d'autrui et a manifestement pour finalité de préserver le caractère laïque des établissements d'enseignement. Par conséquent, les considérations à l'appui des conclusions de la Cour selon lesquelles nulle violation ne peut être constatée au regard de l'article 9 de la Convention et de l'article 2 du Protocole n° 1 valent sans conteste pour le grief tiré de l'article 14, pris isolément ou combiné avec lesdites dispositions.

166. Partant, la Cour conclut que les articles 8, 10 et 14 de la Convention n'ont pas été enfreints.

### PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Dit*, par seize voix contre une, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 9 de la Convention ;
2. *Dit*, par seize voix contre une, qu'il n'y a pas eu violation de la première phrase de l'article 2 du Protocole n° 1 ;
3. *Dit*, à l'unanimité, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention ;
4. *Dit*, à l'unanimité, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 10 de la Convention ;
5. *Dit*, à l'unanimité, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 14 de la Convention.

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des Droits de l'Homme, à Strasbourg, le 10 novembre 2005.

Luzius WILDHABER  
Président

Lawrence EARLY  
Greffier adjoint

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

- opinion concordante commune à M. Rozakis et M<sup>me</sup> Vajić ;
- opinion dissidente de M<sup>me</sup> Tulkens.

L.W.  
T.L.E.

OPINION CONCORDANTE COMMUNE À M. ROZAKIS  
ET M<sup>me</sup> VAJIĆ, JUGES

(Traduction)

Nous partageons l'avis de la majorité selon lequel il n'y a pas eu en l'espèce violation de l'article 9 de la Convention. Nous avons également voté pour le constat de non-violation de la première phrase de l'article 2 du Protocole n° 1, principalement au motif que le texte de l'arrêt est libellé de telle sorte qu'il est difficile de séparer ces deux conclusions. Comme indiqué au paragraphe 157 de l'arrêt : « une analyse de l'affaire au regard du droit à l'instruction ne saurait en l'espèce se dissocier de la conclusion à laquelle la Cour est parvenue plus haut sous l'angle de l'article 9 (...) En effet, les considérations énoncées à cet égard valent à l'évidence pour le grief tiré de l'article 2 du Protocole n° 1, lequel constitue une critique de la réglementation incriminée présentée dans une optique semblable à celle formulée au regard de l'article 9. »

Toutefois, nous estimons qu'il aurait en réalité été préférable de traiter l'affaire sous le seul angle de l'article 9, comme cela a été fait dans l'arrêt de la chambre. Selon nous, la question principale qui se pose à la Cour est celle de l'ingérence de l'Etat dans le droit de la requérante de porter le foulard à l'université et de manifester ainsi en public ses convictions religieuses. La question centrale en l'occurrence est donc celle de la protection de la liberté de religion de l'intéressée telle que garantie par l'article 9 de la Convention. Cette disposition est dans ces conditions à l'évidence la *lex specialis* applicable aux faits de la cause ; le grief corollaire concernant les mêmes faits tiré de l'article 2 du Protocole n° 1, quoiqu'indubitablement recevable, ne soulève aucune question distincte sur le terrain de la Convention.

## OPINION DISSIDENTE DE M<sup>me</sup> LA JUGE TULKENS

Pour un ensemble de raisons qui se prêtent un appui mutuel, je n'ai pas voté avec la majorité ni en ce qui concerne l'article 9 de la Convention ni en ce qui concerne l'article 2 du Protocole n° 1 relatif au droit à l'instruction, même si je suis entièrement d'accord avec la confirmation, par la Cour, du champ d'application de cette disposition à l'enseignement supérieur et universitaire.

### A. La liberté de religion

1. Sur le plan des principes généraux rappelés par l'arrêt, j'ai avec la majorité des points d'accord profonds (paragraphe 104 à 108 de l'arrêt). Le droit à la liberté de religion garanti par l'article 9 de la Convention est un « bien précieux » aussi bien pour les croyants que pour les athées, les agnostiques, les sceptiques ou les indifférents. Certes, l'article 9 de la Convention ne protège pas n'importe quel acte motivé ou inspiré par une religion ou une conviction et, dans une société démocratique, où plusieurs religions coexistent, il peut se révéler nécessaire d'assortir la liberté de manifester sa religion de limitations propres à concilier les intérêts des divers groupes et à assurer le respect des convictions de chacun (paragraphe 106 de l'arrêt). Par ailleurs, pluralisme, tolérance et esprit d'ouverture sont les caractéristiques essentielles d'une société démocratique et certains effets en découlent. D'une part, ces idéaux et ces valeurs d'une société démocratique doivent se fonder sur le dialogue et un esprit de compromis, ce qui implique nécessairement de la part des personnes des concessions réciproques. D'autre part, le rôle des autorités n'est pas d'enrayer la cause des tensions en éliminant le pluralisme mais de veiller, comme la Cour vient encore de le rappeler, à ce que les groupes opposés ou concurrents se tolèrent les uns les autres (*Ouranio Toxo et autres c. Grèce*, n° 74989/01, § 40, CEDH 2005-X).

2. A partir du moment où la majorité accepte que l'interdiction de porter le foulard islamique dans l'enceinte de l'université constitue une ingérence dans le droit de la requérante de manifester sa religion garanti par l'article 9 de la Convention, que celle-ci était prévue par la loi et poursuivait un but légitime, en l'espèce la protection des droits et libertés d'autrui et de l'ordre, l'essentiel du débat porte sur le point de savoir si cette ingérence était « nécessaire dans une société démocratique ». Par nature, un tel contrôle, par la Cour, s'effectue *in concreto*, en principe au regard de trois exigences, à savoir le caractère approprié de l'ingérence qui doit pouvoir protéger l'intérêt légitime mis en danger, le choix de la mesure qui est la moins attentatoire au droit ou

à la liberté en cause et, enfin, sa proportionnalité qui requiert une balance des intérêts en présence<sup>1</sup>.

En l'espèce, l'approche de la majorité est sous-tendue par la marge d'appréciation reconnue aux autorités nationales et qui consacre, notamment, l'idée de la «meilleure position» dans laquelle celles-ci se trouvent pour apprécier la manière d'exécuter les obligations découlant de la Convention dans un domaine sensible (paragraphe 109 de l'arrêt). Bien sûr, l'intervention de la Cour est subsidiaire et son rôle n'est pas d'imposer des solutions uniformes, surtout dans «l'établissement des délicats rapports entre l'Etat et les religions» (*Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France* [GC], n° 27417/95, § 84, CEDH 2000-VII), même si, dans certains autres arrêts concernant des conflits entre communautés religieuses, elle n'a pas toujours adopté la même retenue judiciaire (*Serif c. Grèce*, n° 38178/97, CEDH 1999-IX; *Eglise métropolitaine de Bessarabie et autres c. Moldova*, n° 45701/99, CEDH 2001-XII). Je partage donc entièrement l'idée que la Cour doit tenter de concilier l'universalité et la diversité et qu'elle n'a pas à se prononcer sur quelque modèle religieux que ce soit.

3. J'aurais peut-être pu suivre l'approche fondée sur la marge d'appréciation si deux éléments ne venaient, en l'espèce, en affaiblir singulièrement la pertinence. Le premier concerne l'argument utilisé par la majorité pour justifier l'ampleur de la marge, à savoir la diversité des pratiques nationales quant à la question de la réglementation du port de symboles religieux dans les établissements d'enseignement et donc l'absence de consensus européen en ce domaine. Or l'aperçu de droit comparé ne permet pas une telle conclusion: dans aucun des Etats membres, l'interdiction du port de signes religieux ne s'est étendue à l'enseignement universitaire qui s'adresse à un public de jeunes adultes où le risque de pression est plus atténué. Le second concerne le contrôle européen dont doit s'accompagner la marge d'appréciation, qui va de pair avec celle-ci, même si ce contrôle est plus limité que lorsqu'aucune marge d'appréciation n'est laissée aux autorités nationales. En fait, il ne trouve tout simplement pas sa place dans l'arrêt si ce n'est en référence au contexte historique propre de la Turquie. Or la question soulevée dans la requête, dont la portée au regard du droit à la liberté de religion garanti par la Convention est évidente, est une question qui n'est pas seulement «locale» mais qui revêt une importance commune aux Etats membres. La marge d'appréciation ne peut dès lors suffire à la soustraire à tout contrôle européen.

4. Quels sont les motifs sur lesquels est fondée l'ingérence que constitue l'interdiction du port du foulard dans le droit à la liberté de

---

1. S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des Droits de l'Homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant, 2001.

religion de la requérante ? En l'espèce, en s'appuyant exclusivement sur la position des autorités et juridictions nationales, la majorité développe, sur un plan général et abstrait, deux arguments principaux : la laïcité et l'égalité. J'adhère entièrement et totalement à chacun de ces principes. Mon désaccord porte sur la manière dont ils reçoivent ici application et sur la signification qui leur est donnée par rapport à la pratique litigieuse. Dans une société démocratique, je pense qu'il faut chercher à accorder – et non à opposer – les principes de laïcité, d'égalité et de liberté.

5. En ce qui concerne, tout d'abord, la *laïcité*, il s'agit à mes yeux, je le répète, d'un principe essentiel et sans doute nécessaire, comme la Cour constitutionnelle le souligne dans son arrêt du 7 mars 1989, à la protection du système démocratique en Turquie. Mais la liberté religieuse est, elle aussi, un principe fondateur des sociétés démocratiques. Dès lors, reconnaître la force du principe de laïcité ne dispense pas d'établir que l'interdiction de porter le foulard islamique qui frappe la requérante était nécessaire pour en assurer le respect et répondait, dès lors, à un « besoin social impérieux ». Seuls des faits qui ne peuvent être contestés et des raisons dont la légitimité ne fait pas de doute – et non pas des inquiétudes ou des craintes – peuvent répondre à cette exigence et justifier une atteinte à un droit garanti par la Convention. En outre, en présence d'une ingérence dans un droit fondamental, la jurisprudence de la Cour est clairement établie en ce sens qu'il ne suffit pas d'affirmer mais qu'il faut étayer les affirmations par des exemples concrets (*Smith et Grady c. Royaume-Uni*, n<sup>os</sup> 33985/96 et 33986/96, § 89, CEDH 1999-VI). Tel ne me paraît pas être le cas en l'espèce.

6. Au regard de l'article 9 de la Convention, la liberté qui est ici en cause n'est pas celle d'avoir une religion (le for interne) mais de manifester sa religion (le for externe). Si la Cour est allée très (peut-être trop) loin dans la protection des sentiments religieux (*Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, arrêt du 20 septembre 1994, série A n<sup>o</sup> 295-A ; *Wingrove c. Royaume-Uni*, arrêt du 25 novembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-V), elle s'est montrée plus restrictive en ce qui concerne les pratiques religieuses (*Cha'are Shalom Ve Tzedek*, précité ; *Dahlab c. Suisse* (déc.), n<sup>o</sup> 42393/98, CEDH 2001-V), qui ne paraissent d'ailleurs être protégées que de manière subsidiaire (paragraphe 105 de l'arrêt). En fait, il s'agit d'un aspect de la liberté de religion auquel la Cour a été peu confrontée jusqu'à présent et qui ne lui a pas encore permis de se situer par rapport aux signes extérieurs des pratiques religieuses, comme par exemple le port d'un vêtement, dont la portée peut être très différente selon les confessions<sup>1</sup>.

---

1. E. Brems, « *The approach of the European Court of Human Rights to religion* », in Th. Marauhn (éd.), *Die Rechtsstellung des Menschen im Völkerrecht. Entwicklungen und Perspektiven*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2003, pp. 1 et suiv.

7. En se référant à l'arrêt *Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres* [GC], n<sup>os</sup> 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98, CEDH 2003-I, l'arrêt soutient qu'« [u]ne attitude ne respectant pas ce principe [de laïcité] ne sera pas nécessairement acceptée comme faisant partie de la liberté de manifester la religion » (paragraphe 114 de l'arrêt). La majorité estime donc que le port du foulard est, en soi, une atteinte au principe de laïcité, prenant ainsi parti sur une question controversée, à savoir le sens du port du foulard et le lien qu'il entretient avec le principe de laïcité<sup>1</sup>.

En l'espèce, dans sa généralité, cette appréciation soulève au moins trois difficultés. D'une part, l'arrêt ne répond pas à l'argument de la requérante, non contesté par le Gouvernement, faisant valoir qu'elle n'entendait pas mettre en cause le principe de laïcité auquel elle adhère. D'autre part, rien n'établit que son attitude, son comportement ou ses actes aient constitué des atteintes à ce principe, une approche que la Cour a toujours suivie dans sa jurisprudence (*Kokkinakis c. Grèce*, arrêt du 25 mai 1993, série A n<sup>o</sup> 260-A; *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, arrêt du 30 janvier 1998, *Recueil* 1998-I). Enfin, l'arrêt ne fait aucune distinction entre les enseignants et les enseignés alors que dans la décision *Dahlab*, précitée, qui concernait une enseignante la dimension d'exemplarité du port du foulard était expressément invoquée par la Cour. Si le principe de laïcité requiert un enseignement affranchi de toute manifestation religieuse et doit s'imposer aux enseignants, comme à tous les agents des services publics, qui se sont engagés volontairement dans un espace de neutralité, la situation des élèves et des étudiants me semble différente.

8. Le sens de la liberté de manifester sa religion est de permettre à chacun de l'exercer, individuellement ou collectivement, dans un lieu privé ou dans l'espace commun, à la double condition de ne pas porter atteinte aux droits et libertés d'autrui et de ne pas troubler l'ordre (article 9 § 2).

S'agissant de la première condition, celle-ci aurait pu ne pas se trouver remplie si le port du foulard par la requérante, comme signe religieux, avait revêtu un caractère ostentatoire ou agressif ou avait constitué un acte de pression, de provocation, de prosélytisme ou de propagande portant atteinte – ou susceptible de porter atteinte – aux convictions d'autrui. Mais cet argument n'est pas soutenu par le Gouvernement et rien ne l'établit en l'espèce dans le chef de M<sup>lle</sup> Şahin. S'agissant de la seconde condition, il n'est pas davantage avancé ni démontré que le port du foulard par la requérante ait perturbé l'enseignement ou la vie universitaire ni qu'il ait provoqué quelque désordre. Aucune poursuite disciplinaire n'a d'ailleurs été engagée contre celle-ci.

---

1. E. Bribosia et I. Rorive, « Le voile à l'école : une Europe divisée », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2004, p. 958.

9. La majorité soutient cependant que «lorsque l'on aborde la question du foulard islamique dans le contexte turc, on ne saurait faire abstraction de l'impact que peut avoir le port de ce symbole, présenté ou perçu comme une obligation religieuse contraignante, sur ceux qui ne l'arborent pas» (paragraphe 115 de l'arrêt).

Sauf à abaisser le niveau d'exigence du droit à la liberté de religion en fonction du contexte, l'effet éventuel que le port du foulard, présenté comme un symbole, pourrait avoir sur celles qui ne le portent pas ne me paraît pas, à la lumière de la jurisprudence de la Cour, répondre à l'exigence d'un besoin social impérieux. *Mutatis mutandis*, dans le domaine de la liberté d'expression (article 10), la Cour n'a jamais accepté que des ingérences dans l'exercice de ce droit soient justifiées par le fait que les idées ou les discours ne sont pas partagés par tous et pourraient même heurter certains. Récemment, dans l'arrêt *Gündüz c. Turquie* (n° 35071/97, CEDH 2003-XI), la Cour a jugé contraire à la liberté d'expression le fait qu'un dirigeant religieux musulman avait été condamné pour avoir violemment critiqué le régime laïc en Turquie, appelé à l'instauration de la Charia et qualifié de «bâtards» les enfants nés d'unions consacrées par les seules autorités laïques. Ainsi, la manifestation d'une religion par le port paisible d'un foulard peut être interdite alors que, dans le même contexte, des propos qui pourraient être entendus comme une incitation à la haine religieuse sont couverts par la liberté d'expression<sup>1</sup>.

10. En fait, c'est la menace «des mouvements politiques extrémistes» qui entendent «imposer à la société tout entière leurs symboles religieux et leur conception de la société, fondée sur des règles religieuses» qui justifie, pour la Cour, la réglementation litigieuse laquelle constitue une «mesure destinée à protéger le pluralisme dans un établissement universitaire» (paragraphe 115 *in fine* de l'arrêt). La Cour avait déjà annoncé sa position dans l'arrêt *Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres* (précité, § 95) lorsqu'elle estime que «[d]ans un pays comme la Turquie, où la grande majorité de la population adhère à une religion précise, des mesures prises dans les universités en vue d'empêcher certains mouvements fondamentalistes religieux d'exercer une pression sur les étudiants qui ne pratiquent pas la religion en cause ou sur ceux adhérant à une autre religion peuvent être justifiées au regard de l'article 9 § 2 de la Convention. Dans ce contexte, des universités laïques peuvent réglementer la manifestation des rites et des symboles de cette religion, en apportant des restrictions de lieu et de forme, dans le but d'assurer la mixité des étudiants de croyances diverses et de protéger ainsi l'ordre public et les croyances d'autrui».

---

1. S. Van Drooghenbroeck, «Strasbourg et le voile», *Journal du juriste*, 2004, n° 34, p. 10.

Si tout le monde s'accorde sur la nécessité d'empêcher l'islamisme radical, une telle justification se heurte néanmoins à une sérieuse objection. Le port du foulard ne peut, en tant que tel, être associé au fondamentalisme et il est essentiel de distinguer les personnes qui portent le foulard et les « extrémistes » qui veulent l'imposer, comme d'autres signes religieux. Toutes les femmes qui portent le foulard ne sont pas des fondamentalistes et rien ne l'établit dans le chef de la requérante. Elle est une jeune femme majeure et universitaire dont on peut supposer une capacité de résistance plus forte aux pressions dont l'arrêt ne fournit, au demeurant, aucun exemple concret. Son intérêt individuel à exercer le droit à la liberté de religion et à la manifester par un signe extérieur ne peut être entièrement absorbé par l'intérêt public à lutter contre les extrémistes<sup>1</sup>.

11. En ce qui concerne ensuite l'égalité, la majorité met l'accent sur la protection des droits des femmes et le principe de l'égalité entre les sexes (paragraphes 115 et 116 de l'arrêt). *A contrario*, le port du foulard serait la marque de l'aliénation de la femme et, dès lors, l'interdiction assurerait la promotion de l'égalité entre les hommes et les femmes. Mais, quel est le lien entre le port du foulard et l'égalité des sexes ? L'arrêt n'en dit rien. Par ailleurs, quel est le sens du port du foulard ? Comme le relève la Cour constitutionnelle allemande dans son arrêt du 24 septembre 2003<sup>2</sup>, le port du foulard n'a pas de signification univoque et cette pratique répond à des motivations variables. Elle ne symbolise pas nécessairement la soumission de la femme à l'homme et, dans certains cas, certains soutiennent qu'elle pourrait même être un instrument d'émancipation de la femme. Dans ce débat, la voix des femmes est absente, celles qui portent le foulard comme celles qui choisissent de ne pas le porter.

12. L'arrêt de la Grande Chambre se réfère ici à la décision *Dahlab* précitée en reprenant la partie de la motivation de cette décision qui est la plus contestable à mes yeux, à savoir que le port du foulard est un « signe extérieur fort », un symbole qui « semble être imposé aux femmes par un précepte religieux difficilement conciliable avec le principe d'égalité des sexes » et que cette pratique est difficile à « concilier (...) avec le message de tolérance, de respect d'autrui et surtout d'égalité et de non-discrimination que, dans une démocratie, tout enseignant doit transmettre à ses élèves » (paragraphe 111 *in fine* de l'arrêt).

Il n'appartient pas à la Cour de porter une telle appréciation, en l'occurrence unilatérale et négative, sur une religion et une pratique religieuse, tout comme il ne lui appartient pas d'interpréter, de manière générale et abstraite, le sens du port du foulard ni d'imposer son point de

1. E. Bribosia et I. Rorive, « Le voile à l'école : une Europe divisée », *op. cit.*, p. 960.

2. Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne, arrêt de la deuxième chambre du 24 septembre 2003, 2BvR 1436/042.



vue à la requérante. Celle-ci – qui est une jeune femme adulte et universitaire – a fait valoir qu'elle portait librement le foulard et rien ne contredit cette affirmation. A cet égard, je vois mal comment le principe d'égalité entre les sexes peut justifier l'interdiction faite à une femme d'adopter un comportement auquel, sans que la preuve contraire ait été apportée, elle consent librement. Par ailleurs, l'égalité et la non-discrimination sont des droits subjectifs qui ne peuvent être soustraits à la maîtrise de ceux et de celles qui sont appelés à en bénéficier. Une telle forme de « paternalisme » s'inscrit à contre-courant de la jurisprudence de la Cour qui a construit, sur le fondement de l'article 8, un véritable droit à l'autonomie personnelle (*Keenan c. Royaume-Uni*, n° 27229/95, § 92, CEDH 2001-III; *Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, §§ 65-67, CEDH 2002-III; *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], n° 28957/95, § 90, CEDH 2002-VI)<sup>1</sup>. Enfin, si vraiment le port du foulard était contraire en tout état de cause à l'égalité entre les hommes et les femmes, l'Etat serait alors tenu, au titre de ses obligations positives, de l'interdire dans tous les lieux, qu'ils soient publics ou privés<sup>2</sup>.

13. Dans la mesure où l'interdiction de porter le foulard islamique dans l'enceinte universitaire n'est pas, à mes yeux, fondée sur des motifs pertinents et suffisants, elle ne peut être considérée comme une ingérence « nécessaire dans une société démocratique » au sens de l'article 9 § 2 de la Convention. Dans ces conditions, il y a atteinte au droit à la liberté de religion de la requérante garanti par la Convention.

## **B. Le droit à l'instruction**

14. A partir du moment où la majorité estime qu'il convient aussi d'examiner le grief de la requérante fondé sur l'article 2 du Protocole n° 1, je suis entièrement d'accord avec l'applicabilité à l'enseignement supérieur et universitaire de cette disposition, laquelle était d'ailleurs déjà inscrite dans le rapport de la Commission dans l'*Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique »* du 24 juin 1965. L'arrêt souligne à juste titre que « nulle cloison étanche ne sépare l'enseignement supérieur du domaine de l'instruction » et il rappelle aussi, avec le Conseil de l'Europe, « le rôle essentiel et l'importance du droit à l'accès à l'enseignement supérieur dans la promotion des droits de l'homme et des libertés fondamentales et le renforcement de la démocratie » (paragraphe 136 de l'arrêt). Par ailleurs, dans la mesure où le droit à l'instruction est le droit de toute personne à bénéficier des moyens d'instruction, l'arrêt précise qu'un Etat qui a créé des

---

1. S. Van Drooghenbroeck, « Strasbourg et le voile », *op. cit.*

2. E. Bribosia et I. Rorive, « Le voile à l'école : une Europe divisée », *op. cit.*, p. 962.

établissements d'enseignement supérieur «a l'obligation de veiller à ce que les personnes jouissent d'un droit d'accès effectif à ces établissements», sans discrimination (paragraphe 137 de l'arrêt).

15. Toutefois, alors que l'arrêt insiste sur le fait que dans une société démocratique le droit à l'instruction est indispensable à la réalisation des droits de l'homme (paragraphe 137 de l'arrêt), il est étonnant et regrettable qu'aussitôt après il prive la requérante de ce droit pour des motifs qui ne me paraissent ni pertinents ni suffisants. La requérante n'est pas une étudiante qui sollicite, en se fondant sur sa conviction religieuse, des dispenses ou des modifications du programme d'enseignement de l'université dans laquelle elle est inscrite (ce qui était l'hypothèse dans l'arrêt *Kjeldsen, Busk, Madsen et Pedersen c. Danemark* du 7 décembre 1976, série A n° 23). Elle souhaite simplement terminer ses études dans les mêmes conditions que celles qui existaient au moment de son inscription à l'université et à l'époque où elle les poursuivait sans que le port du foulard pose problème. Je pense qu'en refusant à la requérante l'accès aux cours et aux épreuves inscrits au programme de la faculté de médecine, celle-ci a été privée *de facto* du droit d'accès à l'université et, partant, du droit à l'instruction.

16. L'arrêt de la Grande Chambre adopte «par analogie» son raisonnement concernant l'existence d'une ingérence sur le terrain de l'article 9 de la Convention et estime qu'une analyse au regard du droit à l'instruction «ne saurait en l'espèce se dissocier de la conclusion à laquelle elle est parvenue sous l'angle de cette disposition». En effet, les considérations énoncées à cet égard «valent à l'évidence pour le grief tiré de l'article 2 du Protocole n° 1» (paragraphe 157 de l'arrêt). Dans ces conditions, je pense que l'arrêt de la chambre du 30 novembre 2004 avait sans doute raison de décider qu'aucune «question distincte» ne se posait sous l'angle de l'article 2 du Protocole n° 1, les circonstances pertinentes et les arguments étant les mêmes que pour l'article 9 au sujet duquel elle avait conclu à l'absence de violation.

Quoi qu'il en soit, je ne suis pas convaincue que le raisonnement en matière de liberté religieuse «vaut à l'évidence» dans le cadre du droit à l'instruction. Certes, ce dernier droit n'est pas un droit absolu et il peut être soumis à des limitations implicites mais celles-ci ne peuvent pas le réduire au point de l'atteindre dans sa substance même ni de le priver de son effectivité. En outre, ces limitations ne peuvent pas non plus se heurter à d'autres droits consacrés par la Convention dont les dispositions doivent être envisagées comme un tout. Par ailleurs, quand il s'agit d'une obligation négative, la marge d'appréciation est moins large et il appartient, en tout état de cause, à la Cour de statuer en dernier ressort sur le respect des exigences de la Convention. Enfin, toute limitation ne peut se concilier avec le droit à l'instruction que s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens et le but visé.

17. Qu'en est-il en l'espèce ? Je ne reprendrai pas ici la discussion portant sur le droit à la liberté de religion et je me limiterai à souligner des éléments additionnels qui concernent la proportionnalité des limitations apportées au droit à l'instruction de la requérante.

Tout d'abord, avant de refuser l'accès de la requérante aux cours et aux épreuves, les autorités auraient dû avoir recours à d'autres moyens soit pour tenter de convaincre la requérante de poursuivre ses études en ôtant le foulard (par exemple par une médiation), soit pour garantir la protection de l'ordre dans l'enceinte de l'université si celui-ci était effectivement mis en péril<sup>1</sup>. En fait, nulle autre mesure moins attentatoire au droit à l'instruction n'a été utilisée en l'espèce. Ensuite, il n'est pas contesté qu'en subordonnant la poursuite de ses études à la suppression du foulard et en lui refusant l'accès à l'université en cas de non-respect de cette exigence, la requérante a été contrainte de quitter le pays et de terminer ses études à l'université de Vienne. Aucune alternative ne s'offrait donc à elle alors que cet élément a été pris en considération dans l'arrêt *Cha'are Shalom Ve Tsedek* précité pour conclure à la non-violation de la Convention (§§ 80-81). Enfin, l'arrêt de la Grande Chambre n'opère aucune mise en balance des intérêts en présence : d'un côté, le préjudice causé à la requérante qui non seulement s'est vue privée de toute possibilité de terminer ses études en Turquie en raison de ses convictions religieuses mais qui soutient aussi que le retour dans son pays pour y exercer sa profession sera problématique en raison des difficultés de la reconnaissance des diplômés étrangers ; d'un autre côté, l'avantage qui résulte pour la société turque de l'interdiction du port du foulard par celle-ci dans l'enceinte universitaire.

Dans ces conditions, on peut raisonnablement soutenir que l'exclusion de la requérante des cours et des épreuves et, partant, de l'université a privé son droit à l'instruction de toute effectivité et, dès lors, a porté atteinte à la substance de celui-ci.

18. Il faut d'ailleurs se demander si pareille atteinte au droit à l'instruction ne revient pas, en définitive, à accepter, implicitement, pour la requérante, une discrimination fondée sur la religion. Dans la Résolution 1464 (2005) du 4 octobre 2005, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe rappelle aux Etats membres qu'il importe « de protéger pleinement toutes les femmes vivant sur le territoire contre toute violation de leurs droits fondée sur ou attribuée à la religion ».

19. Plus fondamentalement, en acceptant l'exclusion de la requérante de l'université au nom de la laïcité et de l'égalité, la majorité accepte son exclusion d'un lieu d'émancipation où précisément le sens de ces valeurs

---

1. O. De Schutter et J. Ringelheim, «La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition du soi et le règne de l'échange», CRIDHO *Working paper series* 1/2005.

peut se construire. L'université donne l'expérience concrète d'un savoir libre et affranchi de toute autorité. C'est une telle expérience qui forme les esprits à la laïcité et à l'égalité plus efficacement qu'une obligation imposée sans adhésion. Le dialogue interreligieux et interculturel, fondé sur la tolérance, est une éducation et il est dès lors paradoxal de priver de cette éducation les jeunes filles qui portent le foulard et en raison de celui-ci. Vouloir la liberté et l'égalité pour les femmes ne peut signifier les priver de la chance de décider de leur avenir. L'interdiction et l'exclusion résonnent en écho au fondamentalisme que ces mesures veulent combattre. Ici comme ailleurs, les risques en sont connus: la radicalisation des croyances, les exclusions silencieuses, le retour vers les écoles religieuses. Rejetées par la loi, les jeunes femmes sont renvoyées vers leur loi. Or, nous le savons tous, l'intolérance nourrit l'intolérance.

20. Enfin, l'ensemble de ces questions doit aussi être lu à la lumière des observations contenues dans le rapport annuel d'activités de juin 2005 de la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI) qui s'inquiète du climat d'hostilité envers des personnes qui sont ou qui sont perçues comme étant musulmanes et estime que cette situation requiert attention et action dans le futur<sup>1</sup>. Je pense qu'il faut rappeler, encore et toujours, que ce sont les droits de l'homme qui sont les meilleurs moyens de prévenir et de combattre le fanatisme et l'extrémisme.

---

1. Commission européenne contre le racisme et l'intolérance, «Rapport annuel sur les activités de l'ECRI couvrant la période du 1<sup>er</sup> janvier au 31 décembre 2004», doc. CRI (2005) 36, Strasbourg, juin 2005.

LEYLA ŞAHİN v. TURKEY  
(*Application no. 44774/98*)

GRAND CHAMBER<sup>1</sup>

JUDGMENT OF 10 NOVEMBER 2005

---

1. Judgment delivered by the Grand Chamber following referral of the case in accordance with Article 43 of the Convention.



SUMMARY<sup>1</sup>**Prohibition on a student wearing the Islamic headscarf at university****Article 9 of the Convention**

*Freedom to manifest one's religion – Prohibition on a student wearing the Islamic headscarf at university – Prescribed by law – Accessibility – Foreseeability – Statutory framework supplemented by decision of the Constitutional Court – Legitimate aims – Protection of the rights of others and of public order – Necessary in a democratic society – Notion of secularism consistent with Convention values – Margin of appreciation – Students otherwise free to practise habitual forms of Muslim observance – Continued dialogue throughout decision-making process*

**Article 2 of Protocol No. 1**

*Right to education – Applicability to higher education – Prohibition on a student wearing the Islamic headscarf at university – Restriction on right to education – Reasonable relationship of proportionality – Essence of right not impaired*

\*  
\* \*

At the material time the applicant was a student at the faculty of medicine of Istanbul University. She came from a traditional family of practising Muslims and considered it her religious duty to wear the Islamic headscarf. In February 1998 the Vice-Chancellor of the university issued a circular directing that students wearing the Islamic headscarf would be refused admission to lectures, courses and tutorials. The applicant nevertheless continued to wear the headscarf. As a result, the university authorities refused to enrol her on a course and denied her access to various lectures and written examinations. The faculty also issued her with a warning for contravening the university's rules on dress and suspended her from the university for a semester for taking part in an unauthorised assembly that had gathered to protest against the rules. All the disciplinary penalties imposed on the applicant were subsequently revoked under an amnesty law. An application by the applicant to the administrative courts for an order setting aside the circular was dismissed on the grounds that a university vice-chancellor had power to regulate students' dress and that the regulations and measures she complained of were not illegal.

*Held*

(1) Article 9 of the Convention: Like the Chamber, the Grand Chamber proceeded on the basis that the circular restricting the right to wear the Islamic headscarf constituted an interference with the applicant's right to manifest her

---

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

religion. The circular had been issued within the statutory framework set out in the Higher Education Act. The Constitutional Court had ruled in 1991 that the Act did not allow the wearing of headscarves on religious grounds in institutions of higher education. That decision, which was both binding and accessible, supplemented the Act and followed the Constitutional Court's own previous case-law. Similarly, the Supreme Administrative Court had consistently held that wearing the Islamic headscarf at university was not compatible with the fundamental principles of the Republic, while regulations on the headscarf had existed at the university since 1994 at the latest, well before the applicant had enrolled there. It would therefore have been clear to the applicant, from the moment she entered the university, that there were restrictions on wearing the headscarf and, from February 1998, that she was liable to be refused access to lectures and examinations if she continued to do so. Accordingly, the interference was "prescribed by law". It pursued the legitimate aims of protecting the rights and freedoms of others and of maintaining public order.

As to whether the interference was necessary in a democratic society, it was based on the principles of secularism and equality. According to the case-law of the Constitutional Court, secularism prevented the State from manifesting a preference for a particular religion or belief, guided the State in its role of impartial arbiter and necessarily entailed freedom of religion and conscience. It also served to protect the individual not only against arbitrary interference by the State but also from external pressure from extremist movements. Restrictions could thus be placed on freedom to manifest one's religion in order to defend democratic values and principles. The Court found this notion of secularism to be consistent with the values underpinning the Convention and a means of protecting democracy in Turkey. The principle of secularism was thus the paramount consideration underlying the ban on wearing the headscarf. In a country in which the values of pluralism, respect for the rights of others and equality before the law of men and women were taught and applied in practice, it was understandable that the authorities should wish to preserve the secular nature of the institution and so consider it contrary to such values to allow religious attire to be worn on university premises. On the question of proportionality, the Court noted that practising Muslim students in Turkish universities were free, within the limits imposed by educational organisational constraints, to manifest their religion in accordance with habitual forms of Muslim observance. Also, other forms of religious attire were forbidden at Istanbul University. Throughout the decision-making process, the university authorities had, through continued dialogue with those concerned, sought to avoid barring access to the university to students wearing the Islamic headscarf while at the same time ensuring that order was maintained on the premises. In these circumstances and having regard to the Contracting States' margin of appreciation, the interference was justified in principle and proportionate to the aims pursued and could therefore be considered to have been "necessary in a democratic society".

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

(2) Article 2 of Protocol No. 1: Contrary to the decision of the Chamber on this complaint, the Grand Chamber was of the view that the complaint under this provision warranted separate examination. Even though the first sentence of Article 2 of Protocol No. 1 essentially established access to primary and secondary



education, it would be hard to imagine that institutions of higher education existing at a given time did not come within its scope. The right to education played such a fundamental role in a democratic society that a restrictive interpretation of the first sentence of Article 2 would not be consistent with the aim or purpose of that provision, which was accordingly applicable.

By analogy with its reasoning under Article 9 of the Convention, the Court accepted that the regulations on the basis of which the applicant had been refused access to various lectures and examinations constituted a restriction on her right to education. As with Article 9, the restriction was foreseeable and pursued legitimate aims and the means used were proportionate. The decision-making process had clearly entailed the weighing up of the various interests at stake and had been accompanied by safeguards (the rule requiring conformity with statute and judicial review) apt to protect the students' interests. Further, the applicant could reasonably have foreseen that she ran the risk of being refused access to lectures and examinations if she continued to wear the headscarf. Accordingly, the ban on wearing the Islamic headscarf had not impaired the very essence of her right to education.

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

### Case-law cited by the Court

*Case "relating to certain aspects of laws on the use of languages in education in Belgium"* (merits), judgment of 23 July 1968, Series A no. 6

*Delcourt v. Belgium*, judgment of 17 January 1970, Series A no. 11

*De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium*, judgment of 18 June 1971, Series A no. 12

*Golder v. the United Kingdom*, judgment of 21 February 1975, Series A no. 18

*X v. the United Kingdom*, no. 5962/72, Commission decision of 13 March 1975, Decisions and Reports 2

*Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*, judgment of 7 December 1976, Series A no. 23

*Arras mith v. the United Kingdom*, no. 7050/75, Commission decision of 12 October 1978, Decisions and Reports 19

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

*Marckx v. Belgium*, judgment of 13 June 1979, Series A no. 31

*Airey v. Ireland*, judgment of 9 October 1979, Series A no. 32

*X v. the United Kingdom*, no. 8844/80, Commission decision of 9 December 1980, Decisions and Reports 23

*Young, James and Webster v. the United Kingdom*, judgment of 13 August 1981, Series A no. 44

*Campbell and Cosans v. the United Kingdom*, judgment of 25 February 1982, Series A no. 48

*C. v. the United Kingdom*, no. 10358/83, Commission decision of 15 December 1983, Decisions and Reports 37

*Barthold v. Germany*, judgment of 25 March 1985, Series A no. 90

*Kruslin v. France*, judgment of 24 April 1990, Series A no. 176-A

*Yanasik v. Turkey*, no. 14524/89, Commission decision of 6 January 1993, Decisions and Reports 74

- Costello-Roberts v. the United Kingdom*, judgment of 25 March 1993, Series A no. 247-C  
*Karaduman v. Turkey*, no. 16278/90, Commission decision of 3 May 1993, Decisions and Reports 74  
*Kokkinakis v. Greece*, judgment of 25 May 1993, Series A no. 260-A  
*Casado Coca v. Spain*, judgment of 24 February 1994, Series A no. 285-A  
*Fayed v. the United Kingdom*, judgment of 21 September 1994, Series A no. 294-B  
*Otto-Preminger-Institut v. Austria*, judgment of 20 September 1994, Series A no. 295-A  
*Sulak v. Turkey*, no. 24515/94, Commission decision of 17 January 1996, Decisions and Reports 84-A  
*Kramelius v. Sweden*, no. 21062/92, Commission decision of 17 January 1996, unreported  
*Manoussakis and Others v. Greece*, judgment of 26 September 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-IV  
*Wingrove v. the United Kingdom*, judgment of 25 November 1996, *Reports* 1996-V  
*Valsamis v. Greece*, judgment of 18 December 1996, *Reports* 1996-VI  
*Kalaç v. Turkey*, judgment of 1 July 1997, *Reports* 1997-IV  
*United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey*, judgment of 30 January 1998, *Reports* 1998-I  
*Buscarini and Others v. San Marino* [GC], no. 24645/94, ECHR 1999-I  
*Chassagnou and Others v. France* [GC], nos. 25088/94, 28331/95 and 28443/95, ECHR 1999-III  
*Lukach v. Russia* (dec.), no. 48041/99, 16 November 1999  
*Şerif v. Greece*, no. 38178/97, ECHR 1999-IX  
*Georgiou v. Greece* (dec.), no. 45138/98, 13 January 2000  
*Cha'are Shalom Ve Tsedek v. France* [GC], no. 27417/95, ECHR 2000-VII  
*Hasan and Chaush v. Bulgaria* [GC], no. 30985/96, ECHR 2000-XI  
*Dahlab v. Switzerland* (dec.), no. 42393/98, ECHR 2001-V  
*K. and T. v. Finland* [GC], no. 25702/94, ECHR 2001-VII  
*Tepeli and Others v. Turkey* (dec.), no. 31876/96, 11 September 2001  
*Pichon and Sajous v. France* (dec.), no. 49853/99, ECHR 2001-X  
*Podkolzina v. Latvia*, no. 46726/99, ECHR 2002-II  
*Göç v. Turkey* [GC], no. 36590/97, ECHR 2002-V  
*Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey* [GC], nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98, ECHR 2003-II  
*Murphy v. Ireland*, no. 44179/98, ECHR 2003-IX  
*Gorzelik and Others v. Poland* [GC], no. 44158/98, ECHR 2004-I  
*Durmaz and Others v. Turkey* (dec.), nos. 46506/99, 46569/99, 46570/99 and 46939/99, 4 September 2001  
*Cumpănă and Mazăre v. Romania* [GC], no. 33348/96, ECHR 2004-XI  
*Mamatkulov and Askarov v. Turkey* [GC], nos. 46827/99 and 46951/99, ECHR 2005-I

**In the case of Leyla Şahin v. Turkey,**

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 B. ZUPANČIĆ,  
 Mr R. TÜRMEŒ,  
 Mrs F. TULKENS,  
 Mr C. BİRSAN,  
 Mr K. JUNGWIERT,  
 Mr V. BUTKEVYCH,  
 Mrs N. VAJİĆ,  
 Mr M. ÜGREKHELIDZE,  
 Mrs A. MULARONI,  
 Mr J. BORREGO BORREGO,  
 Mrs E. FURA-SANDSTRÖM,  
 Mrs A. GYULUMYAN,  
 Mr E. MYJER,  
 Mr S.E. JEBENS, *judges*,  
 and Mr T.L. EARLY, *Deputy Grand Chamber Registrar*,

Having deliberated in private on 18 May and 5 October 2005,

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

**PROCEDURE**

1. The case originated in an application (no. 44774/98) against the Republic of Turkey lodged with the European Commission of Human Rights (“the Commission”) under former Article 25 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by a Turkish national, Ms Leyla Şahin (“the applicant”), on 21 July 1998.

2. The applicant was represented by Mr X. Magnée, of the Brussels Bar, and Mr K. Berzeg, of the Ankara Bar. The Turkish Government (“the Government”) were represented by Mr M. Özmen, co-Agent.

3. The applicant alleged that her rights and freedoms under Articles 8, 9, 10 and 14 of the Convention and Article 2 of Protocol No. 1 had been violated by regulations on wearing the Islamic headscarf in institutions of higher education.

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).

6. By a decision of 2 July 2002, the application was declared admissible by a Chamber from that Section composed of Sir Nicolas Bratza, President, Mr M. Pellonpää, Mrs E. Palm, Mr R. Türmen, Mr M. Fischbach, Mr J. Casadevall, Mr S. Pavlovschi, judges, and Mr M. O’Boyle, Section Registrar.

7. A hearing on the merits (Rule 54 § 3) took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 19 November 2002.

8. In its judgment of 29 June 2004 (“the Chamber judgment”), the Chamber held unanimously that there had been no violation of Article 9 of the Convention on account of the ban on wearing the headscarf and that no separate question arose under Articles 8 and 10, Article 14 taken in conjunction with Article 9 of the Convention, and Article 2 of Protocol No. 1.

9. On 27 September 2004 the applicant requested that the case be referred to the Grand Chamber (Article 43 of the Convention).

10. On 10 November 2004 a panel of the Grand Chamber decided to accept her request (Rule 73).

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

12. The applicant and the Government each filed observations on the merits.

13. A hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 18 May 2005 (Rule 59 § 3).

There appeared before the Court:

(a) *for the Government*

Mr M. ÖZMEN,	<i>Co-Agent,</i>
Mr E. İŞCAN,	<i>Counsel,</i>
Ms A. EMÜLER,	
Ms G. AKYÜZ,	
Ms D. KILISLIOĞLU,	<i>Advisers;</i>

(b) *for the applicant*

Mr X. MAGNÉE,	
Mr K. BERZEG,	<i>Counsel.</i>

The Court heard addresses by Mr Berzeg, Mr Özmen and Mr Magnée.

## THE FACTS

### I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

14. The applicant was born in 1973 and has lived in Vienna since 1999, when she left Istanbul to pursue her medical studies at the Faculty of Medicine at Vienna University. She comes from a traditional family of practising Muslims and considers it her religious duty to wear the Islamic headscarf.

#### **A. The circular of 23 February 1998**

15. On 26 August 1997 the applicant, then in her fifth year at the Faculty of Medicine at Bursa University, enrolled at the Cerrahpaşa Faculty of Medicine at Istanbul University. She says she wore the Islamic headscarf during the four years she spent studying medicine at the University of Bursa and continued to do so until February 1998.

16. On 23 February 1998 the Vice-Chancellor of Istanbul University issued a circular, the relevant part of which provides:

“By virtue of the Constitution, the law and regulations, and in accordance with the case-law of the Supreme Administrative Court and the European Commission of Human Rights and the resolutions adopted by the university administrative boards, students whose ‘heads are covered’ (who wear the Islamic headscarf) and students (including overseas students) with beards must not be admitted to lectures, courses or tutorials. Consequently, the name and number of any student with a beard or wearing the Islamic headscarf must not be added to the lists of registered students. However, students who insist on attending tutorials and entering lecture theatres although their names and numbers are not on the lists must be advised of the position and, should they refuse to leave, their names and numbers must be taken and they must be informed that they are not entitled to attend lectures. If they refuse to leave the lecture theatre, the teacher shall record the incident in a report explaining why it was not possible to give the lecture and shall bring the incident to the attention of the university authorities as a matter of urgency so that disciplinary measures can be taken.”

17. On 12 March 1998, in accordance with the aforementioned circular, the applicant was denied access by invigilators to a written examination on oncology because she was wearing the Islamic headscarf. On 20 March 1998 the secretariat of the chair of orthopaedic traumatology refused to allow her to enrol because she was wearing a headscarf. On 16 April 1998 she was refused admission to a neurology lecture and on 10 June 1998 to a written examination on public health, again for the same reason.

### **B. The application for an order setting aside the circular of 23 February 1998**

18. On 29 July 1998 the applicant lodged an application for an order setting aside the circular of 23 February 1998. In her written pleadings, she submitted that the circular and its implementation had infringed her rights guaranteed by Articles 8, 9 and 14 of the Convention and Article 2 of Protocol No. 1, in that there was no statutory basis for the circular and the Vice-Chancellor's Office had no regulatory power in that sphere.

19. In a judgment of 19 March 1999, the Istanbul Administrative Court dismissed the application, holding that by virtue of section 13(b) of the Higher Education Act (Law no. 2547 – see paragraph 52 below) a university vice-chancellor, as the executive organ of the university, had power to regulate students' dress for the purposes of maintaining order. That regulatory power had to be exercised in accordance with the relevant legislation and the judgments of the Constitutional Court and the Supreme Administrative Court. Referring to the settled case-law of those courts, the Administrative Court held that neither the regulations in issue, nor the measures taken against the applicant, could be considered illegal.

20. On 19 April 2001 the Supreme Administrative Court dismissed an appeal on points of law by the applicant.

### **C. The disciplinary measures taken against the applicant**

21. In May 1998 disciplinary proceedings were brought against the applicant under paragraph 6 (a) of the Students Disciplinary Procedure Rules (see paragraph 50 below) as a result of her failure to comply with the rules on dress.

22. On 26 May 1998, in view of the fact that the applicant had shown by her actions that she intended to continue wearing the headscarf to lectures and/or tutorials, the dean of the faculty declared that her attitude and failure to comply with the rules on dress were not befitting of a student. He therefore decided to issue her with a warning.

23. On 15 February 1999 an unauthorised assembly gathered outside the deanery of the Cerrahpaşa Faculty of Medicine to protest against the rules on dress.

24. On 26 February 1999 the dean of the faculty began disciplinary proceedings against various students, including the applicant, for joining the assembly. On 13 April 1999, after hearing her representations, he suspended her from the university for a semester pursuant to Article 9 (j) of the Students Disciplinary Procedure Rules (see paragraph 50 below).

25. On 10 June 1999 the applicant lodged an application with the Istanbul Administrative Court for an order quashing the decision to

suspend her. The application was dismissed on 30 November 1999 by the Istanbul Administrative Court on the ground that, in the light of the material in the case file and the settled case-law on the subject, the impugned measure could not be regarded as illegal.

26. Following the entry into force of Law no. 4584 on 28 June 2000 (which provided for students to be given an amnesty in respect of penalties imposed for disciplinary offences and for any resulting disability to be annulled), the applicant was granted an amnesty releasing her from all the penalties that had been imposed on her and the resultant disabilities.

27. On 28 September 2000 the Supreme Administrative Court held that Law no. 4584 made it unnecessary to examine the merits of the applicant's appeal on points of law against the judgment of 30 November 1999.

28. In the meantime, on 16 September 1999, the applicant abandoned her studies in Turkey and enrolled at Vienna University, where she pursued her university education.

## II. RELEVANT LAW AND PRACTICE

### A. The Constitution

29. The relevant provisions of the Constitution provide:

#### Article 2

“The Republic of Turkey is a democratic, secular [*laik*] and social State based on the rule of law that is respectful of human rights in a spirit of social peace, national solidarity and justice, adheres to the nationalism of Atatürk and is underpinned by the fundamental principles set out in the Preamble.”

#### Article 4

“No amendment may be made or proposed to the provisions of Article 1 of the Constitution laying down that the State shall be a Republic, the provisions of Article 2 concerning the characteristics of the Republic or the provisions of Article 3.”

#### Article 10

“All individuals shall be equal before the law without any distinction based on language, race, colour, sex, political opinion, philosophical belief, religion, membership of a religious sect or other similar grounds.

Men and women shall have equal rights. The State shall take action to achieve such equality in practice.

No privileges shall be granted to any individual, family, group or class.

State bodies and administrative authorities shall act in compliance with the principle of equality before the law in all circumstances.”

**Article 13**

“Fundamental rights and freedoms may be restricted only by law and on the grounds set out in special provisions of the Constitution, provided always that the essence of such rights and freedoms must remain intact. Any such restriction shall not conflict with the letter or spirit of the Constitution or the requirements of a democratic, secular social order and shall comply with the principle of proportionality.”

**Article 14**

“The rights and freedoms set out in the Constitution may not be exercised with a view to undermining the territorial integrity of the State, the unity of the nation or the democratic and secular Republic founded on human rights.

No provision of this Constitution shall be interpreted in a manner that would grant the State or individuals the right to engage in activities intended to destroy the fundamental rights and freedoms embodied in the Constitution or to restrict them beyond what is permitted by the Constitution.

The penalties to which persons who engage in activities that contravene these provisions are liable shall be determined by law.”

**Article 24**

“Everyone shall have the right to freedom of conscience, belief and religious conviction.

Prayers, worship and religious services shall be conducted freely, provided that they do not violate the provisions of Article 14.

No one shall be compelled to participate in prayers, worship or religious services or to reveal his or her religious beliefs and convictions; no one shall be censured or prosecuted for his religious beliefs or convictions.

Education and instruction in religion and ethics shall be provided under the supervision and control of the State. Instruction in religious culture and in morals shall be a compulsory part of the curricula of primary and secondary schools. Other religious education and instruction shall be a matter for individual choice, with the decision in the case of minors being taken by their legal guardians.

No one shall exploit or abuse religion, religious feelings or things held sacred by religion in any manner whatsoever with a view to causing the social, economic, political or legal order of the State to be based on religious precepts, even if only in part, or for the purpose of securing political or personal interest or influence thereby.”

**Article 42**

“No one may be deprived of the right to instruction and education.

The scope of the right to education shall be defined and regulated by law.

Instruction and teaching shall be provided under the supervision and control of the State in accordance with the principles and reforms of Atatürk and contemporary scientific and educational methods. No educational or teaching institution may be set up that does not follow these rules.

Citizens are not absolved from the duty to remain loyal to the Constitution by freedom of instruction and teaching.



Primary education shall be compulsory for all citizens of both sexes and provided free of charge in State schools.

The rules governing the functioning of private primary and secondary schools shall be regulated by law in keeping with the standards set for State schools.

The State shall provide able pupils of limited financial means with the necessary aid in the form of scholarships or other assistance to enable them to pursue their studies. It shall take suitable measures to rehabilitate those in need of special training so as to render them useful to society.

Education, teaching, research, and study are the only activities that may be pursued in educational and teaching institutions. These activities shall not be impeded in any way ...”

### Article 153

“The decisions of the Constitutional Court shall be final. A decision to invalidate a provision shall not be made public without a written statement of reasons.

When striking down a law or legislative decree or a provision thereof, the Constitutional Court may not act as a quasi-legislature by drafting provisions that would be enforceable.

...

Judgments of the Constitutional Court shall be published immediately in the Official Gazette and shall be binding on the legislative, executive, and judicial organs, the administrative authorities, and natural and juristic persons.”

## B. History and background

### 1. *Religious dress and the principle of secularism*

30. The Turkish Republic was founded on the principle that the State should be secular (*laik*). Before and after the proclamation of the Republic on 29 October 1923, the public and religious spheres were separated through a series of revolutionary reforms: the abolition of the caliphate on 3 March 1923; the repeal of the constitutional provision declaring Islam the religion of the State on 10 April 1928; and, lastly, on 5 February 1937, a constitutional amendment according constitutional status to the principle of secularism (see Article 2 of the Constitution of 1924 and Article 2 of the Constitutions of 1961 and 1982, as set out in paragraph 29 above).

31. The principle of secularism was inspired by developments in Ottoman society in the period between the nineteenth century and the proclamation of the Republic. The idea of creating a modern public society in which equality was guaranteed to all citizens without distinction on grounds of religion, denomination or sex had already been mooted in the Ottoman debates of the nineteenth century.

Significant advances in women's rights were made during this period (equality of treatment in education, the introduction of a ban on polygamy in 1914, the transfer of jurisdiction in matrimonial cases to the secular courts that had been established in the nineteenth century).

32. The defining feature of the Republican ideal was the presence of women in public life and their active participation in society. Consequently, the ideas that women should be freed from religious constraints and that society should be modernised had a common origin. Thus, on 17 February 1926 the Civil Code was adopted, which provided for equality of the sexes in the enjoyment of civic rights, in particular with regard to divorce and succession. Subsequently, through a constitutional amendment of 5 December 1934 (Article 10 of the 1924 Constitution), women obtained equal political rights to men.

33. The first legislation to regulate dress was the Headgear Act of 28 November 1925 (Law no. 671), which treated dress as a modernity issue. Similarly, a ban was imposed on wearing religious attire other than in places of worship or at religious ceremonies, irrespective of the religion or belief concerned, by the Dress (Regulations) Act of 3 December 1934 (Law no. 2596).

34. Under the Education Services (Merger) Act of 3 March 1924 (Law no. 430), religious schools were closed and all schools came under the control of the Ministry of Education. The Act is one of the laws with constitutional status that are protected by Article 174 of the Turkish Constitution.

35. In Turkey, wearing the Islamic headscarf to school and university is a recent phenomenon which only really began to emerge in the 1980s. There has been extensive discussion on the issue and it continues to be the subject of lively debate in Turkish society. Those in favour of the headscarf see wearing it as a duty and/or a form of expression linked to religious identity. However, the supporters of secularism, who draw a distinction between the *başörtüsü* (traditional Anatolian headscarf, worn loosely) and the *türban* (tight, knotted headscarf hiding the hair and the throat), see the Islamic headscarf as a symbol of a political Islam. As a result of the accession to power on 28 June 1996 of a coalition government comprising the Islamist Refah Partisi, and the centre-right Doğru Yol Partisi, the debate has taken on strong political overtones. The ambivalence displayed by the leaders of the Refah Partisi, including the then Prime Minister, over their attachment to democratic values, and their advocacy of a plurality of legal systems functioning according to different religious rules for each religious community was perceived in Turkish society as a genuine threat to republican values and civil peace (see *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey* [GC], nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98, ECHR 2003-II).

2. *The rules on dress in institutions of higher education and the case-law of the Constitutional Court*

36. The first piece of legislation on dress in institutions of higher education was a set of regulations issued by the Cabinet on 22 July 1981 requiring staff working for public organisations and institutions and personnel and female students at State institutions to wear ordinary, sober, modern dress. The regulations also provided that female members of staff and students should not wear veils in educational institutions.

37. On 20 December 1982 the Higher Education Authority issued a circular on the wearing of headscarves in institutions of higher education. The Islamic headscarf was banned in lecture theatres. In a judgment of 13 December 1984, the Supreme Administrative Court held that the regulations were lawful, noting:

“Beyond being a mere innocent practice, wearing the headscarf is in the process of becoming the symbol of a vision that is contrary to the freedoms of women and the fundamental principles of the Republic.”

38. On 10 December 1988 transitional section 16 of the Higher Education Act (Law no. 2547) came into force. It provided:

“Modern dress or appearance shall be compulsory in the rooms and corridors of institutions of higher education, preparatory schools, laboratories, clinics and multidisciplinary clinics. A veil or headscarf covering the neck and hair may be worn out of religious conviction.”

39. In a judgment of 7 March 1989 published in the Official Gazette of 5 July 1989, the Constitutional Court held that the aforementioned provision was contrary to Articles 2 (secularism), 10 (equality before the law) and 24 (freedom of religion) of the Constitution. It also found that it could not be reconciled with the principle of sexual equality implicit, *inter alia*, in republican and revolutionary values (see Preamble and Article 174 of the Constitution).

In their judgment, the Constitutional Court judges explained, firstly, that secularism had acquired constitutional status by reason of the historical experience of the country and the particularities of Islam compared to other religions; secularism was an essential condition for democracy and acted as a guarantor of freedom of religion and of equality before the law. It also prevented the State from showing a preference for a particular religion or belief; consequently, a secular State could not invoke religious conviction when performing its legislative function. They stated, *inter alia*:

“Secularism is the civil organiser of political, social and cultural life, based on national sovereignty, democracy, freedom and science. Secularism is the principle which offers the individual the possibility to affirm his or her own personality through freedom of thought and which, by the distinction it makes between politics and religious beliefs, renders freedom of conscience and religion effective. In societies based on religion,

which function with religious thought and religious rules, political organisation is religious in character. In a secular regime, religion is shielded from a political role. It is not a tool of the authorities and remains in its respectable place, to be determined by the conscience of each and everyone ...”

Stressing its inviolable nature, the Constitutional Court observed that freedom of religion, conscience and worship, which could not be equated with a right to wear any particular religious attire, guaranteed first and foremost the liberty to decide whether or not to follow a religion. It explained that, once outside the private sphere of individual conscience, freedom to manifest one’s religion could be restricted on public-order grounds to defend the principle of secularism.

Everyone was free to choose how to dress, as the social and religious values and traditions of society also had to be respected. However, when a particular dress code was imposed on individuals by reference to a religion, the religion concerned was perceived and presented as a set of values that were incompatible with those of contemporary society. In addition, in Turkey, where the majority of the population were Muslims, presenting the wearing of the Islamic headscarf as a mandatory religious duty would result in discrimination between practising Muslims, non-practising Muslims and non-believers on grounds of dress with anyone who refused to wear the headscarf undoubtedly being regarded as opposed to religion or as non-religious.

The Constitutional Court also said that students had to be permitted to work and pursue their education together in a calm, tolerant and mutually supportive atmosphere without being deflected from that goal by signs of religious affiliation. It found that, irrespective of whether the Islamic headscarf was a precept of Islam, granting legal recognition to a religious symbol of that type in institutions of higher education was not compatible with the principle that State education must be neutral, as it would be liable to generate conflicts between students with differing religious convictions or beliefs.

40. On 25 October 1990 transitional section 17 of Law no. 2547 came into force. It provides:

“Choice of dress shall be free in institutions of higher education, provided that it does not contravene the laws in force.”

41. In a judgment of 9 April 1991, which was published in the Official Gazette of 31 July 1991, the Constitutional Court noted that, in the light of the principles it had established in its judgment of 7 March 1989, the aforementioned provision did not allow headscarves to be worn in institutions of higher education on religious grounds and so was consistent with the Constitution. It stated, *inter alia*:

“... the expression ‘laws in force’ refers first and foremost to the Constitution ... In institutions of higher education, it is contrary to the principles of secularism and

equality for the neck and hair to be covered with a veil or headscarf on grounds of religious conviction. In these circumstances, the freedom of dress which the impugned provision permits in institutions of higher education ‘does not concern dress of a religious nature or the act of covering one’s neck and hair with a veil and headscarf’ ... The freedom afforded by this provision [transitional section 17] is conditional on its not being contrary to ‘the laws in force’. The judgment [of 7 March 1989] of the Constitutional Court establishes that covering one’s neck and hair with the headscarf is first and foremost contrary to the Constitution. Consequently, the condition set out in the aforementioned section requiring [choice of] dress not to contravene the laws in force removes from the scope of freedom of dress the act of ‘covering one’s neck and hair with the headscarf’ ...”

### *3. Application of the regulations at Istanbul University*

42. Istanbul University was founded in the fifteenth century and is one of the main centres of State higher education in Turkey. It has seventeen faculties (including two faculties of medicine – Cerrahpaşa and Çapa) and twelve schools of higher education. It is attended by approximately 50,000 students.

43. In 1994, following a petitioning campaign launched by female students enrolled on the midwifery course at the University School of Medicine, the Vice-Chancellor circulated a memorandum in which he explained the background to the Islamic headscarf issue and the legal basis for the relevant regulations, noting in particular:

“The ban prohibiting students enrolled on the midwifery course from wearing the headscarf during tutorials is not intended to infringe their freedom of conscience and religion, but to comply with the laws and regulations in force. When doing their work, midwives and nurses wear a uniform. That uniform is described in and identified by regulations issued by the Ministry of Health ... Students who wish to join the profession are aware of this. Imagine a student of midwifery trying to put a baby in or remove it from an incubator, or assisting a doctor in an operating theatre or maternity unit while wearing a long-sleeved coat.”

44. The Vice-Chancellor was concerned that the campaign for permission to wear the Islamic headscarf on all university premises had reached the point where there was a risk of its undermining order and causing unrest at the university, the faculty, the Cerrahpaşa Hospital and the School of Medicine. He called on the students to comply with the rules on dress, reminding them, in particular, of the rights of the patients.

45. A resolution regarding the rules on dress for students and university staff was adopted on 1 June 1994 by the university executive and provides:

“The rules governing dress in universities are set out in the laws and regulations. The Constitutional Court has delivered a judgment which prevents religious attire being worn in universities.

This judgment applies to all students of our University and the academic staff, both administrative and otherwise, at all levels. In particular, nurses, midwives, doctors and vets are required to comply with the regulations on dress, as dictated by scientific considerations and the legislation, during health and applied science tutorials (on nursing, laboratory work, surgery and microbiology). Anyone not complying with the rules on dress will be refused access to tutorials.”

46. On 23 February 1998 a circular signed by the Vice-Chancellor of Istanbul University was distributed containing instructions on the admission of students with beards or wearing the Islamic headscarf (for the text of this circular, see paragraph 16 above).

47. Istanbul University adopted a resolution (no. 11 of 9 July 1998) worded as follows:

“1. Students at Istanbul University shall comply with the legal principles and rules on dress set out in the decisions of the Constitutional Court and higher judicial bodies.

2. Students shall not wear clothes that symbolise or manifest any religion, faith, race, or political or ideological persuasion in any institution or department of the university, or on any of its premises.

3. Students shall comply with the rules requiring specific clothes to be worn for occupational reasons in the institutions and departments at which they are enrolled.

4. Photographs supplied by students to their institution or department [must be taken] from the ‘front’ ‘with head and neck uncovered’. They must be no more than six months old and make the student readily identifiable.

5. Anyone displaying an attitude that is contrary to the aforementioned points or who, through his words, writings or deeds, encourages such an attitude shall be liable to action under the provisions of the Students Disciplinary Procedure Rules.”

#### 4. *Students Disciplinary Procedure Rules*

48. The Students Disciplinary Procedure Rules, which were published in the Official Gazette of 13 January 1985, prescribe five forms of disciplinary penalty: a warning, a reprimand, temporary suspension of between a week and a month, temporary suspension of one or two semesters, and expulsion.

49. Merely wearing the Islamic headscarf on university premises does not constitute a disciplinary offence.

50. By virtue of paragraph 6 (a) of the Rules, a student whose “behaviour and attitude are not befitting of students” will be liable to a warning. A reprimand will be issued, *inter alia*, to students whose conduct is such as to lose them the respect and trust which students are required to command, or who disrupt lectures, seminars, tutorials in laboratories or workshops (paragraph 7 (a) and (e)). Students who directly or indirectly restrict the freedom of others to learn and teach or whose conduct is liable to disturb the calm, tranquillity and industriousness required in

institutions of higher education or who engage in political activities in such institutions are liable to temporary suspension of between a week and a month (paragraph 8 (a) and (c)). Paragraph 9 (j) lays down that students who organise or take part in unauthorised meetings on university premises are liable to one or two semesters' suspension.

51. The procedure for investigating disciplinary complaints is governed by paragraphs 13 to 34 of the Rules. Paragraphs 16 and 33 provide that the rights of defence of students must be respected and the disciplinary board must take into account the reasons that caused the student to transgress the rules. All disciplinary measures are subject to judicial review in the administrative courts.

#### 5. *The regulatory power of the university authorities*

52. Since universities are public-law bodies by virtue of Article 130 of the Constitution, they enjoy a degree of autonomy, subject to State control, that is reflected in the fact that they are run by management organs, such as the vice-chancellor, with delegated statutory powers.

The relevant parts of section 13 of Law no. 2547 provide:

“...

(b) Vice-chancellors shall have the following powers, competence and responsibilities:

1. To chair meetings of university boards, implement their resolutions, examine proposals by the university boards and take such decisions as shall be necessary, and ensure that institutions forming part of the university function in a coordinated manner;

...

5. To supervise and monitor the university departments and university staff at all levels.

It is the vice-chancellor who shall have primary responsibility for taking safety measures and for supervising and monitoring the administrative and scientific aspects of the functioning of the university ...”

53. The monitoring and supervisory power conferred on the vice-chancellor by section 13 of Law no. 2547 is subject to the requirement of lawfulness and to scrutiny by the administrative courts.

### **C. The binding force of the reasoning in judgments of the Constitutional Court**

54. In its judgment of 27 May 1999 (E. 1998/58, K. 1999/19), which was published in the Official Gazette of 4 March 2000, the Constitutional Court stated, *inter alia*:

“The legislature and executive are bound by both the operative provisions of judgments and the reasoning taken as a whole. Judgments and the reasons stated in

them lay down the standards by which legislative activity will be measured and establish guidelines for such activity.”

#### **D. Comparative law**

55. For more than twenty years the place of the Islamic headscarf in State education has been the subject of debate across Europe. In most European countries, the debate has focused mainly on primary and secondary schools. However, in Turkey, Azerbaijan and Albania it has concerned not just the question of individual liberty, but also the political meaning of the Islamic headscarf. These are the only member States to have introduced regulations on wearing the Islamic headscarf in universities.

56. In France, where secularism is regarded as one of the cornerstones of republican values, legislation was passed on 15 March 2004 regulating, in accordance with the principle of secularism, the wearing of signs or dress manifesting a religious affiliation in State primary and secondary schools. The legislation inserted a new Article L. 141-5-1 in the Education Code which provides: “In State primary and secondary schools, the wearing of signs or dress by which pupils overtly manifest a religious affiliation is prohibited. The school rules shall state that the institution of disciplinary proceedings shall be preceded by dialogue with the pupil.”

The Act applies to all State schools and educational institutions, including post-baccalaureate courses (preparatory classes for entrance to the *grandes écoles* and vocational training courses). It does not apply to State universities. In addition, as a circular of 18 May 2004 makes clear, it only concerns “... signs, such as the Islamic headscarf, however named, the kippa or a cross that is manifestly oversized, which make the wearer’s religious affiliation immediately identifiable”.

57. In Belgium there is no general ban on wearing religious signs at school. In the French Community a decree of 13 March 1994 stipulates that education shall be neutral within the Community. Pupils are in principle allowed to wear religious signs. However, they may do so only if human rights, the reputation of others, national security, public order, and public health and morals are protected and internal rules complied with. Further, teachers must not permit religious or philosophical proselytism under their authority or the organisation of political militancy by or on behalf of pupils. The decree stipulates that restrictions may be imposed by school rules. On 19 May 2004 the French Community issued a decree intended to institute equality of treatment. In the Flemish Community, there is no uniform policy among schools on whether to allow religious or philosophical signs to be worn. Some do, others do not. When pupils are permitted to wear such signs, restrictions may be imposed on grounds of hygiene or safety.



58. In other countries (Austria, Germany, the Netherlands, Spain, Sweden, Switzerland and the United Kingdom), in some cases following a protracted legal debate, the State education authorities permit Muslim pupils and students to wear the Islamic headscarf.

59. In Germany, where the debate focused on whether teachers should be allowed to wear the Islamic headscarf, the Constitutional Court stated on 24 September 2003 in a case between a teacher and the *Land* of Baden-Württemberg that the lack of any express statutory prohibition meant that teachers were entitled to wear the headscarf. Consequently, it imposed a duty on the *Länder* to lay down rules on dress if they wished to prohibit the wearing of the Islamic headscarf in State schools.

60. In Austria there is no special legislation governing the wearing of the headscarf, turban or kippa. In general, it is considered that a ban on wearing the headscarf will only be justified if it poses a health or safety hazard for pupils.

61. In the United Kingdom a tolerant attitude is shown to pupils who wear religious signs. Difficulties with respect to the Islamic headscarf are rare. The issue has also been debated in the context of the elimination of racial discrimination in schools in order to preserve their multicultural character (see, in particular, *Mandla v. Dowell*, The Law Reports 1983, pp. 548-70). The Commission for Racial Equality, whose opinions have recommendation status only, also considered the issue of the Islamic headscarf in 1988 in the *Altrincham Grammar School* case, which ended in a compromise between a private school and members of the family of two sisters who wished to be allowed to wear the Islamic headscarf at the school. The school agreed to allow them to wear the headscarf provided it was navy blue (the colour of the school uniform), kept fastened at the neck and not decorated.

In *R. (On the application of Begum) v. Headteacher and Governors of Denbigh High School* ([2004] EWHC 1389 (Admin)), the High Court had to decide a dispute between the school and a Muslim pupil wishing to wear the *jilbab* (a full-length gown). The school required pupils to wear a uniform, one of the possible options being the headscarf and the *shalwar kameeze* (long traditional garments from the Indian subcontinent). In June 2004 the High Court dismissed the pupil's application, holding that there had been no violation of her freedom of religion. However, that judgment was reversed in March 2005 by the Court of Appeal, which accepted that there had been interference with the pupil's freedom of religion, as a minority of Muslims in the United Kingdom considered that a religious duty to wear the *jilbab* from the age of puberty existed and the pupil was genuinely of that opinion. No justification for the interference had been provided by the school authorities, as the decision-making process was not compatible with freedom of religion.

62. In Spain there is no express statutory prohibition on pupils' wearing religious head coverings in State schools. By virtue of two royal decrees of 26 January 1996, which are applicable in primary and secondary schools unless the competent authority – the autonomous community – has introduced specific measures, the school governors have power to issue school rules which may include provisions on dress. Generally speaking, State schools allow the headscarf to be worn.

63. In Finland and Sweden the veil can be worn at school. However, a distinction is made between the *burka* (the term used to describe the full veil covering the whole of the body and the face) and the *niqab* (a veil covering all the upper body with the exception of the eyes). In Sweden mandatory directives were issued in 2003 by the National Education Agency. These allow schools to prohibit the *burka* and *niqab*, provided they do so in a spirit of dialogue on the common values of equality of the sexes and respect for the democratic principle on which the education system is based.

64. In the Netherlands, where the question of the Islamic headscarf is considered from the standpoint of discrimination rather than of freedom of religion, it is generally tolerated. In 2003 a non-binding directive was issued. Schools may require pupils to wear a uniform provided that the rules are not discriminatory and are included in the school prospectus and that the punishment for transgressions is not disproportionate. A ban on the *burka* is regarded as justified by the need to be able to identify and communicate with pupils. In addition, the Equal Treatment Commission ruled in 1997 that a ban on wearing the veil during physical education classes for safety reasons was not discriminatory.

65. In a number of other countries (Russia, Romania, Hungary, Greece, the Czech Republic, Slovakia and Poland), the issue of the Islamic headscarf does not yet appear to have given rise to any detailed legal debate.

### **E. The relevant Council of Europe texts on higher education**

66. Among the various texts adopted by the Council of Europe on higher education, should be cited, first of all, Parliamentary Assembly Recommendation 1353 (1998) on the access of minorities to higher education, which was adopted on 27 January 1998, and Committee of Ministers Recommendation No. R (98) 3 on access to higher education, which was adopted on 17 March 1998.

Another relevant instrument in this sphere is the joint Council of Europe/UNESCO Convention on the Recognition of Qualifications concerning Higher Education in the European Region, which was signed in Lisbon on 11 April 1997 and came into force on 1 February 1999.

67. The preamble to the Convention on the Recognition of Qualifications concerning Higher Education in the European Region states:

“Conscious of the fact that the right to education is a human right, and that higher education, which is instrumental in the pursuit and advancement of knowledge, constitutes an exceptionally rich cultural and scientific asset for both individuals and society...”

68. On 17 March 1998 the Committee of Ministers of the Council of Europe adopted Recommendation No. R (98) 3 on access to higher education. In the preamble to the recommendation it is stated:

“... higher education has a key role to play in the promotion of human rights and fundamental freedoms and the strengthening of pluralistic democracy and tolerance [and] ... widening opportunities for members of all groups in society to participate in higher education can contribute to securing democracy and building confidence in situations of social tension ...”

69. Likewise, Article 2 of Recommendation 1353 (1998) on the access of minorities to higher education, which was adopted by the Parliamentary Assembly of the Council of Europe on 27 January 1998, provides:

“Education is a fundamental human right and therefore access to all levels, including higher education, should be equally available to all permanent residents of the States signatories to the European Cultural Convention.”

## THE LAW

### I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 9 OF THE CONVENTION

70. The applicant submitted that the ban on wearing the Islamic headscarf in institutions of higher education constituted an unjustified interference with her right to freedom of religion, in particular, her right to manifest her religion.

She relied on Article 9 of the Convention, which provides:

“1. Everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion; this right includes freedom to change his religion or belief and freedom, either alone or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief, in worship, teaching, practice and observance.

2. Freedom to manifest one’s religion or beliefs shall be subject only to such limitations as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of public safety, for the protection of public order, health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.”

#### A. The Chamber judgment

71. The Chamber found that the Istanbul University regulations restricting the right to wear the Islamic headscarf and the measures

taken thereunder had interfered with the applicant's right to manifest her religion. It went on to find that the interference was prescribed by law and pursued one of the legitimate aims set out in the second paragraph of Article 9 of the Convention. It was justified in principle and proportionate to the aims pursued and could therefore be regarded as having been "necessary in a democratic society" (see paragraphs 66-116 of the Chamber judgment).

### **B. The parties' submissions to the Grand Chamber**

72. In her request for a referral to the Grand Chamber dated 27 September 2004 and in her oral submissions at the hearing, the applicant contested the grounds on which the Chamber had concluded that there had been no violation of Article 9 of the Convention.

73. However, in the observations she submitted to the Grand Chamber on 27 January 2005 she said that she was not seeking legal recognition of a right for all women to wear the Islamic headscarf in all places, and stated in particular: "Implicit in the section judgment is the notion that the right to wear the headscarf will not always be protected by freedom of religion. [I] do not contest that approach."

74. The Government asked the Grand Chamber to endorse the Chamber's finding that there had been no violation of Article 9.

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

75. The Court must consider whether the applicant's right under Article 9 was interfered with and, if so, whether the interference was "prescribed by law", pursued a legitimate aim and was "necessary in a democratic society" within the meaning of Article 9 § 2 of the Convention.

#### *1. Whether there was interference*

76. The applicant said that her choice of dress had to be treated as obedience to a religious rule which she regarded as "recognised practice". She maintained that the restriction in issue, namely the rules on wearing the Islamic headscarf on university premises, was a clear interference with her right to freedom to manifest her religion.

77. The Government did not make any submissions to the Grand Chamber on this question.

78. As to whether there was interference, the Grand Chamber endorses the following findings of the Chamber (see paragraph 71 of the Chamber judgment):

“The applicant said that, by wearing the headscarf, she was obeying a religious precept and thereby manifesting her desire to comply strictly with the duties imposed by the Islamic faith. Accordingly, her decision to wear the headscarf may be regarded as motivated or inspired by a religion or belief and, without deciding whether such decisions are in every case taken to fulfil a religious duty, the Court proceeds on the assumption that the regulations in issue, which placed restrictions of place and manner on the right to wear the Islamic headscarf in universities, constituted an interference with the applicant’s right to manifest her religion.”

## 2. “*Prescribed by law*”

### (a) **The parties’ submissions to the Grand Chamber**

79. The applicant said that there had been no “written law” to prohibit students from wearing the Islamic headscarf at university, either when she enrolled in 1993 or in the period thereafter. She explained that under the Students Disciplinary Procedure Rules it was not a disciplinary offence merely to wear the Islamic headscarf (see paragraphs 49 and 50 above). The first regulation to restrict her right to wear the headscarf had been the circular issued by the Vice-Chancellor on 23 February 1998, some four and a half years later.

80. In the applicant’s submission, it could not validly be argued that the legal basis for that regulation was the case-law of the Turkish courts, as the courts only had jurisdiction to apply the law, not to establish new legal rules. Although in its judgments of 7 March 1989 and 9 April 1991 (see paragraphs 39 and 41 above) the Constitutional Court had not acted *ultra vires* in proscribing the headscarf in individual cases, the legislature had not construed the first of that court’s judgments as requiring it to introduce legislation prohibiting the Islamic headscarf. There was no statutory provision in force to prohibit students from wearing the headscarf on the premises of institutions of higher education, while the reasons given by the Constitutional Court for its decision did not have the force of law.

81. The applicant said that while university authorities, including vice-chancellors’ offices and deaneries, were unquestionably at liberty to use the powers vested in them by law, the scope of those powers and the limits on them were also defined by law, as were the procedures by which they were to be exercised and the safeguards against abuse of authority. In the instant case, the Vice-Chancellor had not possessed the authority or power, either under the laws in force or the Students Disciplinary Procedure Rules, to refuse students “wearing the headscarf” access to university premises or examination rooms. In addition, the legislature had at no stage sought to issue a general ban on wearing religious signs in schools and universities and there had never been support for such a ban in Parliament, despite the fierce debate to which the Islamic

headscarf had given rise. Moreover, the fact that the administrative authorities had not introduced any general regulations providing for the imposition of disciplinary penalties on students wearing the headscarf in institutions of higher education meant that no such ban existed.

82. The applicant considered that the interference with her right had not been foreseeable and was not based on a “law” within the meaning of the Convention.

83. The Government confined themselves to asking the Grand Chamber to endorse the Chamber’s finding on this point.

**(b) The Court’s assessment**

84. The Court reiterates its settled case-law that the expression “prescribed by law” requires firstly that the impugned measure should have a basis in domestic law. It also refers to the quality of the law in question, requiring that it be accessible to the persons concerned and formulated with sufficient precision to enable them – if need be, with appropriate advice – to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail and to regulate their conduct (see *Gorzelik and Others v. Poland* [GC], no. 44158/98, § 64, ECHR 2004-I).

85. The Court observes that the applicant’s arguments relating to the alleged unforeseeability of Turkish law do not concern the circular of 23 February 1998 on which the ban on students wearing the veil during lectures, courses and tutorials was based. That circular was issued by the Vice-Chancellor of Istanbul University, who, as the person in charge in whom the main decision-making powers were vested, was responsible for overseeing and monitoring the administrative and scientific aspects of the functioning of the university. He issued the circular within the statutory framework set out in section 13 of Law no. 2547 (see paragraph 52 above) and in accordance with the regulatory provisions that had been adopted earlier.

86. According to the applicant, however, the circular was not compatible with transitional section 17 of Law no. 2547, as that section did not proscribe the Islamic headscarf and there were no legislative norms in existence capable of constituting a legal basis for a regulatory provision.

87. The Court must therefore consider whether transitional section 17 of Law no. 2547 was capable of constituting a legal basis for the circular. It reiterates in that connection that it is primarily for the national authorities, notably the courts, to interpret and apply domestic law (see *Kruslin v. France*, judgment of 24 April 1990, Series A no. 176-A, pp. 21-22, § 29) and notes that, in rejecting the argument that the circular was illegal, the administrative courts relied on the settled case-law of the

Supreme Administrative Court and the Constitutional Court (see paragraph 19 above).

88. Further, as regards the words “in accordance with the law” and “prescribed by law” which appear in Articles 8 to 11 of the Convention, the Court observes that it has always understood the term “law” in its “substantive” sense, not its “formal” one; it has included both “written law”, encompassing enactments of lower ranking statutes (see *De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium*, judgment of 18 June 1971, Series A no. 12, pp. 45-46, § 93) and regulatory measures taken by professional regulatory bodies under independent rule-making powers delegated to them by Parliament (see *Barthold v. Germany*, judgment of 25 March 1985, Series A no. 90, pp. 21-22, § 46), and unwritten law. “Law” must be understood to include both statutory law and judge-made “law” (see, among other authorities, *The Sunday Times v. the United Kingdom (no. 1)*, judgment of 26 April 1979, Series A no. 30, p. 30, § 47; *Kruslin*, cited above, pp. 21-22, § 29 *in fine*; and *Casado Coca v. Spain*, judgment of 24 February 1994, Series A no. 285-A, p. 18, § 43). In sum, the “law” is the provision in force as the competent courts have interpreted it.

89. Accordingly, the question must be examined on the basis not only of the wording of transitional section 17 of Law no. 2547, but also of the relevant case-law.

In that connection, as the Constitutional Court noted in its judgment of 9 April 1991 (see paragraph 41 above), the wording of that section shows that freedom of dress in institutions of higher education is not absolute. Under the terms of that provision, students are free to dress as they wish “provided that [their choice] does not contravene the laws in force”.

90. The dispute therefore concerns the meaning of the words “laws in force” in the aforementioned provision.

91. The Court reiterates that the scope of the notion of foreseeability depends to a considerable degree on the content of the instrument in question, the field it is designed to cover, and the number and status of those to whom it is addressed. It must also be borne in mind that, however clearly drafted a legal provision may be, its application involves an inevitable element of judicial interpretation, since there will always be a need for clarification of doubtful points and for adaptation to particular circumstances. A margin of doubt in relation to borderline facts does not by itself make a legal provision unforeseeable in its application. Nor does the mere fact that such a provision is capable of more than one construction mean that it fails to meet the requirement of “foreseeability” for the purposes of the Convention. The role of adjudication vested in the courts is precisely to dissipate such interpretational doubts as remain, taking into account the changes in everyday practice (see *Gorzelik and Others*, cited above, § 65).

92. The Court notes in that connection that in its aforementioned judgment the Constitutional Court found that the words “laws in force” necessarily included the Constitution. The judgment also made it clear that allowing students’ “neck and hair to be covered with a veil or headscarf on grounds of religious conviction” in universities was contrary to the Constitution (see paragraph 41 above).

93. That decision of the Constitutional Court, which was both binding (see paragraphs 29 and 54 above) and accessible, as it had been published in the Official Gazette of 31 July 1991, supplemented the letter of transitional section 17 and followed the Constitutional Court’s previous case-law (see paragraph 39 above). In addition, the Supreme Administrative Court had by then consistently held for a number of years that wearing the Islamic headscarf at university was not compatible with the fundamental principles of the Republic, since the headscarf was in the process of becoming the symbol of a vision that was contrary to the freedoms of women and those fundamental principles (see paragraph 37 above).

94. As to the applicant’s argument that the legislature had at no stage imposed a ban on wearing the headscarf, the Court reiterates that it is not for it to express a view on the appropriateness of the methods chosen by the legislature of a respondent State to regulate a given field. Its task is confined to determining whether the methods adopted and the effects they entail are in conformity with the Convention (see *Gorzelik and Others*, cited above, § 67).

95. Furthermore, the fact that Istanbul University or other universities may not have applied a particular rule – in this instance transitional section 17 of Law no. 2547 read in the light of the relevant case-law – rigorously in all cases, preferring to take into account the context and the special features of individual courses, does not by itself make that rule unforeseeable. In the Turkish constitutional system, the university authorities may not under any circumstances place restrictions on fundamental rights without a basis in law (see Article 13 of the Constitution – paragraph 29 above). Their role is confined to establishing the internal rules of the educational institution concerned in accordance with the rule requiring conformity with statute and subject to the administrative courts’ powers of review.

96. Further, the Court accepts that it can prove difficult to frame laws with a high degree of precision on matters such as internal university rules, and tight regulation may be inappropriate (see, *mutatis mutandis*, *Gorzelik and Others*, cited above, § 67).

97. Likewise, it is beyond doubt that regulations on wearing the Islamic headscarf existed at Istanbul University since 1994 at the latest, well before the applicant enrolled there (see paragraphs 43 and 45 above).



98. In these circumstances, the Court finds that there was a legal basis for the interference in Turkish law, namely transitional section 17 of Law no. 2547 read in the light of the relevant case-law of the domestic courts. The law was also accessible and can be considered sufficiently precise in its terms to satisfy the requirement of foreseeability. It would have been clear to the applicant, from the moment she entered Istanbul University, that there were restrictions on wearing the Islamic headscarf on the university premises and, from 23 February 1998, that she was liable to be refused access to lectures and examinations if she continued to do so.

### 3. *Legitimate aim*

99. Having regard to the circumstances of the case and the terms of the domestic courts' decisions, the Court is able to accept that the impugned interference primarily pursued the legitimate aims of protecting the rights and freedoms of others and of protecting public order, a point which is not in issue between the parties.

### 4. *“Necessary in a democratic society”*

#### (a) **The parties' submissions to the Grand Chamber**

##### (i) *The applicant*

100. The applicant contested the Chamber's findings. In her observations of 27 September 2004 and her oral submissions at the hearing, she argued that the notions of “democracy” and “republic” were not alike. While many totalitarian regimes claimed to be “republics”, only a true democracy could be based on the principles of pluralism and broadmindedness. The structure of the judicial and university systems in Turkey had been determined by the successive *coups d'état* by the military in 1960, 1971 and 1980. Referring to the Court's case-law and the practice that had been adopted in a number of countries in Europe, the applicant further submitted that the Contracting States should not be given a wide margin of appreciation to regulate students' dress. She explained that no European State prohibited students from wearing the Islamic headscarf at university and added that there had been no sign of tension in institutions of higher education that would have justified such a radical measure.

101. The applicant further explained in her aforementioned observations that students were discerning adults who enjoyed full legal capacity and were capable of deciding for themselves what was appropriate conduct. Consequently, the allegation that, by wearing the Islamic headscarf, she had shown a lack of respect for the convictions of others or sought to influence fellow students and to undermine their rights and freedoms was wholly unfounded. Nor had she created an

external restriction on any freedom with the support or authority of the State. Her choice had been based on religious conviction, which was the most important fundamental right that pluralistic, liberal democracy had granted her. It was, to her mind, indisputable that people were free to subject themselves to restrictions if they considered it appropriate. It was also unjust to say that merely wearing the Islamic headscarf was contrary to the principle of equality between men and women, as all religions imposed such restrictions on dress which people were free to choose whether or not to comply with.

102. Conversely, in her observations of 27 January 2005, the applicant said that she was able to accept that wearing the Islamic headscarf would not always be protected by freedom of religion (see paragraph 73 above).

(ii) *The Government*

103. The Government agreed with the Chamber's findings (see paragraph 71 above).

**(b) The Court's assessment**

(i) *General principles*

104. The Court reiterates that, as enshrined in Article 9, freedom of thought, conscience and religion is one of the foundations of a "democratic society" within the meaning of the Convention. This freedom is, in its religious dimension, one of the most vital elements that go to make up the identity of believers and their conception of life, but it is also a precious asset for atheists, agnostics, sceptics and the unconcerned. The pluralism indissociable from a democratic society, which has been dearly won over the centuries, depends on it. That freedom entails, *inter alia*, freedom to hold or not to hold religious beliefs and to practise or not to practise a religion (see, among other authorities, *Kokkinakis v. Greece*, judgment of 25 May 1993, Series A no. 260-A, p. 17, § 31, and *Buscarini and Others v. San Marino* [GC], no. 24645/94, § 34, ECHR 1999-I).

105. While religious freedom is primarily a matter of individual conscience, it also implies, *inter alia*, freedom to manifest one's religion, alone and in private, or in community with others, in public and within the circle of those whose faith one shares. Article 9 lists the various forms which manifestation of one's religion or belief may take, namely worship, teaching, practice and observance (see, *mutatis mutandis*, *Cha'are Shalom Ve Tsedek v. France* [GC], no. 27417/95, § 73, ECHR 2000-VII).

Article 9 does not protect every act motivated or inspired by a religion or belief (see, among many other authorities, *Kalaç v. Turkey*, judgment of 1 July 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-IV, p. 1209, § 27; *Arrowsmith v. the United Kingdom*, no. 7050/75, Commission's report of 12 October 1978, *Decisions and Reports (DR)* 19, p. 5; *C. v. the United*

*Kingdom*, no. 10358/83, Commission decision of 15 December 1983, DR 37, p. 142; and *Tepeli and Others v. Turkey* (dec.), no. 31876/96, 11 September 2001).

106. In democratic societies, in which several religions coexist within one and the same population, it may be necessary to place restrictions on freedom to manifest one's religion or belief in order to reconcile the interests of the various groups and ensure that everyone's beliefs are respected (see *Kokkinakis*, cited above, p. 18, § 33). This follows both from paragraph 2 of Article 9 and the State's positive obligation under Article 1 of the Convention to secure to everyone within its jurisdiction the rights and freedoms defined therein.

107. The Court has frequently emphasised the State's role as the neutral and impartial organiser of the exercise of various religions, faiths and beliefs, and stated that this role is conducive to public order, religious harmony and tolerance in a democratic society. It also considers that the State's duty of neutrality and impartiality is incompatible with any power on the State's part to assess the legitimacy of religious beliefs or the ways in which those beliefs are expressed (see *Manoussakis and Others v. Greece*, judgment of 26 September 1996, *Reports* 1996-IV, p. 1365, § 47; *Hasan and Chaush v. Bulgaria* [GC], no. 30985/96, § 78, ECHR 2000-XI; *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey* [GC], nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98, § 91, ECHR 2003-II), and that it requires the State to ensure mutual tolerance between opposing groups (see *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey*, judgment of 30 January 1998, *Reports* 1998-I, p. 27, § 57). Accordingly, the role of the authorities in such circumstances is not to remove the cause of tension by eliminating pluralism, but to ensure that the competing groups tolerate each other (see *Serif v. Greece*, no. 38178/97, § 53, ECHR 1999-IX).

108. Pluralism, tolerance and broadmindedness are hallmarks of a "democratic society". Although individual interests must on occasion be subordinated to those of a group, democracy does not simply mean that the views of a majority must always prevail: a balance must be achieved which ensures the fair and proper treatment of people from minorities and avoids any abuse of a dominant position (see, *mutatis mutandis*, *Young, James and Webster v. the United Kingdom*, judgment of 13 August 1981, Series A no. 44, p. 25, § 63, and *Chassagnou and Others v. France* [GC], nos. 25088/94, 28331/95 and 28443/95, § 112, ECHR 1999-III). Pluralism and democracy must also be based on dialogue and a spirit of compromise necessarily entailing various concessions on the part of individuals or groups of individuals which are justified in order to maintain and promote the ideals and values of a democratic society (see, *mutatis mutandis*, *the United Communist Party of Turkey and Others*, cited above, pp. 21-22, § 45, and *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others*, cited above § 99). Where these "rights and freedoms" are themselves among those

guaranteed by the Convention or its Protocols, it must be accepted that the need to protect them may lead States to restrict other rights or freedoms likewise set forth in the Convention. It is precisely this constant search for a balance between the fundamental rights of each individual which constitutes the foundation of a “democratic society” (see *Chassagnou and Others*, cited above, § 113).

109. Where questions concerning the relationship between State and religions are at stake, on which opinion in a democratic society may reasonably differ widely, the role of the national decision-making body must be given special importance (see, *mutatis mutandis*, *Cha'are Shalom Ve Tsedek*, cited above, § 84, and *Wingrove v. the United Kingdom*, judgment of 25 November 1996, *Reports* 1996-V, pp. 1957-58, § 58). This will notably be the case when it comes to regulating the wearing of religious symbols in educational institutions, especially (as the comparative-law materials illustrate – see paragraphs 55-65 above) in view of the diversity of the approaches taken by national authorities on the issue. It is not possible to discern throughout Europe a uniform conception of the significance of religion in society (see *Otto-Preminger-Institut v. Austria*, judgment of 20 September 1994, Series A no. 295-A, p. 19, § 50), and the meaning or impact of the public expression of a religious belief will differ according to time and context (see, among other authorities, *Dahlab v. Switzerland* (dec.), no. 42393/98, ECHR 2001-V). Rules in this sphere will consequently vary from one country to another according to national traditions and the requirements imposed by the need to protect the rights and freedoms of others and to maintain public order (see, *mutatis mutandis*, *Wingrove*, cited above, p. 1957, § 57). Accordingly, the choice of the extent and form such regulations should take must inevitably be left up to a point to the State concerned, as it will depend on the specific domestic context (see, *mutatis mutandis*, *Gorzelik and Others*, cited above, § 67, and *Murphy v. Ireland*, no. 44179/98, § 73, ECHR 2003-IX).

110. This margin of appreciation goes hand in hand with a European supervision embracing both the law and the decisions applying it. The Court's task is to determine whether the measures taken at national level were justified in principle and proportionate (see *Manoussakis and Others*, cited above, p. 1364, § 44). In delimiting the extent of the margin of appreciation in the present case, the Court must have regard to what is at stake, namely the need to protect the rights and freedoms of others, to preserve public order and to secure civil peace and true religious pluralism, which is vital to the survival of a democratic society (see, *mutatis mutandis*, *Kokkinakis*, cited above, p. 17, § 31; *Manoussakis and Others*, cited above, p. 1364, § 44; and *Casado Coca*, cited above, p. 21, § 55).

111. The Court also notes that in the decisions in *Karaduman v. Turkey* (no. 16278/90, Commission decision of 3 May 1993, DR 74, p. 93) and *Dahlab* (cited above) the Convention institutions found that in a

democratic society the State was entitled to place restrictions on the wearing of the Islamic headscarf if it was incompatible with the pursued aim of protecting the rights and freedoms of others, public order and public safety. In *Karaduman*, measures taken in universities to prevent certain fundamentalist religious movements from exerting pressure on students who did not practise their religion or who belonged to another religion were not considered to constitute interference for the purposes of Article 9 of the Convention. Consequently, it is established that institutions of higher education may regulate the manifestation of the rites and symbols of a religion by imposing restrictions as to the place and manner of such manifestation with the aim of ensuring peaceful co-existence between students of various faiths and thus protecting public order and the beliefs of others (see, among other authorities, *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others*, cited above, § 95). In *Dahlab*, which concerned the teacher of a class of small children, the Court stressed among other matters the “powerful external symbol” which her wearing a headscarf represented and questioned whether it might have some kind of proselytising effect, seeing that it appeared to be imposed on women by a religious precept that was hard to reconcile with the principle of gender equality. It also noted that wearing the Islamic headscarf could not easily be reconciled with the message of tolerance, respect for others and, above all, equality and non-discrimination that all teachers in a democratic society should convey to their pupils.

(ii) *Application of the foregoing principles to the present case*

112. The interference in issue caused by the circular of 23 February 1998 imposing restrictions as to place and manner on the rights of students such as Ms Şahin to wear the Islamic headscarf on university premises was, according to the Turkish courts (see paragraphs 37, 39 and 41 above), based in particular on the two principles of secularism and equality.

113. In its judgment of 7 March 1989, the Constitutional Court stated that secularism, as the guarantor of democratic values, was the meeting point of liberty and equality. The principle prevented the State from manifesting a preference for a particular religion or belief; it thereby guided the State in its role of impartial arbiter, and necessarily entailed freedom of religion and conscience. It also served to protect the individual not only against arbitrary interference by the State but from external pressure from extremist movements. The Constitutional Court added that freedom to manifest one’s religion could be restricted in order to defend those values and principles (see paragraph 39 above).

114. As the Chamber rightly stated (see paragraph 106 of its judgment), the Court considers this notion of secularism to be consistent with the values underpinning the Convention. It finds that upholding that

principle, which is undoubtedly one of the fundamental principles of the Turkish State which are in harmony with the rule of law and respect for human rights, may be considered necessary to protect the democratic system in Turkey. An attitude which fails to respect that principle will not necessarily be accepted as being covered by the freedom to manifest one's religion and will not enjoy the protection of Article 9 of the Convention (see *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others*, cited above, § 93).

115. After examining the parties' submissions, the Grand Chamber sees no good reason to depart from the approach taken by the Chamber (see paragraphs 107-09 of the Chamber judgment) as follows:

“... The Court ... notes the emphasis placed in the Turkish constitutional system on the protection of the rights of women ... Gender equality – recognised by the European Court as one of the key principles underlying the Convention and a goal to be achieved by member States of the Council of Europe (see, among other authorities, *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, judgment of 28 May 1985, Series A no. 94, pp. 37-38, § 78; *Schuler-Zraggen v. Switzerland*, judgment of 24 June 1993, Series A no. 263, pp. 21-22, § 67; *Burgharz v. Switzerland*, judgment of 22 February 1994, Series A no. 280-B, p. 29, § 27; *Van Raalte v. the Netherlands*, judgment of 21 February 1997, *Reports* 1997-I, p. 186, § 39 *in fine*; and *Petrovic v. Austria*, judgment of 27 March 1998, *Reports* 1998-II, p. 587, § 37) – was also found by the Turkish Constitutional Court to be a principle implicit in the values underlying the Constitution ...

... In addition, like the Constitutional Court ..., the Court considers that, when examining the question of the Islamic headscarf in the Turkish context, it must be borne in mind the impact which wearing such a symbol, which is presented or perceived as a compulsory religious duty, may have on those who choose not to wear it. As has already been noted (see *Karaduman*, decision cited above, and *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others*, cited above, § 95), the issues at stake include the protection of the ‘rights and freedoms of others’ and the ‘maintenance of public order’ in a country in which the majority of the population, while professing a strong attachment to the rights of women and a secular way of life, adhere to the Islamic faith. Imposing limitations on freedom in this sphere may, therefore, be regarded as meeting a pressing social need by seeking to achieve those two legitimate aims, especially since, as the Turkish courts stated ..., this religious symbol has taken on political significance in Turkey in recent years.

... The Court does not lose sight of the fact that there are extremist political movements in Turkey which seek to impose on society as a whole their religious symbols and conception of a society founded on religious precepts ... It has previously said that each Contracting State may, in accordance with the Convention provisions, take a stance against such political movements, based on its historical experience (see *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others*, cited above, § 124). The regulations concerned have to be viewed in that context and constitute a measure intended to achieve the legitimate aims referred to above and thereby to preserve pluralism in the university.”

116. Having regard to the above background, it is the principle of secularism, as elucidated by the Constitutional Court (see paragraph 39 above), which is the paramount consideration underlying the ban on the wearing of religious symbols in universities. In such a context, where the

values of pluralism, respect for the rights of others and, in particular, equality before the law of men and women are being taught and applied in practice, it is understandable that the relevant authorities should wish to preserve the secular nature of the institution concerned and so consider it contrary to such values to allow religious attire, including, as in the present case, the Islamic headscarf, to be worn.

117. The Court must now determine whether in the instant case there was a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the legitimate objectives pursued by the interference.

118. Like the Chamber (see paragraph 111 of its judgment), the Grand Chamber notes at the outset that it is common ground that practising Muslim students in Turkish universities are free, within the limits imposed by the constraints of educational organisation, to manifest their religion in accordance with habitual forms of Muslim observance. In addition, the resolution adopted by Istanbul University on 9 July 1998 shows that various other forms of religious attire are also forbidden on the university premises (see paragraph 47 above).

119. It should also be noted that, when the issue of whether students should be allowed to wear the Islamic headscarf surfaced at Istanbul University in 1994 in relation to the medical courses, the Vice-Chancellor reminded them of the reasons for the rules on dress. Arguing that calls for permission to wear the Islamic headscarf in all parts of the university premises were misconceived and pointing to the public-order constraints applicable to medical courses, he asked the students to abide by the rules, which were consistent with both the legislation and the case-law of the higher courts (see paragraphs 43-44 above).

120. Furthermore, the process whereby the regulations that led to the decision of 9 July 1998 were implemented took several years and was accompanied by a wide debate within Turkish society and the teaching profession (see paragraph 35 above). The two highest courts, the Supreme Administrative Court and the Constitutional Court, have managed to establish settled case-law on this issue (see paragraphs 37, 39 and 41 above). It is quite clear that throughout that decision-making process the university authorities sought to adapt to the evolving situation in a way that would not bar access to the university to students wearing the veil, through continued dialogue with those concerned, while at the same time ensuring that order was maintained and in particular that the requirements imposed by the nature of the course in question were complied with.

121. In that connection, the Court does not accept the applicant's submission that the fact that there were no disciplinary penalties for failing to comply with the dress code effectively meant that no rules existed (see paragraph 81 above). As to how compliance with the internal rules should have been secured, it is not for the Court to substitute its view for that of the university authorities. By reason of their direct and continuous contact with

the education community, the university authorities are in principle better placed than an international court to evaluate local needs and conditions or the requirements of a particular course (see, *mutatis mutandis*, *Valsamis v. Greece*, judgment of 18 December 1996, *Reports* 1996-VI, p. 2325, § 32). Besides, having found that the regulations pursued a legitimate aim, it is not open to the Court to apply the criterion of proportionality in a way that would make the notion of an institution's "internal rules" devoid of purpose. Article 9 does not always guarantee the right to behave in a manner governed by a religious belief (see *Pichon and Sajous v. France* (dec.), no. 49853/99, ECHR 2001-X) and does not confer on people who do so the right to disregard rules that have proved to be justified (see *Valsamis*, cited above, opinion of the Commission, p. 2337, § 51).

122. In the light of the foregoing and having regard to the Contracting States' margin of appreciation in this sphere, the Court finds that the interference in issue was justified in principle and proportionate to the aim pursued.

123. Consequently, there has been no breach of Article 9 of the Convention.

## II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 2 OF PROTOCOL No. 1

### A. Whether a separate examination of this complaint is necessary

#### 1. *The parties' submissions*

124. The Court notes that, although the applicant relied on various provisions of the Convention (Articles 8, 10 and 14, and Article 2 of Protocol No. 1) before the Chamber, her principal argument was that there had been a violation of Article 9 of the Convention. In her request for a referral, the applicant asked the Grand Chamber to find a violation of Articles 8, 9, 10 and 14 of the Convention and of Article 2 of Protocol No. 1. She did not make any legal submissions with regard to Article 10.

125. In her written pleadings of 27 January 2005, however, the applicant appears to present her case concerning the regulations of 23 February 1998 in a different light to that in which it had been presented before the Chamber. In those pleadings, she "allege[d] as her main submission a violation of Article 2 of Protocol No. 1 and request[ed] the Grand Chamber to hold accordingly". Among other things, she asked the Court to "find that the decision to refuse [her] access to the university when wearing the Islamic headscarf amount[ed] in the present case to a violation of her right to education, as guaranteed by Article 2 of Protocol No. 1, read in the light of Articles 8, 9 and 10 of the Convention".



126. The Government submitted that there had been no violation of the first sentence of Article 2 of Protocol No. 1.

### 2. *The Chamber judgment*

127. The Chamber found that no separate question arose under Articles 8, 10 and 14 of the Convention or Article 2 of Protocol No. 1, the provisions that had been relied on by the applicant, as the relevant circumstances were the same as those it had examined in relation to Article 9, in respect of which it had found no violation.

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

128. The Court observes that under its case-law that is now well-established, the “case” referred to the Grand Chamber necessarily embraces all aspects of the application previously examined by the Chamber in its judgment, there being no basis for a merely partial referral of the case to the Grand Chamber (see, as the most recent authorities, *Cumpănă and Mazăre v. Romania* [GC], no. 33348/96, § 66, ECHR 2004-XI, and *K. and T. v. Finland* [GC], no. 25702/94, §§ 140-41, ECHR 2001-VII). The “case” referred to the Grand Chamber is the application as it has been declared admissible.

129. The Court considers that, having regard to the special circumstances of the case, the fundamental importance of the right to education and the position of the parties, the complaint under the first sentence of Article 2 of Protocol No. 1 can be considered as separate from the complaint under Article 9 of the Convention, notwithstanding the fact that, as was the case with Article 9, the substance of the complaint is criticism of the regulations that were issued on 23 February 1998.

130. In conclusion, the Court will examine this complaint separately (see, *mutatis mutandis*, *Göç v. Turkey* [GC], no. 36590/97, § 46, ECHR 2002-V).

## **B. Applicability**

131. The applicant alleged a violation of the first sentence of Article 2 of Protocol No. 1, which provides:

“No person shall be denied the right to education.”

### *Scope of the first sentence of Article 2 of Protocol No. 1*

#### **(a) The parties' submissions to the Grand Chamber**

132. The applicant said that there was no doubt that the right to education, as guaranteed by the first sentence of Article 2 of Protocol

No. 1, applied to higher education, since that provision applied to all institutions existing at a given time.

133. The Government did not comment on this issue.

**(b) The Court's assessment**

134. The first sentence of Article 2 of Protocol No. 1 provides that no one shall be denied the right to education. Although the provision makes no mention of higher education, there is nothing to suggest that it does not apply to all levels of education, including higher education.

135. As to the content of the right to education and the scope of the obligation it imposes, the Court notes that in the *Case "relating to certain aspects of laws on the use of languages in education in Belgium"* ("the *Belgian linguistic case*" (merits), judgment of 23 July 1968, Series A no. 6, pp. 30-31, § 3), it stated: "The negative formulation indicates, as is confirmed by the 'preparatory work' ..., that the Contracting Parties do not recognise such a right to education as would require them to establish at their own expense, or to subsidise, education of any particular type or at any particular level. However, it cannot be concluded from this that the State has no positive obligation to ensure respect for such a right as is protected by Article 2 of the Protocol. As a 'right' does exist, it is secured, by virtue of Article 1 of the Convention, to everyone within the jurisdiction of a Contracting State."

136. The Court does not lose sight of the fact that the development of the right to education, whose content varies from one time or place to another according to economic and social circumstances, mainly depends on the needs and resources of the community. However, it is of crucial importance that the Convention is interpreted and applied in a manner which renders its rights practical and effective, not theoretical and illusory. Moreover, the Convention is a living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions (see *Marckx v. Belgium*, judgment of 13 June 1979, Series A no. 31, p. 19, § 41; *Airey v. Ireland*, judgment of 9 October 1979, Series A no. 32, pp. 14-15, § 26; and, as the most recent authority, *Mamatkulov and Askarov v. Turkey* [GC], nos. 46827/99 and 46951/99, § 121, ECHR 2005-I). While the first sentence of Article 2 essentially establishes access to primary and secondary education, there is no watertight division separating higher education from other forms of education. In a number of recently adopted instruments, the Council of Europe has stressed the key role and importance of higher education in the promotion of human rights and fundamental freedoms and the strengthening of democracy (see, *inter alia*, Recommendation No. R (98) 3 and Recommendation 1353 (1998) – cited in paragraphs 68 and 69 above). As the Convention on the Recognition of Qualifications concerning Higher Education in the European Region (see paragraph 67 above)

states, higher education “is instrumental in the pursuit and advancement of knowledge” and “constitutes an exceptionally rich cultural and scientific asset for both individuals and society”.

137. Consequently, it would be hard to imagine that institutions of higher education existing at a given time do not come within the scope of the first sentence of Article 2 of Protocol No 1. Although that Article does not impose a duty on the Contracting States to set up institutions of higher education, any State doing so will be under an obligation to afford an effective right of access to them. In a democratic society, the right to education, which is indispensable to the furtherance of human rights, plays such a fundamental role that a restrictive interpretation of the first sentence of Article 2 of Protocol No. 1 would not be consistent with the aim or purpose of that provision (see, *mutatis mutandis*, the *Belgian linguistic case*, cited above, pp. 33-34, § 9, and *Delcourt v. Belgium*, judgment of 17 January 1970, Series A no. 11, pp. 13-15, § 25).

138. This approach is in line with the Commission’s report in the *Belgian linguistic case* (judgment cited above, p. 22), in which as far back as 1965 it stated that, although the scope of the right protected by Article 2 of Protocol No. 1 was not defined or specified in the Convention, it included, “for the purposes of examining the present case”, “entry to nursery, primary, secondary and higher education”.

139. The Commission subsequently observed in a series of decisions: “[T]he right to education envisaged in Article 2 is concerned primarily with elementary education and not necessarily advanced studies such as technology” (see *X v. the United Kingdom*, no. 5962/72, Commission decision of 13 March 1975, DR 2, p. 50, and *Kramelius v. Sweden*, no. 21062/92, Commission decision of 17 January 1996, unreported). In more recent cases, leaving the door open to the application of Article 2 of Protocol No. 1 to university education, it examined the legitimacy of certain restrictions on access to institutions of higher education (see, with regard to restrictions on access to higher education, *X v. the United Kingdom*, no. 8844/80, Commission decision of 9 December 1980, DR 23, p. 228; and with regard to suspension or expulsion from educational institutions, *Yanasik v. Turkey*, no. 14524/89, Commission decision of 6 January 1993, DR 74, p. 14, and *Sulak v. Turkey*, no. 24515/94, Commission decision of 17 January 1996, DR 84-A, p. 98).

140. For its part, after the *Belgian linguistic case* the Court declared a series of cases on higher education inadmissible, not because the first sentence of Article 2 of Protocol No. 1 was inapplicable, but on other grounds (complaint of a disabled person who did not satisfy a university’s entrance requirements, *Lukach v. Russia* (dec.), no. 48041/99, 16 November 1999; refusal of permission to an applicant in custody to prepare for and sit a final university examination for a legal diploma, *Georgiou v. Greece* (dec.), no. 45138/98, 13 January 2000; interruption of advanced studies by a valid

conviction and sentence, *Durmaz and Others v. Turkey* (dec.), nos. 46506/99, 46569/99, 46570/99 and 46939/99, 4 September 2001).

141. In the light of all the foregoing considerations, it is clear that any institutions of higher education existing at a given time come within the scope of the first sentence of Article 2 of Protocol No. 1, since the right of access to such institutions is an inherent part of the right set out in that provision. This is not an extensive interpretation forcing new obligations on the Contracting States: it is based on the very terms of the first sentence of Article 2 of Protocol No. 1 read in its context and having regard to the object and purpose of the Convention, a law-making treaty (see, *mutatis mutandis*, *Golder v. the United Kingdom*, judgment of 21 February 1975, Series A no. 18, p. 18, § 36).

142. Consequently, the first sentence of Article 2 of Protocol No. 1 is applicable in the instant case. The manner in which it is applied will, however, obviously depend on the special features of the right to education.

### **C. Merits**

#### *1. The parties' submissions to the Grand Chamber*

##### **(a) The applicant**

143. The applicant submitted that the ban imposed by the public authorities on wearing the Islamic headscarf clearly constituted interference with her right to education, which had resulted in her being refused access to oncology examinations on 12 March 1998, prevented from enrolling with the university's administrative department on 20 March 1998, and refused access to a lecture on neurology on 16 April 1998 and a written examination on public health on 10 June 1998.

144. She accepted that, by its nature, the right to education had to be regulated by the State. In her view, the criteria to be used in the regulations should be the same as those applicable to permitted interference under Articles 8 to 11 of the Convention. In that connection, she pointed to the lack of any provision in Turkish domestic law preventing the pursuit of higher education and said that the vice-chancellor's offices had no authority or power under the laws in force to refuse students wearing the headscarf access to university.

145. The applicant said that despite wearing the headscarf she had been able to enrol at the university and pursue her studies there without incident for four and a half years. She therefore argued that at the time of

her enrolment at the university and while pursuing her studies there had been no domestic source of law that would have enabled her to foresee that she would be denied access to the lecture theatres a number of years later.

146. While reiterating that the measures taken in her case were disproportionate to the aim pursued, the applicant accepted that it was in principle legitimate for institutions of higher education to seek to provide education in a calm and safe environment. However, as the lack of any disciplinary proceedings against her showed, her wearing the Islamic headscarf had not in any way prejudiced public order or infringed the rights and freedoms of the other students. Furthermore, in her submission, the relevant university authorities had had sufficient means at their disposal to guarantee the maintenance of public order, such as bringing disciplinary proceedings or lodging a criminal complaint if a student's conduct contravened the criminal law.

147. The applicant argued that making the pursuit of her studies conditional on her abandoning the headscarf and refusing her access to educational institutions if she refused to comply with that condition had effectively and wrongfully violated the substance of her right to education and rendered it ineffective. This had been compounded by the fact that she was a young adult with a fully developed personality and social and moral values who was deprived of all possibility of pursuing her studies in Turkey in a manner consistent with her beliefs.

148. For all these reasons, the applicant submitted that the respondent State had overstepped the limits of its margin of appreciation, however wide it might be, and violated her right to education, read in the light of Articles 8, 9 and 10 of the Convention.

**(b) The Government**

149. Referring to the case-law of the Court, the Government observed that the Contracting States had a margin of appreciation to determine how to regulate education.

150. They added that the applicant had enrolled at the Cerrahpaşa Faculty of Medicine at Istanbul University after studying for five years at the Faculty of Medicine of Bursa University, where she had worn the headscarf. The Vice-Chancellor of Istanbul University had issued a circular prohibiting students from wearing the headscarf in the university. The ban was based on judgments of the Constitutional Court and the Supreme Administrative Court. As the application and the request for a referral to the Grand Chamber indicated, the applicant had not encountered any difficulty in enrolling at the Cerrahpaşa Faculty of Medicine, which proved that she had enjoyed equality of treatment in the

right of access to educational institutions. As regards the interference caused by the implementation of the circular of 23 February 1998, the Government confined themselves to saying that it had been the subject of scrutiny by the courts.

151. The Government concluded by asking for the judgment of the Chamber to be upheld, arguing that the regulations in issue did not contravene the Court's case-law, having regard to the margin of appreciation accorded to the Contracting States.

## 2. *The Court's assessment*

### (a) **General principles**

152. The right to education, as set out in the first sentence of Article 2 of Protocol No. 1, guarantees everyone within the jurisdiction of the Contracting States "a right of access to educational institutions existing at a given time", but such access constitutes only a part of the right to education. For that right "to be effective, it is further necessary that, *inter alia*, the individual who is the beneficiary should have the possibility of drawing profit from the education received, that is to say, the right to obtain, in conformity with the rules in force in each State, and in one form or another, official recognition of the studies which he has completed" (see the *Belgian linguistic case*, cited above, pp. 30-32, §§ 3-5; see also *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*, judgment of 7 December 1976, Series A no. 23, pp. 25-26, § 52). Similarly, implicit in the phrase "No person shall ..." is the principle of equality of treatment of all citizens in the exercise of their right to education.

153. The fundamental right of everyone to education is a right guaranteed equally to pupils in State and independent schools, without distinction (see *Costello-Roberts v. the United Kingdom*, judgment of 25 March 1993, Series A no. 247-C, p. 58, § 27).

154. In spite of its importance, this right is not, however, absolute, but may be subject to limitations; these are permitted by implication since the right of access "by its very nature calls for regulation by the State" (see the *Belgian linguistic case*, cited above, p. 32, § 5; see also, *mutatis mutandis*, *Golder*, cited above, pp. 18-19, § 38, and *Fayed v. the United Kingdom*, judgment of 21 September 1994, Series A no. 294-B, pp. 49-50, § 65). Admittedly, the regulation of educational institutions may vary in time and in place, *inter alia*, according to the needs and resources of the community and the distinctive features of different levels of education. Consequently, the Contracting States enjoy a certain margin of appreciation in this sphere, although the final decision as to the observance of the Convention's requirements

rests with the Court. In order to ensure that the restrictions that are imposed do not curtail the right in question to such an extent as to impair its very essence and deprive it of its effectiveness, the Court must satisfy itself that they are foreseeable for those concerned and pursue a legitimate aim. However, unlike the position with respect to Articles 8 to 11 of the Convention, it is not bound by an exhaustive list of “legitimate aims” under Article 2 of Protocol No. 1 (see, *mutatis mutandis*, *Podkolzina v. Latvia*, no. 46726/99, § 36, ECHR 2002-II). Furthermore, a limitation will only be compatible with Article 2 of Protocol No. 1 if there is a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be achieved.

155. Such restrictions must not conflict with other rights enshrined in the Convention and its Protocols either (see the *Belgian linguistic case*, cited above, p. 32, § 5; *Campbell and Cosans v. the United Kingdom*, judgment of 25 February 1982, Series A no. 48, p. 19, § 41; and *Yanasik*, decision cited above). The provisions of the Convention and its Protocols must be considered as a whole. Accordingly, the first sentence of Article 2 of Protocol No. 1 must, where appropriate, be read in the light in particular of Articles 8, 9 and 10 of the Convention (see *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen*, cited above, p. 26, § 52 *in fine*).

156. The right to education does not in principle exclude recourse to disciplinary measures, including suspension or expulsion from an educational institution in order to ensure compliance with its internal rules. The imposition of disciplinary penalties is an integral part of the process whereby a school seeks to achieve the object for which it was established, including the development and moulding of the character and mental powers of its pupils (see, among other authorities, *Campbell and Cosans*, judgment cited above, p. 14, § 33; see also, with respect to the expulsion of a cadet from a military academy, *Yanasik*, decision cited above, and the expulsion of a student for fraud, *Sulak*, decision cited above).

**(b) Application of these principles to the present case**

157. By analogy with its reasoning on the question of the existence of interference under Article 9 of the Convention (see paragraph 78 above), the Court is able to accept that the regulations on the basis of which the applicant was refused access to various lectures and examinations for wearing the Islamic headscarf constituted a restriction on her right to education, notwithstanding the fact that she had had access to the university and been able to read the subject of her choice in accordance with the results she had achieved in the university entrance examination. However, an analysis of the case by reference to the right to education

cannot in this instance be divorced from the conclusion reached by the Court with respect to Article 9 (see paragraph 122 above), as the considerations taken into account under that provision are clearly applicable to the complaint under Article 2 of Protocol No. 1, which complaint consists of criticism of the regulation concerned that takes much the same form as that made with respect to Article 9.

158. In that connection, the Court has already found that the restriction was foreseeable to those concerned and pursued the legitimate aims of protecting the rights and freedoms of others and maintaining public order (see paragraphs 98 and 99 above). The obvious purpose of the restriction was to preserve the secular character of educational institutions.

159. As regards the principle of proportionality, the Court found in paragraphs 118 to 121 above that there was a reasonable relationship of proportionality between the means used and the aim pursued. In so finding, it relied in particular on the following factors which are clearly relevant here. Firstly, the measures in question manifestly did not hinder the students in performing the duties imposed by the habitual forms of religious observance. Secondly, the decision-making process for applying the internal regulations satisfied, so far as was possible, the requirement to weigh up the various interests at stake. The university authorities judiciously sought a means whereby they could avoid having to turn away students wearing the headscarf and at the same time honour their obligation to protect the rights of others and the interests of the education system. Lastly, the process also appears to have been accompanied by safeguards – the rule requiring conformity with statute and judicial review – that were apt to protect the students' interests (see paragraph 95 above).

160. It would, furthermore, be unrealistic to imagine that the applicant, a medical student, was unaware of Istanbul University's internal regulations restricting the places where religious dress could be worn or had not been sufficiently informed about the reasons for their introduction. She could reasonably have foreseen that she ran the risk of being refused access to lectures and examinations if, as subsequently happened, she continued to wear the Islamic headscarf after 23 February 1998.

161. Consequently, the restriction in question did not impair the very essence of the applicant's right to education. In addition, in the light of its findings with respect to the other Articles relied on by the applicant (see paragraphs 122 above and 166 below), the Court observes that the restriction did not conflict with other rights enshrined in the Convention or its Protocols either.

162. In conclusion, there has been no violation of the first sentence of Article 2 of Protocol No. 1.



### III. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLES 8, 10 AND 14 OF THE CONVENTION

163. As she had done before the Chamber, the applicant alleged a violation of Articles 8, 10 and 14 of the Convention, arguing that the impugned regulations had infringed her right to respect for her private life and her right to freedom of expression and was discriminatory.

164. The Court, however, does not find any violation of Articles 8 or 10 of the Convention, the arguments advanced by the applicant being a mere reformulation of her complaint under Article 9 of the Convention and Article 2 of Protocol No. 1, in respect of which the Court has concluded that there has been no violation.

165. As regards the complaint under Article 14, taken alone or in conjunction with Article 9 of the Convention or the first sentence of Article 2 of Protocol No. 1, the Court notes that the applicant did not provide detailed particulars in her pleadings before the Grand Chamber. Furthermore, as has already been noted (see paragraphs 99 and 158 above), the regulations on the Islamic headscarf were not directed against the applicant's religious affiliation, but pursued, among other things, the legitimate aim of protecting order and the rights and freedoms of others and were manifestly intended to preserve the secular nature of educational institutions. Consequently, the reasons which led the Court to conclude that there has been no violation of Article 9 of the Convention or Article 2 of Protocol No. 1 incontestably also apply to the complaint under Article 14, taken alone or in conjunction with the aforementioned provisions.

166. Consequently, the Court holds that there has been no violation of Articles 8, 10 or 14 of the Convention.

#### FOR THESE REASONS, THE COURT

1. *Holds*, by sixteen votes to one, that there has been no violation of Article 9 of the Convention;
2. *Holds*, by sixteen votes to one, that there has been no violation of the first sentence of Article 2 of Protocol No. 1;
3. *Holds*, unanimously, that there has been no violation of Article 8 of the Convention;
4. *Holds*, unanimously, that there has been no violation of Article 10 of the Convention;
5. *Holds*, unanimously, that there has been no violation of Article 14 of the Convention.

Done in English and in French, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 10 November 2005.

Luzius WILDHABER  
President

Lawrence EARLY  
Deputy 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) joint concurring opinion of Mr Rozakis and Mrs Vajić;
- (b) dissenting opinion of Mrs Tulkens.

L.W.  
T.L.E.

## JOINT CONCURRING OPINION OF JUDGES ROZAKIS AND VAJIĆ

We agree with the majority that there has been no violation of Article 9 of the Convention in the present case. We have also voted for the finding that there was no violation of the first sentence of Article 2 of Protocol No. 1, mainly because the text of the judgment is drafted in such a way that it makes it difficult to divide these two findings. As stated in paragraph 157 of the judgment, the “analysis of the case by reference to the right to education cannot in this instance be divorced from the conclusion reached by the Court with respect to Article 9 ..., as the considerations taken into account under that provision are clearly applicable to the complaint under Article 2 of Protocol No. 1, which complaint consists of criticism of the regulation concerned that takes much the same form as that made with respect to Article 9”.

In fact, however, we are of the opinion that the case would have been better dealt with only under Article 9, the way it was done in the Chamber judgment. As we see it, the main issue before the Court was the interference of the State with the applicant’s right to wear the headscarf at the university and, through that, to manifest in public her religious beliefs. Hence, the central question in the case was the protection of her religious freedom as enshrined in Article 9 of the Convention. Article 9 is, in the circumstances, the obvious *lex specialis* covering the facts of the case, and the applicant’s corollary complaint concerning the same facts under Article 2 of Protocol No. 1, although clearly admissible, does not raise a separate issue under the Convention.

## DISSENTING OPINION OF JUDGE TULKENS

(*Translation*)

For a variety of mutually supporting reasons, I did not vote with the majority on the question of Article 9 of the Convention or of Article 2 of Protocol No. 1, which concerns the right to education. I do, however, fully agree with the Court's ruling that the scope of the latter provision extends to higher and university education.

### **A. Freedom of religion**

1. As regards the general principles reiterated in the judgment, there are points on which I strongly agree with the majority (see paragraphs 104-08 of the judgment). The right to freedom of religion guaranteed by Article 9 of the Convention is a "precious asset" not only for believers, but also for atheists, agnostics, sceptics and the unconcerned. It is true that Article 9 of the Convention does not protect every act motivated or inspired by a religion or belief and that in democratic societies, in which several religions coexist, it may be necessary to place restrictions on freedom to manifest one's religion in order to reconcile the interests of the various groups and ensure that everyone's beliefs are respected (see paragraph 106 of the judgment). Further, pluralism, tolerance and broadmindedness are hallmarks of a democratic society and this entails certain consequences. The first is that these ideals and values of a democratic society must also be based on dialogue and a spirit of compromise, which necessarily entails mutual concessions on the part of individuals. The second is that the role of the authorities in such circumstances is not to remove the cause of the tensions by eliminating pluralism, but, as the Court again reiterated only recently, to ensure that the competing groups tolerate each other (see *Ouranio Toxo and Others v. Greece*, no. 74989/01, § 40, ECHR 2005-X).

2. Once the majority had accepted that the ban on wearing the Islamic headscarf on university premises constituted interference with the applicant's right under Article 9 of the Convention to manifest her religion, and that the ban was prescribed by law and pursued a legitimate aim – in this case the protection of the rights and freedom of others and of public order – the main issue became whether such interference was "necessary in a democratic society". Owing to its nature, the Court's review must be conducted *in concreto*, in principle by reference to three criteria: firstly, whether the interference, which must be capable of

protecting the legitimate interest that has been put at risk, was appropriate; secondly, whether the measure that has been chosen is the measure that is the least restrictive of the right or freedom concerned; and, lastly, whether the measure was proportionate, a question which entails a balancing of the competing interests<sup>1</sup>.

Underlying the majority's approach is the margin of appreciation which the national authorities are recognised as possessing and which reflects, *inter alia*, the notion that they are "better placed" to decide how best to discharge their Convention obligations in what is a sensitive area (see paragraph 109 of the judgment). The Court's jurisdiction is, of course, subsidiary and its role is not to impose uniform solutions, especially "with regard to establishment of the delicate relations between the Churches and the State" (see *Cha'are Shalom Ve Tsedek v. France* [GC], no. 27417/95, § 84, ECHR 2000-VII), even if, in certain other judgments concerning conflicts between religious communities, the Court has not always shown the same judicial restraint (see *Serif v. Greece*, no. 38178/97, ECHR 1999-IX, and *Metropolitan Church of Bessarabia and Others v. Moldova*, no. 45701/99, ECHR 2001-XII). I therefore entirely agree with the view that the Court must seek to reconcile universality and diversity and that it is not its role to express an opinion on any religious model whatsoever.

3. I would perhaps have been able to follow the margin-of-appreciation approach had two factors not drastically reduced its relevance in the instant case. The first concerns the argument the majority use to justify the width of the margin, namely the diversity of practice between the States on the issue of regulating the wearing of religious symbols in educational institutions and, thus, the lack of a European consensus in this sphere. The comparative-law materials do not allow of such a conclusion, as in none of the member States has the ban on wearing religious symbols extended to university education, which is intended for young adults, who are less amenable to pressure. The second factor concerns the European supervision that must accompany the margin of appreciation and which, even though less extensive than in cases in which the national authorities have no margin of appreciation, goes hand in hand with it. However, other than in connection with Turkey's specific historical background, European supervision seems quite simply to be absent from the judgment. However, the issue raised in the application, whose significance to the right to freedom of religion guaranteed by the Convention is evident, is not merely a "local" issue, but one of importance

---

1. See S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des Droits de l'Homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Brussels, Bruylant, 2001.

to all the member States. European supervision cannot, therefore, be escaped simply by invoking the margin of appreciation.

4. On what grounds was the interference with the applicant's right to freedom of religion through the ban on wearing the headscarf based? In the present case, relying exclusively on the reasons cited by the national authorities and courts, the majority put forward, in general and abstract terms, two main arguments: secularism and equality. While I fully and totally subscribe to each of these principles, I disagree with the manner in which they were applied here and to the way they were interpreted in relation to the practice of wearing the headscarf. In a democratic society, I believe that it is necessary to seek to harmonise the principles of secularism, equality and liberty, not to weigh one against the other.

5. As regards, firstly, *secularism*, I would reiterate that I consider it an essential principle and one which, as the Constitutional Court stated in its judgment of 7 March 1989, is undoubtedly necessary for the protection of the democratic system in Turkey. Religious freedom is, however, also a founding principle of democratic societies. Accordingly, the fact that the Grand Chamber recognised the force of the principle of secularism did not release it from its obligation to establish that the ban on wearing the Islamic headscarf to which the applicant was subject was necessary to secure compliance with that principle and, therefore, met a "pressing social need". Only indisputable facts and reasons whose legitimacy is beyond doubt – not mere worries or fears – are capable of satisfying that requirement and justifying interference with a right guaranteed by the Convention. Moreover, where there has been interference with a fundamental right, the Court's case-law clearly establishes that mere affirmations do not suffice: they must be supported by concrete examples (see *Smith and Grady v. the United Kingdom*, nos. 33985/96 and 33986/96, § 89, ECHR 1999-VI). Such examples do not appear to have been forthcoming in the present case.

6. Under Article 9 of the Convention, the freedom with which this case is concerned is not freedom to have a religion (the internal conviction) but to manifest one's religion (the expression of that conviction). If the Court has been very protective (perhaps overprotective) of religious sentiment (see *Otto-Preminger-Institut v. Austria*, judgment of 20 September 1994, Series A no. 295-A, and *Wingrove v. the United Kingdom*, judgment of 25 November 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-V), it has shown itself less willing to intervene in cases concerning religious practices (see *Cha'are Shalom Ve Tsedek*, cited above, and *Dahlab v. Switzerland* (dec.), no. 42393/98, ECHR 2001-V), which only appear to receive a subsidiary form of protection (see paragraph 105 of the judgment). This is, in fact, an aspect of freedom of religion with which the Court has rarely been confronted up to now and on which it has not yet had an opportunity to form an opinion with regard to external symbols of religious practice, such

as particular items of clothing, whose symbolic importance may vary greatly according to the faith concerned<sup>1</sup>.

7. Referring to *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey* ([GC], nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98, ECHR 2003-II), the judgment states: “An attitude which fails to respect that principle [of secularism] will not necessarily be accepted as being covered by the freedom to manifest one’s religion” (see paragraph 114). The majority thus consider that wearing the headscarf contravenes the principle of secularism. In so doing, they take up position on an issue that has been the subject of much debate, namely the signification of wearing the headscarf and its relationship with the principle of secularism<sup>2</sup>.

In the present case, a generalised assessment of that type gives rise to at least three difficulties. Firstly, the judgment does not address the applicant’s argument – which the Government did not dispute – that she had no intention of calling the principle of secularism, a principle with which she agreed, into question. Secondly, there is no evidence to show that the applicant, through her attitude, conduct or acts, contravened that principle. This is a test the Court has always applied in its case-law (see *Kokkinakis v. Greece*, judgment of 25 May 1993, Series A no. 260-A, and *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey*, judgment of 30 January 1998, *Reports* 1998-I). Lastly, the judgment makes no distinction between teachers and students, whereas in *Dahlab* (decision cited above), which concerned a teacher, the Court expressly noted the role-model aspect which the teacher’s wearing the headscarf had. While the principle of secularism requires education to be provided without any manifestation of religion and while it has to be compulsory for teachers and all public servants, as they have voluntarily taken up posts in a neutral environment, the position of pupils and students seems to me to be different.

8. Freedom to manifest a religion entails everyone being allowed to exercise that right, whether individually or collectively, in public or in private, subject to the dual condition that they do not infringe the rights and freedoms of others and do not prejudice public order (Article 9 § 2).

As regards the first condition, this could have not been satisfied if the headscarf the applicant wore as a religious symbol had been ostentatious or aggressive or was used to exert pressure, to provoke a reaction, to proselytise or to spread propaganda and undermined – or was liable to undermine – the convictions of others. However, the Government did not

---

1. See E. Brems, “The approach of the European Court of Human Rights to religion”, in Th. Marauhn (ed.), *Die Rechtsstellung des Menschen im Völkerrecht. Entwicklungen und Perspektiven*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2003, pp. 1 et seq.

2. See E. Bribosia and I. Rorive, “*Le voile à l’école: une Europe divisée*”, *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, 2004, p. 958.

argue that this was the case and there was no evidence before the Court to suggest that Ms Şahin had any such intention. As to the second condition, it has been neither suggested nor demonstrated that there was any disruption in teaching or in everyday life at the university, or any disorderly conduct, as a result of the applicant's wearing the headscarf. Indeed, no disciplinary proceedings were taken against her.

9. The majority maintain, however, that, “when examining the question of the Islamic headscarf in the Turkish context, it must be borne in mind the impact which wearing such a symbol, which is presented or perceived as a compulsory religious duty, may have on those who choose not to wear it” (see paragraph 115 of the judgment).

Unless the level of protection of the right to freedom of religion is reduced to take account of the context, the possible effect which wearing the headscarf, which is presented as a symbol, may have on those who do not wear it does not appear to me, in the light of the Court's case-law, to satisfy the requirement of a pressing social need. *Mutatis mutandis*, in the sphere of freedom of expression (Article 10), the Court has never accepted that interference with the exercise of the right to freedom of expression can be justified by the fact that the ideas or views concerned are not shared by everyone and may even offend some people. Recently, in *Gündüz v. Turkey* (no. 35071/97, ECHR 2003-XI), the Court held that there had been a violation of freedom of expression where a Muslim religious leader had been convicted for violently criticising the secular regime in Turkey, calling for the introduction of the sharia and referring to children born of marriages celebrated solely before the secular authorities as “bastards”. Thus, manifesting one's religion by peacefully wearing a headscarf may be prohibited whereas, in the same context, remarks which could be construed as incitement to religious hatred are covered by freedom of expression<sup>1</sup>.

10. In fact, it is the threat posed by “extremist political movements” seeking to “impose on society as a whole their religious symbols and conception of a society founded on religious precepts” which, in the Court's view, serves to justify the regulations in issue, which constitute “a measure intended to ... preserve pluralism in the university” (see paragraph 115 *in fine* of the judgment). The Court had already made this clear in *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others* (cited above, § 95), when it stated: “In a country like Turkey, where the great majority of the population belong to a particular religion, measures taken in universities to prevent certain fundamentalist religious movements from exerting pressure on students who do not practise that religion or on those who

---

1. See S. Van Drooghenbroeck, “Strasbourg et le voile”, *Journal du juriste*, 2004, no. 34, p. 10.



belong to another religion may be justified under Article 9 § 2 of the Convention.”

While everyone agrees on the need to prevent radical Islamism, a serious objection may nevertheless be made to such reasoning. Merely wearing the headscarf cannot be associated with fundamentalism and it is vital to distinguish between those who wear the headscarf and “extremists” who seek to impose the headscarf as they do other religious symbols. Not all women who wear the headscarf are fundamentalists and there is nothing to suggest that the applicant held fundamentalist views. She is a young adult woman and a university student, and might reasonably be expected to have a heightened capacity to resist pressure, it being noted in this connection that the judgment fails to provide any concrete example of the type of pressure concerned. The applicant’s personal interest in exercising the right to freedom of religion and to manifest her religion by an external symbol cannot be wholly absorbed by the public interest in fighting extremism<sup>1</sup>.

11. Turning to *equality*, the majority focus on the protection of women’s rights and the principle of sexual equality (see paragraphs 115 and 116 of the judgment). Wearing the headscarf is considered on the contrary to be synonymous with the alienation of women. The ban on wearing the headscarf is therefore seen as promoting equality between men and women. However, what, in fact, is the connection between the ban and sexual equality? The judgment does not say. Indeed, what is the signification of wearing the headscarf? As the German Constitutional Court noted in its judgment of 24 September 2003<sup>2</sup>, wearing the headscarf has no single meaning; it is a practice that is engaged in for a variety of reasons. It does not necessarily symbolise the submission of women to men and there are those who maintain that, in certain cases, it can even be a means of emancipating women. What is lacking in this debate is the opinion of women, both those who wear the headscarf and those who choose not to.

12. On this issue, the Grand Chamber refers in its judgment to *Dahlab* (cited above), taking up what to my mind is the most questionable part of the reasoning in that decision, namely that wearing the headscarf represents a “powerful external symbol”, which “appeared to be imposed on women by a religious precept that was hard to reconcile with the principle of gender equality” and that the practice could not easily be “reconciled with the message of tolerance, respect for others and, above all, equality and non-discrimination that all teachers in a democratic

---

1. See E. Bribosia and I. Rorive, “*Le voile à l’école: une Europe divisée*”, op. cit., p. 960.

2. Federal Constitutional Court of Germany, judgment of the Second Division of 24 September 2003, 2BvR 1436/042.

society should convey to their pupils” (see paragraph 111 *in fine* of the judgment).

It is not the Court’s role to make an appraisal of this type – in this instance a unilateral and negative one – of a religion or religious practice, just as it is not its role to determine in a general and abstract way the signification of wearing the headscarf or to impose its viewpoint on the applicant. The applicant, a young adult university student, said – and there is nothing to suggest that she was not telling the truth – that she wore the headscarf of her own free will. In this connection, I fail to see how the principle of sexual equality can justify prohibiting a woman from following a practice which, in the absence of proof to the contrary, she must be taken to have freely adopted. Equality and non-discrimination are subjective rights which must remain under the control of those who are entitled to benefit from them. “Paternalism” of this sort runs counter to the case-law of the Court, which has developed a real right to personal autonomy on the basis of Article 8 (see *Keenan v. the United Kingdom*, no. 27229/95, § 92, ECHR 2001-III; *Pretty v. the United Kingdom*, no. 2346/02, §§ 65-67, ECHR 2002-III; and *Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC], no. 28957/95, § 90, ECHR 2002-VI)<sup>1</sup>. Finally, if wearing the headscarf really was contrary to the principle of equality between men and women in any event, the State would have a positive obligation to prohibit it in all places, whether public or private<sup>2</sup>.

13. Since, to my mind, the ban on wearing the Islamic headscarf on the university premises was not based on reasons that were relevant and sufficient, it cannot be considered to be interference that was “necessary in a democratic society” within the meaning of Article 9 § 2 of the Convention. In these circumstances, there has been a violation of the applicant’s right to freedom of religion, as guaranteed by the Convention.

## **B. The right to education**

14. The majority having decided that the applicant’s complaint should also be examined under Article 2 of Protocol No. 1, I entirely agree with the view, which had already been expressed by the Commission in its report of 24 June 1965 in the *Case “relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium”*, that that provision is applicable to higher and university education. The judgment rightly points out that “there is no watertight division separating higher education from other forms of education” and joins the Council of Europe in reiterating “the key role and importance of higher education in the promotion of human

---

1. See S. Van Drooghenbroeck, “*Strasbourg et le voile*”, op. cit.

2. See E. Bribosia and I. Rorive, “*Le voile à l’école: une Europe divisée*”, op. cit., p. 962.

rights and fundamental freedoms and the strengthening of democracy” (see paragraph 136 of the judgment). Moreover, since the right to education means a right for everyone to benefit from educational facilities, the Grand Chamber notes that a State which has set up higher education institutions “will be under an obligation to afford an effective right of access to [such facilities]”, without discrimination (see paragraph 137 of the judgment).

15. However, although the Grand Chamber stresses that in a democratic society the right to education is indispensable to the furtherance of human rights (see paragraph 137 of the judgment), it is surprising and regrettable for it then to proceed to deprive the applicant of that right for reasons which do not appear to me to be either relevant or sufficient. The applicant did not, on religious grounds, seek to be excused from certain activities or request changes to be made to the university course for which she had enrolled as a student (unlike the position in *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*, judgment of 7 December 1976, Series A no. 23). She simply wished to complete her studies in the conditions that had obtained when she first enrolled at the university and during the initial years of her university career, when she had been free to wear the headscarf without any problem. I consider that by refusing the applicant access to the lectures and examinations that were part of the course at the Faculty of Medicine, she was *de facto* deprived of the right of access to the university and, consequently, of her right to education.

16. The Grand Chamber adopted “by analogy” its reasoning on the existence of interference under Article 9 of the Convention and found that an analysis by reference to the right to education “cannot in this instance be divorced from the conclusions reached by the Court with respect to Article 9”, as the considerations taken into account under that provision “are clearly applicable to the complaint under Article 2 of Protocol No. 1” (see paragraph 157 of the judgment). In these circumstances, I consider that the Chamber was undoubtedly right in its judgment of 30 November 2004 to hold that no “separate question” arose under Article 2 of Protocol No. 1, as the relevant circumstances and arguments were the same as those it had considered in relation to Article 9, in respect of which it found no violation.

Whatever the position, I am not entirely satisfied that the reasoning with regard to religious freedom “is clearly applicable” to the right to education. Admittedly, this latter right is not absolute and may be subject to limitations by implication, provided they do not curtail the right in question to such an extent as to impair its very essence and deprive it of its effectiveness. Nor may such restrictions conflict with other rights enshrined in the Convention, whose provisions must be considered as a whole. Further, the margin of appreciation is narrower for negative obligations and the Court must, in any event, determine in

the last resort whether the Convention requirements have been complied with. Lastly, a limitation will only be consistent with the right to education if there is a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim pursued.

17. What was the position in the instant case? I will not pursue here the debate concerning the right to freedom of religion, but will confine myself to highlighting the additional elements that concerned the proportionality of the limitations that were imposed on the applicant's right to education.

I would begin by noting that before refusing the applicant access to lectures and examinations, the authorities should have used other means either to encourage her (through mediation, for example) to remove her headscarf and pursue her studies, or to ensure that public order was maintained on the university premises if it was genuinely at risk<sup>1</sup>. The fact of the matter is that no attempt was made to try measures that would have had a less drastic effect on the applicant's right to education in the instant case. My second point is that it is common ground that by making the applicant's pursuit of her studies conditional on removing the headscarf and by refusing her access to the university if she failed to comply with this requirement, the authorities forced the applicant to leave the country and complete her studies at Vienna University. She was thus left with no alternative. However, in *Cha'are Shalom Ve Tsedek* (cited above, §§ 80 and 81) the existence of alternative solutions was one of the factors the Court took into account in holding that there had been no violation of the Convention. Lastly, the Grand Chamber does not weigh up the competing interests, namely, on the one hand, the damage sustained by the applicant – who was deprived of any possibility of completing her studies in Turkey because of her religious convictions and also maintained that it was unlikely that she would be able to return to her country to practise her profession owing to the difficulties that existed there in obtaining recognition for foreign diplomas – and, on the other, the benefit to be gained by Turkish society from prohibiting the applicant from wearing the headscarf on the university premises.

In these circumstances, it can reasonably be argued that the applicant's exclusion from lectures and examinations and, consequently, from the university itself, rendered her right to education ineffective and, therefore, impaired the very essence of that right.

18. The question also arises whether such an infringement of the right to education does not, ultimately, amount to an implicit acceptance of discrimination against the applicant on grounds of religion. In its

---

1. See O. De Schutter and J. Ringelheim, "*La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition du soi et le règne de l'échange*", CRIDHO Working paper series 1/2005.

Resolution 1464 (2005) of 4 October 2005, the Parliamentary Assembly of the Council of Europe reminded the member States that it was important “to fully protect all women living in their country against violations of their rights based on or attributed to religion”.

19. More fundamentally, by accepting the applicant’s exclusion from the university in the name of secularism and equality, the majority have accepted her exclusion from precisely the type of liberated environment in which the true meaning of these values can take shape and develop. University affords practical access to knowledge that is free and independent of all authority. Experience of this kind is far more effective a means of raising awareness of the principles of secularism and equality than an obligation that is not assumed voluntarily, but imposed. A tolerance-based dialogue between religions and cultures is an education in itself, so it is ironic that young women should be deprived of that education on account of the headscarf. Advocating freedom and equality for women cannot mean depriving them of the chance to decide on their future. Bans and exclusions echo that very fundamentalism these measures are intended to combat. Here, as elsewhere, the risks are familiar: radicalisation of beliefs, silent exclusion, a return to religious schools. When rejected by the law of the land, young women are forced to take refuge in their own law. As we are all aware, intolerance breeds intolerance.

20. I end by noting that all these issues must also be considered in the light of the observations set out in the annual activity report published in June 2005 of the European Commission against Racism and Intolerance (ECRI), which expresses concern about the climate of hostility existing against persons who are or are believed to be Muslim and considers that the situation requires attention and action in the future<sup>1</sup>. Above all, the message that needs to be repeated over and over again is that the best means of preventing and combating fanaticism and extremism is to uphold human rights.

---

1. European Commission against Racism and Intolerance, “Annual report on ECRI’s activities covering the period from 1 January to 31 December 2004”, doc. CRI (2005)36, Strasbourg, June 2005.



IVANCIUC c. ROUMANIE  
(Requête n° 18624/03)

TROISIÈME SECTION<sup>1</sup>

DÉCISION DU 8 SEPTEMBRE 2005<sup>2</sup>

---

1. Siégeant en une chambre composée de M. B. Zupančič, *président*, M. J. Hedigan, M. L. Caflisch, M. C. Bîrsan, M<sup>me</sup> M. Tsatsa-Nikolovska, M. E. Myjer, M. David Thór Björgvinsson, *juges*, et de M. V. Berger, *greffier de section*.

2. Texte français original.





SOMMAIRE<sup>1</sup>**Condamnation d'un journaliste pour insulte et diffamation****Article 10**

*Liberté d'expression – Diffamation – Condamnation d'un journaliste pour insulte et diffamation – Protection de la réputation d'autrui – Protection des droits d'autrui – Nécessaire dans une société démocratique – Intérêt public – Devoirs et responsabilités – Absence de base factuelle – Terme offensant – Journal satirique – Motifs pertinents et suffisants – Proportionnalité – Attitude du journaliste au cours de son procès – Manque manifeste d'intérêt pour son procès*

**Article 6 § 1**

*Procédure pénale – Procès équitable – Défaut de comparution aux audiences – Refus de saisir la Cour constitutionnelle d'une exception d'inconstitutionnalité*

\*  
\*   \*

Le requérant, un journaliste travaillant pour un hebdomadaire satirique, publia un article dans lequel il accusait un homme politique et haut fonctionnaire local d'avoir à plusieurs occasions abusé de ses fonctions à des fins personnelles. Le sous-préfet mis en cause engagea contre le requérant et l'hebdomadaire une procédure pénale avec constitution de partie civile pour diffamation et injure. Bien que dûment cité à comparaître à plusieurs reprises, le requérant ne se présenta à aucune audience ni ne chercha à se défendre activement. Le tribunal de première instance relaxa le requérant au pénal, estimant que l'un des éléments constitutifs de l'infraction, l'intention, n'était pas présent. Le tribunal considéra en revanche que la responsabilité délictuelle de l'intéressé était engagée car il n'avait pas vérifié attentivement des faits mentionnés dans son article, et le condamna, solidairement avec l'hebdomadaire, à verser des dommages-intérêts au plaignant. Le requérant, l'hebdomadaire et le plaignant formèrent un recours devant le tribunal départemental. L'avocat du requérant souleva une exception d'inconstitutionnalité et demanda le renvoi à la Cour constitutionnelle. Le tribunal déclara l'exception irrecevable. Il rejeta également la seconde exception d'inconstitutionnalité. Sur le fond, le recours du plaignant fut accueilli et le requérant fut condamné pour insulte et diffamation au versement de dommages-intérêts au plaignant et au paiement d'une amende pénale, au motif que des affirmations contenues dans l'article litigieux étaient diffamatoires car dénuées de base factuelle et que l'utilisation du terme « bourreau » était injurieuse.

1. Article 10: la condamnation civile et pénale du requérant s'analyse en une «ingérence» dans l'exercice de son droit à la liberté d'expression, qui, prévue par

---

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

la loi, poursuivait un but légitime, à savoir la «protection des droits d'autrui». Quant à la nécessité de cette mesure dans une société démocratique, l'article incriminé portait sur un thème d'intérêt général, à savoir la conduite d'un sous-préfet, homme politique et haut fonctionnaire local. A l'instar des juridictions nationales, la Cour estime que certaines affirmations manquaient de base factuelle, et elle n'est pas convaincue par l'argument du requérant tiré de sa prétendue bonne foi. L'emploi du terme «bourreau» était en l'espèce de nature à offenser le plaignant, malgré le caractère satirique de l'hebdomadaire. Les motifs retenus par les tribunaux internes pour condamner le requérant sont jugés «pertinents et suffisants». Quant à la proportionnalité de l'ingérence, le montant de l'amende pénale était plutôt symbolique et celui des dommages-intérêts était modéré. Enfin, le requérant a fait preuve d'un manque d'intérêt manifeste pour le procès: bien que cité à comparaître, il ne s'est présenté à aucune des audiences et il n'a à aucun moment tenté de contester les accusations portées contre lui. En l'espèce, la condamnation n'était pas disproportionnée au but légitime poursuivi et l'ingérence peut passer pour «nécessaire dans une société démocratique»: défaut manifeste de fondement.

2. Article 6 § 1: le requérant se plaint que le tribunal départemental l'a condamné sans l'entendre en personne, mais il s'est totalement désintéressé du procès, en s'abstenant de se présenter à toutes les audiences.

Le rejet par cette juridiction des deux exceptions d'inconstitutionnalité que le requérant l'avait invitée à soumettre à la Cour constitutionnelle, ne saurait en l'espèce être qualifié d'arbitraire et de nature à porter atteinte au principe de l'équité de la procédure: défaut manifeste de fondement.

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

*García Ruiz c. Espagne* [GC], n° 30544/96, CEDH 1999-I

*Dotta c. Italie* (déc.), n° 38399/97, 7 septembre 1999

*Dalban c. Roumanie* [GC], n° 28114/95, CEDH 1999-VI

*Coëme et autres c. Belgique*, nos 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 et 33210/96, CEDH 2000-VII

*Constantinescu c. Roumanie*, n° 28871/95, CEDH 2000-VIII

*Jerusalem c. Autriche*, n° 26958/95, CEDH 2001-II

*Wynen et Centre hospitalier interrégional Edith-Cavell c. Belgique*, n° 32576/96, CEDH 2002-VIII

*Perna c. Italie* [GC], n° 48898/99, CEDH 2003-V

*Radio France et autres c. France*, n° 53984/00, CEDH 2004-II

*Cumpănă et Mazăre c. Roumanie* [GC], n° 33348/96, CEDH 2004-XI

*Kefalas et autres c. Grèce* (déc.), n° 40051/02, 17 mars 2005

(...)

## EN FAIT

Le requérant, M. Cornel Ivanciuc, est un ressortissant roumain, né en 1956 et résidant à Bucarest. Il est représenté devant la Cour par M<sup>c</sup> D. Costea, avocat à Bucarest.

### A. Les circonstances de l'espèce

Les faits de la cause, tels qu'ils ont été exposés par le requérant, peuvent se résumer comme suit.

#### 1. *L'article litigieux*

Après avoir gagné en 2000 les élections locales et législatives, le Parti social démocrate (PSD) avait prévu d'organiser en 2001 des élections au sein de ses émanations territoriales.

Le 24 juillet 2001, le requérant, journaliste à l'hebdomadaire satirique *Academia Cațavencu*, publia un article sous la mention suivante :

«Les textes de cette page se fondent sur des faits, événements et personnages réels. Toute ressemblance avec la réalité a été l'objet de longues investigations !»

L'article visait plusieurs organisations du PSD et était intitulé :

«Secrets de famille concernant les hommes de province du grand parti de gouvernement à la veille des élections»

et l'on pouvait lire notamment :

«Le département de Timiș est de loin, et malgré les apparences (...), le plus grand malade du PSD. La présidence de la section est assurée par l'honorable figure du professeur d'université, le docteur D.P., mais un examen plus attentif de la situation révèle que le leader n'est qu'une interface aristocratique, un petit poisson inoffensif qui cache un foisonnement de gros et vilains poissons ayant un comportement et des ambitions de requins (...)

En ce moment, c'est le sous-préfet Dorel Gâtlan qui tire les ficelles dans les coulisses du parti. Nous allons retenir les aspects suivants : M. Gâtlan a récemment destitué le secrétaire général de la préfecture de Timiș, D.B. Ce dernier avait refusé de signer un ordre du préfet, rédigé par M. Gâtlan. Cet ordre visait à mettre V.M., sénateur PSD, en possession d'un grand terrain dans la ville frontalière de Cenad (...)

Parce que D.B. a eu l'audace de ne pas signer l'appropriation illégale du sénateur et de sa bande de carnassiers, le sous-préfet Gâtlan l'a éliminé comme une dent cariée. Et il s'est acharné jusqu'à ce qu'il l'ait exclu de toute structure qui pourrait avoir un rapport avec les restitutions de terrains (...)

Mais ne vous imaginez pas pour autant que Dorel Gâtlan n'a pas de problèmes personnels. Il en a deux très gros. Le premier concerne le terrain qu'il a hérité de son papa dans la localité de Cernăteaz. Environ dix-sept hectares de marécages (...). Vu les circonstances terriblement tristes qui entourent son héritage, M. Gâtlan convoite un

terrain situé près de la route dans la commune de Gearmata. Par malchance, le maire de Gearmata, qui est le président de la commission locale pour l'application de la loi relative au domaine foncier, s'oppose à l'échange des deux terrains. Instantanément, M. Gâtlan le suspend de ses fonctions et le remet entre les mains de la police qui ouvre deux dossiers pénaux le concernant (...). A noter qu'en Roumanie, les activités liées au domaine foncier sont coordonnées, selon la loi, par les préfets. Pourtant, dans le département de Timiș, le sous-préfet s'est depuis longtemps substitué au préfet, en le dépourvant de toutes ses prérogatives.

Le plus grave problème personnel de M. Gâtlan est survenu le 1<sup>er</sup> janvier 1998, quand il a blessé mortellement le septuagénaire C.M. dans un accident. La victime était le gardien d'un magasin (...). Le bourreau conduisait sous l'influence de récents souvenirs dionysiaques de la nuit du réveillon et était à l'époque le directeur commercial de S.C. Radiotel Timișoara. La victime était petite et maigre. L'impact a été si bref et violent que le capot et le pare-brise de la voiture du bourreau ont été pulvérisés. Les organes internes de la victime ont été eux aussi pulvérisés dans un rayon de cent mètres. Les amis de M. Gâtlan dans la police ont expliqué que la voiture du bourreau ne roulait qu'à 40 kilomètres à l'heure. Le malheur de M. Gâtlan, c'est que le genre de la victime est le docteur V.B., professeur d'université. (...)

Dans un premier temps, M. Gâtlan a obtenu une ordonnance de non-lieu et le dossier a été classé. Dans un deuxième temps, V.B. a envoyé un mémoire au procureur général de la Roumanie et le dossier fut rouvert. Ecœuré par les tribulations des gens au pouvoir, dont le comportement de sauvage fait que les exploits du PSD dans le département de Timiș dépassent même ceux de la capitale, le professeur V.B. a renoncé aux services de son avocat et perdu dans le cadre du recours introduit par M. Gâtlan. Le bourreau a seulement été condamné à payer à la famille de la victime 20 millions de lei à titre de dommages et intérêts. Le professeur V.B. a alors essayé une dernière stratégie pour mettre M. Gâtlan hors jeu. Peu de temps avant la désignation de préfets et de sous-préfets, il a fait des efforts désespérés pour avertir le ministre de la Fonction publique et le premier ministre que M. Gâtlan n'était pas digne de la fonction de sous-préfet. Car c'est un meurtrier par imprudence.

Les jeux sont déjà faits et celui qui tire les ficelles en faveur de la nomination de M. Gâtlan est l'actuel ministre de l'Agriculture, I.S. Initialement, la cause de V.B. avait été soutenue jusque devant le premier ministre par son collègue P.A., député PSD du département de Timiș et professeur d'université. Mais, sous la pression exercée par le recteur de l'Ecole polytechnique de Timișoara et membre important du PSD, V.B. a été contraint à renoncer sans condition et à se taire. Les mêmes sources affirment que le recteur a été vivement convaincu par I.S. [le ministre de l'Agriculture] de persuader à son tour V.B. de renoncer à sa plainte contre M. Gâtlan. Et ce dernier, en guise de remerciement pour avoir été innocenté et blanchi devant ses supérieurs, n'a jamais adressé d'excuse, même de pure forme, à la famille de la victime.

On suppose que pour nos lecteurs, le fait que M. Gâtlan soit le plus grand partisan de l'élection de I.S. à la présidence de l'organisation départementale du PSD n'est plus un secret.»

## 2. *Les poursuites contre le requérant*

Le 25 septembre 2001, M. Gâtlan, estimant que le requérant avait formulé dans son article plusieurs affirmations diffamatoires et

injurieuses, contraires aux articles 205 et 206 du code pénal, déposa une plainte pénale devant le tribunal de première instance de Timișoara. Il se constitua également partie civile à l'encontre du requérant et de l'hebdomadaire *Academia Cațavencu*, partie civilement responsable.

Bien que le requérant ait été cité à comparaître et qu'un mandat d'amener ait été délivré à son encontre, il ne se présenta à aucune audience devant le tribunal. Il ne fit pas non plus d'offre de preuve pour assurer sa défense.

Par un jugement du 6 mars 2002, le tribunal rejeta la plainte pénale, estimant qu'il ne ressortait pas des preuves versées au dossier que le requérant avait publié l'article dans l'intention d'insulter ou de diffamer le plaignant. Dès lors, le tribunal relaxa le requérant, considérant qu'en l'espèce il manquait l'un des éléments constitutifs des infractions d'injure et de diffamation, à savoir l'intention.

Toutefois, le tribunal constata que le requérant avait accusé le plaignant d'avoir provoqué un accident de circulation en conduisant en état d'ivresse, ainsi que d'avoir destitué abusivement le secrétaire général de la préfecture et le maire d'une commune. Or le tribunal jugea que ces affirmations étaient inexactes dès lors que les tribunaux qui avaient jugé M. Gâtlan pour homicide involontaire n'avaient pas retenu à sa charge la conduite en état d'ivresse. Il observa également que les deux personnes susmentionnées avaient été destituées par ordre du préfet, sans qu'une quelconque influence du plaignant ait été décelée.

Au vu de ces circonstances, le tribunal jugea qu'il s'avérait nécessaire d'allouer au plaignant des dommages et intérêts, car, même si les faits reprochés au requérant ne relevaient pas de la sphère du droit pénal, ils étaient de nature à entraîner sa responsabilité civile dès lors qu'il avait omis de procéder à une vérification attentive des faits mentionnés dans l'article. Par conséquent, en vertu des articles 998 et 999 du code civil, le tribunal condamna le requérant, solidairement avec l'hebdomadaire, à verser au plaignant 5 millions de lei roumains (ROL) au titre du préjudice moral subi.

Le requérant, l'hebdomadaire *Academia Cațavencu* ainsi que le plaignant formèrent un recours contre ce jugement devant le tribunal départemental de Timiș. Le requérant contesta l'octroi d'une indemnité pour dommage moral, estimant que le plaignant n'avait pas fait la preuve de l'existence d'un tel préjudice. Le plaignant demanda quant à lui la condamnation du requérant pour injure et diffamation, ainsi que la majoration de l'indemnité.

Le 7 juin 2002, le tribunal accueillit la demande d'ajournement formulée par l'avocat du requérant. Au cours de l'audience du 3 juillet 2002, celui-ci souleva une exception d'inconstitutionnalité des deux premiers alinéas de l'article 346 du code de procédure pénale et demanda au tribunal de surseoir à statuer sur le fond et de renvoyer le

dossier à la Cour constitutionnelle. Il faisait notamment valoir que la possibilité pour un tribunal pénal de statuer sur une demande de dommages et intérêts sans que la partie civile ne paie de droit de timbre alors que l'inculpé avait été relaxé était contraire aux principes constitutionnels de la protection de la propriété privée et de l'interdiction des discriminations quant au paiement des taxes et impôts. En l'espèce, l'avocat alléguait que cette exonération constituait pour la partie civile un privilège injustifié par rapport aux personnes qui, pour avoir accès à un tribunal civil, devaient verser un droit de timbre proportionnel à la somme réclamée.

Le 8 juillet 2002, en vertu des troisième et sixième alinéas de l'article 23 de la loi n° 47/1992 sur l'organisation et le fonctionnement de la Cour constitutionnelle («la loi n° 47/1992»), le tribunal déclara l'exception irrecevable au motif que la Cour constitutionnelle s'était déjà prononcée plusieurs fois, notamment les 2 décembre 1997, 3 février 1998, 1<sup>er</sup> février et 23 mai 2001, sur la constitutionnalité de l'article litigieux et l'avait déclaré conforme à la Constitution.

Le 19 novembre 2002, l'avocat du requérant déposa auprès du greffe du tribunal départemental un mémoire par lequel il soulevait l'exception d'inconstitutionnalité des premier et sixième alinéas de l'article 23 de la loi n° 47/1992. Il estimait que la condition posée par le premier alinéa de cet article pour qu'une exception soit renvoyée devant la Cour constitutionnelle, à savoir le caractère déterminant pour l'issue du litige de la disposition contestée, laissait aux tribunaux une marge d'appréciation discrétionnaire, enfreignant ainsi le principe constitutionnel du libre accès à un tribunal. Soulignant que le troisième alinéa de l'article précité ne s'opposait qu'au renvoi devant la Cour constitutionnelle des exceptions concernant des dispositions qui avaient déjà été déclarées inconstitutionnelles, l'avocat conclut que le tribunal aurait dû soumettre à la Cour constitutionnelle la première exception qu'il avait soulevée.

Le 20 novembre 2002, le tribunal observa que ni le requérant ni son avocat ne s'étaient présentés, bien que l'intéressé eût été régulièrement cité à comparaître. Au cours de la même audience, le tribunal rejeta l'exception d'inconstitutionnalité soulevée la veille, estimant qu'elle avait déjà fait l'objet d'un examen au cours de l'audience du 3 juillet 2002.

Les débats eurent lieu le même jour et, rejugant l'affaire sur le fond, le tribunal accueillit le recours du plaignant et condamna le requérant pour insulte et diffamation à une amende pénale de 500 000 ROL. Il le condamna également, solidairement avec l'hebdomadaire, à verser au plaignant 10 millions de ROL en réparation du préjudice moral.

Le tribunal jugea que les affirmations concernant la destitution du maire d'une commune et la conduite en état d'ivresse étaient diffamatoires dès lors qu'elles étaient dépourvues de base factuelle et que le requérant aurait pu connaître la réalité en procédant à une

vérification des faits minimale. A cet égard, le tribunal souligna que le maire en cause avait été destitué par un ordre du préfet du 30 mars 2001, publié en juillet 2001, et que, par un arrêt définitif du 8 novembre 2000, la cour d'appel de Timișoara avait innocenté le plaignant pour l'accident de la circulation, retenant la faute exclusive de la victime, qui avait fait preuve de négligence en traversant la rue.

Au vu des mêmes circonstances, le tribunal jugea que l'utilisation du terme « bourreau » était injurieuse.

Dans une opinion dissidente, l'un des juges estima que le requérant aurait dû être relaxé car il fallait tenir compte du fait que l'hebdomadaire *Academia Cațavencu* était connu pour être une publication satirique qui dévoilait fréquemment des aspects liés aux comportements professionnel et privé des hommes politiques. Il ajouta que le plaignant aurait pu obtenir satisfaction en faisant usage de son droit de réponse.

## **B. Le droit interne pertinent**

### *1. Code pénal*

#### **Article 205**

«L'atteinte à l'honneur et à la réputation d'une personne par des paroles, des gestes ou par d'autres moyens est punie d'une peine d'emprisonnement d'une durée allant d'un mois à deux ans ou d'une amende.»

#### **Article 206**

«L'affirmation ou l'imputation en public d'un certain fait concernant une personne, fait qui, s'il était vrai, exposerait cette personne à une sanction pénale, administrative ou disciplinaire, ou au mépris public, est punie d'une peine d'emprisonnement allant de trois mois à trois ans, ou d'une peine d'amende.»

#### **Article 207**

«La preuve de la véracité d'une affirmation ou imputation peut être accueillie si l'affirmation ou l'imputation a été commise pour la défense d'un intérêt légitime. Les agissements au sujet desquels la preuve de la vérité a été faite ne constituent pas l'infraction d'insulte ou de diffamation.»

### *2. Code civil*

#### **Article 998**

«Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.»

#### **Article 999**

«Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence.»

### 3. Code de procédure pénale

#### Article 15

«La victime d'une infraction peut se constituer partie civile contre l'accusé, l'inculpé ou la partie civilement responsable (...)

L'action civile est exonérée des droits de timbre.»

#### Article 346

«Le tribunal qui décide de la condamnation pénale, de l'acquittement ou de la relaxe, statue, par la même décision, sur l'action civile en dommages-intérêts.

Quand la relaxe a été prononcée (...) en raison de l'absence de l'un des éléments constitutifs de l'infraction, le tribunal peut ordonner la réparation du dommage conformément aux règles du droit civil.»

### 4. Loi n° 47/1992 sur l'organisation et le fonctionnement de la Cour constitutionnelle («la loi n° 47/1992»)

#### Article 23

«La Cour constitutionnelle se prononce sur les exceptions soulevées devant les tribunaux concernant la constitutionnalité des dispositions d'une loi ou d'un décret [gouvernemental], ou d'une disposition d'une loi ou d'un décret [gouvernemental] en vigueur et déterminante pour l'issue du litige.

L'exception peut être soulevée d'office ou par l'une des parties.

Les dispositions qui ont été déclarées inconstitutionnelles par une décision antérieure de la Cour constitutionnelle (...) ne peuvent pas faire l'objet d'une exception d'inconstitutionnalité.

La Cour constitutionnelle est saisie par une décision avant dire droit du tribunal devant lequel l'exception a été soulevée (...)

Pendant l'examen de l'exception par la Cour constitutionnelle, le tribunal surseoit à statuer.

Si l'exception est irrecevable parce que contraire aux trois premiers alinéas du présent article, le tribunal la rejette par une décision motivée, sans saisir la Cour constitutionnelle.»

## GRIEFS

1. Invoquant l'article 10 de la Convention, le requérant allègue que sa condamnation constitue une ingérence injustifiée dans son droit à la liberté d'expression.

2. Il soutient ne pas avoir bénéficié d'un procès équitable devant le tribunal départemental de Timiș, en violation de l'article 6 § 1 de la Convention. D'une part, il se plaint d'avoir été condamné sans avoir été entendu personnellement par le tribunal. D'autre part, il soutient que le



refus de renvoyer à la Cour constitutionnelle les deux exceptions d'inconstitutionnalité qu'il avait soulevées a porté atteinte à son droit à un procès équitable.

## EN DROIT

1. Le requérant se plaint d'une atteinte à son droit à la liberté d'expression et allègue la violation de l'article 10 de la Convention, ainsi libellé :

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

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

Le requérant affirme que la condamnation n'était pas «nécessaire dans une société démocratique» dès lors qu'il n'a fait qu'informer de bonne foi l'opinion publique sur un sujet d'intérêt général, à savoir le comportement d'un homme politique occupant une fonction importante dans l'administration locale.

La Cour estime d'emblée que la condamnation pénale et civile du requérant s'analyse en une «ingérence» dans l'exercice de son droit à la liberté d'expression au sens du premier paragraphe de l'article 10 de la Convention. Sans aucun doute, au vu des décisions nationales, l'ingérence était «prévue par la loi», à savoir les articles 205 et 206 du code pénal et 998 et 999 du code civil. Elle poursuivait également un but légitime, à savoir «la protection des droits d'autrui», plus particulièrement la réputation de M. Gâtlan, le sous-préfet du département de Timiș. Reste à déterminer si l'ingérence était «nécessaire dans une société démocratique».

La Cour rappelle que l'adjectif «nécessaire» au sens de l'article 10 § 2 de la Convention implique l'existence d'un «besoin social impérieux» correspondant à l'ingérence litigieuse. Les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour juger de l'existence d'un tel besoin, mais cette marge va de pair avec un contrôle européen (*Perna c. Italie* [GC], n° 48898/99, § 39, CEDH 2003-V).

A cet égard, il convient de rappeler la jurisprudence désormais bien établie de la Cour selon laquelle il y a lieu, pour apprécier l'existence

d'un «besoin social impérieux» propre à justifier une ingérence dans l'exercice de la liberté d'expression, de distinguer avec soin entre faits et jugements de valeur. Si la matérialité des premiers peut se prouver, les seconds ne se prêtent pas à une démonstration de leur exactitude.

Certes, lorsqu'il s'agit d'allégations sur la conduite d'un tiers, il peut parfois s'avérer difficile de distinguer entre imputations de fait et jugements de valeur. Il n'en reste pas moins que mettre directement en cause des personnes déterminées implique l'obligation de fournir une base factuelle suffisante et que même un jugement de valeur peut se révéler excessif s'il est totalement dépourvu de base factuelle (*Jerusalem c. Autriche*, n° 26958/95, § 43, CEDH 2001-II, et *Cumpănă et Mazăre c. Roumanie* [GC], n° 33348/96, §§ 98-101, CEDH 2004-XI).

Enfin, la Cour rappelle qu'en raison des «devoirs et responsabilités» inhérents à l'exercice de la liberté d'expression, la protection offerte par l'article 10 de la Convention aux journalistes est subordonnée à la condition que les intéressés agissent de bonne foi de manière à fournir des informations exactes et dignes de crédit dans le respect de la déontologie journalistique (*Radio France et autres c. France*, n° 53984/00, § 37, CEDH 2004-II).

En l'espèce, la Cour relève que l'article incriminé portait sur un thème d'intérêt général, à savoir la conduite d'un sous-préfet, homme politique et haut fonctionnaire de l'administration locale. Les juridictions internes ont considéré qu'en l'absence de bonne foi et de base factuelle les affirmations du requérant concernant la destitution du maire d'une commune et la conduite en état d'ivresse, ainsi que l'emploi du terme «bourreau» à l'égard du sous-préfet, avaient porté atteinte à la réputation de ce dernier, justifiant la condamnation pénale et civile du requérant.

A l'instar des juridictions internes, la Cour estime que les deux premières affirmations n'avaient aucune base factuelle. En l'occurrence, la destitution du maire en question avait été ordonnée par le préfet pour des raisons étrangères à l'activité et au comportement du sous-préfet. La Cour note également que, dans le procès pénal qui s'est déroulé à la suite de l'accident de circulation dans lequel le sous-préfet avait été impliqué, il n'a nullement été question de la prétendue conduite en état d'ivresse.

Pour autant que le requérant allègue sa bonne foi, la Cour observe que, bien qu'il ait eu connaissance de l'ordre du préfet concernant la destitution du maire et des décisions rendues dans le procès pénal susmentionné, le requérant a toutefois publié les deux allégations litigieuses, qui sont de toute évidence contredites par ces documents. Dès lors, à l'instar des tribunaux internes, la Cour n'est pas convaincue par l'argument du requérant tiré de sa prétendue bonne foi.

Quant à l'emploi du terme «bourreau», qui désigne une personne chargée d'appliquer la torture ou d'infliger la peine de mort, la Cour estime que, bien qu'il pût s'analyser en un jugement de valeur et malgré

le caractère satirique de l'hebdomadaire *Academia Cațavencu*, il était de nature à offenser le plaignant, puisque celui-ci avait déjà été jugé et déclaré non coupable.

Dès lors, la Cour ne croit pas que l'on puisse voir là le recours à la «dose d'exagération» ou de «provocation» dont il est permis de faire usage dans le cadre de l'exercice de la liberté journalistique (*Dalban c. Roumanie* [GC], n° 28114/95, § 49, CEDH 1999-VI). Selon elle, il s'agit de la présentation déformée de la réalité, en absence de toute base factuelle (voir, *mutatis mutandis*, *Constantinescu c. Roumanie*, n° 28871/95, § 73, CEDH 2000-VIII).

Par conséquent, la Cour juge «pertinents et suffisants» les motifs retenus par les juridictions internes pour conclure que le requérant avait porté atteinte à la réputation du sous-préfet et pour le condamner.

Quant à la proportionnalité de l'ingérence litigieuse, la Cour relève que le requérant a été condamné à une amende pénale, ce qui, en soi, confère aux mesures prises à son égard un degré élevé de gravité. Toutefois, la Cour remarque que le montant de cette amende était plutôt symbolique, à savoir l'équivalent de 14 euros (EUR).

La Cour souligne également que les dommages et intérêts que le requérant a été condamné à payer solidairement avec l'hebdomadaire étaient d'un montant modéré, correspondant à 298 EUR.

Enfin, la Cour note que l'attitude du requérant pendant la procédure pénale dirigée contre lui a été particulièrement désinvolte. Elle constate en effet que le requérant a fait preuve d'un manque d'intérêt manifeste pour le procès, ne se présentant ni aux audiences devant le tribunal de première instance ni à celles devant le tribunal départemental, alors qu'il avait été régulièrement cité à comparaître et que le tribunal de première instance avait délivré un mandat d'amener à son encontre (voir, *mutatis mutandis*, *Cumșănă et Mazăre*, précité, § 104). Au surplus, il n'a à aucun moment tenté de contester les accusations portées contre lui.

Au vu des circonstances de l'espèce, la Cour estime que la condamnation du requérant n'était pas disproportionnée au but légitime poursuivi et que l'ingérence litigieuse peut, dès lors, passer pour «nécessaire dans une société démocratique».

Il s'ensuit que ce grief est manifestement mal fondé et doit être rejeté en application de l'article 35 §§ 3 et 4 de la Convention.

2. Le requérant allègue ne pas avoir bénéficié d'un procès équitable devant le tribunal départemental en raison de sa condamnation prononcée en son absence ainsi que du refus du tribunal de renvoyer à la Cour constitutionnelle deux exceptions d'inconstitutionnalité. Il invoque l'article 6 § 1 de la Convention, qui dispose :

«Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera (...) du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. (...)»

La Cour note que ce grief comporte deux branches distinctes, qu'elle examinera successivement.

### **A. La condamnation du requérant en son absence**

Le requérant se plaint d'avoir été condamné par le tribunal départemental de Timiș sans que celui-ci l'entende en personne. Il se fonde sur l'arrêt *Constantinescu* précité, dans lequel la Cour a conclu à la violation du droit à un procès équitable en raison de la méconnaissance du droit du requérant d'être entendu par le tribunal pendant les débats. Dès lors, il estime que dans la présente affaire il y a eu également violation de l'article 6 § 1 de la Convention.

La Cour rappelle que lorsqu'une instance d'appel est amenée à connaître d'une affaire en fait et en droit et à étudier dans son ensemble la question de la culpabilité ou de l'innocence, elle ne peut, pour des motifs d'équité du procès, décider de ces questions sans appréciation directe des témoignages présentés en personne par l'accusé (*Constantinescu*, arrêt précité, § 55).

Toutefois, à la différence de l'affaire *Constantinescu*, où malgré sa présence à l'audience le requérant n'avait pas été entendu, la Cour relève à nouveau que, dans la présente affaire, le requérant s'est totalement désintéressé du procès, en s'abstenant d'assister à toutes les audiences devant les tribunaux internes.

Dès lors, observant qu'aucun manquement à la procédure interne ne saurait être reproché au tribunal départemental, la Cour estime que le fait que le requérant n'a pas été entendu devant ce tribunal n'a pas porté atteinte à l'équité de la procédure.

Il s'ensuit que cette première branche du grief est manifestement mal fondée et doit être rejetée en application de l'article 35 §§ 3 et 4 de la Convention.

### **B. Le refus de renvoyer deux exceptions d'inconstitutionnalité à la Cour constitutionnelle**

Le requérant dénonce le fait que le tribunal départemental de Timiș a rejeté deux exceptions d'inconstitutionnalité qu'il l'avait invité à soumettre à la Cour constitutionnelle. Selon lui, en vertu de l'article 23 § 3 de la loi n° 47/1992, le tribunal départemental était tenu de donner suite à sa première exception concernant l'article 346 du code de procédure pénale, même si la Cour constitutionnelle s'était déjà prononcée sur la constitutionnalité de cet article et l'avait jugé conforme à la Constitution. Il estime également qu'en rejetant sa seconde exception au motif qu'il s'était déjà prononcé le tribunal a porté une seconde fois

atteinte à son droit d'accès à la Cour constitutionnelle, dès lors que la seconde exception visait une autre disposition, à savoir l'article 23 de la loi n° 47/1992.

La Cour rappelle, tout d'abord, que la Convention ne garantit pas, comme tel, le droit à ce qu'une affaire soit renvoyée à titre préjudiciel par une juridiction interne devant une autre instance nationale ou internationale.

Elle rappelle aussi sa jurisprudence selon laquelle le droit de saisir un tribunal par la voie d'une question préjudicielle ne peut pas non plus être absolu, même lorsqu'une législation réserve un domaine juridique à la seule appréciation d'un tribunal et prévoit pour les autres juridictions l'obligation de lui soumettre, sans réserve, toutes les questions qui s'y rapportent. Il est conforme au fonctionnement de pareil mécanisme que le juge vérifie s'il peut ou doit poser une question préjudicielle, en s'assurant que celle-ci doit être résolue pour permettre de trancher le litige dont il est appelé à connaître. Cela étant, il n'est pas exclu que, dans certaines circonstances, le refus opposé par une juridiction nationale, appelée à se prononcer en dernière instance, puisse porter atteinte au principe de l'équité de la procédure, tel qu'énoncé à l'article 6 § 1 de la Convention, en particulier lorsqu'un tel refus apparaît entaché d'arbitraire (*Coëme et autres c. Belgique*, nos 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 et 33210/96, § 114, CEDH 2000-VII, et *Wynen et Centre hospitalier interrégional Edith-Cavell c. Belgique*, n° 32576/96, § 41, CEDH 2002-VIII).

La Cour estime que tel n'est pas le cas en l'espèce. En effet, le tribunal départemental a pris en compte le grief du requérant concernant la constitutionnalité de l'article 346 du code de procédure pénale ainsi que sa demande de renvoi de l'exception devant la Cour constitutionnelle. Il s'est ensuite prononcé par une décision suffisamment motivée, en retenant que cet article avait fait plusieurs fois l'objet d'un contrôle de la Cour constitutionnelle qui l'avait chaque fois déclaré conforme à la Constitution. Dès lors, un nouveau contrôle était probablement inutile.

Pour ce qui est de la seconde exception soulevée et dirigée contre l'article 23 de la loi n° 47/1992, la Cour note qu'elle ne concernait pas une disposition dont dépendait l'issue du litige.

Certes, le fait que le tribunal ait rejeté la première exception sur le fondement de l'article 23 § 3 de la loi n° 47/1992 et la seconde au motif qu'il s'était déjà prononcé sur la question pourrait être qualifié d'erreur de droit dès lors que l'article susmentionné n'interdit pas le renvoi, devant la Cour constitutionnelle, des exceptions qui ont déjà fait l'objet d'un contrôle de la part de celle-ci.

Toutefois, la Cour rappelle que l'interprétation de la législation interne incombe au premier chef aux autorités nationales, notamment aux cours et tribunaux et qu'il ne lui appartient pas de connaître des erreurs de fait ou de droit prétendument commises par une juridiction interne, sauf si et

dans la mesure où elles pourraient avoir porté atteinte aux droits et libertés sauvegardés par la Convention (*García Ruiz c. Espagne* [GC], n° 30544/96, § 28, CEDH 1999-I).

En l'espèce, pour les raisons exposées ci-dessus, la Cour ne saurait considérer ce refus comme étant arbitraire et de nature à porter atteinte au principe de l'équité de la procédure (voir, *mutatis mutandis*, *Dotta c. Italie* (déc.), n° 38399/97, 7 septembre 1999, et *Kefalas et autres c. Grèce* (déc.), n° 40051/02, 17 mars 2005).

Il s'ensuit que cette seconde branche du grief est manifestement mal fondée et doit être rejetée en application de l'article 35 §§ 3 et 4 de la Convention.

Par ces motifs, la Cour, à l'unanimité,

*Déclare* la requête irrecevable.

IVANCIUC v. ROMANIA  
(Application no. 18624/03)

THIRD SECTION<sup>1</sup>

DECISION OF 8 SEPTEMBER 2005<sup>2</sup>

---

1. Sitting as a Chamber composed of Mr B. Zupančič, *President*, Mr J. Hedigan, Mr L. Caflisch, Mr C. Bîrsan, Mrs M. Tsatsa-Nikolovska, Mr E. Myjer, Mr Davíð Thór Björgvinsson, *judges*, and Mr V. Berger, *Section Registrar*.

2. Translation; original French.





SUMMARY<sup>1</sup>**Conviction of journalist for insult and defamation****Article 10**

*Freedom of expression – Defamation – Conviction of journalist for insult and defamation – Protection of the reputation of others – Protection of the rights of others – Necessary in a democratic society – Public interest – Duties and responsibilities – Lack of factual basis – Offensive term – Satirical review – Relevant and sufficient grounds – Proportionality – Attitude of journalist during the proceedings – Manifest lack of interest in the proceedings*

**Article 6 § 1**

*Criminal proceedings – Fair trial – Failure to appear at hearings – Decision not to refer objection of unconstitutionality to Constitutional Court*

\*  
\* \*

The applicant, a journalist working for a weekly satirical review, published an article in which he accused a local politician and senior official of having on several occasions abused his position for personal gain. The deputy prefect in question instituted criminal proceedings for defamation and insult against the applicant and the weekly review, and applied to join the proceedings as a civil party. Although duly summoned to appear on several occasions, the applicant did not attend any hearings or take any active steps to defend himself. The court of first instance acquitted the applicant on the criminal charges, finding that one of the elements constituting the offences was lacking, namely intent. However, the court considered that the applicant was liable in tort, as he had not checked thoroughly the facts set out in his article. It ordered the applicant and the weekly review jointly and severally to pay damages to the complainant. The applicant, the weekly review and the complainant all lodged appeals with the county court. The applicant's lawyer raised an objection of unconstitutionality and requested that it be referred to the Constitutional Court. The county court declared the objection inadmissible, and also dismissed a second objection of unconstitutionality. With regard to the merits, it allowed the complainant's appeal, found the applicant guilty of insult and defamation and ordered him to pay damages to the complainant and a criminal fine. It found that the statements made by the applicant in the article in issue had been defamatory, as they had lacked any factual basis, and that the use of the word "executioner" had been insulting.

---

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

*Held*

(1) Article 10: The applicant's conviction and the order to pay damages amounted to "interference" with his right to freedom of expression. The interference had been prescribed by law and had pursued a legitimate aim, namely the "protection of the rights of others". As to whether the measure had been necessary in a democratic society, the impugned article had related to a subject of general interest, namely the conduct of a local politician and senior official. The Court shared the view of the national courts that some of the assertions had lacked any factual basis, and was not satisfied that the applicant had acted in good faith. The use of the word "executioner" in the instant case had been liable to cause offence to the complainant, in spite of the satirical nature of the weekly review. The Court found that the reasons given by the domestic courts to justify convicting the applicant had been "relevant and sufficient". As to whether the interference had been proportionate, the fine imposed had been little more than a token amount, and the amount of damages to be paid had been modest. Lastly, the applicant had displayed a clear lack of interest in the proceedings. Despite being summoned to appear, he had not attended any of the hearings nor had he at any point attempted to challenge the accusations against him. His conviction had not been disproportionate to the legitimate aim pursued and the interference could be regarded as "necessary in a democratic society": manifestly ill-founded.

(2) Article 6 § 1: The applicant complained that the county court had convicted him without hearing evidence from him in person. However, he had displayed a complete lack of interest in the proceedings, failing to attend any of the hearings. The dismissal by the county court of the two objections of unconstitutionality which the applicant had requested it to refer to the Constitutional Court could not be regarded as arbitrary and liable to adversely affect the fairness of the proceedings: manifestly ill-founded.

**Case-law cited by the Court**

*García Ruiz v. Spain* [GC], no. 30544/96, ECHR 1999-I

*Dotta v. Italy* (dec.), no. 38399/97, 7 September 1999

*Dalban v. Romania* [GC], no. 28114/95, ECHR 1999-VI

*Coëme and Others v. Belgium*, nos. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 and 33210/96, ECHR 2000-VII

*Constantinescu v. Romania*, no. 28871/95, ECHR 2000-VIII

*Jerusalem v. Austria*, no. 26958/95, ECHR 2001-II

*Wynen and Centre hospitalier interrégional Edith-Cavell v. Belgium*, no. 32576/96, ECHR 2002-VIII

*Perna v. Italy* [GC], no. 48898/99, ECHR 2003-V

*Radio France and Others v. France*, no. 53984/00, ECHR 2004-II

*Cumpană and Mazăre v. Romania* [GC], no. 33348/96, ECHR 2004-XI

*Kefalas and Others v. Greece* (dec.), no. 40051/02, 17 March 2005

...

## THE FACTS

The applicant, Mr Cornel Ivanciuc, is a Romanian national who was born in 1956 and lives in Bucharest. He was represented before the Court by Mr D. Costea, a lawyer practising in Bucharest.

### A. The circumstances of the case

The facts of the case, as submitted by the applicant, may be summarised as follows.

#### 1. *The impugned article*

After winning the local and parliamentary elections in 2000, the Social Democratic Party (PSD) had scheduled elections within its local and regional branches for 2001.

On 24 July 2001 the applicant, a journalist with the weekly satirical review *Academia Cațavencu*, published an article under the following heading:

“The contents of this page are based on actual facts, events and individuals. Any resemblance to reality is the result of lengthy investigation!”

The article was directed at a number of PSD branches and bore the title:

“Family secrets of main governing party’s provincial bosses in run-up to elections”

The article included the following passages:

“Despite appearances ... Timiș county is, by some margin, the PSD’s craziest. Chairman of the branch is the esteemed university lecturer Dr D.P. However, closer examination of the situation reveals that the leader is no more than an aristocratic figurehead, a harmless small fish in a pond beneath whose surface lurk some large and evil fish with shark-like tendencies and ambitions ...

Right now, deputy prefect Mr Dorel Gâtlan is the man calling the shots behind the scenes. Consider the facts: Gâtlan recently removed the secretary-general of Timiș prefect’s office, D.B., from his post. The latter had refused to sign an order from the prefect, drawn up by Gâtlan, handing over possession of a large piece of land in the border village of Cenad to V.M., a PSD senator ...

Deputy prefect Gâtlan whipped D.B. out like a rotten tooth for having the temerity not to put his name to the illegal appropriation of the land by the senator and his pack of hounds. He did not rest until D.B. had been removed from any outfit even remotely concerned with the restitution of land ...

But don’t be fooled into thinking that Dorel Gâtlan doesn’t have problems of his own. He has two major problems. The first concerns the land he inherited from his daddy in the village of Cernăteaz. Roughly 17 hectares of marshland ... Given the pitiable state of

his inheritance, Mr Gâtlan has his eye on a roadside property in the municipality of Gearmata. Unfortunately for him, the mayor of Gearmata, who chairs the local committee on implementation of the Real Property Act, is against the exchange of the two pieces of land. Without further ado, Gâtlan suspends him from his post and hands him over to the police, who open two criminal investigations against him ... It should be noted that in Romania dealings in real property are coordinated, by law, by the prefects. However, in Timiș county, the deputy prefect has long since supplanted the prefect by stripping him of all his powers.

Gâtlan's biggest personal problem arose on 1 January 1998, when he fatally injured the septuagenarian C.M. in an accident. The victim was a shop caretaker ... His executioner, who at the time was sales director of the S.C. Radiotel Timișoara company, was driving under the influence of recent New Year's Eve Bacchanalian celebrations. The victim was small and thin. The impact was so sudden and so violent that the bonnet and windscreen of the executioner's car were smashed to pieces. The victim's internal organs, also in pieces, were scattered over a radius of a hundred metres. Gâtlan's friends in the police said that the executioner's car had been travelling at only 40 km.p.h. Unfortunately for Gâtlan, the victim's son-in-law is the university lecturer Dr V.B. ...

Initially, Gâtlan obtained a ruling that there was no case to answer, and the case was closed. However, Dr V.B. subsequently sent a memorandum to the Procurator-General of Romania and the case was reopened. Sickened by the machinations of those in power, whose excesses are such that the PSD's exploits in Timiș county surpass even those in the capital, V.B. dismissed his lawyer and lost the case following an appeal by Gâtlan. The executioner was merely ordered to pay the victim's family 20,000,000 lei in damages. V.B. then made one last-ditch attempt to get rid of Gâtlan. Shortly before the appointment of the prefects and deputy prefects, he tried desperately to alert the Civil Service Minister and the Prime Minister to the fact that Gâtlan was not fit for the job of deputy prefect, as he was guilty of killing through negligence.

But the die has already been cast. The person pulling strings to have Gâtlan appointed is the current Minister of Agriculture, I.S. At first, V.B.'s case had been backed up to prime ministerial level by his colleague P.A., PSD member of parliament for Timiș county and a university lecturer. But, under pressure from the rector of Timișoara Polytechnic, a leading PSD member, V.B. was forced to drop the case unconditionally and hold his tongue. The same sources say that the rector himself had come under intense pressure from I.S. [the Minister of Agriculture] to persuade V.B. to drop his complaint against Gâtlan. And Gâtlan, by way of thanks for being found not guilty and having his reputation restored *vis-à-vis* his superiors, never made any apology, not even a purely formal one, to the victim's family.

Our readers are no doubt well aware that Gâtlan is the most ardent supporter of I.S.'s election to the chair of the PSD county branch."

## 2. *The proceedings against the applicant*

On 25 September 2001 Mr Gâtlan lodged a criminal complaint with the Timișoara Court of First Instance, alleging that the applicant had made several defamatory and insulting statements in his article, in breach of Articles 205 and 206 of the Criminal Code. He also applied to be joined

as a civil party to the proceedings against the applicant and the weekly review *Academia Cațavencu*, the party with civil liability.

Although the applicant was summoned to appear and a warrant was issued for him to be brought immediately before the court, he did not attend any court hearing, nor did he produce any evidence in his defence.

In a judgment of 6 March 2002, the court rejected the criminal complaint on the ground that there was no evidence in the case file that the applicant had published the article with the intention of insulting or defaming the complainant. The court therefore acquitted the applicant, finding that one of the elements constituting the offences of insult and defamation was lacking, namely intent.

However, the court observed that the applicant had accused the complainant of causing a road traffic accident by driving under the influence of alcohol and of unfairly dismissing the secretary-general of the prefect's office and the mayor of a municipality. The court considered that those assertions were inaccurate, since the courts which had tried Mr Gâtlan on a charge of manslaughter had not found him guilty of driving under the influence of alcohol. It also observed that the two persons referred to above had been removed from office by order of the prefect, and that there was nothing to suggest that the complainant had influenced the decisions in any way.

In view of the circumstances, the court found that the complainant should be awarded damages since, while the offences of which the applicant stood accused did not fall within the sphere of criminal law, they were such as to render him liable in tort, as he had not checked thoroughly the facts set out in his article. Accordingly, under Articles 998 and 999 of the Civil Code, the court ordered the applicant and the weekly review jointly and severally to pay the complainant 5,000,000 Romanian lei (ROL) in respect of the non-pecuniary damage sustained.

The applicant, the weekly review *Academia Cațavencu* and the complainant all lodged appeals against the judgment with the Timiș County Court. The applicant appealed against the award of compensation for non-pecuniary damage, arguing that the complainant had not proved the existence of such damage. The complainant, for his part, requested that the applicant be convicted of insult and defamation and that the amount of compensation be increased.

On 7 June 2002 the court allowed the request for an adjournment lodged by the applicant's lawyer. At a hearing on 3 July 2002, the applicant's lawyer raised an objection of unconstitutionality in respect of the first two paragraphs of Article 346 of the Code of Criminal Procedure and requested the court to stay its decision on the merits and to refer the case to the Constitutional Court. He argued in particular that, for a criminal court to decide on a claim for damages without the civil party having paid stamp duty, when the defendant had been acquitted, was in

breach of the constitutional principles of protection of private property and prohibition of discrimination with regard to the payment of taxes and levies. The applicant's lawyer alleged that the exemption from stamp duty gave the civil party an unfair advantage over individuals who, in order to have access to a civil court, had to pay stamp duty in proportion to the amount being claimed.

On 8 July 2002, under the third and sixth paragraphs of section 23 of the Constitutional Court (Organisation and Operation) Act (Law no. 47/1992), the court declared the objection inadmissible on the ground that the Constitutional Court had already ruled several times, notably on 2 December 1997, 3 February 1998 and 1 February and 23 May 2001, on the constitutionality of the Article in question, and had found it to be compatible with the Constitution.

On 19 November 2002 the applicant's lawyer lodged a memorial with the registry of the County Court, objecting that the first and sixth paragraphs of section 23 of Law no. 47/1992 were in breach of the Constitution. He submitted that the condition laid down in the first paragraph of the section in question for the referral of an objection to the Constitutional Court, namely that the provision in issue must be decisive for the outcome of the case, allowed the courts a margin of appreciation and was therefore contrary to the constitutional principle of free access to a court. Pointing out that the third paragraph of the section in question ruled out referral to the Constitutional Court only of objections relating to provisions which had already been found to be unconstitutional, the lawyer concluded that the court should have referred his first objection to the Constitutional Court.

On 20 November 2002 the court observed that neither the applicant nor his lawyer had attended any hearings, although the applicant had been repeatedly given notice to appear. The court dismissed the objection of unconstitutionality raised the previous day, finding that it had already been examined at the hearing of 3 July 2002.

The hearing was held the same day and, in a fresh decision on the merits, the court allowed the complainant's appeal and ordered the applicant to pay a criminal fine of ROL 500,000 for insult and defamation. It also ordered him, jointly and severally with the weekly review, to pay the complainant ROL 10,000,000 in compensation for the non-pecuniary damage sustained.

The court found that the assertions concerning the removal from office of the mayor of a municipality and the complainant's having driven while under the influence of alcohol had been defamatory, since they had lacked any factual basis and even the most cursory checking of the facts by the applicant would have revealed the truth. In that connection, the court pointed out that the mayor in question had been removed from office by an order of the prefect dated 30 March 2001, published in July 2001, and

that the Timișoara Court of Appeal, in a final judgment of 8 November 2000, had found the complainant not guilty in relation to the road traffic accident, taking the view that the victim had been entirely at fault, having crossed the road without due care and attention.

In the circumstances, the court found that the use of the term “executioner” had been insulting.

In a dissenting opinion, one of the judges took the view that the applicant should have been acquitted, as account should have been taken of the fact that the weekly review *Academia Cațavencu* had a reputation as a satirical publication which made frequent revelations concerning the professional and private conduct of politicians. He added that the complainant could have obtained satisfaction by making use of his right of reply.

## **B. Relevant domestic law**

### *1. The Criminal Code*

#### **Article 205**

“Any attack on an individual’s honour and reputation through words, gestures or other means shall be punishable by a prison sentence of between one month and two years or by payment of a fine.”

#### **Article 206**

“Any public statement or allegation concerning an individual which, if true, would render that individual liable to a criminal, administrative or disciplinary penalty or expose him or her to public opprobrium, shall be punishable by a prison sentence of between three months and one year or by payment of a fine.”

#### **Article 207**

“Evidence of the truth of such a statement or allegation shall be admissible where it was made in order to protect a legitimate interest. Where the truth of the statement or allegation is proved, no offence of insult or defamation shall be deemed to have been committed.”

### *2. The Civil Code*

#### **Article 998**

“Any act committed by a person that causes damage to another shall render the person through whose fault the damage was caused liable to make reparation for it.”

#### **Article 999**

“Everyone shall be liable for damage he has caused not only through his own act but also through his failure to act or his negligence.”

### 3. *The Code of Criminal Procedure*

#### **Article 15**

“The victim of an offence may apply to join the proceedings as a civil party seeking damages against the defendant or the party with civil liability ...”

The civil action shall be exempt from stamp duty.”

#### **Article 346**

“In its decision to convict or acquit the defendant, the court shall also rule on any claims for damages.

When the defendant has been acquitted ... on the ground that one of the elements constituting the offence is lacking, the court may order compensation to be paid in accordance with the rules of civil law.”

### 4. *The Constitutional Court (Organisation and Operation) Act (Law no. 47/1992)*

#### **Section 23**

“The Constitutional Court shall rule on objections raised before the courts relating to the constitutionality of a [government] law or decree or of a provision of a [government] law or decree which is in force and is decisive for the outcome of the case.

The objection may be raised by the court of its own motion or by one of the parties.

Provisions which have been found to be unconstitutional by an earlier decision of the Constitutional Court ... may not be the subject of an objection of unconstitutionality.

The Constitutional Court shall rule on an interlocutory decision by the court with which the objection of unconstitutionality was lodged ...

The proceedings before the court shall be stayed pending examination of the objection by the Constitutional Court.

If the objection is declared inadmissible because it does not fulfil the requirements of the first three paragraphs, the court shall dismiss it by means of a reasoned decision without referring it to the Constitutional Court.”

## COMPLAINTS

1. Relying on Article 10 of the Convention, the applicant complained that his conviction amounted to unjustified interference with his right to freedom of expression.

2. He alleged that he had not had a fair trial before the Timiș County Court, in breach of Article 6 § 1 of the Convention. Firstly, he alleged that he had been convicted without having given evidence in person before the court. Secondly, he maintained that the decision not to refer his two objections of unconstitutionality to the Constitutional Court had infringed his right to a fair trial.



## THE LAW

1. The applicant alleged that his right to freedom of expression under Article 10 of the Convention had been violated. Article 10 provides:

“1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This Article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises.

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

The applicant submitted that his conviction had not been “necessary in a democratic society” as he had merely informed the public in good faith on a topic of general interest, namely the conduct of a politician who held an important post in local government.

The Court considers at the outset that the applicant’s criminal conviction and the order to pay compensation amounted to “interference” with his right to freedom of expression within the meaning of the first paragraph of Article 10 of the Convention. There can be no doubt, in the light of the domestic decisions, that such interference was “prescribed by law”, in the form of Articles 205 and 206 of the Criminal Code and Articles 998 and 999 of the Civil Code. It also pursued a legitimate aim, namely “the protection of the rights of others”, more specifically the reputation of Mr Gătlan, the deputy prefect of Timiș county. It remains to be determined whether the interference was “necessary in a democratic society”.

The Court reiterates that the adjective “necessary”, within the meaning of Article 10 § 2 of the Convention, implies the existence of a “pressing social need”. The Contracting States have a certain margin of appreciation in assessing whether such a need exists, but it goes hand in hand with a European supervision (see *Perna v. Italy* [GC], no. 48898/99, § 39, ECHR 2003-V).

In that connection, reference should be made to the Court’s settled case-law, according to which, in assessing whether there is a “pressing social need” which would warrant interference with the right to freedom of expression, a careful distinction must be made between facts and value judgments. The existence of facts can be demonstrated, whereas the truth of value judgments is not susceptible of proof.

It is true that, in the context of allegations concerning the conduct of a third party, it may sometimes be difficult to distinguish between

statements of fact and value judgments. However, this does not alter the fact that when specific allegations are made about particular individuals a sufficient factual basis must exist for the impugned statement, since even a value judgment without any factual basis to support it may be excessive (see *Jerusalem v. Austria*, no. 26958/95, § 43, ECHR 2001-II, and *Cumpănă and Mazăre v. Romania* [GC], no. 33348/96, §§ 98-101, ECHR 2004-XI).

Lastly, the Court reiterates that, by reason of the “duties and responsibilities” inherent in the exercise of the freedom of expression, the safeguard afforded by Article 10 to journalists in relation to reporting on issues of general interest is subject to the proviso that they are acting in good faith in order to provide accurate and reliable information in accordance with the ethics of journalism (see *Radio France and Others v. France*, no. 53984/00, § 37, ECHR 2004-II).

In the instant case, the Court observes that the impugned article related to a topic of general interest, namely the conduct of a deputy prefect, politician and senior local government official. The domestic courts found that, since they had not been made in good faith and lacked any factual basis, the applicant’s assertions that the deputy prefect had removed the mayor of a municipality from his post and had driven under the influence of alcohol, and also his use of the word “executioner” in relation to the deputy prefect, amounted to an attack on the latter’s reputation which justified the applicant’s conviction and the order to pay compensation.

The Court shares the view of the domestic courts that the first two assertions had no basis in fact. The removal from office of the mayor in question had been ordered by the prefect for reasons unrelated to the activities or conduct of the deputy prefect. The Court also notes that in the criminal proceedings arising out of the road traffic accident in which the deputy prefect was involved, it was never alleged that he had been driving while under the influence of alcohol.

Although the applicant maintained that he had acted in good faith, the Court observes that, despite having been aware of the prefect’s order concerning the removal of the mayor from office and of the decisions given in the aforementioned criminal proceedings, the applicant had nonetheless published the two impugned allegations, which were clearly contradicted by those documents. Consequently, like the domestic courts, the Court is not satisfied that the applicant acted in good faith.

As to the use of the word “executioner”, which refers to a person whose task is to apply torture or carry out the death penalty, the Court considers that, although it could be construed as a value judgment and despite the fact that the weekly review *Academia Cațavencu* is a satirical publication, it was liable to cause offence to the complainant, who had already been tried and found not guilty.

The Court does not therefore consider that this can be construed as the “degree of exaggeration” or “provocation” which are permissible in exercising journalistic freedom (see *Dalban v. Romania* [GC], no. 28114/95, § 49, ECHR 1999-VI). In its view, this is a case of misrepresentation of the facts without any basis in reality (see, *mutatis mutandis*, *Constantinescu v. Romania*, no. 28871/95, § 73, ECHR 2000-VIII).

The Court is therefore satisfied that the grounds relied on by the domestic courts in finding that the applicant had attacked the reputation of the deputy prefect, and in convicting him, were “relevant and sufficient”.

As to whether the impugned interference was proportionate, the Court observes that the applicant was ordered to pay a criminal fine. That in itself means that the measures taken against him were very serious. However, the Court notes that the fine was little more than a token amount, equivalent to 14 euros (EUR).

The Court also notes the modest amount of the damages (equivalent to EUR 298) which the applicant was ordered to pay jointly and severally with the weekly review.

Finally, the Court notes the exceedingly casual attitude adopted by the applicant during the criminal proceedings against him. The applicant showed a manifest lack of interest in the trial, attending neither the hearings before the Court of First Instance nor those before the County Court, despite being repeatedly summoned to appear and despite the warrant issued by the Court of First Instance ordering him to appear before it immediately (see, *mutatis mutandis*, *Cumpănă and Mazăre*, cited above, § 104). What is more, he did not attempt at any point to challenge the accusations made against him.

Having regard to the circumstances of the case, the Court considers that the applicant’s conviction was not disproportionate to the legitimate aim pursued. Accordingly, the impugned interference can be regarded as “necessary in a democratic society”.

It follows that this complaint is manifestly ill-founded and must be rejected under Article 35 §§ 3 and 4 of the Convention.

2. The applicant alleged that he had not had a fair trial before the County Court because he had been convicted in his absence and because the court had declined to refer two objections of unconstitutionality to the Constitutional Court. He relied on Article 6 § 1 of the Convention, which provides:

“In the determination ... of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. ...”

The Court notes that there are two separate parts to this complaint, which it will examine in turn.

### **A. Conviction of the applicant in his absence**

The applicant complained that he had been convicted by the Timiș County Court without evidence being heard from him in person. He referred to *Constantinescu*, cited above, in which the Court held that there had been a violation of the right to a fair trial on account of the infringement of the applicant's right to have his evidence heard by the court during the hearing. Accordingly, he contended that there had also been a violation of Article 6 § 1 of the Convention in the instant case.

The Court reiterates that where an appellate court is called upon to examine a case as to the facts and the law and to make a full assessment of the question of the applicant's guilt or innocence, it cannot, as a matter of fair trial, properly determine those issues without a direct assessment of the evidence given in person by the accused (see *Constantinescu*, cited above, § 55).

However, unlike *Constantinescu*, in which no evidence was heard from the applicant despite his being present at the hearing, the Court reiterates that in the present case the applicant showed no interest whatsoever in the trial, failing to attend any of the hearings before the domestic courts.

Observing that the County Court did not act in breach of any internal procedure, the Court therefore considers that the fact that the applicant did not give any evidence before that court did not adversely affect the fairness of the proceedings.

It follows that the first part of the complaint is manifestly ill-founded and must be rejected under Article 35 §§ 3 and 4 of the Convention.

### **B. Decision not to refer two objections of unconstitutionality to the Constitutional Court**

The applicant complained of the fact that the Timiș County Court had dismissed two objections of unconstitutionality which he had requested it to refer to the Constitutional Court. According to the applicant, under the third paragraph of section 23 of Law no. 47/1992, the County Court had been obliged to take action on his first objection concerning Article 346 of the Code of Criminal Procedure, despite the fact that the Constitutional Court had already ruled on the constitutionality of that Article and had found it to be compatible with the Constitution. He further submitted that, in dismissing his second objection on the ground that it had already given a decision, the court had for the second time infringed his right of access to the Constitutional Court, since the second objection referred to a different provision, namely section 23 of Law no. 47/1992.

The Court observes, firstly, that the Convention does not guarantee, as such, any right to have a case referred by a domestic

court to another national or international authority for a preliminary ruling.

It further draws attention to its case-law, according to which the right to have a preliminary question referred to a court cannot be absolute either, even where a particular field of law may be interpreted only by a court designated by statute and where the legislation concerned requires other courts to refer to that court, without reservation, all questions relating to that field. It is in accordance with the functioning of such a mechanism for the court to verify whether it is empowered or required to refer a preliminary question, first satisfying itself that the question must be answered before it can determine the case before it. However, it is not completely impossible that, in certain circumstances, refusal by a domestic court trying a case at final instance might infringe the principle of fair trial, as set forth in Article 6 § 1 of the Convention, in particular where such refusal appears arbitrary (see *Coëme and Others v. Belgium*, nos. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 and 33210/96, § 114, ECHR 2000-VII, and *Wynen and Centre hospitalier interrégional Edith-Cavell v. Belgium*, no. 32576/96, § 41, ECHR 2002-VIII).

In the Court's view, this does not apply in the instant case. The County Court took into account the applicant's complaint concerning the constitutionality of Article 346 of the Code of Criminal Procedure and of his request to have the objection referred to the Constitutional Court. It subsequently delivered a decision giving sufficient grounds, finding that the Article had already been examined several times by the Constitutional Court, which had declared it on each occasion to be compatible with the Constitution. Further examination of the Article was therefore unlikely to achieve anything.

As regards the second objection raised by the applicant against section 23 of Law no. 47/1992, the Court notes that it did not relate to a provision on which the outcome of the case depended.

Admittedly, the fact that the court dismissed the first objection on the basis of the third paragraph of section 23 of Law no. 47/1992, and the second on the ground that it had already given a decision, could be regarded as an error of law, given that the section in question does not prohibit the referral to the Constitutional Court of objections which have already been examined by that court.

However, the Court reiterates that it is primarily for the national authorities, notably the courts, to interpret domestic law and that it is not its function to deal with errors of fact or law allegedly committed by a national court unless and in so far as they may have infringed rights and freedoms protected by the Convention (see *García Ruiz v. Spain* [GC], no. 30544/96, § 28, ECHR 1999-I).

In the instant case, for the reasons outlined above, the Court cannot regard the decision not to refer as arbitrary and such as to infringe the

principle of a fair hearing (see, *mutatis mutandis*, *Dotta v. Italy* (dec.), no. 38399/97, 7 September 1999, and *Kefalas and Others v. Greece* (dec.), no. 40051/02, 17 March 2005).

It follows that the second part of the complaint is manifestly ill-founded and must be rejected under Article 35 §§ 3 and 4 of the Convention.

For these reasons, the Court unanimously

*Declares* the application inadmissible.

GOUDSWAARD-VAN DER LANS v. THE NETHERLANDS  
(*Application no. 75255/01*)

THIRD SECTION<sup>1</sup>

DECISION OF 22 SEPTEMBER 2005<sup>2</sup>

---

1. Sitting as a Chamber composed of Mr B. Zupančič, *President*, Mr J. Hedigan, Mr L. Caflisch, Mr C. Birsan, Mr V. Zagrebelsky, Mrs R. Jaeger, Mr E. Myjer, *judges*, and Mr V. Berger, *Section Registrar*.

2. English original.





SUMMARY<sup>1</sup>**Changes in social security legislation following social developments and resulting in the reduction of benefits payable to existing beneficiaries****Article 1 of Protocol No. 1**

*Peaceful enjoyment of possessions – Interference – Public interest – Proportionality – Changes in social security legislation following social developments and resulting in the reduction of benefits payable to existing beneficiaries – Reduction of widow’s pension – Large number of beneficiaries concerned – Transitional provisions intended to ease the effects of new legislation – Original legislation conceived as safeguard against poverty*

\*  
\* \*

The applicant, a widow since 1977, was in receipt of a widow’s pension under a social security law. In 1996 new legislation came into force, which substantially reduced her pension on the ground that she had been cohabiting with another person. The courts, whilst accepting that a “partial deprivation of the applicant’s possessions” had taken place, dismissed her appeals, finding that the new arrangements were in accordance with the criteria flowing from Article 1 of Protocol No. 1.

*Held*

Article 1 of Protocol No. 1: The Court proceeded on the basis that there had been an “interference” with the applicant’s peaceful enjoyment of possessions. The lawfulness of the interference was not in dispute, and it was accepted that the aims pursued were legitimate. Concerning proportionality, the Court noted that the new legislation had involved a reduction of the disposable income of pension beneficiaries who were receiving additional income in the form of other social benefits, or from paid employment, or were living in a common household with another person. The Court could not accept the applicant’s suggestion that her pension entitlements, based as they were on contributions to a particular fund, should remain unaltered once they had been granted. There was no authority in its case-law for so categorical a statement, and the Court had accepted the possibility of reductions in social security entitlements in certain circumstances. The present case was distinguishable from *Kjartan Asmundsson v. Iceland*, where the Court had found a violation of Article 1 of Protocol No. 1. In the present case, the number of individuals whose pensions had been reduced had not been limited, provision had been made to ease the effects of the new legislation, and the original legislation had been conceived as a safeguard against poverty for persons who lacked basic maintenance from another socially acceptable source. The

---

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

information available to the Court was insufficient to allow it to conclude that the applicant was in that position. In conclusion, she had not been made to bear an “individual and excessive burden”, as had been the case in *Kjartan Ásmundsson*: manifestly ill-founded.

**Case-law cited by the Court**

*Mellacher and Others v. Austria*, judgment of 19 December 1989, Series A no. 169

*Kjartan Ásmundsson v. Iceland*, no. 60669/00, ECHR 2004-IX

*Hoogendijk v. the Netherlands* (dec.), no. 58641/00, 6 January 2005

*Stec and Others v. the United Kingdom* (dec.) [GC], nos. 65731/01 and 65900/01, ECHR 2005-X

...

## THE FACTS

The applicant, Mrs A.C. Goudswaard-van der Lans, is a Netherlands national who was born in 1942 and lives in Aalsmeer. She was represented before the Court by Ms T. Spronken, a lawyer practising in Maastricht. The respondent Government were represented by Mr R.A.A. Böcker, of the Ministry of Foreign Affairs.

In the interest of the proper administration of justice, the President granted leave to the following persons to submit written comments: Mrs J.M. Breugem-Westerkamp, Mrs G. Gosschalk-Wigboldus, Mrs M.E.C. Santoro-van Halm Braam, Mrs W. Hop-Bloemberg, Mrs M.J.C. Braspenning, Mr M.J. Lens, Mr J.H.M. Boerland, Mrs M. Scholte-Sleumer, Mrs W.C. Monster and Mr M.C.A. Glas (Article 36 of the Convention and Rule 44 § 2 of the Rules of Court). These persons, referred to hereafter as “third parties”, were represented by Mr T. Barkhuysen, a lawyer practising in Amsterdam.

### A. The circumstances of the case

The facts of the case, as submitted by the applicant and the respondent Government, may be summarised as follows.

The applicant’s husband died on 18 January 1977. The applicant was left with two children born in 1970 and 1972 respectively. She was granted a pension under the General Widows and Orphans Act (*Algemene Weduwen- en Wezenwet* – “the AWW”).

She entered into a relationship with Mr H., with whom she had a child in 1980, and set up home with him some time before 1 July 1996.

At the time of the events complained of, the applicant’s AWW pension amounted to 21,981.12 Netherlands guilders (NLG) annually.

The AWW was repealed on 1 July 1996 and replaced by the General Surviving Dependants Act (*Algemene Nabestaandenwet* – “the ANW”).

By a decision of 1 December 1997, the competent executive authority, the Social Insurance Bank (*Sociale Verzekeringsbank*), reduced the applicant’s pension to NLG 6,815.40 annually, with effect from 1 January 1998. The reason for this reduction was the fact that the applicant had been living with Mr H. on 1 July 1996, the date on which the ANW came into force, and was expected to continue to do so beyond 31 December 1997.

On 8 January 1998 the applicant lodged an objection against this decision with the Social Insurance Bank. It was dismissed on 17 February 1998.

On 26 March 1998 the applicant lodged an appeal with the Amsterdam Regional Court (*arrondissementsrechtbank*).

On 30 June 1998, owing to the entry into force of new transitional legislation (the Act of 18 June 1998 – see below), the Social Insurance Bank raised the applicant’s pension to NLG 8,449.44 annually, with effect from 1 July 1998.

On 23 September 1998 the applicant’s representative wrote to the Regional Court informing it that the applicant’s appeal was one of several that had been selected as pilot cases intended to allow the courts to establish case-law. On 22 October 1998 the Social Insurance Bank also wrote to confirm this.

The Regional Court gave a decision on 17 March 1999 declaring the appeal well-founded on grounds not relevant to the case before the Court. It quashed the decisions of 17 February and 30 June 1998 but left the effects of the latter decision unaffected.

On 21 April 1999 the applicant lodged a further appeal with the Central Appeals Tribunal (*Centrale Raad van Beroep*), the highest tribunal with jurisdiction in social security matters. The Social Insurance Bank also lodged an appeal, directed against aspects of the Regional Court’s decision with which it disagreed.

The Central Appeals Tribunal dismissed the applicant’s further appeal in a decision delivered in open court on 24 January 2001 and notified to the applicant on the same day. It accepted that there had been a “partial deprivation of possessions” within the meaning of Article 1 of Protocol No. 1. Its reasoning included the following:

“In this legal provision [i.e. section 67 of the ANW – see below] one of the basic assumptions of the ANW, namely that statutory insurance for surviving dependants should be based on actual need [*dat aan een wettelijke nabestaandenverzekering het behoefteprincipe ten grondslag moet liggen*], has been elaborated in respect of former recipients of AWW pensions. As compared to the ordinary ANW regime – under which, in short, the pension is reduced by the entire amount of work-related benefits [i.e. unemployment and disability benefits] and by income from work excluding a sum equal to 50% of the statutory minimum wage before tax, plus one-third of any income in excess thereof – the deduction applicable to former AWW beneficiaries under the [Act of 4 July 1996 – see below] is more advantageous: 70% of the statutory minimum wage before tax, in respect of both forms of income, together with one-third of any income from work in excess thereof, is disregarded for the purposes of the reduction. It can also be said in such cases that, regardless of the level of income, an amount of benefit equal to 30% of the statutory minimum wage before tax remains unaffected.

As regards the transitional regime under section 67 of the ANW it is also relevant that, in the case of persons maintaining a common household who are treated under the ANW as married persons (with the exception of first-degree relatives), the former AWW beneficiary who is regarded as married on this ground retains, from 1 January 1998, an ANW pension equal to 30% of the statutory minimum wage, that percentage in the case of persons maintaining a common household in order to take care of an invalid rising to 50% (of the statutory minimum wage after tax), 20% of which is means-tested.

The Regional Court held that this result was consistent with the criteria flowing from Article 1 of Protocol No. 1, which provides:

...

The Central Appeals Tribunal agrees that the transitional arrangements under the ANW fulfil those criteria, and in particular that the legislature, in determining what can and must be considered necessary in the general interest, has not overstepped its margin of appreciation. In addition to the Regional Court's findings on this point, the Central Appeals Tribunal considers the following important: according to current opinion the statutory insurance regime for surviving dependants acts as a basic provision [*bodemvoorziening*] in terms of supplementary arrangements for surviving dependants and as an income provision [*inkomensvoorziening*] at the level of the social minimum. This does not sit well with the idea of leaving the (basic) benefit intact where circumstances indicate that the surviving dependant concerned is, or has been, able to meet his or her own needs. The fact that there was no provision of this nature in the AWW may plausibly be attributed to the then insignificant proportion of married women in employment, as a consequence of which the concurrence of an AWW pension and a salary, or social benefit in lieu of salary [*loondervingsuitkeringen*], was relatively rare. From the perspective of the aims of the new system, the social changes in this area required an arrangement that dealt with the concurrence of benefits for surviving dependants and other income. In addition, the legislature found it appropriate to extend the equal treatment of married couples and unmarried cohabitants (in a general sense), as for other social arrangements, to the statutory insurance for surviving dependants.

The fact that the adaptations in question also extend to existing cases (persons in receipt of AWW pensions) is considered acceptable by the Central Appeals Tribunal within the scope of its present review, from the equality point of view, and also in the light of the potentially considerable duration of the benefit; and what is also acceptable within the same scope of review is the position of the legislature that, in terms of legal certainty, a temporary and/or partial (in the present case: an initially complete and subsequently partial) respect for existing rights is required.

The position that only 'full compensation' would be consistent with Article 1 of Protocol No. 1, as has been argued by the persons concerned by the cases dealt with in the present proceedings, is based on an incorrect understanding of that provision, which does not go so far as to make it utterly impossible for a State to make changes to existing (social security) rights."

## **B. Relevant domestic law**

### *1. The AWW*

The AWW, which came into force on 1 October 1959, insured against the risk of the death of the family breadwinner. Under the AWW scheme, all persons residing in the Netherlands and non-residents gainfully employed in the Netherlands were compulsorily insured. Contributions to this scheme were paid by all persons gainfully employed in the Netherlands.

Entitlement to AWW benefit was not dependent on the level of contributions paid as, unlike a social security scheme based on employment (*werknemersverzekering*), it was a nationwide social security scheme (*volksverzekering*). The level of benefit was linked to the statutory minimum wage.

The AWW conferred entitlement to a widow's pension on the widow of an insured person, provided she was under the age of 65 and was caring for an unmarried child born or conceived no later than the date of her spouse's death. A widow without children was also entitled to claim benefit subject to certain conditions, for example if she was incapacitated for work or was aged 40 or over at the time of her husband's death. "Widow" meant the woman to whom the insured person was married on the date of his death.

At the time when the AWW was replaced by the ANW, the amount of the pension was equal to the statutory minimum wage after tax in the case of a widow with dependent children below the age of 18, and 70% of that wage in other cases. This amount was the same for all widows, regardless of any income they might have been receiving from other sources.

Entitlement to an AWW pension was lost upon remarriage.

From 1988 onwards, widowers enjoyed the same entitlement to benefit after the death of their wives in accordance with the case-law of the domestic courts under Article 26 of the International Covenant on Civil and Political Rights.

## 2. *Drafting history of the ANW*

By 1987 the government of the day felt that the AWW, based as it was on the traditional division of labour between men and women, had become obsolete. It gave surviving dependants an entitlement to benefit even if they were not in need of it: increasingly, beneficiaries included widows and widowers in paid employment.

For this reason, the government decided to introduce new legislation granting an entitlement to a pension only to certain categories of surviving dependants who could not be expected either to provide entirely for themselves or to take out private insurance.

A first bill was introduced in 1991. It was rejected by the Upper House of Parliament, which disapproved of, among other things, the proposed transitional provisions.

A revised bill was introduced during Parliament's 1994/95 session.

According to figures quoted by the government in support of its proposals, in 1993, the percentages of working women among widows and female divorcees in the age groups 45-49 and 50-54 were 58% and 42% respectively (see the Explanatory Memorandum (*Memorie van Toelichting*), Lower House of Parliament, no. 24, 169, 1994/95 session, no. 3).

### 3. *Relevant provisions of the ANW*

The ANW (Act of 21 December 1995, Official Gazette (*Staatsblad*) 1995, no. 690, as amended (with retroactive effect from 1 July 1996) by the Act of 4 July 1996, Official Gazette 1996, no. 369) came into force on 1 July 1996.

Under section 13 of the ANW, the persons insured under the Act are those who are either Netherlands residents or, if not Netherlands residents, are liable for wage tax (*loonbelasting*) in respect of work carried out in the Netherlands under a contract of employment.

Section 14 of the ANW provides that the surviving dependants of insured persons shall be entitled to a pension if they have an unmarried child under 18 years of age who does not form part of any other person's household, or if they are unfit for work, or if they were born before 1 January 1950.

Section 16 provides for the termination of the entitlement to an ANW pension in the event that the surviving dependant no longer meets the requirements of section 14 (unless he or she was born before 1 January 1950) or reaches the age of 65 (at which age, in the Netherlands, one normally becomes entitled *ipso facto* to an old-age pension under different legislation).

The ANW pension is equal, after tax, to 70% of the statutory minimum wage after tax (section 17). The pension is reduced by an amount equal to the surviving dependant's other income, if any; however, a proportion of income from paid employment (*inkomen uit arbeid*) equal to 50% of the statutory minimum wage before tax plus, if the surviving dependant's income from work exceeds that sum, one-third of the remainder, is disregarded for the purposes of the deduction (section 18).

Section 67 laid down a transitional regime for persons who, before the entry into force of the ANW, had been entitled to benefit under the AWW.

In accordance with section 67(3), persons like the applicant who maintained a common household with another person on the day on which the ANW came into force (i.e. 1 July 1996), and were still maintaining that common household on 31 December 1997, lost their entitlement to an ANW pension entirely with effect from 1 January 1998 unless they were born before 1 January 1941, in which case they were entitled to an ANW pension amounting to 30% of the statutory minimum wage (after tax).

### 4. *Relevant changes to the transitional regime*

#### **(a) The Act of 4 July 1996 amending the transitional regime and introducing certain technical adaptations**

As originally enacted in 1995, the ANW provided that persons previously entitled to an AWW pension who maintained a common

household with another person on the day on which the ANW came into force lost their entitlement to an ANW pension entirely with effect from 1 January 1998 unless they were born before 1 January 1941, in which case they were entitled to an ANW pension amounting to 30% of the statutory minimum wage (after tax).

The Act of 4 July 1996 amending the transitional regime and introducing certain technical adaptations (*Wet van 4 juli 1996 tot wijziging van de Algemene nabestaandenwet (wijziging overgangsrecht alsmede enkele technische aanpassingen)*) amended this arrangement, limiting it to those who were still maintaining a common household with someone else on 31 December 1997 (section 67(3) of the ANW – see above).

**(b) The temporary remedial arrangement for transitional provisions of the ANW**

As early as 31 October 1997, the Deputy Minister for Social Affairs and Employment (*Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid*) decided on a “Temporary remedial arrangement for transitional provisions of the ANW” (*Tijdelijke regeling reparaties overgangswet ANW*, Official Bulletin (*Staatscourant*) 1997, no. 210, p. 6). Its stated intention was to remove some of the effects of section 67 of the ANW, which were widely felt to be excessively harsh in that they frequently led to the complete termination of entitlement to an ANW pension.

The solution chosen, as relevant to the present case, was to reduce the ANW pension of surviving dependants who had previously enjoyed an AWW pension and were cohabiting in a common household to 30% of the statutory minimum wage (after tax) regardless of their date of birth.

This temporary arrangement was withdrawn with effect from 1 July 1998 (Official Bulletin 1998, no. 133, p. 8), having been made redundant by the Act of 18 June 1998 (see below).

**(c) The Act of 18 June 1998 amending the ANW in view of apparent unfairness**

The Act of 18 June 1998 amending the ANW in view of apparent unfairness (*Wet van 18 juni 1998 tot wijziging van de Algemene nabestaandenwet in verband met gebleken onbillijkheden*, Official Gazette 1998, no. 377) amended section 67(3) of the ANW to provide, in so far as relevant to the case before the Court, that for persons previously entitled to an AWW pension who maintained a common household with someone else on 1 July 1996, for reasons other than taking care of an invalid, and who were still maintaining that household on 31 December 1997, the ANW pension would be reduced to 30% of the statutory minimum wage (before tax) with effect from 1 January 1998.



## COMPLAINTS

In her first letter to the Court, the applicant complained under Article 1 of Protocol No. 1 that the reduction of her widow's pension by no less than 69% pursuant to the ANW was disproportionate and lacked justification. She argued that she should have remained in receipt of a pension equal to that to which she had been entitled under the AWW until she reached the age of 65.

On her application form, dated 12 October 2001, the applicant made the following additional complaints.

She complained of discrimination under Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 1 of Protocol No. 1, as construed by the Court in *Thlimmenos v. Greece* ([GC], no. 34369/97, ECHR 2000-IV), in that her case had been treated in the same way as that of persons who had become entitled to an ANW pension after the entry into force of the ANW, notwithstanding the fact that the two situations were substantially different.

She complained under Article 8 of the Convention of an unjustified interference with her private and family life owing to the considerable reduction in family income occasioned by the events complained of.

Finally, she complained under Article 6 of the Convention that she was prevented by domestic law from obtaining judicial review of the ANW itself in terms of legal certainty and justified expectations.

## THE LAW

### **A. Extent to which the applicant can claim standing as a “victim”**

The Government took the view that the applicant could not be regarded as a “victim” of the enactment of the ANW and its transitional regime in so far as the reduction of the sums payable to her under the ANW related to her income.

The applicant replied that the reduction of the ANW pension payable to a surviving dependant sharing a common household with another person was based on the unproven presumption that the cohabitants' combined income would be higher than that of the surviving dependant alone. Moreover, the mere existence of the new legal provisions, even if they were not immediately applied to the applicant, affected the value of her Convention rights.

The Court considers that the Government were right in pointing out that the reduction of the applicant's pension under the new legislation was decided on the ground that she was cohabiting with Mr H. on the relevant date and was expected to continue to do so. Other income

considered as a basis for such reduction is not strictly relevant to the present case.

However, given its reasoning as set out below, the Court sees no need to determine whether any part of the application should be declared inadmissible on grounds related to that matter.

It is further observed that the present application was singled out in order to address a general problem raised by a number of applicants, including the third parties. Some of those other applications do in fact concern widows whose pensions were reduced for reasons pertaining to other income.

## **B. Article 1 of Protocol No. 1**

Article 1 of Protocol No. 1 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.”

The applicant alleged a violation of this provision in that, as a result of the reduction in her AWW pension following the entry into force of the ANW, she had been deprived of a possession without adequate compensation. The Government disputed this.

### *1. The Government*

The Government did not seek to argue that Article 1 of Protocol No. 1 was inapplicable. They argued, however, that it had not been violated.

Firstly, they took the view that there had been no “deprivation” of possessions. Contributions to the AWW scheme had been paid in respect of the applicant and the applicant remained entitled to a pension under the AWW and its successor, the ANW, subject to meeting the conditions laid down by the Act in question. She could not, however, claim under Article 1 of Protocol No. 1 to be entitled to a pension in any particular amount. Her substantive rights were currently defined by the law as amended, not by the law as applicable at the time when she was first granted the pension.

In the alternative, they relied on the respondent State’s margin of appreciation. The AWW had been replaced in response to social developments which could not be ignored. Furthermore, the applicant benefited from a transitional regime which went some way towards compensating her for the income which she had lost. It could not

therefore be said that the interference with the applicant's proprietary rights had been "disproportionate".

Still less could it be said that a State was prevented from altering a social security entitlement in the light of changed circumstances once it had been granted.

### 2. *The applicant and the third parties*

The applicant and the third parties drew the Court's attention to the contributions which their late breadwinners had paid while alive so that they would benefit from them in the event of their spouse's death.

They relied primarily on the fact that, at the time when the AWW pension was awarded to them, they had only been informed that it would be terminated when they reached the age of 65 (at which time they would qualify for an old-age pension) or if they remarried. In their submission, it was not open to the respondent State to place additional restrictions on their entitlement or reduce it in any significant proportion: an AWW pension was not to be compared with, for example, unemployment benefit, which by its nature was intended to be purely temporary.

Secondly, they considered it unnecessary for the respondent State to encroach on pre-existing rights. In their submission, alternative solutions could have been found which would have left them unaffected without exceeding the budget reserved for pensions under the ANW.

In the further alternative, they argued that the introduction of the new legislation had resulted in reductions to their income which imposed a disproportionate individual burden on them. The transitional arrangement, under which individuals in the position of the applicant continued to receive a certain proportion of the statutory minimum wage, was insufficient to restore a reasonable relationship of proportionality.

Lastly, they expressed the view that the respondent State should not have resorted to measures as drastic as those complained of without at least assessing the effect that they would have on the lifestyle of each of them. In some cases, recipients of an ANW pension had been deterred from engaging in relationships involving cohabitation, however defined, by the prospect of losing their ANW pension altogether.

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

The Court finds that Article 1 of Protocol No. 1 is applicable to the present case (see *Stec and Others v. the United Kingdom* (dec.) [GC], nos. 65731/01 and 65900/01, ECHR 2005-X); indeed, this is not in dispute.

As the Court has held many times, Article 1 of Protocol No. 1, which guarantees in substance the right of property, comprises three distinct rules. The first, which is expressed in the first sentence of the first

paragraph and is of a general nature, lays down the principle of peaceful enjoyment of property. The second rule, in the second sentence of the same paragraph, covers deprivation of possessions and subjects it to certain conditions. The third, contained in the second paragraph, recognises that the Contracting States are entitled, amongst other things, to control the use of property in accordance with the general interest. The second and third rules, which are concerned with particular instances of interference with the right to peaceful enjoyment of property, are to be construed in the light of the general principle laid down in the first rule (see, as a recent authority, *Kjartan Ásmundsson v. Iceland*, no. 60669/00, § 39, ECHR 2004-IX).

As it did in *Kjartan Ásmundsson*, the Court will proceed in the present case on the basis of an “interference” with the applicant’s peaceful enjoyment of a possession (*ibid.*, § 40; see also *Hoogendijk v. the Netherlands* (dec.), no. 58641/00, 6 January 2005).

The lawfulness of the interference, in terms of domestic law, is not in dispute.

As in *Hoogendijk*, the Court accepts that the aims pursued were social justice and the State’s economic well-being, both of which are legitimate.

However, any interference with property rights under Article 1 of Protocol No. 1 must not only pursue a legitimate aim “in the public interest”; there must also be a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised. The requisite balance will not be found if the person or persons concerned have had to bear “an individual and excessive burden” (see, among many other authorities, *Kjartan Ásmundsson*, § 40, and *Hoogendijk*, both cited above).

In considering whether this is the case, the Court must have regard to the specific context of the present case, namely that of a social security scheme. Such schemes are an expression of a society’s solidarity with its vulnerable members.

The AWW was enacted in 1959. It set up a system in which breadwinners contributed to a fund from which, in the event of their death, payments in the form of pensions would be made to their surviving dependants. Such pensions were set at a statutory rate, regardless of the contributions paid by the breadwinners.

At that time, the assumption was that families’ breadwinners were normally men; surviving dependants of deceased breadwinners were either the adult women to whom they had been married or their minor children. The very title of the AWW, which translates as “General Widows and Orphans Act”, reflects this. The AWW was intended to protect these vulnerable groups from destitution by providing them with a guaranteed income sufficient to maintain a modest but decent standard of living. In the case of widows, the pension was either 70% or the full

amount of the statutory minimum wage after tax, depending on whether the widow was the only surviving dependant or had to care for minor children as well (see above).

A further assumption, applicable to widows aged 40 or over, was that they were not otherwise provided for; that is to say, that they were not maintained by another adult or by income from paid employment. Their entitlement to an AWW pension therefore continued until they remarried or until they reached the age of 65 and became entitled to an old-age pension.

By the time of the events complained of, more than three decades later, those assumptions had been overtaken by developments in Dutch society. For the present purposes, it suffices to note that many widows were cohabiting with a person to whom they were not married, in a relationship comparable in economic terms to a family unit, or else themselves had income from another source: normally either paid employment or social benefits, such as unemployment or disability benefits, replacing income from earlier employment.

In these changed circumstances it was no longer axiomatic that widows were bereft of maintenance.

Moreover, by this time it was not only widows who could qualify for an AWW pension but – following developments in domestic case-law based on human rights considerations (Article 26 of the International Covenant on Civil and Political Rights) – widowers as well.

The government and the legislature of the respondent State were entitled in principle to respond to these changes by altering their understanding of vulnerable groups requiring protection in the form of income from public sources (see, *a contrario*, *Kjartan Ásmundsson*, cited above, § 42); this they did by enacting the ANW. The Court must now examine the ANW's impact on persons in the situation of the applicant.

For recipients of an AWW pension, the ANW entailed a reduction in disposable income if they received additional income in the form of other social benefits or from paid employment or were born after 1940 and were cohabiting in a common household with another person (unless that person was an invalid in their care). The applicant and the third parties all belong to at least one of these categories.

Those whose other income consisted of social benefits lost a proportion of their pension equal to those other benefits.

In the case of those in paid employment, the reduction in benefit was calculated in such a way that those whose wages amounted to twice the statutory minimum wage or more lost their entitlement entirely; those whose wages were lower kept a proportion of their entitlement.

Those who maintained a common household with another adult on a particular date could initially expect to lose their pension entitlement entirely. However, this was considered an unduly harsh measure; as

described above, its effects were softened by various transitional measures. Eventually, the pension payable to persons in this situation, as relevant to the present case, was set at 30% of the statutory minimum wage before tax.

The Court cannot accept the suggestion made by the applicant and the third parties that their pension entitlements, based as they were on contributions to a particular fund made specifically for their benefit, should remain unaltered once they had been granted. There is no authority in its case-law for so categorical a statement; in actual fact, it has accepted the possibility of reductions in social security entitlements in certain circumstances (see, as a recent authority, *Kjartan Ásmundsson*, cited above, § 45, with further references; see also *Hoogendijk*, cited above).

Nor is the Court concerned with the possibility that other options were open to the authorities of the respondent State. The possible existence of alternative solutions does not in itself render the contested legislation unjustified (see *Mellacher and Others v. Austria*, judgment of 19 December 1989, Series A no. 169, p. 28, § 53).

In *Kjartan Ásmundsson* the Court considered decisive the individual nature of the termination of Mr Kjartan Ásmundsson's disability pension, as was apparent from the small number of persons in Mr Kjartan Ásmundsson's position compared to the numbers who continued to enjoy the disability pension denied him, and the fact that the legislation formerly governing the pension paid to him allowed him additionally to enjoy income from gainful employment, subject to certain conditions (*ibid.*, §§ 43-44). Against that background, it considered that the complete termination of Mr Kjartan Ásmundsson's disability pension was excessive when set off against the interests of the community as a whole (*ibid.*, § 45).

The present case is different.

Firstly, it has not been argued, nor is it apparent, that the number of individuals whose AWW pensions have been reduced by the ANW is so limited that their impact can be considered insignificant.

Secondly, provision has been made to ease the effects of the new legislation on persons in the situation of the applicant.

Thirdly, and more importantly, the AWW was conceived as a safeguard against poverty for persons who lacked basic maintenance from another socially acceptable source; the information available to the Court is insufficient to allow it to conclude that the applicant is in that position.

The Court accepts that the introduction of the ANW has had effects on the applicant's disposable income. However, although the Convention, supplemented by its Protocols, binds Contracting Parties to respect lifestyle choices to the extent that it does not specifically admit of restrictions, it does not place Contracting Parties under a positive

obligation to support a given individual's chosen lifestyle out of funds which are entrusted to them as agents of the public weal.

In conclusion, the Court does not find that the applicant was made to bear an "individual and excessive burden".

It follows that this part of the application must be rejected as manifestly ill-founded, pursuant to Article 35 §§ 3 and 4 of the Convention.

### **C. Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 1 of Protocol No. 1, and Articles 8 and 6 of the Convention**

The applicant lodged her application with the Court by a letter of 16 July 2001. In the letter, she only complained of a violation of her rights under Article 1 of Protocol No. 1.

The additional complaints under Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 1 of Protocol No. 1, and Articles 8 and 6 of the Convention were made for the first time on the application form provided by the Court's Registry (Rule 47 § 1 of the Rules of Court).

The final domestic decision in the present case was that of the Central Appeals Tribunal, which was delivered in open court on 24 January 2001 and transmitted to the applicant on the same day. The application form was submitted on 12 October 2001, more than six months later.

It follows that these parts of the application have been introduced out of time and must be rejected in accordance with Article 35 §§ 1 and 4 of the Convention.

For these reasons, the Court unanimously

*Declares* the application inadmissible.





GOUDSWAARD-VAN DER LANS c. PAYS-BAS  
(Requête n° 75255/01)

TROISIÈME SECTION<sup>1</sup>

DÉCISION DU 22 SEPTEMBRE 2005<sup>2</sup>

---

1. Siégeant en une chambre composée de M. B. Zupančič, *président*, M. J. Hedigan, M. L. Caflisch, M. C. Birsan, M. V. Zagrebelsky, M<sup>me</sup> R. Jaeger, M. E. Myjer, *juges*, et de M. V. Berger, *greffier de section*.

2. Traduction; original anglais.



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Modifications apportées à la législation en matière de sécurité sociale à la suite de développements sociaux et ayant abouti à la réduction des prestations de certains bénéficiaires existants****Article 1 du Protocole n° 1**

*Respect des biens – Ingérence – Intérêt public – Proportionnalité – Modifications apportées à la législation en matière de sécurité sociale à la suite de développements sociaux et ayant abouti à la réduction des prestations de certains bénéficiaires existants – Réduction de la pension de veuve – Grand nombre de bénéficiaires concernés – Dispositions transitoires destinées à atténuer les effets de la nouvelle législation – Législation originaire conçue comme une garantie contre l'indigence*

\*

\* \*

Veuve depuis 1977, la requérante percevait une pension de veuve au titre d'une législation sociale. En 1996, une nouvelle législation entra en vigueur qui réduisit substantiellement le montant de sa pension au motif qu'elle cohabitait avec une autre personne. Tout en admettant que la requérante avait été «partiellement privée de ses biens», les tribunaux rejetèrent ses recours, estimant que le nouveau dispositif était conforme aux critères découlant de l'article 1 du Protocole n° 1.

Article 1 du Protocole n° 1 : la Cour juge approprié d'examiner la cause sous l'angle d'une «atteinte» au droit de la requérante au respect de ses biens. Elle note qu'il n'y a pas controverse entre les parties sur la conformité au droit interne de l'atteinte litigieuse et admet que celle-ci poursuivait des buts légitimes. En ce qui concerne la proportionnalité, elle relève que, pour les bénéficiaires d'une pension, la nouvelle législation impliquait une réduction de leur revenu disponible s'ils percevaient des revenus complémentaires sous la forme d'autres prestations sociales ou d'un salaire ou s'ils étaient nés après une date déterminée et cohabitaient avec une autre personne. La Cour ne peut souscrire à la thèse de la requérante selon laquelle une fois qu'ils lui avaient été reconnus ses droits à pension devaient rester inchangés dès lors qu'ils étaient basés sur des cotisations à un fonds particulier. Rien dans sa jurisprudence ne permet en effet de formuler une assertion aussi catégorique et, en vérité, la Cour a admis la possibilité d'une réduction de droits à des prestations de sécurité sociale dans certaines circonstances. La Cour estime que la cause se distingue de l'affaire *Kjartan Ásmundsson c. Islande*, où elle avait conclu à la violation de l'article 1 du Protocole n° 1. Elle relève qu'en l'espèce la législation incriminée affecte un nombre de personnes beaucoup moins limité que dans l'affaire *Kjartan Ásmundsson*, que le législateur a prévu des mesures propres à atténuer les effets du nouveau dispositif et que la législation originaire avait été conçue comme une garantie

---

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

contre l'indigence pour les personnes dépourvues des ressources élémentaires susceptibles de provenir d'une autre source socialement acceptable. Les informations dont la Cour dispose sont insuffisantes pour qu'elle puisse considérer que la requérante se trouve en pareille situation. En conclusion, et contrairement au requérant dans l'affaire *Kjartan Ásmundsson*, la requérante n'a pas eu à supporter une «charge individuelle excessive»: défaut manifeste de fondement.

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

*Mellacher et autres c. Autriche*, arrêt du 19 décembre 1989, série A n° 169

*Kjartan Ásmundsson c. Islande*, n° 60669/00, CEDH 2004-IX

*Hoogendijk c. Pays-Bas* (déc.), n° 58641/00, 6 janvier 2005

*Stec et autres c. Royaume-Uni* (déc.) [GC], n°s 65731/01 et 65900/01, CEDH 2005-X

(...)

## EN FAIT

La requérante, M<sup>me</sup> A.C. Goudswaard-van der Lans, est une ressortissante néerlandaise née en 1942 et domiciliée à Aalsmeer. Elle est représentée devant la Cour par M<sup>c</sup> T. Spronken, avocate inscrite au barreau de Maastricht. Le gouvernement défendeur est représenté par M. R.A.A. Böcker, du ministère néerlandais des Affaires étrangères.

Dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, le président a autorisé les personnes suivantes à soumettre des observations écrites: M<sup>me</sup> J.M. Breugem-Westerkamp, M<sup>me</sup> G. Gosschalk-Wigboldus, M<sup>me</sup> M.E.C. Santoro-van Halm Braam, M<sup>me</sup> W. Hop-Bloemberg, M<sup>me</sup> M.J.C. Braspenning, M. M.J. Lens, M. J.H.M. Boerland, M<sup>me</sup> M. Scholte-Sleumer, M<sup>me</sup> W.C. Monster et M. M.C.A. Glas (article 36 de la Convention et article 44 § 2 du règlement). Désignées ci-dessous par le terme «parties intervenantes», ces personnes sont représentées par M<sup>c</sup> T. Barkhuysen, avocat inscrit au barreau d'Amsterdam.

### A. Les circonstances de l'espèce

Les faits de la cause, tels qu'ils ont été exposés par la requérante et le gouvernement défendeur, peuvent se résumer comme suit.

Le mari de la requérante décéda le 18 janvier 1977, laissant son épouse avec deux enfants, nés en 1970 et en 1972 respectivement. La requérante se vit accorder une pension au titre de la loi générale sur les veuves et orphelins (*Algemene Weduwen- en Wezenwet* – «AWW»).

Elle noua par la suite une relation avec M. H., dont elle eut un enfant en 1980. Elle se mit en ménage avec son compagnon quelque temps avant le 1<sup>er</sup> juillet 1996.

A l'époque des événements incriminés, la pension AWW de la requérante s'élevait à 21 981,12 florins néerlandais (NLG) par an.

L'AWW fut abrogée le 1<sup>er</sup> juillet 1996 et remplacée par la loi générale sur les survivants (*Algemene Nabestaandenwet* – «ANW»).

Par une décision du 1<sup>er</sup> décembre 1997, l'autorité exécutive compétente, la Banque d'assurance sociale (*Sociale Verzekeringsbank*), réduisit la pension de la requérante à 6 815,40 NLG par an, ce à compter du 1<sup>er</sup> janvier 1998. Cette réduction était motivée par le fait qu'au 1<sup>er</sup> juillet 1996, date d'entrée en vigueur de l'ANW, la requérante vivait avec M. H. et que les autorités présumaient que cette situation perdurerait après le 31 décembre 1997.

Le 8 janvier 1998, la requérante invita la Banque d'assurance sociale à revenir sur sa décision. Elle fut déboutée de sa demande le 17 février 1998.

Le 26 mars 1998, elle forma un recours devant le tribunal d'arrondissement (*arrondissementsrechtbank*) d'Amsterdam.

Le 30 juin 1998, jour de l'entrée en vigueur d'une nouvelle législation, à caractère transitoire (la loi du 18 juin 1998 – voir ci-dessous), la Banque d'assurance sociale porta la pension de la requérante à 8 449,44 NLG par an, ce à compter du 1<sup>er</sup> juillet 1998.

Le 23 septembre 1998, le représentant de la requérante informa le tribunal d'arrondissement par lettre que le recours formé par sa cliente n'était que l'un d'une série de recours pilotes qui avaient été introduits afin de permettre aux tribunaux de fixer la jurisprudence. Le 22 octobre 1998, la Banque d'assurance sociale confirma par lettre que tel était bien le cas.

Le tribunal d'arrondissement rendit sa décision le 17 mars 1999. Il accueillit le recours, pour des motifs qui ne sont pas pertinents pour l'affaire portée devant la Cour. Il annula les décisions des 17 février et 30 juin 1998, mais laissa subsister les effets de la seconde.

Le 21 avril 1999, la requérante forma un nouveau recours devant la Commission centrale de recours (*Centrale Raad van Beroep*), la plus haute juridiction compétente en matière de sécurité sociale. La Banque d'assurance sociale forma elle aussi un recours dirigé contre certains aspects de la décision du tribunal d'arrondissement.

La Commission centrale de recours rejeta le pourvoi de la requérante par une décision qu'elle rendit en audience publique le 24 janvier 2001 et notifia à la requérante le même jour. Elle reconnut qu'il y avait eu «privation partielle de biens», au sens de l'article 1 du Protocole n° 1. Elle s'exprima notamment comme suit :

« Dans cette disposition [l'article 67 de l'ANW – voir ci-dessous], l'un des principes de base de l'ANW, à savoir qu'une assurance légale pour les survivants doit être basée sur les besoins réels [*dat aan een wettelijke nabestaandenverzekering het behoefteprincipe ten grondslag moet liggen*], a été retenu par référence aux anciens bénéficiaires de pensions AWW. Comparé au régime ANW ordinaire – en vertu duquel, pour faire bref, la pension est réduite du montant intégral des prestations liées au travail [chômage et invalidité] et des revenus provenant du travail, à l'exclusion d'une somme égale à 50 % du salaire minimum légal avant impôt plus un tiers de l'ensemble des revenus dépassant la somme en question – la déduction applicable aux anciens bénéficiaires AWW en vertu de [la loi du 4 juillet 1996 – voir ci-dessous] est plus avantageuse. Une part de 70 % du salaire minimum légal avant impôt, pour les deux formes de revenus, cumulés avec un tiers de tout revenu provenant du travail qui dépasserait ce pourcentage, n'entre pas en ligne de compte aux fins de la réduction. On peut également dire en pareil cas que, indépendamment du niveau des revenus, un montant de prestations égal à 30 % du salaire minimum avant impôt échappe à toute réduction.

En ce qui concerne le régime transitoire de l'article 67 de l'ANW, il convient également d'observer que là où des personnes vivant en ménage sont désignées dans l'ANW comme des conjoints (à l'exception des parents au premier degré), l'ancien bénéficiaire AWW qui est considéré comme marié pour ce motif conserve à compter du 1<sup>er</sup> janvier 1998 une pension ANW égale à 30 % du salaire minimum légal, pourcentage

qui, dans le cas des personnes qui entretiennent un ménage commun afin de s'occuper d'un invalide, grimpe à 50 % (du salaire minimum légal après impôt), dont 20 % sont fonction du revenu.

Le tribunal d'arrondissement a estimé que ce résultat est conforme aux critères qui résultent de la première phrase de l'article 1 du Protocole n° 1, qui dispose :

(...)

La Commission centrale de recours admet que les arrangements transitoires prévus par l'ANW remplissent ces critères et, en particulier, que le législateur, dans sa détermination de ce qui peut et doit être considéré comme nécessaire dans l'intérêt général, n'a pas excédé sa marge d'appréciation. Outre les conclusions du tribunal d'arrondissement à cet égard, la Commission centrale de recours juge important de souligner ce qui suit : on considère aujourd'hui que le régime d'assurance légale pour les survivants remplit la fonction d'une prestation de base [*bodemvoorziening*] en termes d'arrangements complémentaires pour les dépendants et d'une prestation de revenu [*inkomensvoorziening*] au niveau du minimum social. Cela n'est guère en phase avec l'idée de laisser la prestation (de base) intacte là où les circonstances indiquent que le survivant concerné est ou a été capable de subvenir à ses propres besoins. Le fait qu'il n'y avait pas dans l'AWW de disposition de cette nature peut vraisemblablement être attribué à la circonstance qu'à l'époque seule une proportion insignifiante de femmes mariées exerçaient une activité rémunérée, en conséquence de quoi le cumul d'une pension AWW et d'une rémunération ou d'une prestation sociale censée remplacer une rémunération [*loondervingsuitkeringen*] était relativement rare. Du point de vue des buts poursuivis par le nouveau dispositif, les changements sociaux intervenus dans ce domaine exigeaient un système envisageant la question du cumul des prestations de survivant et d'autres sources de revenus. De surcroît, le législateur a jugé approprié d'étendre l'égalité de traitement des couples mariés et des cohabitants non mariés (au sens général), comme pour les autres régimes sociaux, au système de l'assurance légale au bénéfice des survivants.

Dans le cadre du contrôle exercé par elle en l'espèce, la Commission centrale de recours juge le fait que les adaptations en cause s'appliquent également aux cas existants (ceux de personnes bénéficiaires de pensions AWW) acceptable du point de vue de l'égalité, y compris au regard de la durée potentiellement considérable du droit à la prestation ; elle juge également acceptable dans le cadre du même contrôle la position du législateur selon laquelle le principe de sécurité juridique exige un respect temporaire et/ou partiel (en l'occurrence un respect initialement complet et par la suite partiel) des droits existants.

La thèse selon laquelle seule une «indemnisation intégrale» serait compatible avec l'article 1 du Protocole n° 1, qui a été défendue par les personnes concernées par les affaires examinées dans le cadre de la présente procédure, se fonde sur une mauvaise interprétation de cette disposition, qui ne va pas jusqu'à priver totalement un Etat de la possibilité d'apporter des changements à des droits (sociaux) existants.»

## **B. Le droit interne pertinent**

### *1. L'AWW*

Entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 1959, l'AWW assurait contre le risque de décès du soutien de famille. Elle prévoyait un système d'assurance

obligatoire de l'ensemble des personnes résidant aux Pays-Bas et des non-résidents exerçant une activité rémunérée aux Pays-Bas. Les cotisations au régime étaient versées par l'ensemble des personnes exerçant une activité rémunérée aux Pays-Bas.

A la différence d'un système social fondé sur l'exercice d'une activité salariée (*werknemersverzekering*), le droit aux prestations AWW ne dépendait pas du niveau des cotisations versées. Il s'agissait d'un système d'assurance sociale fondé sur la solidarité nationale (*volksverzekering*). Le niveau des prestations était lié à celui du salaire minimum légal.

L'AWW donnait droit à une pension de veuve à toute veuve d'une personne assurée, pourvu qu'elle eût un âge inférieur à soixante-cinq ans et qu'elle s'occupât d'un enfant non marié né ou conçu au plus tard à la date du décès de son époux. Une veuve sans enfants pouvait également faire valoir un droit à prestation sous certaines conditions, par exemple si elle souffrait d'une incapacité de travail ou si elle était âgée de quarante ans ou plus au moment du décès de son mari. Le terme «veuve» désignait la femme à laquelle la personne assurée était mariée à la date de son décès.

A l'époque où l'AWW fut remplacée par l'ANW, le montant de la pension était égal au salaire minimum légal après impôt dans le cas d'une veuve avec des enfants à charge âgés de moins de dix-huit ans et de 70 % de ce montant dans les autres cas. Ce montant était le même pour toutes les veuves, indépendamment des revenus qu'elles pouvaient percevoir d'autres sources.

Le droit à une pension AWW disparaissait en cas de remariage.

A partir de 1988, la jurisprudence des juridictions internes sur l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques reconnu aux veufs les mêmes droits à prestation qu'aux veuves.

## 2. *Genèse de l'ANW*

En 1987, le gouvernement de l'époque considéra que, fondée sur la répartition traditionnelle des tâches entre hommes et femmes, l'AWW était devenue obsolète. Le système donnait au survivant un droit à prestation, même dans les cas où il n'en avait pas besoin : de plus en plus souvent figuraient parmi les bénéficiaires des veuves et des veufs qui exerçaient un emploi rémunéré.

Aussi le gouvernement décida-t-il d'introduire une nouvelle législation qui ne garantirait un droit à pension qu'à certaines catégories de survivants non capables en principe de subvenir entièrement à leurs besoins ou de souscrire une assurance privée.

Un premier projet fut déposé en 1991. Il fut rejeté par la chambre haute du Parlement, qui n'était pas d'accord, notamment, avec les dispositions transitoires qu'il contenait.



Un projet corrigé fut déposé au cours de la session parlementaire 1994/1995.

D'après les chiffres cités par le gouvernement à l'appui de ses propositions, en 1993 les pourcentages de femmes actives parmi les veuves et les divorcées dans les tranches d'âge 45-49 et 50-54 ans étaient de 58 % et de 42 %, respectivement (voir l'exposé des motifs – *Memorie van Toelichting* – chambre basse du Parlement, n° 24, 169, session 1994/1995, n° 3).

### 3. Les dispositions pertinentes de l'ANW

L'ANW (loi du 21 décembre 1995, Journal officiel (*Staatsblad*) 1995, n° 690, telle qu'amendée (avec effet rétroactif au 1<sup>er</sup> juillet 1996) par la loi du 4 juillet 1996, Journal officiel 1996, n° 369) est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 1996.

En vertu de son article 13, les individus assurés sont ceux qui sont soit résidents néerlandais soit assujettis à l'impôt sur les rémunérations (*loonbelasting*) au titre d'une activité exercée aux Pays-Bas dans le cadre d'un contrat de travail.

L'article 14 prévoit que les survivants d'une personne assurée ont droit à une pension s'ils ont un enfant non marié âgé de moins de dix-huit ans qui ne fait pas partie d'un autre ménage, s'ils sont inaptes au travail ou s'ils sont nés avant le 1<sup>er</sup> janvier 1950.

L'article 16 prévoit la cessation du droit à pension dès lors que le survivant bénéficiaire ne remplit plus les conditions de l'article 14 (sauf s'il est né avant le 1<sup>er</sup> janvier 1950) ou qu'il atteint l'âge de soixante-cinq ans (âge auquel, aux Pays-Bas, on a normalement droit *ipso facto* à une pension de vieillesse au titre d'une autre législation).

La pension ANW est égale, après impôt, à 70 % du salaire minimum légal après impôt (article 17). La pension est réduite, le cas échéant, d'un montant égal à la somme des autres revenus du survivant ; toutefois, une part des revenus du travail (*inkomen uit arbeid*) égale à 50 % du salaire minimum légal avant impôt plus, si le revenu du travail que perçoit le survivant excède cette somme, un tiers du surplus, n'entre pas en ligne de compte aux fins de la déduction (article 18).

L'article 67 prévoit un régime transitoire pour les personnes qui, avant l'entrée en vigueur de l'ANW, avaient droit à une prestation au titre de l'AWW.

En vertu de l'article 67 § 3, les personnes qui, comme la requérante, partageaient un foyer avec une autre personne à la date de l'entrée en vigueur de l'ANW (le 1<sup>er</sup> juillet 1996) et qui étaient toujours dans la même situation de partage du foyer le 31 décembre 1997 perdaient intégralement leur droit à une pension ANW à compter du 1<sup>er</sup> janvier 1998, sauf si elles étaient nées avant le 1<sup>er</sup> janvier 1941, auquel cas elles

avaient droit à une pension ANW s'élevant à 30 % du salaire minimum légal (après impôt).

#### 4. *Changements pertinents apportés au régime transitoire*

##### a) **La loi du 4 juillet 1996 modifiant le régime transitoire et introduisant certains ajustements d'ordre technique**

Telle qu'originellement promulguée en 1995, l'ANW prévoyait que les personnes antérieurement bénéficiaires d'une pension AWW qui partageaient un foyer avec une autre personne à la date d'entrée en vigueur de l'ANW perdaient intégralement leur droit à une pension ANW à compter du 1<sup>er</sup> janvier 1998, sauf si elles étaient nées avant le 1<sup>er</sup> janvier 1941, auquel cas elles avaient droit à une pension ANW s'élevant à 30 % du salaire minimum légal (après impôt).

La loi du 4 juillet 1996 modifiant le régime transitoire et introduisant certains ajustements d'ordre technique (*Wet van 4 juli 1996 tot wijziging van de Algemene nabestaandenwet (wijziging overgangsrecht alsmede enkele technische aanpassingen)*) modifia cet état de choses, limitant le bénéfice en question aux seules personnes qui partageaient toujours un foyer avec une autre personne le 31 décembre 1997 (article 67 § 3 de l'ANW – voir ci-dessus).

##### b) **Le régime temporaire des réparations au titre de la loi transitoire ANW**

Dès le 31 octobre 1997, le secrétaire d'Etat aux Affaires sociales et à l'Emploi (*Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid*) adopta des dispositions provisoires portant réglementation des réparations au titre de la loi transitoire ANW (*Tijdelijke regeling reparaties overgangswet ANW*, Journal officiel (*Staatscourant*) 1997, n° 210, p. 6). Son intention proclamée était d'éliminer certains des effets produits par l'article 67 de l'ANW qui étaient largement ressentis comme excessivement rigoureux, dans la mesure où ils aboutissaient fréquemment à la cessation complète du droit à une pension ANW.

Dans sa partie pertinente en l'espèce, la solution choisie consistait à réduire la pension ANW des survivants qui bénéficiaient auparavant d'une pension AWW et cohabitaient avec une autre personne à 30 % du salaire minimum légal (après impôt) indépendamment de leur date de naissance.

Ce régime provisoire fut supprimé à compter du 1<sup>er</sup> juillet 1998 (Journal officiel 1998, n° 133, p. 8), la loi du 18 juin 1998 l'ayant rendu superflu (voir ci-dessous).

##### c) **La loi du 18 juin 1998 modifiant l'ANW à raison de ses effets inéquitables**

La loi du 18 juin 1998 modifiant l'ANW à raison de ses effets inéquitables (*Wet van 18 juni 1998 tot wijziging van de Algemene*

*nabestaandenwet in verband met gebleken onbillijkheden*; Journal officiel 1998, n° 377) modifia l'article 67 § 3 de l'ANW de manière qu'il prévoit, concernant les aspects pertinents pour la cause dont la Cour se trouve saisie, que pour les personnes auparavant bénéficiaires d'une pension AWW qui cohabitaient avec une autre personne au 1<sup>er</sup> juillet 1996 pour des raisons autres que la nécessité de prendre soin d'un invalide et qui cohabitaient toujours avec cette personne au 31 décembre 1997 la pension ANW devait être réduite à 30 % du salaire minimum légal (avant impôt) à compter du 1<sup>er</sup> janvier 1998.

## GRIEFS

Dans sa première lettre à la Cour, la requérante soutenait que la réduction de pas moins de 69 % de sa pension de veuve en vertu de l'ANW constituait une mesure disproportionnée et sans justification qui violait l'article 1 du Protocole n° 1. Elle plaidait qu'elle aurait dû continuer à percevoir une pension égale à celle à laquelle elle avait droit jusqu'à l'âge de soixante-cinq ans au titre de l'AWW.

Sur son formulaire de requête daté du 12 octobre 2001 l'intéressée énonçait les griefs supplémentaires ci-dessous.

Elle soutenait que le fait que son affaire avait été traitée de la même manière que celles des personnes qui avaient acquis le droit à percevoir une pension ANW après l'entrée en vigueur de cette loi, nonobstant le caractère substantiellement différent des deux situations, s'analysait en une discrimination contraire à l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1 tel qu'interprété par la Cour dans l'affaire *Thlimmenos c. Grèce* [GC], n° 34369/97, CEDH 2000-IV.

Invoquant l'article 8 de la Convention, elle voyait dans la réduction considérable du revenu de la famille provoquée par les événements incriminés une atteinte injustifiée à sa vie privée et familiale.

S'appuyant enfin sur l'article 6 de la Convention, elle se plaignait d'avoir été empêchée par le droit interne d'obtenir un contrôle juridictionnel de l'ANW elle-même au regard des notions de sécurité juridique et d'attentes légitimes.

## EN DROIT

### **A. La mesure dans laquelle la requérante peut se dire «victime»**

Soulignant que la réduction des sommes perçues par la requérante au titre de l'ANW était fonction de ses revenus, le Gouvernement estime que l'intéressée ne peut être considérée comme une «victime» de la promulgation de l'ANW et de son régime transitoire.

La requérante rétorque que la réduction de la pension ANW payable à un survivant cohabitant avec une autre personne est basée sur la présomption non prouvée que les revenus cumulés des cohabitants seraient plus élevés que ceux du survivant tout seul. Elle estime de surcroît que la simple existence des nouvelles dispositions juridiques, quand bien même elles ne lui seraient pas immédiatement applicables, affecte la valeur de ses droits découlant de la Convention.

La Cour considère que c'est à bon droit que le Gouvernement fait observer que la réduction de la pension de la requérante au titre de la nouvelle législation a été décidée au motif qu'elle cohabitait avec M. H. à la date pertinente et que cette cohabitation allait vraisemblablement se poursuivre. Les autres revenus entrant en ligne de compte pour pareille réduction ne sont pas strictement pertinents pour la présente espèce.

Toutefois, pour les raisons indiquées ci-dessous, la Cour n'aperçoit pas la nécessité de décider si une partie quelconque de la requête doit être déclarée irrecevable pour des motifs liés à cette question.

La Cour observe par ailleurs que la présente requête a été sélectionnée aux fins d'examen d'un problème général soulevé par toute une série de requérants et par les parties intervenantes. Certaines des autres requêtes en question concernent en fait des veuves dont les pensions ont été réduites pour des raisons tenant à la perception par elle d'autres revenus.

## **B. Article 1 du Protocole n° 1**

L'article 1 du Protocole n° 1 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 États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes. »

La requérante estime que du fait de la réduction de sa pension AWW à la suite de l'entrée en vigueur de l'ANW elle a été privée d'un bien sans obtenir une compensation adéquate. Elle y voit une violation de l'article 1 du Protocole n° 1. Le Gouvernement défend la thèse inverse.

### *1. Le Gouvernement*

Le Gouvernement ne conteste pas l'applicabilité de l'article 1 du Protocole n° 1. Il plaide toutefois sa non-violation.

A titre principal, il soutient qu'il n'y a pas eu « privation » de biens. Des cotisations au régime AWW auraient été versées pour la

requérante, et celle-ci aurait conservé le droit à une pension au titre de l'AWW et de la loi lui ayant succédé, l'ANW, sous réserve qu'elle remplît les conditions fixées dans la loi en question. L'intéressée ne pourrait toutefois revendiquer au titre de l'article 1 du Protocole n° 1 un droit à une pension d'un montant déterminé. Ses droits substantiels seraient actuellement définis par la loi telle qu'amendée, non par la loi telle qu'elle s'appliquait à l'époque où elle se serait vu pour la première fois reconnaître le droit à la pension en cause.

A titre subsidiaire, le Gouvernement invoque la marge d'appréciation de l'Etat défendeur. L'AWW aurait été remplacée pour répondre à une évolution sociale qui ne pourrait être ignorée. De surcroît, la requérante bénéficierait d'un régime transitoire qui compenserait quelque peu sa perte de revenus. On ne pourrait donc qualifier de «disproportionnée» l'atteinte subie par la requérante à ses droits de propriété.

On pourrait encore moins considérer qu'un Etat ne peut modifier un droit à prestation sociale à la lumière d'un changement de circonstances une fois le droit accordé.

## *2. La requérante et les parties intervenantes*

La requérante et les parties intervenantes attirent l'attention de la Cour sur les cotisations que leurs soutiens de famille respectifs ont versées de leur vivant afin que leurs conjoints pussent en bénéficier après leur décès. Elles se fondent premièrement sur le fait qu'à l'époque où la pension AWW leur fut accordée on leur déclara simplement que cette pension prendrait fin une fois qu'elles atteindraient l'âge de soixante-cinq ans (âge auquel elles rempliraient les conditions pour l'obtention d'une pension de vieillesse) ou si elles se remariaient. Elles estiment qu'il n'était pas loisible à l'Etat défendeur d'imposer des restrictions supplémentaires à leur droit ou de le réduire dans une proportion significative: une pension AWW ne devrait pas être comparée avec, par exemple, des prestations de chômage, qui, par nature, auraient une vocation purement temporaire.

A titre subsidiaire, elles considèrent ensuite qu'il n'était pas nécessaire pour l'Etat défendeur de porter atteinte à des droits préexistants. D'autres solutions auraient selon elles pu être trouvées qui n'auraient pas touché à leur situation et qui n'auraient pas emporté dépassement du budget réservé aux pensions ANW.

A titre plus subsidiaire, elles soutiennent que l'introduction de la nouvelle législation a entraîné des réductions de leurs revenus qui s'analysent en des charges individuelles disproportionnées. Elles jugent que les dispositions transitoires, en vertu desquelles des individus placés dans la situation de la requérante continuent à percevoir une certaine

proportion du salaire minimum légal, ne suffisent pas à restaurer un rapport de proportionnalité raisonnable.

A titre plus subsidiaire encore, elles considèrent que l'État défendeur n'aurait pas dû recourir à des mesures aussi drastiques que celles incriminées par elles, ou du moins pas sans évaluer leurs effets prévisibles sur le niveau de vie de chacune d'elles. Dans certains cas, les bénéficiaires d'une pension ANW auraient renoncé à s'engager dans des relations impliquant une cohabitation, quelles qu'en fussent les modalités, de crainte de perdre intégralement leur droit à une pension ANW.

### 3. *L'appréciation de la Cour*

La Cour estime que l'article 1 du Protocole n° 1 trouve à s'appliquer en l'espèce (*Stec et autres c. Royaume-Uni* (déc.) [GC], n°s 65731/01 et 65900/01, CEDH 2005-X). L'applicabilité de cette disposition n'est du reste pas en litige.

Ainsi que la Cour l'a souvent dit, l'article 1 du Protocole n° 1, qui garantit en substance le droit de propriété, comporte trois règles distinctes. La première, qui s'exprime dans la première phrase du premier paragraphe et revêt une portée générale, énonce le principe de la propriété. La deuxième, qui figure dans la seconde phrase du même alinéa, vise la privation de propriété et la soumet à certaines conditions. La troisième, consignée dans le second alinéa, reconnaît aux Etats le pouvoir de réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général. La deuxième et la troisième règle ont trait à des exemples particuliers d'atteinte au droit de propriété; dès lors elles doivent s'interpréter à la lumière du principe général consacré dans la première (voir, récemment, *Kjartan Ásmundsson c. Islande*, n° 60669/00, § 39, CEDH 2004-IX).

Comme elle l'a fait dans l'affaire *Kjartan Ásmundsson*, la Cour examinera la présente espèce sous l'angle d'une « atteinte » au respect d'un bien de la requérante (*ibidem*, § 40; voir également *Hoogendijk c. Pays-Bas* (déc.), n° 58641/00, 6 janvier 2005).

Il n'y a pas controverse entre les parties sur la conformité au droit interne de l'atteinte litigieuse.

Comme dans l'affaire *Hoogendijk*, la Cour admet que celle-ci poursuivait deux buts légitimes: la justice sociale et le bien-être économique du pays.

Toutefois, toute atteinte au droit de propriété garanti par l'article 1 du Protocole n° 1 ne doit pas seulement poursuivre un but légitime « dans l'intérêt général »: encore faut-il qu'il y ait un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. L'équilibre requis est rompu si la personne ou les personnes concernées doivent

supporter une «charge individuelle excessive» (voir, parmi beaucoup d'autres, *Kjartan Ásmundsson* précité, § 40, et *Hoogendijk* précité).

Pour déterminer si tel est le cas, la Cour doit avoir égard au contexte particulier de l'espèce, à savoir celui d'un régime de sécurité sociale. Pareils régimes sont une expression de la solidarité de la société envers ses membres vulnérables.

L'AWW fut promulguée en 1959. Elle instituait un système dans le cadre duquel les soutiens de famille cotisaient à un fonds à partir duquel, à leur décès, des versements sous forme de pensions devaient être effectués au profit des survivants. Ces pensions étaient fixées à un niveau déterminé par la loi indépendamment du niveau des cotisations versées par les soutiens de famille.

A l'époque, on supposait que les soutiens de famille étaient normalement des hommes. Les survivants des soutiens de famille décédés étaient soit leurs épouses, soit leurs enfants mineurs. L'intitulé même de l'AWW, qui se traduit par «loi générale sur les veuves et orphelins», reflète cette conception. L'AWW visait à protéger ces groupes vulnérables de l'indigence en leur garantissant un revenu suffisant pour maintenir un train de vie modeste mais décent. Dans le cas des veuves, la pension était soit de 70 % du salaire minimum légal après impôt, soit du montant intégral de celui-ci, en fonction de la question de savoir si la veuve était le seul survivant ou si elle devait assurer aussi la subsistance d'enfants mineurs (voir ci-dessus).

Une autre supposition applicable aux veuves âgées de quarante ans ou plus était qu'elles n'avaient aucun autre moyen de subsistance, autrement dit qu'elles n'étaient pas entretenues par une autre personne adulte ou qu'elles ne pouvaient compter sur des revenus tirés d'une activité rémunérée. Aussi leur droit à une pension AWW subsistait-il jusqu'à leur remariage ou jusqu'au moment où elles atteignaient l'âge de soixante-cinq ans et acquéraient le droit à une pension de vieillesse.

A l'époque des événements incriminés en l'espèce, soit plus de trois décennies plus tard, ces suppositions avaient été dépassées par les développements intervenus dans la société néerlandaise. Il suffit, pour les besoins de la présente espèce, de relever que de nombreuses veuves cohabitaient avec une personne avec laquelle elles n'étaient pas mariées dans le cadre d'une relation comparable en termes économiques à une cellule familiale ou avaient elles-mêmes des revenus provenant d'une autre source: normalement, soit un emploi rémunéré, soit des prestations sociales, telles que des allocations de chômage ou d'invalidité, s'étant substituées aux revenus d'un emploi antérieur.

Eu égard à ce changement de circonstances, il n'était plus axiomatique que les veuves n'avaient aucun moyen de subsistance.

De surcroît, à l'époque de la modification de la loi en question, ce n'était plus seulement les veuves qui pouvaient prétendre à une pension

AWW mais – à la suite d’une évolution de la jurisprudence interne procédant de considérations liées aux droits de l’homme (article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques) – aussi les veufs.

Le gouvernement et le législateur de l’Etat défendeur étaient en principe fondés à répondre à ces changements en modifiant leur conception des groupes vulnérables ayant besoin d’une protection sous forme de prestations tirées de sources publiques (voir, *a contrario*, *Kjartan Ásmundsson* précité, § 42). C’est ce qui fut fait avec l’adoption de l’ANW. La Cour doit maintenant examiner l’impact produit par l’ANW sur les personnes dans la situation de la requérante.

Pour les bénéficiaires d’une pension AWW, l’ANW impliquait une réduction de leur revenu disponible s’ils percevaient des revenus complémentaires sous la forme d’autres prestations sociales ou d’un salaire ou s’ils étaient nés après 1940 et cohabitaient avec une autre personne (sauf si cette personne était invalide et à leur charge). La requérante et les parties intervenantes en l’espèce appartiennent toutes au moins à l’une de ces catégories.

Ceux dont les autres revenus résidaient dans des prestations sociales perdaient une proportion de leur pension égale à ces autres prestations.

Dans le cas des bénéficiaires qui percevaient une rémunération à raison d’un emploi, la réduction de la pension était calculée de manière à ce que ceux dont le salaire s’élevait à deux fois le salaire minimum légal ou plus perdaient l’intégralité de leur pension; quant à ceux dont la rémunération se situait à un niveau inférieur, ils perdaient une proportion seulement de leur pension.

Les bénéficiaires qui cohabitaient avec une autre personne adulte à une date déterminée étaient initialement voués à perdre l’intégralité de leur pension. Cette mesure ayant par la suite été jugée indûment rigoureuse, ses effets furent adoucis par diverses mesures transitoires. En définitive, la pension devant être versée aux personnes dans cette situation, pour autant qu’elle est pertinente pour la présente espèce, fut fixée à 30 % du salaire minimum légal avant impôt.

La Cour ne peut souscrire à la thèse de la requérante et des parties intervenantes selon laquelle, une fois qu’ils leur avaient été reconnus, leurs droits à pension devaient rester inchangés dès lors qu’ils étaient basés sur des cotisations à un fonds particulier qui avaient été versées à leur bénéfice. Rien dans la jurisprudence de la Cour ne permet en effet de formuler une assertion aussi catégorique. En vérité, la Cour a admis la possibilité d’une réduction de droits à des prestations de sécurité sociale dans certaines circonstances (voir, récemment, *Kjartan Ásmundsson* précité, § 45, avec les références qui s’y trouvent citées; voir également *Hoogendijk* précité).

La Cour n’a pas davantage à se pencher sur la question de savoir si d’autres options étaient ouvertes aux autorités de l’Etat défendeur.



L'existence possible d'autres solutions n'est pas de nature à rendre illégitime la législation incriminée (*Mellacher et autres c. Autriche*, arrêt du 19 décembre 1989, série A n° 169, p. 28, § 53).

Dans l'affaire *Kjartan Ásmundsson*, la Cour a jugé décisifs le caractère individuel de la suppression de la pension d'invalidité de M. Kjartan Ásmundsson, tel que ce caractère individuel ressortait du petit nombre de personnes qui se trouvaient dans une situation analogue à celle de M. Kjartan Ásmundsson comparé au nombre de celles qui continuaient à percevoir la pension d'invalidité qui avait été supprimée à l'intéressé, et le fait que la législation qui régissait antérieurement sa pension lui permettait de percevoir en outre des revenus provenant d'une activité professionnelle, sous réserve qu'il remplît certaines conditions (*ibidem*, §§ 43-44). Compte tenu de cet élément, la Cour a estimé que la suppression complète de la pension d'invalidité de M. Kjartan Ásmundsson revêtait un caractère excessif par rapport aux intérêts de la communauté dans son ensemble (*ibidem*, § 45).

La présente espèce est différente.

Premièrement, nul n'a soutenu et il n'apparaît pas que le nombre des individus dont les pensions AWW ont été réduites par l'ANW soit à ce point limité que l'impact des réductions en question puisse être considéré comme insignifiant.

Deuxièmement, le législateur a prévu des mesures propres à atténuer les effets produits par les nouvelles dispositions sur les personnes placées dans la situation de la requérante.

Troisièmement, et cet aspect est plus important, l'AWW a été conçue comme une garantie contre l'indigence pour les personnes dépourvues des ressources élémentaires susceptibles de provenir d'une autre source socialement acceptable. Les informations dont la Cour dispose sont insuffisantes pour qu'elle puisse conclure que la requérante se trouve en pareille situation.

La Cour admet que l'introduction de l'ANW a produit des effets sur le revenu disponible de la requérante. Toutefois, si la Convention telle que complétée par ses Protocoles oblige les Parties contractantes à respecter les choix individuels en matière de style de vie, dans la mesure où elle n'autorise pas explicitement des restrictions, elle ne fait pas peser sur elles une obligation positive de soutenir des choix individuels de style de vie à partir de fonds qui leur sont confiés en leur qualité de comptables des deniers publics.

En conclusion, la Cour estime que la requérante n'a pas eu à supporter une «charge individuelle excessive».

Il en résulte que cette partie de la requête doit être rejetée pour défaut manifeste de fondement en application de l'article 35 §§ 3 et 4 de la Convention.

**C. Article 14 de la Convention combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1, avec l'article 8 de la Convention et avec l'article 6 de la Convention**

La requérante a soumis sa requête à la Cour par une lettre du 16 juillet 2001. Elle s'y plaignait d'une violation de ses droits découlant de l'article 1 du Protocole n° 1.

Les griefs additionnels tirés de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1, avec l'article 8 de la Convention et avec l'article 6 de la Convention ont été énoncés pour la première fois sur le formulaire de requête fourni par le greffe de la Cour (article 47 § 1 du règlement).

La décision interne définitive en l'espèce est celle rendue par la Commission centrale de recours en audience publique le 24 janvier 2001 et communiquée à la requérante le même jour. Le formulaire de requête a été soumis le 12 octobre 2001, soit plus de six mois plus tard.

Il s'ensuit que ces parties de la requête ont été introduites hors délai et doivent être rejetées en application de l'article 35 §§ 1 et 4 de la Convention.

Par ces motifs, la Cour, à l'unanimité,

*Déclare* la requête irrecevable.

PAPON c. FRANCE  
(Requête n° 344/04)

DEUXIÈME SECTION<sup>1</sup>

DÉCISION DU 11 OCTOBRE 2005<sup>2</sup>

---

1. Siégeant en une chambre composée de M. A.B. Baka, *président*, M. J.-P. Costa, M. R. Türmen, M. K. Jungwiert, M. M. Ugrekhelidze, M<sup>me</sup> A. Mularoni, M<sup>me</sup> E. Fura-Sandström, *juges*, et de M<sup>me</sup> S. Dollé, *greffière de section*.

2. Texte français original. Extraits.



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Applicabilité de l'article 6 à un litige concernant une pension de député****Article 6 § 1**

*Applicabilité – Droits et obligations de caractère civil – Litige concernant une pension de député – Droit de nature politique*

\*  
\* \*

Après la condamnation du requérant, député à la retraite, pour complicité de crime contre l'humanité, le versement de sa pension d'ancien député fut suspendu. Le recours déposé par le requérant n'aboutit pas. Le juge administratif souligna que la caisse de pensions des députés était régie par l'Assemblée nationale, que le régime de pensions des députés faisait partie intégrante du statut du parlementaire, et que les règles particulières qui s'appliquaient résultaient de la nature de ses fonctions.

Article 6 § 1 : les députés ne sont pas des fonctionnaires et la caisse de pensions des députés ne relève pas du régime commun, mais a été créée et est régie par l'Assemblée nationale, et est alimentée par une cotisation prélevée sur l'indemnité parlementaire de chaque député et par une subvention inscrite au budget de l'Assemblée. Ainsi, ce régime spécifique est étroitement lié au statut de député, dont il est la conséquence. Le droit pour le requérant de percevoir sa pension de député se rattache directement à l'exercice de son ancien mandat de député et est donc un droit de nature politique qui, comme tel, échappe au champ d'application de l'article 6 § 1. Il en est d'autant plus ainsi que, à l'instar des indemnités des membres du Parlement, les pensions qui leur sont versées ont été instituées afin de garantir leur indépendance dans l'exercice de leur mandat : incompatibilité *ratione materiae*.

**Jurisprudence citée par la Cour**

*Estrosi c. France*, n° 24359/94, décision de la Commission du 30 juin 1995, Décisions et rapports 82-A

*Pierre-Bloch c. France*, arrêt du 21 octobre 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-VI

*Cheminade c. France* (déc.), n° 31599/96, CEDH 1999-II

*Frydender c. France* [GC], n° 30979/96, CEDH 2000-VII

*Ferrazzini c. Italie* [GC], n° 44759/98, CEDH 2001-VII

---

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



(...)

## EN FAIT

Le requérant, M. Maurice Papon, est un ressortissant français, né en 1910 et résidant à Gretz-Armainvilliers. Il a été représenté devant la Cour par la SCP Boré et Xavier, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, puis par la SCP Boré et Salve de Bruneton, qui lui a succédé.

### A. Les circonstances de l'espèce

#### 1. *Condamnation du requérant et suspension de sa peine*

Les faits de la cause, tels qu'ils ont été exposés par le requérant, peuvent se résumer comme suit.

Le 2 avril 1998, la cour d'assises de la Gironde le reconnut coupable de complicité de crime contre l'humanité et le condamna à dix ans de réclusion criminelle, ainsi qu'à la privation de ses droits civiques, civils et de famille.

Le 21 octobre 1999, la Cour de cassation prononça la déchéance de son pourvoi en cassation contre cet arrêt.

Le 22 octobre 1999, le requérant commença à purger sa peine.

Par un arrêt du 18 septembre 2002, la cour d'appel de Paris fit droit à sa demande de suspension de peine pour raison médicale (article 720-1-1 du code de procédure pénale, résultant de la loi du 4 mars 2002). Le pourvoi du procureur général contre cet arrêt fut rejeté par la Cour de cassation le 12 février 2003.

#### 2. *Suspension et rétablissement de la pension de fonctionnaire du requérant*

En sa qualité d'ancien préfet, le requérant percevait une pension de fonctionnaire, qui fut suspendue par une décision du 10 janvier 2002, avec effet au 22 octobre 1999 (soit le lendemain de l'arrêt de la Cour de cassation le déclarant déchu de son pourvoi), en application de l'article L. 58 du code des pensions civiles et militaires de retraite, selon lequel le droit à l'obtention ou à la jouissance de la pension est suspendu par la condamnation à une peine afflictive ou infamante pendant la durée de la peine.

Saisi du recours du requérant contre cette décision, le Conseil d'Etat y fit droit par un arrêt du 4 juillet 2003, dans les termes suivants :

« Considérant que la catégorie des peines afflictives et infamantes a été supprimée dans le nouveau code pénal, issu de la loi du 22 juillet 1992, modifiée par la loi du 19 juillet 1993, et qui est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 1994; que, si la peine de réclusion criminelle à temps, qui constituait dans l'ancien code pénal une peine

afflictive et infamante, figure dans le nouveau code pénal, une échelle nouvelle de peines a été prévue; qu'il ressort des dispositions du nouveau code pénal, éclairées par leurs travaux préparatoires, que le législateur a entendu limiter le nombre des peines de caractère accessoire ou complémentaire dont l'intervention découle obligatoirement de l'application de la peine principale; que le législateur n'a pas précisé les peines qui pourraient être regardées comme correspondant désormais aux peines qui étaient, dans l'ancien code pénal, qualifiées d'afflictives et infamantes; qu'ainsi, l'entrée en vigueur du nouveau code pénal a privé d'effet les dispositions précitées de l'article L. 58 du code des pensions civiles et militaires de retraite; que, dès lors, la décision attaquée ne pouvait être légalement prise sur ce fondement et doit, par suite, être annulée.»

En conséquence, le Conseil d'Etat prescrit au ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie de rétablir, dans les deux mois suivant la notification de l'arrêt, la jouissance de la pension du requérant à compter du 22 octobre 1999 et d'en assurer le versement.

*3. Suspension et demandes de rétablissement de la pension d'ancien député du requérant*

Le requérant percevait également une pension en sa qualité d'ancien député. Par une lettre du 28 octobre 1999 lui fut notifiée la suspension de son droit à pension, sur le fondement de l'article 46 § 1 du règlement de la caisse de pensions et de sécurité sociale des députés et anciens députés, qui prévoit que le droit à l'obtention ou à la jouissance de la pension est suspendu par la condamnation à une peine afflictive ou infamante.

A la suite de la suspension de la peine du requérant, son conseil, par une lettre du 30 octobre 2002, saisit le directeur des affaires sociales de l'Assemblée nationale d'une demande tendant au rétablissement du versement de sa pension. Cette demande fit l'objet d'une décision implicite de rejet contre laquelle le requérant fit un recours, le 7 mars 2003, devant le Conseil d'Etat, en formant parallèlement une requête aux fins de suspension d'exécution.

Devant le Conseil d'Etat, l'Assemblée nationale invoquait le principe d'immunité juridictionnelle, en s'appuyant sur l'article 8 de l'ordonnance du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires et sur le fait que les caisses de pension de retraite des membres des assemblées parlementaires ne relèveraient pas du droit commun, mais de régimes particuliers mis en place au sein de l'Assemblée et trouvant leur justification dans le principe de séparation des pouvoirs et d'autonomie des assemblées, ce dont il résulterait que les décisions prises dans le cadre de ces régimes particuliers ne seraient pas des actes administratifs émanant d'autorités administratives et échapperaient à la compétence des juridictions administratives.

Le requérant soutenait la position inverse, en se fondant notamment sur le droit à un recours juridictionnel reconnu par le Conseil constitutionnel et par le Conseil d'Etat, ainsi que sur la Convention et



sur la jurisprudence de la Cour (en particulier sur les arrêts *Massa c. Italie*, arrêt du 24 août 1993, série A n° 265-B, et *Pellegrin c. France* [GC], n° 28541/95, CEDH 1999-VIII). Il soulignait que le droit à une pension de retraite est un droit patrimonial protégé par les articles 6 § 1 de la Convention et 1 du Protocole n° 1, que ce droit en l'espèce était définitivement acquis et devait donc pouvoir être garanti par un recours pleinement effectif. Il invitait le Conseil d'Etat à se départir d'une jurisprudence traditionnelle faisant prévaloir le critère purement organique des actes parlementaires.

Dans ses conclusions, le commissaire du Gouvernement priait le Conseil d'Etat de retenir sa compétence, en soutenant pour l'essentiel que la pension d'un ancien député n'était pas liée aux missions de l'Assemblée et se détachait du statut du parlementaire, de sorte qu'un juge pouvait intervenir dans la matière, que le juge administratif était le seul susceptible de connaître d'un tel litige et que cette solution était la seule de nature à permettre à l'ancien parlementaire d'obtenir un juge pour se prononcer sur sa contestation.

Par un arrêt du 4 juillet 2003, l'assemblée du contentieux du Conseil d'Etat rejeta le recours, dans les termes suivants :

« Considérant que la caisse de retraite des anciens députés a été créée par une résolution de la Chambre des députés adoptée le 23 décembre 1904, confirmée par une loi du 9 février 1905; qu'aux termes de l'article 5 de l'ordonnance du 13 décembre 1958 portant loi organique relative à l'indemnité des membres du Parlement, prise sur le fondement de l'article 25 de la Constitution: « Les caisses établies par les résolutions de la Chambre des députés en date du 23 décembre 1904 et du Sénat en date du 28 janvier 1905 sont maintenues au profit des membres de l'Assemblée nationale et du Sénat (...) Les pensions payées par ces caisses sont incessibles et insaisissables, sauf lorsqu'il s'agit du paiement d'une pension alimentaire »; que, par un arrêté du 8 juin 1966 du bureau de l'Assemblée nationale, a été adopté un règlement unique relatif à la caisse de pensions et de sécurité sociale des députés et anciens députés ;

« Considérant que le régime de pensions des anciens députés fait partie du statut du parlementaire, dont les règles particulières résultent de la nature de ses fonctions; qu'ainsi, ce statut se rattache à l'exercice de la souveraineté nationale par les membres du Parlement; que, eu égard à la nature de cette activité, il n'appartient pas au juge administratif de connaître des litiges relatifs au régime de pensions des parlementaires. »

Par une lettre du 2 septembre 2003, le conseil du requérant demanda au président de l'Assemblée nationale de rétablir la pension de son client, en se fondant sur le fait que la catégorie des peines afflictives et infamantes avait été supprimée depuis l'entrée en vigueur du nouveau code pénal.

Le 14 octobre 2003, le président lui répondit dans les termes suivants :

« Le Conseil d'Etat a rendu, le 4 juillet dernier, deux décisions, l'une concernant la pension d'ancien fonctionnaire de M. Maurice Papon, et qui conclut au rétablissement de celle-ci à compter du 22 octobre 1999, et l'autre, relative à sa pension d'ancien

député, et qui reconnaît l'incompétence des juridictions administratives pour statuer sur la pension d'un ancien parlementaire.

Ces deux décisions semblent concerner, à première vue, des questions identiques. Il n'en est rien, vous le savez, quant au fond.

En effet, le litige qui oppose M. Maurice Papon à l'Assemblée nationale touche au principe fondamental de la séparation des pouvoirs et de l'autonomie du Parlement. C'est évidemment au regard de ce principe qu'il convient d'analyser la décision prise par le Conseil d'Etat en ce qui concerne la pension d'ancien député de votre client. Elle ne devrait pas constituer, à vos yeux, une grande surprise puisqu'elle s'inscrit dans la droite ligne de la jurisprudence qui a toujours été celle du Conseil d'Etat concernant les actes internes des Assemblées touchant au statut des parlementaires.

Ce statut est indispensable à un bon exercice du mandat de député et ne peut pas se réduire au régime des immunités. L'octroi de secours, puis de pensions, aux anciens députés, a été décidé sous la IIIème République pour faire en sorte précisément que la politique ne soit pas l'apanage d'une classe sociale. En soi, rien n'obligeait les assemblées parlementaires à créer un régime spécifique de retraites pour les députés. L'objet réel de la création de ce régime, bien antérieur à la législation applicable en ce domaine à l'ensemble des Français puisqu'il remonte à près d'un siècle, n'est pas d'assimiler les parlementaires aux salariés mais de permettre, d'une part, l'accès de tous les Français à la politique et, d'autre part, de compenser la précarité du mandat. Le régime de pensions des députés existe indépendamment de la législation sur les retraites puisqu'il est régi par des dispositions générales internes à l'Assemblée, les décisions du Bureau de celle-ci, et non par les lois prises sur le fondement de l'article 34 de la Constitution.

La décision du Conseil d'Etat du 4 juillet dernier s'inscrit donc parfaitement dans la logique républicaine qui veut que le juge ne puisse intervenir dans le fonctionnement des assemblées parlementaires que dans les cas expressément et limitativement prévus par la loi.

Je ne vois, dans ces conditions, aucune raison particulière pour que l'Assemblée nationale revienne sur sa décision de suspension de la pension de M. Maurice Papon. Aucun fait nouveau n'est intervenu, à ce jour, en faveur de votre client qui reste condamné pour complicité de crime contre l'humanité et dont la peine, à ma connaissance, n'est pas éteinte.»

## **B. Le droit et la pratique internes pertinents**

### *1. Textes concernant les députés*

#### **a) La Constitution**

##### **Article 3**

«La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum.»

##### **Article 24**

«Le Parlement comprend l'Assemblée Nationale et le Sénat.

Les députés à l'Assemblée Nationale sont élus au suffrage direct (...)

#### Article 25

« Une loi organique fixe la durée des pouvoirs de chaque assemblée, le nombre de ses membres, leur indemnité, les conditions d'éligibilité, le régime des inéligibilités et des incompatibilités. »

#### b) Les ordonnances des 24 octobre et 13 décembre 1958

Ces ordonnances portant lois organiques sont relatives respectivement aux conditions d'éligibilité et aux incompatibilités parlementaires et à l'indemnité des membres du Parlement. Selon l'article 4 de l'ordonnance du 13 décembre 1958, l'indemnité parlementaire est en principe exclusive de toute rémunération publique. Néanmoins, peuvent être cumulées avec l'indemnité parlementaire les pensions civiles et militaires de toute nature.

#### 2. *La caisse de pensions des députés*

La caisse de pensions des députés a été créée sous la III<sup>e</sup> République, par une résolution de la Chambre des députés du 23 décembre 1904.

Selon l'article 5 de l'ordonnance du 13 décembre 1958 précitée :

« Les caisses établies par les résolutions de la Chambre des députés en date du 23 décembre 1904 et du Sénat en date du 28 janvier 1905 sont maintenues au profit des membres de l'Assemblée nationale et du Sénat; elles continueront à assurer des pensions aux anciens membres de ces deux assemblées ou des assemblées précédentes ainsi qu'à leurs conjoints veufs et leurs orphelins mineurs; elles pourront recevoir des dons et legs.

Les pensions payées par ces caisses sont incessibles et insaisissables, sauf lorsqu'il s'agit du paiement d'une pension alimentaire. »

Le texte qui régit actuellement le droit à pension des anciens députés est un règlement annexé à un arrêté du 8 juin 1966 pris par le bureau de l'Assemblée nationale.

Les pensions versées aux anciens députés et anciens sénateurs ne sont pas régies par le code des pensions civiles et militaires de retraite, lequel s'applique en revanche aux fonctionnaires civils et militaires et à leurs ayants cause.

La caisse de pensions est alimentée par une cotisation prélevée sur l'indemnité parlementaire et par une subvention inscrite au budget de l'Assemblée.

Les pensions sont calculées d'après le nombre d'annuités de cotisations, étant précisé que les députés acquittent une cotisation double pendant les quinze premières années de mandat. La pension est calculée au prorata de la durée des annuités acquises, dans la limite d'un plafond (actuellement de quarante annuités).

La suspension du versement de la pension est prévue par l'article 46 § 1 du règlement de la caisse de pensions et de sécurité sociale des députés et anciens députés (qui reproduit les termes de l'article L. 58 alinéa 4 du code des pensions civiles et militaires de retraite précité), dans les termes suivants :

«Le droit à l'obtention ou à la jouissance de la pension est suspendu: – par la condamnation à une peine afflictive ou infamante pendant la durée de la peine (...)»

(...)

## GRIEFS

1. Invoquant l'article 6 § 1 de la Convention, le requérant se plaint de ce que le Conseil d'Etat lui a dénié tout droit de faire entendre devant une quelconque juridiction française sa contestation portant sur le droit de caractère civil que constitue le droit de continuer à percevoir sa pension de retraite d'ancien député.

(...)

## EN DROIT

1. Le requérant se plaint de n'avoir pas pu faire entendre devant une juridiction française sa contestation portant sur le droit de continuer à percevoir sa pension d'ancien député.

Il invoque l'article 6 § 1 de la Convention, dont les dispositions pertinentes se lisent comme suit :

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

La Cour doit établir en premier lieu si l'article 6 § 1 est applicable à la procédure en cause. Selon sa jurisprudence constante, pour que tel soit le cas, il faut qu'il y ait contestation sur un droit que l'on peut prétendre, au moins de manière défendable, reconnu en droit interne. Il doit s'agir d'une contestation réelle et sérieuse; elle peut concerner aussi bien l'existence même d'un droit que son étendue ou ses modalités d'exercice. En outre, l'issue de la procédure doit être directement déterminante pour le droit de caractère civil en question (voir parmi beaucoup d'autres *Frydender c. France* [GC], n° 30979/96, § 27, CEDH 2000-VII).

La Cour observe que, dans la présente affaire, il y avait contestation sur un droit reconnu en droit interne, que la contestation était réelle et sérieuse et que l'issue de la procédure était directement déterminante pour le droit concerné. Reste à établir si ce droit était de «caractère civil» au sens de l'article 6 § 1 précité.

Il s'agissait en l'espèce du droit pour le requérant de percevoir sa pension d'ancien député.

La Cour rappelle tout d'abord que, contrairement aux agents des services de l'Assemblée nationale, les députés ne sont pas des fonctionnaires. En outre, la caisse de pensions des députés ne relève pas du régime commun, mais a été créée par une résolution de la Chambre des députés du 23 décembre 1904 et maintenue par l'article 5 de l'ordonnance du 13 décembre 1958 portant loi organique relative à l'indemnité des membres du Parlement. La caisse est régie par un règlement annexé à un arrêté du 8 juin 1966 pris par le bureau de l'Assemblée nationale. Elle est alimentée par une cotisation prélevée sur l'indemnité parlementaire de chaque député et par une subvention inscrite au budget de l'Assemblée.

Au vu des caractéristiques particulières de ce régime, la Cour conclut qu'il est étroitement lié au statut de député, dont il est la conséquence.

Or la Cour rappelle la jurisprudence selon laquelle le «droit de se porter candidat à une élection à l'Assemblée nationale et de conserver son mandat (...) est de caractère politique et non «civil», au sens de l'article 6 § 1, de sorte que les litiges relatifs à l'organisation de son exercice (...) sortent du champ d'application de cette disposition» (*Pierre-Bloch c. France*, arrêt du 21 octobre 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-VI, p. 2223, § 50; voir aussi *Cheminade c. France* (déc.), n° 31599/96, CEDH 1999-II, et *Estrosi c. France*, n° 24359/94, décision de la Commission du 30 juin 1995, Décisions et rapports 82-A, p. 71).

L'aspect patrimonial d'une telle procédure ne lui confère pas pour autant une nature civile au sens de l'article 6 § 1 (*Pierre-Bloch* précité, p. 2223, § 51; *mutatis mutandis*, *Ferrazzini c. Italie* [GC], n° 44759/98, § 28, CEDH 2001-VII).

La Cour en conclut que le droit pour le requérant de percevoir sa pension de député, qui se rattache directement à l'exercice de son ancien mandat de député, est un droit de nature politique qui, comme tel, échappe au champ d'application de l'article 6 § 1 de la Convention. Il en est d'autant plus ainsi que, à l'instar des indemnités des membres du Parlement, les pensions qui leur sont versées ont été instituées afin de garantir leur indépendance dans l'exercice de leur mandat.

Il s'ensuit que ce grief est incompatible *ratione materiae* avec les dispositions de la Convention au sens de l'article 35 § 3 et doit être rejeté en application de l'article 35 § 4.

(...)

Par ces motifs, la Cour, à la majorité,

*Déclare* la requête irrecevable.



PAPON v. FRANCE  
(Application no. 344/04)

SECOND SECTION<sup>1</sup>

DECISION OF 11 OCTOBER 2005<sup>2</sup>

---

1. Sitting as a Chamber composed of Mr A.B. Baka, *President*, Mr J.-P. Costa, Mr R. Türmen, Mr K. Jungwiert, Mr M. Ugrekhelidze, Mrs A. Mularoni, Mrs E. Fura-Sandström, *judges*, and Mrs S. Dollé, *Section Registrar*.

2. Translation; original French. Extracts.





SUMMARY<sup>1</sup>**Applicability of Article 6 to a dispute concerning the pension of a member of parliament****Article 6 § 1**

*Applicability – Civil rights and obligations – Dispute concerning the pension of a member of parliament – Right of a political nature*

\*  
\*   \*

Following the conviction of the applicant, a retired member of parliament, for aiding and abetting crimes against humanity, the payment of his pension as a former MP was suspended. His appeal was unsuccessful. The administrative courts found that the MPs' pension fund was governed by the National Assembly, that MPs' pension arrangements formed an integral part of the regulations applicable to their status, and that the specific provisions applying to MPs resulted from the nature of their duties.

*Held*

Article 6 § 1: Members of parliament were not civil servants and their pension fund was independent of the ordinary pension system. The fund had been created, and was still governed, by the National Assembly, and was funded by a contribution deducted from the parliamentary allowance paid to each MP and by a subsidy from the Assembly's budget. This special system was thus closely related to the regulations applicable to MP status, from which it stemmed. The applicant's entitlement to receive an MP's pension was directly attached to his former position as an MP and was therefore a right of a political nature which, as such, fell outside the scope of Article 6 § 1. This was particularly the case since, like MPs' allowances, their pension scheme had been introduced to guarantee their independence in the performance of their duties: incompatible *ratione materiae*.

**Case-law cited by the Court**

*Estrosi v. France*, no. 24359/94, Commission decision of 30 June 1995, Decisions and Reports 82-B

*Pierre-Bloch v. France*, judgment of 21 October 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-VI

*Cheminade v. France* (dec.), no. 31599/96, ECHR 1999-II

*Frydlender v. France* [GC], no. 30979/96, ECHR 2000-VII

*Ferrazzini v. Italy* [GC], no. 44759/98, ECHR 2001-VII

---

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



...

## THE FACTS

The applicant, Mr Maurice Papon, is a French national who was born in 1910 and lives in Gretz-Armainvilliers. He was represented before the Court by SCP Boré et Xavier, a law firm authorised to practise in the *Conseil d'Etat* and the Court of Cassation, then by its successor firm SCP Boré et Salve de Bruneton.

### A. The circumstances of the case

#### 1. Conviction of the applicant and deferment of his sentence

The facts of the case, as submitted by the applicant, may be summarised as follows.

In a judgment of 2 April 1998, the Gironde Assize Court found the applicant guilty of aiding and abetting crimes against humanity, sentenced him to ten years' imprisonment and stripped him of his civil, civic and family rights.

On 21 October 1999 the Court of Cassation declared that the applicant had forfeited his right to appeal on points of law against that judgment.

On 22 October 1999 the applicant began to serve his sentence.

In a judgment of 18 September 2002, the Paris Court of Appeal allowed his application for deferment of sentence on medical grounds (Article 720-1-1 of the Code of Criminal Procedure, introduced by an Act of 4 March 2002). An appeal on points of law by the Principal Public Prosecutor against that judgment was dismissed by the Court of Cassation on 12 February 2003.

#### 2. Suspension and restoration of the applicant's civil service pension

By virtue of his status as a former prefect, the applicant had been receiving a civil service pension, which was suspended by a decision of 10 January 2002 with effect from 22 October 1999 (the day after the judgment of the Court of Cassation declaring his right to appeal on points of law forfeit), pursuant to Article L. 58 of the Civil and Military Retirement Pensions Code, under which an entitlement to, or the enjoyment of, pension rights is suspended by the imposition of a dishonouring penalty with or without physical restraint (*peine afflictive ou infamante*), for the duration of such penalty.

An appeal by the applicant against that decision was granted in a judgment of 4 July 2003 by the *Conseil d'Etat*, which found as follows:

“The category of dishonouring penalties entailing physical restraint was superseded by the new Criminal Code, which was introduced by the Act of 22 July 1992, amended by the Act of 19 July 1993, and which came into force on 1 March 1994. Whilst the sentence of fixed-term imprisonment, which fell within that category under the old Criminal Code, is indeed provided for in the new Criminal Code, a new sentencing scale now exists. It is apparent from the provisions of the new Criminal Code, in the light of its drafting history, that the legislature sought to limit the number of ancillary or additional penalties which had to be imposed in addition to the principal sentence. The legislature did not indicate which sentences could now be regarded as corresponding to the sentences which, in the old Criminal Code, had been classified as dishonouring penalties entailing physical restraint. Therefore, the entry into force of the new Criminal Code deprived of effect the above-mentioned provisions of Article L. 58 of the Civil and Military Retirement Pensions Code. Accordingly, the decision appealed against could not legally have been taken on such basis and must therefore be set aside.”

Consequently, the *Conseil d'Etat* instructed the Minister for the Economy, Finance and Industry to restore, within two months following the notification of the judgment, the applicant's enjoyment of his pension rights with effect from 22 October 1999, and to arrange for the necessary payments.

3. *Suspension and requests for restoration of the applicant's pension as a former member of parliament*

The applicant also used to receive a pension in his capacity as a former member of parliament. He was notified in a letter of 28 October 1999 that his pension entitlement had been suspended on the basis of Rule 46 § 1 of the Rules governing Pension and Social Security Funds of MPs and former MPs, which provides that entitlement to, or enjoyment of, the pension is suspended by the imposition of a dishonouring penalty with or without physical restraint.

Following the deferment of the applicant's sentence, his counsel, in a letter of 30 October 2002, submitted a request to the Director of the National Assembly's Welfare Department seeking the resumption of his pension payments. That request was implicitly rejected and the applicant appealed on 7 March 2003 to the *Conseil d'Etat*, simultaneously lodging an application for immediate suspension of the implicit decision.

In proceedings before the *Conseil d'Etat*, the National Assembly invoked the principle of immunity from legal proceedings, relying on Article 8 of the Ordinance of 17 November 1958 on the organisation of parliamentary chambers, and on the fact that the pension funds of parliamentarians did not fall under the ordinary law but under special rules introduced within the Assembly that were justified by the principle of separation of powers and parliamentary autonomy; decisions taken under such special rules were not therefore administrative acts of the administrative authorities and did not fall within the jurisdiction of the administrative courts.

The applicant took the opposite position, relying in particular on the right to judicial review recognised by the Constitutional Council and the *Conseil d'Etat*, and also on the Convention and the Court's case-law (specifically, *Massa v. Italy*, judgment of 24 August 1993, Series A no. 265-B, and *Pellegrin v. France* [GC], no. 28541/95, ECHR 1999-VIII). He pointed out that the right to a retirement pension was an economic right protected by Article 6 § 1 of the Convention and Article 1 of Protocol No. 1. He contended that this right had been acquired with final effect in his case and therefore had to be protected by a fully effective remedy. He urged the *Conseil d'Etat* to depart from traditional case-law according to which the purely institutional aspect of parliamentary decisions prevailed.

In his submissions, the Government Commissioner called upon the *Conseil d'Etat* to assume jurisdiction, arguing in essence that as a former MP's pension was not related to the tasks of the Assembly and was independent of the regulations applicable to parliamentarians, a judge could rule on such matters, that the administrative courts alone had jurisdiction to entertain that kind of dispute, and that this was the only solution capable of allowing the former MP to have access to a court in respect of his dispute.

In a judgment of 4 July 2003, the Judicial Assembly of the *Conseil d'Etat* dismissed the appeal as follows:

“The Pension Fund for Former MPs was set up by a resolution of the Chamber of Deputies adopted on 23 December 1904 and confirmed by an Act of 9 February 1905. Article 5 of the Ordinance of 13 December 1958 constituting an institutional Act on the allowances of members of parliament, adopted on the basis of Article 25 of the Constitution, provides: ‘The funds set up by resolutions of the Chamber of Deputies dated 23 December 1904 and of the Senate dated 28 January 1905 shall be maintained for the benefit of members of the National Assembly and the Senate ... Pensions paid from these funds shall not be liable to assignment or attachment, except for the purposes of maintenance payments.’ In an order of 8 June 1966 by the Bureau of the National Assembly, a single set of rules governing pension and social security funds for MPs and former MPs was adopted.

The rules governing the pensions of former MPs form part of the regulations applicable to parliamentarians, of which the specific provisions reflect the nature of their duties. Those regulations thus stem from the exercise of national sovereignty by members of parliament. Having regard to the nature of that activity, it is not for the administrative courts to entertain disputes relating to the rules governing MPs' pensions.”

In a letter of 2 September 2003, the applicant's counsel requested the President of the National Assembly to restore his client's pension, relying on the fact that the category of dishonouring penalties entailing physical restraint had been abolished since the entry into force of the new Criminal Code.

On 14 October 2003 the President replied as follows:

“On 4 July 2003 the *Conseil d’Etat* gave two decisions, one concerning Mr Maurice Papon’s pension as a former civil servant, in which it held that the pension was to be restored with effect from 22 October 1999, and the other concerning his pension as a former member of parliament, in which it confirmed that the administrative courts had no jurisdiction to rule on a former MP’s pension.

At first sight those two decisions seem to concern the same questions. But they are not the same, as you know, when it comes to the merits.

The dispute between Mr Maurice Papon and the National Assembly is connected with the basic principle of separation of powers and parliamentary autonomy. It is obviously in the light of that principle that the decision of the *Conseil d’Etat* should be considered, as regards your client’s pension as a former MP. That decision should not have been an unexpected one for you, as it is totally consistent with the case-law that has always been followed by the *Conseil d’Etat* concerning internal decisions by parliamentary chambers in respect of regulations governing their members.

Those regulations are indispensable for the proper exercise of an MP’s duties and do not simply consist of provisions on immunities. The granting of aid, and later of pensions, to former members of parliament was decided at the time of the Third Republic precisely to ensure that politics would not be the privilege of a particular social class. As such, nothing obliged the parliamentary chambers to create a specific system of retirement pensions for MPs. The real purpose of creating such a system almost a century ago, and thus long before legislation was adopted in this field for French citizens in general, was not to treat parliamentarians as employees but, firstly, to allow all French citizens to enjoy equal access to political office and, secondly, to compensate for the precariousness of such office. The rules on MPs’ pensions are independent of pension legislation because they are governed by the Assembly’s general internal regulations and the decisions of its Bureau, and not by statutes enacted under Article 34 of the Constitution.

The decision taken by the *Conseil d’Etat* on 4 July 2003 is thus totally consistent with the Republican logic whereby the courts may intervene in the functioning of parliamentary chambers only in the cases expressly and exhaustively provided for by law.

In these circumstances, I do not see any particular reason why the National Assembly should reverse its decision to suspend Mr Maurice Papon’s pension. No new fact has arisen, to date, in favour of your client, who remains convicted of aiding and abetting crimes against humanity and whose sentence, to my knowledge, has not ceased to take effect.”

## **B. Relevant domestic law and practice**

### *1. Instruments concerning members of parliament*

#### **(a) The Constitution**

##### **Article 3**

“National sovereignty shall belong to the people, who shall exercise it through their representatives and by means of referendum.”

**Article 24**

“Parliament shall comprise the National Assembly and the Senate.

Deputies to the National Assembly shall be elected by direct suffrage ...”

**Article 25**

“An institutional Act shall determine the term for which each chamber is elected, the number of its members, their allowances, the conditions of eligibility and the rules governing disqualification and incompatibility.”

**(b) The Ordinances of 24 October and 13 December 1958**

These ordinances constituting institutional Acts respectively concern the conditions of parliamentary eligibility and incompatibility and the allowances of members of parliament. Under Article 4 of the Ordinance of 13 December 1958, MPs’ allowances are in principle exclusive of any other public service remuneration. However, MPs’ allowances may be combined with the receipt of civil and military pensions of any kind.

*2. The pension fund for members of parliament*

The MPs’ pension fund was created under the Third Republic by a resolution of the Chamber of Deputies dated 23 December 1904.

Article 5 of the above-mentioned Ordinance of 13 December 1958 provided:

“The funds set up by resolutions of the Chamber of Deputies dated 23 December 1904 and of the Senate dated 28 January 1905 shall be maintained for the benefit of members of the National Assembly and the Senate; they shall continue to provide pensions to former members of those two chambers or previous chambers, or to their surviving spouses and minor orphans; they may receive donations or legacies.

Pensions paid from these funds shall not be liable to assignment or attachment, except for the purposes of maintenance payments.”

The instrument which currently governs pension rights of former MPs is a set of rules annexed to an order of 8 June 1966 by the Bureau of the National Assembly.

Pensions paid to former MPs and former senators are not governed by the Civil and Military Retirement Pensions Code, which does apply, however, to civil and military officials and to their successors.

The pension fund is funded by contributions deducted from MPs’ allowances and by a subsidy paid out of the Assembly’s budget.

Pension entitlements are calculated according to the number of years of contribution. MPs pay a double contribution for the first fifteen years of service. Pensions are calculated in proportion to the number of contributory years accruing, with an upper limit (currently 40 years).

The suspension of pension payments is provided for by Rule 46 § 1 of the Rules governing Pension and Social Security Funds of MPs and former

MPs (which contains the same wording as that of Article L. 58 § 4 of the above-mentioned Civil and Military Retirement Pensions Code), under which:

“Entitlement to, or enjoyment of, pension rights shall be suspended: – by the imposition of a dishonouring penalty with or without physical restraint, for the duration of such penalty ...”

...

## COMPLAINTS

1. The applicant complained under Article 6 § 1 of the Convention that the *Conseil d'Etat* had deprived him of his right to bring before a French court his dispute concerning a civil right, namely the right to continue to receive his retirement pension as a former member of parliament.

...

## THE LAW

1. The applicant complained that he had been unable to bring before a French court his dispute concerning his entitlement to continue to receive his pension as a former member of parliament.

He relied on Article 6 § 1 of the Convention, the relevant part of which provides:

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

The Court must first establish whether Article 6 § 1 is applicable to the proceedings in issue. According to its settled case-law, for that to be the case there must be a dispute (*contestation*) over a “right” that can be said, at least on arguable grounds, to be recognised under domestic law. The dispute must be genuine and serious. It may relate not only to the actual existence of a right but also to its scope and the manner of its exercise. Moreover, the outcome of the proceedings must be directly decisive for the civil right in question (see, among many other authorities, *Frydlender v. France* [GC], no. 30979/96, § 27, ECHR 2000-VII).

The Court notes that in the present case there was a “dispute” over a right recognised under domestic law, that the dispute was genuine and serious and that the outcome of the proceedings was directly decisive for the right concerned. It remains to be determined whether the right in question was a “civil right” for the purposes of Article 6 § 1.

The right in issue in the present case was the applicant’s entitlement to receive his pension as a former member of parliament.



The Court first observes that, unlike the National Assembly's service staff, MPs are not civil servants. In addition, the MPs' pension fund is independent of the ordinary pension system, having been created by a resolution of the Chamber of Deputies dated 23 December 1904 and maintained by Article 5 of the Ordinance of 13 December 1958, constituting an institutional Act on MPs' allowances. The fund is governed by rules which are annexed to an order of the National Assembly's Bureau dated 8 June 1966. It is funded by a contribution deducted from the allowances paid to each MP and by a subsidy paid out of the Assembly's budget.

In view of the specific features of this system, the Court concludes that it is closely related to the regulations applicable to MPs, from which it stems.

The Court reiterates its case-law to the effect that the "right to stand for election to the National Assembly and to keep [one's] seat ... is a political one and not a 'civil' one within the meaning of Article 6 § 1, so that disputes relating to the arrangements for the exercise of it ... lie outside the scope of that provision" (see *Pierre-Bloch v. France*, judgment of 21 October 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-VI, p. 2223, § 50; see also *Cheminade v. France* (dec.), no. 31599/96, ECHR 1999-II, and *Estrosi v. France*, no. 24359/94, Commission decision of 30 June 1995, *Decisions and Reports* 82-B, p. 56 at p. 71).

The economic aspect of the proceedings is not sufficient for them to be regarded as civil within the meaning of Article 6 § 1 (see *Pierre-Bloch*, cited above, p. 2223, § 51, and *mutatis mutandis*, *Ferrazzini v. Italy* [GC], no. 44759/98, § 28, ECHR 2001-VII).

The Court accordingly concludes that the applicant's entitlement to receive his MP's pension, being directly related to his former office as an MP, is political in nature and, as such, does not fall within the scope of Article 6 § 1 of the Convention. This is particularly the case since, as with MPs' allowances, their pension scheme was introduced to guarantee their independence in the performance of their duties.

It follows that this complaint is incompatible *ratione materiae* with the provisions of the Convention within the meaning of Article 35 § 3 and must be rejected pursuant to Article 35 § 4.

...

For these reasons, the Court, by a majority,

*Declares* the application inadmissible.



PERRIN v. THE UNITED KINGDOM  
(*Application no. 5446/03*)

FOURTH SECTION<sup>1</sup>

DECISION OF 18 OCTOBER 2005<sup>2</sup>

---

1. Sitting as a Chamber composed of Mr J. Casadevall, *President*, Sir Nicolas Bratza, Mr M. Pellonpää, Mr R. Maruste, Mr S. Pavlovschi, Mr J. Borrego Borrego, Mr J. Šikuta, *judges*, and Mr M. O'Boyle, *Section Registrar*.

2. English original.



SUMMARY<sup>1</sup>**Conviction for publishing obscene material on a free preview page of a website****Article 10**

*Freedom of expression – Interference – Conviction for publishing obscene material on a free preview page of a website – Prescribed by law – Legitimate aim – Protection of morals and/or rights of others – Proportionality – Margin of appreciation – Applicability of domestic law to publications on a foreign website – Protection of young persons from obscene photographs freely available in preview form – Purely commercial purpose – Length of sentence not disproportionate*

\*  
\* \*

The applicant was charged under the Obscene Publications Act 1959 with three counts of publishing an obscene article for his role in producing a website containing scenes of coprophilia, coprophagia and homosexual fellation. The first count related to material published on a free preview page. The other counts concerned material available only on subscription, a procedure that required the user to provide his name, address and credit card details. The applicant stated in his interviews with the police that the Internet site was operated and controlled by a company based in the United States of America of which he was a majority shareholder. He was convicted on the first count and acquitted on the others, and given a thirty-month prison sentence. He appealed against conviction and sentence. In dismissing his appeal, the Court of Appeal found that the 1959 Act was sufficiently precise for the interference with his freedom of expression to be considered to have been “prescribed by law” and that the interference was proportionate and justified. With respect to the issue of jurisdiction it noted that it would undermine the protection the law aimed to provide if conviction were only possible in a place where major steps had been taken towards publication. It saw no reason to reduce the applicant’s sentence considering, in particular, the accessibility of the material on the preview page to the young and vulnerable.

*Held*

Article 10: The applicant’s conviction and sentence constituted an interference with his right to freedom of expression. The interference was “prescribed by law” as the 1959 Act was both sufficiently foreseeable (since, as a United Kingdom resident and a person engaged professionally in Internet publishing, the applicant could not argue that the laws of the United Kingdom were not reasonably accessible to him) and sufficiently precise (as the Act made it clear that it applied to the transmission of electronically stored data and also clarified the definition of “obscene” material). It pursued the legitimate aims of protecting

---

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

morals and/or the rights of others. The conviction was proportionate as (i) the fact that the dissemination of the images may have been legal in other States did not mean that the respondent State had exceeded its margin of appreciation by proscribing such dissemination within its own territory; (ii) even if the 1959 Act afforded only limited protection to vulnerable people, that was no reason to abandon attempts to protect them – in this context, there was a clear difference between what was necessary to preserve the confidentiality of secret information, which was compromised after the very first publication, and what was necessary to protect morals, where harm could be caused whenever a person was confronted with the material; (iii) the existence of other means of protection (such as parental control software packages, outlawing access to sites or requiring Internet service providers to block access) did not render a criminal prosecution disproportionate, particularly when those other measures had not been shown to be more effective; and (iv) the applicant could have avoided harm by ensuring that none of the photographs were available on the free preview page but had not done so, no doubt because he wished to attract more custom. Lastly, a prison sentence was clearly proportionate in view of the seriously obscene nature of the preview page and the purely commercial purpose of the publication, and a sentence of thirty months, with an automatic entitlement to release on licence after fifteen months, could not be said to have exceeded the national courts' wide margin of appreciation in this area: manifestly ill-founded.

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

*Handyside v. the United Kingdom*, judgment of 7 December 1976, Series A no. 24

*Müller and Others v. Switzerland*, judgment of 24 May 1988, Series A no. 133

*Observer and Guardian v. the United Kingdom*, judgment of 26 November 1991, Series A no. 216

*Hoare v. the United Kingdom*, no. 31211/96, Commission decision of 2 July 1997, unreported

*Skalka v. Poland*, no. 43425/98, 27 May 2003

*Ezeh and Connors v. the United Kingdom* [GC], nos. 39665/98 and 40086/98, ECHR 2003-X

*Chauvy and Others v. France*, no. 64915/01, ECHR 2004-VI

*Cumpănă and Mazăre v. Romania* [GC], no. 33348/96, ECHR 2004-XI

...

## THE FACTS

The applicant, Mr Stéphane Laurent Perrin, is a French national, who was born in 1971 and lives in Hove, United Kingdom. He was represented before the Court by Mr J. Welch, a lawyer practising in London.

### **A. The circumstances of the case**

The facts of the case, as submitted by the applicant, may be summarised as follows.

On 25 October 1999 an officer with the Obscene Publications Unit of the Metropolitan Police used, in the course of his duties, a computer at a police station in the United Kingdom to access a web page. On that page he saw people covered in faeces, scenes of coprophilia and coprophagia, and men involved in fellatio. The page was in the form of a preview for other material that could be viewed on payment of a subscription. Anyone wanting more of that type of material could click on a link entitled “subscription to our best filthy sites”. The officer did that and provided his name, address, and credit card details. He was then given access to a second web page which contained similar material to the first. On 12 November 1999 the officer visited the site again and viewed a third web page.

The applicant was subsequently arrested and interviewed by police officers about his involvement in the publication of Internet sites. He stated in his interviews with the police that the site viewed by the officer was operated and controlled by Metropole News Group, a company based in the United States of America that complied with all the local laws and of which the applicant was a majority shareholder.

The applicant was charged with three counts of publishing an obscene article, contrary to section 2 of the Obscene Publications Act 1959 (“the 1959 Act”). The three counts related to the three respective web pages the officer had viewed.

The matter came for trial before Southwark Crown Court in October 2000. At the outset the applicant entered an admission, through his counsel, that he was legally responsible for the publication of the web pages viewed by the police officer. The issue for the jury was whether those pages were obscene within the meaning of section 2 of the 1959 Act. The trial judge directed them as to the definition of “obscene” provided by section 1(1) of the 1959 Act (see below).

On 16 October 2000 the applicant was convicted on the first count, which related to the preview page, and acquitted on the two other

counts. On 6 November 2000 he was sentenced to thirty months' imprisonment.

The applicant sought leave to appeal to the Court of Appeal on the ground, *inter alia*, that his conviction violated Article 10 of the Convention. He submitted that it was an interference with his right to freedom of expression which was neither prescribed by law, nor proportionate. His main point was that the 1959 Act was not sufficiently foreseeable because the main steps towards publication of the web pages had taken place outside the jurisdiction: he maintained that English courts should only be able to convict when the main steps towards publication took place within their jurisdiction. He further submitted that section 2 of the 1959 Act was not sufficiently clear. As to proportionality, he pointed out that similar material was readily available on the Internet and that there were better means of inhibiting access, such as industry self-regulation, blockage by service providers and steps taken by private individuals at home.

On 22 March 2002 the Court of Appeal dismissed his appeal against conviction. It relied on *Handyside v. the United Kingdom* (judgment of 7 December 1976, Series A no. 24, p. 21, § 44) and *Hoare v. the United Kingdom* (no. 31211/96, Commission decision of 2 July 1997, unreported) in holding that section 2 of the 1959 Act was sufficiently precise for the interference in question to be prescribed by law.

In regard to proportionality, it reviewed the Convention case-law and observed that there was a margin of appreciation in relation to judgments about morality. It held that the interference with the applicant's freedom of expression was limited in that he was only convicted on the first count. It considered that, even if the 1959 Act only provided limited protection to vulnerable people, there was no reason why a responsible government should abandon that protection in favour of the limited remedies advocated by the applicant. Finally, it noted, on the jurisdictional point, that the applicant's suggestion that conviction should only be possible where major steps had been taken towards publication in a place over which the court had jurisdiction would undermine the protection the law intended to provide by encouraging publishers to take the steps towards publication in countries where they were unlikely to be prosecuted. It concluded that the interference in question was justified under Article 10 § 2 of the Convention.

His appeal against sentence was also dismissed, the Court of Appeal finding as follows:

"It is pointed out that this was material that had to be sought out. That, of course, is true. As [counsel for the applicant] accepts, it was available to the young but they had to seek it. On the other hand, it is precisely the sort of material which some young would seek in the privacy of their own bedrooms and it is they who have to be protected, so far



as is possible, by the law. There is, as [counsel for the applicant] submits, difficulty with the worldwide web, but it is through the worldwide web that people are able to make very substantial profits ...

Finally, it is submitted that, if one looks at the authorities, sentences passed in relation to other offences were not of this magnitude, at any rate where the offence was not, on the face of it, relating to child pornography. That is true so far as it goes, but again the danger in relation to this type of offence was its accessibility to the young and vulnerable. In those circumstances it seems to us that, bearing in mind the statutory maximum of three years, the judge adopted the right approach in this case, and we see no reason to interfere with the sentence which he imposed.”

On 30 October 2002 the House of Lords refused the applicant leave to appeal.

## **B. Relevant domestic law**

The relevant parts of the Obscene Publications Act 1959 (as amended by the Obscene Publications Act 1964, the Criminal Law Act 1977, the Cinema Act 1985, the Broadcasting Act 1990 and the Criminal Justice and Public Order Act 1994) provide:

### **Section 1 – Test of obscenity**

“(1) For the purposes of this Act an article shall be deemed to be obscene if its effect or (where the article comprises two or more distinct items) the effect of any one of its items is, if taken as a whole, such as to tend to deprave and corrupt persons who are likely, having regard to all relevant circumstances, to read, see or hear the matter contained or embodied in it.

(2) In this Act ‘article’ means any description of article containing or embodying matter to be read or looked at or both, any sound record, and any film or other record of a picture or pictures.

(3) For the purposes of this Act a person publishes an article who –

(a) distributes, circulates, sells, lets on hire, gives, or lends it, or who offers it for sale or for letting on hire; or

(b) in the case of an article containing or embodying matter to be looked at or a record, shows, plays or projects it, or, where the matter is data stored electronically, transmits that data ...”

### **Section 2 – Prohibition of publication of obscene matter**

“(1) Subject as hereinafter provided, any person who, whether for gain or not publishes an obscene article or who has an obscene article for publication for gain (whether gain to himself or to another) shall be liable –

(a) ...

(b) on conviction on indictment to a fine or to imprisonment for a term not exceeding three years or both ...”

#### Section 4 – Defence of public good

“(1) Subject to subsection (1A) of this section [which is concerned with moving picture films or soundtracks] a person shall not be convicted of an offence against section two of this Act, and an order for the forfeiture shall not be made under the foregoing section, if it is proved that publication of the article in question is justified as being for the public good on the ground that it is in the interests of science, literature, art or learning, or of other objects of general concern.

...”

### COMPLAINTS

The applicant complained under Article 10 of the Convention of his conviction and sentence for publishing an obscene article on an Internet site. He argued that these constituted interferences with his right to freedom of expression which were not prescribed by law and/or were not necessary in a democratic society.

### THE LAW

The applicant relied on Article 10 of the Convention, the relevant parts of which provide as follows:

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

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

#### A. Interference

The Court considers that the applicant’s conviction and sentence under section 2 of the Obscene Publications Act 1959, as amended (“the 1959 Act”), for publishing an obscene article constituted an interference with his right to freedom of expression (see *Müller and Others v. Switzerland*, judgment of 24 May 1988, Series A no. 133, p. 19, § 28).

#### B. Prescribed by law

The applicant submitted that section 2 of the 1959 Act was not sufficiently foreseeable to satisfy the requirements of law within the meaning of Article 10 § 2 of the Convention because the main steps towards publication took place in the United States, where the 1959 Act

did not apply. He maintained that, because of the worldwide nature of the Internet, it was unreasonable for publishers to foresee the legal requirements in all the individual States where the material could be accessed. He suggested that it should only be possible for English courts to convict under the 1959 Act if major steps towards publication had taken place in a location over which they had jurisdiction.

Secondly, and in any case, he submitted that section 2 of the 1959 Act was not sufficiently precise. He distinguished *Müller and Others*, cited above, on the grounds that the Swiss law on obscenity had been clarified by various judgments, whereas in the United Kingdom the decisions were taken by juries, whose decisions were not accompanied by reasons.

The Court notes that in *Müller and Others* (p. 20, § 29) it found as follows:

“According to the Court’s case-law, ‘foreseeability’ is one of the requirements inherent in the phrase ‘prescribed by law’ in Article 10 § 2 of the Convention. A norm cannot be regarded as a ‘law’ unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen – if need be, with appropriate advice – to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail ... The Court has, however, already emphasised the impossibility of attaining absolute precision in the framing of laws, particularly in fields in which the situation changes according to the prevailing views of society ... The need to avoid excessive rigidity and to keep pace with changing circumstances means that many laws are inevitably couched in terms which, to a greater or lesser extent, are vague ... Criminal-law provisions on obscenity fall within this category.”

In the present case, the Court notes that the applicant was a resident of the United Kingdom. As a result, he cannot argue that the laws of the United Kingdom were not reasonably accessible to him. Moreover, he was carrying on a professional activity with his Internet site and could therefore reasonably be expected to have proceeded with a high degree of caution when pursuing his occupation and to have taken legal advice (see, for example, *Chauvy and Others v. France*, no. 64915/01, §§ 44-45, ECHR 2004-VI).

With regard to the applicant’s second submission, the Court notes that section 2 of the 1959 Act has on two previous occasions (*Handyside* and *Hoare*, cited above) been found by the Convention institutions to satisfy the requirements inherent in the phrase “prescribed by law” in Article 10 § 2 of the Convention. It is true that those cases did not involve publication on the Internet but section 1(3) of the 1959 Act (as amended) makes clear that the Act applies to the transmission of data that is stored electronically.

In addition, the Court observes that section 1(1) of the 1959 Act clarifies the definition of “obscene”. It provides that an article is “obscene” where its effect is “such as to tend to deprave and corrupt persons who are likely, having regard to all relevant circumstances, to read, see or hear the matter contained or embodied in it”.

Against this background, it cannot be said that the law in question did not afford the applicant adequate protection against arbitrary interference. The Court therefore concludes that the impugned interference was “prescribed by law” within the meaning of Article 10 § 2 of the Convention.

### C. Legitimate aim

The applicant did not dispute, and the Court finds, that the interference pursued the legitimate aims of protecting morals and/or the rights of others.

### D. Proportionality

The Court reiterates the relevant principles established by its case-law as set out in *Müller and Others* (cited above, pp. 21-22, §§ 32-35):

“The Court has consistently held that in Article 10 § 2 the adjective ‘necessary’ implies the existence of a ‘pressing social need’ ...

In this connection, the Court must reiterate that freedom of expression, as secured in paragraph 1 of Article 10, constitutes one of the essential foundations of a democratic society, indeed one of the basic conditions for its progress and for the self-fulfilment of the individual. Subject to paragraph 2, it is applicable not only to ‘information’ or ‘ideas’ that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb the State or any section of the population. Such are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no ‘democratic society’ (see the *Handyside* judgment of 7 December 1976, Series A no. 24, p. 23, § 49) ...

Today, as at the time of the *Handyside* judgment ..., it is not possible to find in the legal and social orders of the Contracting States a uniform European conception of morals. The view taken of the requirements of morals varies from time to time and from place to place, especially in our era, characterised as it is by a far-reaching evolution of opinions on the subject. By reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, State authorities are in principle in a better position than the international judge to give an opinion on the exact content of these requirements as well as on the ‘necessity’ of a ‘restriction’ or ‘penalty’ intended to meet them.”

#### 1. Conviction

The applicant submitted that his conviction was disproportionate. In the first place, he argued that there should not be a wide margin of appreciation in this area because that would amount to imposing moral standards on publishers of a web page that are not regarded as necessary in the society where the major steps concerned with publication took place. Secondly, he argued that prosecution under section 2 of the 1959 Act was unlikely to have

any significant impact on the protection of morals because similar material was available on other sites. He drew an analogy with the case of *Observer and Guardian v. the United Kingdom* (judgment of 26 November 1991, Series A no. 216) where the Court held that an injunction to prevent the publication of the book *Spycatcher* was no longer necessary because the information was already available. Thirdly, he submitted that other measures would be more effective to achieve the aims in question, such as parental control software packages, making the accessing of the sites illegal and requiring Internet service providers to block access. Fourthly, he pointed out that websites were rarely accessed by accident.

As to the applicant's first argument, the fact that dissemination of the images in question may have been legal in other States, including non-Parties to the Convention such as the United States, does not mean that in proscribing such dissemination within its own territory and in prosecuting and convicting the applicant, the respondent State exceeded the margin of appreciation afforded to it. As the Court observed in *Handyside* (cited above, pp. 27-28, § 57):

"The Contracting States have each fashioned their approach in the light of the situation obtaining in their respective territories; they have had regard, *inter alia*, to the different views prevailing there about the demands of the protection of morals in a democratic society. The fact that most of them decided to allow the work to be distributed does not mean that the contrary decision of the Inner London Quarter Sessions was a breach of Article 10."

The Court is further unable to accept the applicant's second argument. As the Court of Appeal pointed out, the fact that the 1959 Act may provide only limited protection to vulnerable people is no reason for a responsible government to abandon the attempt to protect them. The present case is not comparable to *Observer and Guardian* on which the applicant relies: there is a clear difference between what is necessary to preserve the confidentiality of secret information, which is compromised after the very first publication of the information, and what is necessary to protect morals, where harm can be caused whenever a person is confronted with the material.

As to the third argument, the fact that there may be other measures available to protect against the harm does not render it disproportionate for a government to resort to criminal prosecution, particularly when those other measures have not been shown to be more effective.

As to the applicant's further argument that websites are rarely accessed by accident and normally have to be sought out by the user, the Court notes that the web page in respect of which the applicant was convicted was freely available to anyone surfing the Internet and that, in any event, the material was, as pointed out by the Court of Appeal, the very type of material which might be sought out by the young people the national authorities were trying to protect.

The Court further observes that it would have been possible for the applicant to have avoided the harm and, consequently, the conviction, while still carrying on his business, by ensuring that none of the photographs were available on the free preview page (where there were no age checks). He chose not to do so, no doubt because he hoped to attract more customers by leaving the photographs on that page.

In conclusion, the Court is satisfied that the applicant's criminal conviction could be regarded as necessary in a democratic society in the interests of the protection of morals and/or the rights of others. It follows that this part of the application is manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 of the Convention.

## 2. Sentence

In the alternative, the applicant submitted that his sentence of imprisonment was disproportionate. He pointed out that there was no evidence at trial that the publication of the material in question was unlawful in the society where the main steps towards publication had taken place. He argued that this demonstrated that the material was not of the most offensive nature.

The Court stated in *Cumpănă and Mazăre v. Romania* ([GC], no. 33348/96, § 111, ECHR 2004-XI):

“The nature and severity of the penalties imposed are factors to be taken into account when assessing the proportionality of an interference with the freedom of expression guaranteed by Article 10 ... The Court must also exercise the utmost caution where the measures taken or sanctions imposed by the national authorities are such as to dissuade the press from taking part in the discussion of matters of legitimate public concern ...”

In *Skalka v. Poland* (no. 43425/98, § 41, 27 May 2003) the Court said:

“Even if it is in principle for the national courts to fix the sentence, in view of the circumstances of the case, there are common standards which this Court has to ensure with the principle of proportionality. These standards are the gravity of the guilt, the seriousness of the offence and the repetition of the alleged offences.”

In the present case, the Court considers that a prison sentence was clearly proportionate. The applicant did not dispute, either before the Court of Appeal or this Court, the seriously obscene nature of the preview page. Unlike in *Cumpănă and Mazăre*, and as noted above, the purpose of the present expression was purely commercial and there is no suggestion that it contributed to any public debate on a matter of general interest or that it was of any artistic merit: the applicant's conviction cannot therefore be said to engender any obviously detrimental chilling effect. Moreover, given that the applicant stood to gain financially by putting obscene photographs on his preview page, it was reasonable for the domestic authorities to consider that a purely financial penalty would not have constituted sufficient punishment or deterrent.

The Court does not consider that the length of the sentence itself renders the interference disproportionate. In fixing the sentence, the domestic courts assess the seriousness of the offence. That assessment depends on their view of the demands of the protection of morals, an area where national authorities are usually granted a wide margin of appreciation (see *Handyside*, cited above, pp. 27-28, § 57). Even having regard to the fact that this was the applicant's first conviction for an offence of this kind, the Court does not consider that a sentence of thirty months' imprisonment, where he would be automatically entitled to release on licence after fifteen months (see *Ezeh and Connors v. the United Kingdom* [GC], nos. 39665/98 and 40086/98, § 48, ECHR 2003-X), could be said to have exceeded the national courts' margin of appreciation in this area.

It follows that this part of the application is also manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 of the Convention and that the application as a whole is inadmissible within the meaning of Article 35 § 4.

For these reasons, the Court unanimously

*Declares* the application inadmissible.





PERRIN c. ROYAUME-UNI  
(Requête n° 5446/03)

QUATRIÈME SECTION<sup>1</sup>

DÉCISION DU 18 OCTOBRE 2005<sup>2</sup>

---

1. Siégeant en une chambre composée de M. J. Casadevall, *président*, Sir Nicolas Bratza, M. M. Pellonpää, M. R. Maruste, M. S. Pavlovschi, M. J. Borrego Borrego, M. J. Šikuta, *juges*, et de M. M. O'Boyle, *greffier de section*.

2. Traduction ; original anglais.



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Condamnation pour publication d'images obscènes sur la page de prévisualisation librement accessible d'un site Internet****Article 10**

*Liberté d'expression – Ingérence – Condamnation pour publication d'images obscènes sur la page de prévisualisation librement accessible d'un site Internet – Prévue par la loi – But légitime – Protection de la morale et/ou des droits d'autrui – Proportionnalité – Marge d'appréciation – Applicabilité du droit interne aux publications faites sur un site Internet étranger – Protection des jeunes personnes contre les photographies obscènes visibles sur des pages de prévisualisation librement accessibles – But purement commercial – Longueur de la peine non disproportionnée*

\*

\* \*

Le requérant fut inculpé de trois chefs de publication d'images obscènes, infraction réprimée par la loi de 1959 sur les publications obscènes, pour le rôle joué par lui dans la production d'un site Internet contenant des scènes de coprophilie, de coprophagie et de fellation homosexuelle. Le premier chef d'accusation se rapportait à des scènes publiées sur une page de prévisualisation librement accessible. Les deux autres chefs concernaient la publication d'images accessibles seulement moyennant le paiement de droits d'inscription, procédure qui obligeait l'utilisateur à indiquer son nom, son adresse et le numéro de sa carte de crédit. Lors de ses interrogatoires par la police, le requérant déclara que le site Internet litigieux était opéré et contrôlé par une société qui avait son siège aux Etats-Unis d'Amérique et dont il était actionnaire majoritaire. Reconnu coupable sur le premier chef d'accusation et acquitté sur les deux autres, il se vit infliger une peine de trente mois d'emprisonnement. Il interjeta appel de sa condamnation et de sa peine. La Cour d'appel le débouta de ses deux recours. Elle estima que la loi de 1959 était suffisamment précise pour que l'on pût considérer que l'atteinte portée à la liberté d'expression du requérant était «prévues par la loi» et que cette atteinte était proportionnée et justifiée. Quant à la question de la compétence, elle jugea que si une condamnation ne devait être possible que dans l'hypothèse d'un accomplissement des principales démarches préalables à la publication dans un lieu soumis à la juridiction du tribunal, cela mettrait à mal la protection censée être assurée par la loi, en encourageant les sociétés à entreprendre les démarches en question dans des pays où elles auraient peu de chances d'être poursuivies. En ce qui concerne le second recours, elle déclara n'apercevoir aucune raison de réduire la peine infligée au requérant, compte tenu en particulier de l'accessibilité aux jeunes et aux personnes vulnérables des images visibles sur la page de prévisualisation litigieuse.

---

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

Article 10: la condamnation et la peine infligées au requérant s'analysent en une atteinte au droit à la liberté d'expression de l'intéressé. Cette atteinte était «prévue par la loi», dans la mesure où la loi de 1959 était tout à la fois suffisamment prévisible (dès lors que le requérant résidait au Royaume-Uni, il ne pouvait soutenir que les lois de ce pays ne lui étaient pas raisonnablement accessibles, d'autant que la gestion par lui de son site Internet correspondait à l'exercice d'une activité professionnelle) et suffisamment précise (elle prévoyait explicitement son application à la diffusion de données électroniques et elle donnait une définition du terme «obscène»). L'ingérence litigieuse poursuivait par ailleurs le but légitime que constitue la protection de la morale et/ou des droits d'autrui. En ce qui concerne d'abord la condamnation infligée au requérant, elle était proportionnée. Premièrement, en effet, si la diffusion des images en question peut n'avoir rien eu d'illégal dans d'autres Etats, cela ne signifie pas qu'en interdisant pareille diffusion sur son territoire et en poursuivant et en condamnant le requérant l'Etat défendeur ait outrepassé sa marge d'appréciation. Deuxièmement, si la loi de 1959 ne fournit qu'une protection limitée aux personnes vulnérables, cela ne justifie en rien que le gouvernement responsable renonce à tenter de les protéger. A cet égard, il existe une nette différence entre ce qui est nécessaire pour préserver la confidentialité d'informations secrètes, laquelle est compromise dès la toute première publication des informations en cause, et ce qui est nécessaire à la protection de la morale, laquelle peut subir une atteinte à chaque fois qu'une personne est confrontée aux documents litigieux. Troisièmement, le fait qu'il puisse exister d'autres mesures de protection (logiciels de contrôle parental, mise hors la loi de l'accès à certains sites ou imposition aux fournisseurs Internet de l'obligation de bloquer l'accès aux sites en question) ne signifie pas qu'un gouvernement adopte une mesure disproportionnée s'il engage des poursuites pénales, particulièrement en l'absence de preuves que les autres mesures auraient été plus efficaces. Quatrièmement, enfin, le requérant aurait pu éviter de porter préjudice à quiconque s'il avait veillé à ce qu'aucune photographie n'apparût sur la page de prévisualisation librement accessible de son site. Or il choisit de ne pas procéder ainsi, certainement parce qu'il espérait attirer plus de clients. En ce qui concerne ensuite la gravité de la sanction, une peine d'emprisonnement n'avait en l'espèce rien de disproportionné, compte tenu du caractère gravement obscène de la page de prévisualisation incriminée et du but purement commercial que poursuivait la publication. Quant à la durée – trente mois – de la peine d'emprisonnement infligée au requérant, elle ne peut passer pour avoir excédé la marge d'appréciation reconnue aux juridictions nationales dans ce domaine, d'autant qu'en vertu de la loi l'intéressé pouvait prétendre à une libération conditionnelle au bout de quinze mois: défaut manifeste de fondement.

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

*Handyside c. Royaume-Uni*, arrêt du 7 décembre 1976, série A n° 24

*Müller et autres c. Suisse*, arrêt du 24 mai 1988, série A n° 133

*Observer et Guardian c. Royaume-Uni*, arrêt du 26 novembre 1991, série A n° 216

*Hoare c. Royaume-Uni*, n° 31211/96, décision de la Commission du 2 juillet 1997, non publiée

*Skalka c. Pologne*, n° 43425/98, 27 mai 2003

*Ezeh et Connors c. Royaume-Uni* [GC], n<sup>os</sup> 39665/98 et 40086/98, CEDH 2003-X

*Chauvy et autres c. France*, n° 64915/01, CEDH 2004-VI

*Cumpănă et Mazăre c. Roumanie* [GC], n° 33348/96, CEDH 2004-XI



(...)

## EN FAIT

Le requérant, M. Stéphane Laurent Perrin, est un ressortissant français né en 1971 et résidant à Hove, au Royaume-Uni. Il est représenté devant la Cour par M<sup>c</sup> J. Welch, avocat à Londres.

### A. Les circonstances de l'espèce

Les faits de la cause, tels qu'ils ont été exposés par le requérant, peuvent se résumer comme suit.

Le 25 octobre 1999, un agent du service de la police de Londres chargé des publications obscènes utilisa, dans le cadre de ses fonctions, l'ordinateur d'un poste de police situé au Royaume-Uni pour consulter une page Web. Il put y voir des personnes recouvertes de fèces, ainsi que des scènes de coprophilie, de coprophagie et de fellation entre hommes. La page était une page de prévisualisation donnant accès à d'autres pages moyennant le paiement de droits d'inscription. Toute personne souhaitant consulter d'autres pages de ce type pouvait cliquer sur le lien intitulé «inscription à nos meilleurs sites cochons». C'est ce que fit le policier : il donna son nom, son adresse et le numéro de sa carte de crédit. Il eut alors accès à une deuxième page Web, au contenu analogue à celui de la première. Le 12 novembre 1999, le policier consulta à nouveau le site et se rendit sur une troisième page Web.

Le requérant fut par la suite arrêté et interrogé par la police sur sa participation à la publication de sites Internet. Il déclara lors de ces interrogatoires que le site visité par le policier était opéré et contrôlé par Metropole News Group, société qui avait son siège aux Etats-Unis d'Amérique, qui respectait toutes les lois locales, et dont il était actionnaire majoritaire.

Le requérant fut inculpé de trois chefs de publication d'articles obscènes, infraction réprimée par l'article 2 de la loi de 1959 sur les publications obscènes («la loi de 1959»). Les trois chefs correspondaient aux trois pages Web consultées par le policier.

L'affaire fut examinée par la *Crown Court* de Southwark en octobre 2000. Le requérant reconnut d'emblée, par l'intermédiaire de son conseil, qu'il était juridiquement responsable de la publication des pages Web consultées par le policier. Le jury devait trancher la question de savoir si ces pages étaient obscènes au sens de l'article 2 de la loi de 1959. Le juge lui fournit des explications au sujet de la définition du terme «obscène» que donnait l'article 1 § 1 de ladite loi (voir ci-dessous).

Le 16 octobre 2000, le requérant fut condamné sur le premier chef, à savoir celui correspondant à la page de prévisualisation, et acquitté sur les

deux autres. Le 6 novembre 2000, il se vit infliger une peine de trente mois de prison.

Il demanda alors à la Cour d'appel l'autorisation de la saisir, arguant notamment que sa condamnation était contraire à l'article 10 de la Convention. Il y voyait une atteinte à son droit à la liberté d'expression qui n'était ni prévue par la loi ni proportionnée. Il soutenait principalement que la loi de 1959 n'était pas suffisamment prévisible, les démarches préalables à la publication des pages Web ayant pour l'essentiel été accomplies sur un territoire qui ne relevait pas de la juridiction du Royaume-Uni. Selon lui, les tribunaux anglais ne devaient avoir la possibilité de condamner que dans l'hypothèse d'un accomplissement sur un territoire relevant de leur juridiction des principales démarches préalables à la publication. Il ajoutait que l'article 2 de la loi de 1959 n'était pas suffisamment clair. Quant à la proportionnalité, il indiquait que des pages similaires étaient facilement accessibles sur Internet et qu'il existait de meilleurs moyens d'en empêcher l'accès, tels l'adoption par le secteur concerné lui-même d'un code de conduite, le blocage de l'accès par les fournisseurs ou l'adoption par les particuliers de mesures pouvant être mises en œuvre à leur domicile.

Le 22 mars 2002, la Cour d'appel rejeta le recours formé par l'intéressé contre sa condamnation. S'appuyant sur les affaires *Handyside c. Royaume-Uni* (arrêt du 7 décembre 1976, série A n° 24, p. 21, § 44) et *Hoare c. Royaume-Uni* (n° 31211/96, décision de la Commission du 2 juillet 1997, non publiée), elle jugea que l'article 2 de la loi de 1959 était suffisamment précis pour que l'on pût considérer que l'atteinte en cause était prévue par la loi.

Quant à la proportionnalité, la Cour d'appel examina la jurisprudence issue de la Convention et observa qu'une marge d'appréciation s'appliquait dans le domaine des jugements moraux. Elle estima que l'atteinte portée à la liberté d'expression du requérant avait revêtu un caractère limité, l'intéressé n'ayant été condamné que sur le premier chef d'accusation. Elle considéra que, même si la loi de 1959 ne prévoyait qu'une protection restreinte des personnes vulnérables, il n'y avait pas de raisons pour qu'un gouvernement responsable renonçât à cette protection pour la remplacer par les solutions limitées évoquées par le requérant. Enfin, elle jugea que l'argument de l'intéressé selon lequel une condamnation ne devrait être possible que dans l'hypothèse d'un accomplissement des principales démarches préalables à la publication dans un lieu soumis à la juridiction du tribunal mettrait à mal la protection censée être assurée par la loi en encourageant les sociétés à entreprendre les démarches en question dans des pays où elles avaient peu de chances d'être poursuivies. Elle conclut que l'atteinte en cause était justifiée au regard de l'article 10 § 2 de la Convention.



La Cour d'appel rejeta également le recours dirigé par le requérant contre sa peine. Elle s'exprima comme suit :

«L'appelant indique que les pages litigieuses devaient être recherchées. Cela est vrai. Les jeunes avaient accès à ces pages, ainsi que l'admet [le conseil du requérant], mais ils devaient les rechercher. Par contre, il s'agit précisément du genre de sites que certains jeunes prendraient soin de rechercher dans l'intimité de leur chambre à coucher, et ce sont ces jeunes que la loi doit protéger dans toute la mesure du possible. L'aspect mondialisé d'Internet pose, comme le fait observer l'appelant, une difficulté, mais c'est grâce précisément à cette caractéristique de la Toile que l'on peut faire des profits tout à fait substantiels (...)

Enfin, l'appelant affirme que si l'on examine les précédents il apparaît que les peines prononcées pour d'autres infractions n'étaient pas de cette ampleur, du moins lorsque l'infraction n'avait apparemment rien à voir avec la pornographie infantile. C'est vrai, mais, là encore, le danger des infractions du type de celle pour laquelle l'appelant a été condamné est l'accessibilité des documents aux jeunes et aux personnes vulnérables. Dans ces conditions, et eu égard au fait que la loi prévoit une peine maximale de trois ans, il nous semble que le juge a adopté en l'espèce la démarche qui s'imposait ; nous ne voyons aucune raison de modifier la peine prononcée par lui.»

Le 30 octobre 2002, la Chambre des lords refusa d'accorder au requérant l'autorisation de la saisir.

## **B. Le droit interne pertinent**

La loi de 1959 sur les publications obscènes (*Obscene Publications Act*) telle que modifiée par la loi de 1964 sur les publications obscènes (*Obscene Publications Act*), par la loi de 1977 sur le droit pénal (*Criminal Law Act*), par la loi de 1985 sur le cinéma (*Cinema Act*), par la loi de 1990 sur l'audiovisuel (*Broadcasting Act*) et par la loi de 1994 sur la justice pénale et l'ordre public (*Criminal Justice and Public Order Act*) se lit comme suit en ses parties pertinentes en l'espèce :

### **Article 1 – La notion d'obscénité**

«1) Un article est réputé obscène au sens de la présente loi si, apprécié dans son ensemble, son effet, ou celui de l'une de ses parties au cas où il en renferme plusieurs, est de nature à dépraver et corrompre des personnes qui, eu égard aux diverses circonstances pertinentes, ont des chances d'en lire, voir ou entendre le contenu.

2) Par «article», la présente loi désigne tout objet contenant ou incorporant une chose destinée à être lue, regardée ou les deux, tout enregistrement sonore et tout film ou autre reproduction d'image.

3) Aux fins de la présente loi, publie un article celui qui :

a) distribue, fait circuler, vend, loue, donne, prête ou propose à la vente ou à la location pareil article ; ou

b) dans le cas d'un article contenant ou incorporant une chose destinée à être regardée ou d'un enregistrement, montre, passe ou projette celui-ci, ou, si la chose est constituée de données électroniques, communique ces données (...)

### **Article 2 – Interdiction de la publication de choses à caractère obscène**

«1) Sous réserve des dispositions ci-après, toute personne qui, que ce soit ou non dans un but lucratif, publie un article obscène ou détient un tel article aux fins de publication dans un but lucratif (que le gain doive lui profiter à elle-même ou à autrui), est passible

- a) (...)
- b) après mise en accusation, d'une amende ou d'un emprisonnement ne dépassant pas trois ans, ou de chacune de ces deux peines (...)

### **Article 4 – Défense du bien public**

«1) Sous réserve du paragraphe 1 a) du présent article [relatif aux films et aux enregistrements sonores], nul n'est condamné pour infraction à l'article 2 de la présente loi, et aucune ordonnance de confiscation n'est prononcée en vertu de l'article 3, s'il est établi que le bien public justifie la publication de l'article en question au motif qu'elle sert la science, la littérature, l'art, la connaissance ou d'autres intérêts généraux.

(...)

## **GRIEFS**

S'appuyant sur l'article 10 de la Convention, le requérant se plaint de la condamnation et de la peine qui lui ont été infligées pour la publication d'un article obscène sur un site Internet. Il y voit des atteintes à son droit à la liberté d'expression qui n'étaient pas prévues par la loi et/ou n'étaient pas nécessaires dans une société démocratique.

## **EN DROIT**

L'article 10 de la Convention, invoqué par le requérant, est ainsi libellé :

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

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

### **A. Ingérence**

La Cour considère que la condamnation et la peine infligées au requérant pour publication d'un article obscène, au sens de l'article 2 de

la loi de 1959 sur les publications obscènes telle que modifiée («la loi de 1959»), s'analysent en une atteinte au droit à la liberté d'expression de l'intéressé (*Müller et autres c. Suisse*, arrêt du 24 mai 1988, série A n° 133, p. 19, § 28).

## **B. Prévues par la loi**

Le requérant soutient que l'article 2 de la loi de 1959 n'était pas prévisible comme doit l'être une loi au sens de l'article 10 § 2 de la Convention, dans la mesure où les principales démarches accomplies aux fins de la publication ont eu lieu aux Etats-Unis, où la loi de 1959 ne s'appliquait pas. Eu égard au caractère mondialisé d'Internet, il ne serait pas raisonnable selon lui d'obliger les éditeurs à tenir compte des exigences légales de tous les Etats dans lesquels les documents peuvent être consultés. Les tribunaux anglais ne devraient pouvoir condamner en vertu de la loi de 1959 que dans les cas d'accomplissement sur un territoire relevant de leur juridiction des principales démarches préalables à la publication.

Le requérant plaide par ailleurs qu'en tout état de cause l'article 2 de la loi de 1959 n'était pas suffisamment précis. Il distingue la présente espèce de l'affaire *Müller et autres* précitée, soulignant que dans cette dernière la loi suisse sur l'obscénité avait été clarifiée par plusieurs arrêts, alors qu'au Royaume-Uni ce sont des jurys qui statuent, et ils ne motivent pas leurs décisions.

La Cour rappelle que dans son arrêt *Müller et autres* précité elle s'est exprimée comme suit (p. 20, § 29) :

«D'après la jurisprudence de la Cour, la «prévisibilité» figure parmi les exigences inhérentes au membre de phrase «prévues par la loi», au sens de l'article 10 § 2 de la Convention. On ne peut qualifier de «loi» qu'une norme énoncée avec assez de précision pour permettre à chacun – en s'entourant au besoin de conseils éclairés – de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé (...) La Cour a cependant déjà souligné l'impossibilité d'arriver à une exactitude absolue dans la rédaction des lois, notamment dans des domaines dont les données changent en fonction de l'évolution des conceptions de la société (...) Beaucoup de lois, en raison de la nécessité d'éviter une rigidité excessive et de s'adapter aux changements de situation, se servent par la force des choses de formules plus ou moins vagues (...) Les dispositions de droit pénal en matière d'obscénité entrent dans cette catégorie.»

En l'espèce, la Cour relève que le requérant résidait au Royaume-Uni. Il ne saurait dès lors soutenir que les lois du Royaume-Uni ne lui étaient pas raisonnablement accessibles. En outre, la gestion par lui de son site Internet correspondait à l'exercice d'une activité professionnelle. On peut donc raisonnablement considérer qu'il lui incombait de faire preuve d'une grande prudence à cet égard et de prendre les avis juridiques

nécessaires (voir, par exemple, *Chauvy et autres c. France*, n° 64915/01, §§ 44 et 45, CEDH 2004-VI).

En ce qui concerne le deuxième argument du requérant, la Cour rappelle que les organes de la Convention ont à deux reprises, dans les affaires *Handyside* et *Hoare* précitées, considéré que l'article 2 de la loi de 1959 satisfaisait aux exigences inhérentes à l'expression «prévues par la loi» de l'article 10 § 2 de la Convention. Lesdites affaires ne concernaient certes pas des cas de publication sur Internet, mais l'article 1 § 3 de la loi de 1959 telle que modifiée indique clairement que celle-ci s'applique à la diffusion de données électroniques.

Par ailleurs, la Cour observe que l'article 1 § 1 de la loi de 1959 donne une définition du terme «obsène». Il prévoit qu'un article est obsène si, apprécié dans son ensemble, «son effet (...) est de nature à dépraver et corrompre des personnes qui, eu égard aux diverses circonstances pertinentes, ont des chances d'en lire, voir ou entendre le contenu».

On ne peut donc considérer que la loi en cause ne garantissait pas au requérant une protection adéquate contre les ingérences arbitraires. La Cour conclut dès lors que l'atteinte incriminée était «prévue par la loi», au sens de l'article 10 § 2 de la Convention.

### C. But légitime

La Cour estime que l'ingérence poursuivait le but légitime que constitue la protection de la morale et/ou des droits d'autrui, ce que le requérant ne conteste pas du reste.

### D. Proportionnalité

La Cour rappelle les principes pertinents de sa jurisprudence, tels qu'ils ont été énoncés dans l'arrêt *Müller et autres* précité (pp. 21-22, §§ 32-35) :

«Selon la jurisprudence constante de la Cour, l'adjectif «nécessaire», au sens de l'article 10 § 2 (...), implique un «besoin social impérieux» (...)

A ce sujet, il échet de rappeler que la liberté d'expression, consacrée par le paragraphe 1 de l'article 10 (...), constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. Sous réserve du paragraphe 2, elle vaut non seulement pour les «informations» ou «idées» accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'Etat ou une fraction quelconque de la population. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de «société démocratique» (arrêt *Handyside* du 7 décembre 1976, série A n° 24, p. 23, § 49) (...)

Or, aujourd'hui comme à la date de l'arrêt *Handyside* (...), on chercherait en vain dans l'ordre juridique et social des divers Etats contractants une notion uniforme de [la morale]. L'idée qu'ils se font de ses exigences varie dans le temps et l'espace,

spécialement à notre époque caractérisée par une évolution profonde des opinions en la matière. Grâce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leur pays, les autorités de l'Etat se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le contenu précis de ces exigences comme sur la «nécessité» d'une «restriction» ou «sanction» destinée à y répondre.»

### 1. *La condamnation*

Le requérant plaide le caractère disproportionné de sa condamnation. Premièrement, les Etats ne devraient pas bénéficier d'une ample marge d'appréciation dans le domaine en cause, car cela reviendrait à imposer aux éditeurs de pages Web des normes morales non considérées comme nécessaires dans la société d'accomplissement des principales démarches préalables à la publication. Deuxièmement, des poursuites au titre de l'article 2 de la loi de 1959 seraient peu susceptibles d'avoir un quelconque effet significatif sur la protection de la morale, des documents semblables étant disponibles sur d'autres sites. Il y aurait lieu à cet égard d'établir un parallèle avec l'affaire *Observer et Guardian c. Royaume-Uni* (arrêt du 26 novembre 1991, série A n° 216), dans laquelle la Cour avait jugé que dès lors que les informations litigieuses étaient déjà disponibles l'ordre d'empêcher la publication du livre *Spycatcher* n'était plus nécessaire. Troisièmement, d'autres mesures seraient plus efficaces pour atteindre les buts en question (comme l'utilisation de logiciels de contrôle parental, la mise hors la loi de l'accès à certains sites ou l'imposition aux fournisseurs Internet de l'obligation de bloquer l'accès aux sites en question). Quatrièmement, les sites Internet seraient rarement consultés accidentellement.

Quant au premier argument du requérant, si la diffusion des images en question peut n'avoir rien eu d'illégal dans d'autres Etats, y compris des Etats non parties à la Convention, comme les Etats-Unis, cela ne signifie pas qu'en interdisant pareille diffusion sur son territoire et en poursuivant et en condamnant le requérant l'Etat défendeur ait outrepassé sa marge d'appréciation. La Cour rappelle ici ce qu'elle a dit dans son arrêt *Handyside* précité (pp. 27-28, § 57) :

«Les Etats contractants ont fixé chacun leur attitude à la lumière de la situation existant sur leurs territoires respectifs; ils ont eu égard notamment aux différentes manières dont on y conçoit les exigences de la protection de la morale dans une société démocratique. Si la plupart d'entre eux ont résolu de laisser diffuser l'ouvrage, il n'en résulte pas que le choix contraire des *Inner London Quarter Sessions* ait enfreint l'article 10.»

La Cour ne peut davantage accueillir le deuxième argument du requérant. Ainsi que la Cour d'appel l'a souligné, le fait que l'on puisse considérer que la loi de 1959 ne fournit qu'une protection limitée aux personnes vulnérables ne justifierait en rien qu'un gouvernement

responsable renonce à tenter de les protéger. La présente affaire ne peut en fait être comparée à l'affaire *Observer et Guardian* invoquée par le requérant : il existe une nette différence entre ce qui est nécessaire pour préserver la confidentialité d'informations secrètes, laquelle est compromise dès la toute première publication des informations en cause, et ce qui est nécessaire à la protection de la morale, laquelle peut subir une atteinte à chaque fois qu'une personne est confrontée aux documents litigieux.

Quant au troisième argument, le fait qu'il puisse exister d'autres mesures de protection contre les préjudices pouvant être causés par de telles publications ne signifie pas qu'un gouvernement adopte une mesure disproportionnée s'il engage des poursuites pénales, particulièrement en l'absence de preuves que les autres mesures auraient été plus efficaces.

Quant au quatrième argument du requérant, selon lequel les sites Internet sont rarement consultés accidentellement et doivent généralement être recherchés par l'utilisateur, la Cour relève que la page Web qui a valu à M. Perrin sa condamnation était librement accessible à quiconque naviguait sur Internet et que de toute manière, comme la Cour d'appel l'a souligné, les fichiers litigieux correspondaient précisément au type de fichiers susceptibles d'être recherchés par les jeunes personnes que les autorités nationales tentaient de protéger.

La Cour observe de plus que le requérant aurait pu éviter de porter préjudice à quiconque – et, par conséquent, d'être condamné – et poursuivre ses activités s'il avait veillé à ce qu'aucune photographie n'apparût sur la page de prévisualisation à accès gratuit (sur laquelle il n'y avait pas de vérification d'âge). Il choisit de ne pas procéder ainsi, certainement parce qu'il espérait attirer plus de clients en faisant figurer les photographies sur la page en question.

Dès lors, la Cour considère que la condamnation au pénal du requérant était nécessaire, dans une société démocratique, à la protection de la morale et/ou des droits d'autrui. Il s'ensuit que cette partie de la requête est manifestement mal fondée, au sens de l'article 35 § 3 de la Convention.

## 2. *La peine*

Le requérant soutient à titre subsidiaire que la peine qui lui a été infligée était disproportionnée. Il souligne qu'aucun élément n'a été produit au procès qui aurait montré que la publication des documents litigieux était illégale dans la société où avaient été accomplies les principales démarches préalables à la publication. Il y voit une preuve que les documents en question n'étaient pas des plus attentatoires aux bonnes mœurs.

La Cour rappelle à cet égard ce qu'elle a dit dans son arrêt *Cumpănă et Mazăre c. Roumanie* ([GC], n° 33348/96, § 111, CEDH 2004-XI) :

«La nature et la lourdeur des peines infligées sont des éléments à prendre en considération lorsqu'il s'agit de mesurer la proportionnalité d'une atteinte au droit à la liberté d'expression garanti par l'article 10 (...) La Cour doit aussi faire preuve de la plus grande prudence lorsque les mesures ou sanctions prises par les autorités nationales sont de nature à dissuader la presse de participer à la discussion de questions présentant un intérêt général légitime (...)»,

et dans son arrêt *Skalka c. Pologne* (n° 43425/98, § 41, 27 mai 2003) :

«Même s'il appartient en principe aux juridictions internes de déterminer la peine, compte tenu des circonstances de l'espèce, la Cour doit faire respecter des normes communes relatives au principe de proportionnalité. Ces normes concernent la gravité de la culpabilité, celle de l'infraction et la répétition des infractions alléguées.»

La Cour considère qu'une peine d'emprisonnement n'avait rien de disproportionné en l'espèce. Le requérant n'a contesté ni devant la Cour d'appel ni à Strasbourg le caractère gravement obscène de la page de prévisualisation incriminée. Contrairement à l'affaire *Cumpănă et Mazăre* précitée et comme il a été indiqué ci-dessus, l'expression litigieuse était d'ordre purement commercial, et nul n'a laissé entendre qu'elle avait pour objet de contribuer à un débat public d'intérêt général ou qu'elle revêtait un quelconque intérêt artistique. On ne saurait donc dire que la condamnation du requérant a produit un effet inhibiteur manifestement préjudiciable. En outre, étant donné que le requérant pouvait augmenter ses recettes en faisant figurer des photographies obscènes sur la page de prévisualisation, il était raisonnable de la part des autorités internes de considérer qu'une sanction purement financière n'aurait pas eu un effet dissuasif suffisant ou aurait constitué une peine trop légère.

La Cour estime que la durée de la peine d'emprisonnement ne rend pas en elle-même l'atteinte disproportionnée. Pour déterminer la peine, les juridictions internes apprécient la gravité de l'infraction. Leur appréciation dépend de la manière dont elles conçoivent les exigences de la protection de la morale, domaine dans lequel les autorités nationales bénéficient en principe d'une ample marge d'appréciation (voir l'arrêt *Handyside* précité, pp. 27-28, § 57). Même s'il s'agissait en l'espèce de la première condamnation du requérant pour une infraction de ce type, la Cour considère qu'une peine d'emprisonnement de trente mois ne peut passer pour avoir excédé la marge d'appréciation reconnue aux juridictions nationales dans ce domaine, d'autant qu'en vertu de la loi l'intéressé pouvait prétendre à une libération conditionnelle au bout de quinze mois (*Ezeh et Connors c. Royaume-Uni* [GC], n°s 39665/98 et 40086/98, § 48, CEDH 2003-X).

Il s'ensuit que cette partie de la requête est elle aussi mal fondée, au sens de l'article 35 § 3, et que la requête dans son ensemble est irrecevable, au sens de l'article 35 § 4 de la Convention.

Par ces motifs, la Cour, à l'unanimité,

*Déclare* la requête irrecevable.



BANFIELD v. THE UNITED KINGDOM  
(*Application no. 6223/04*)

FOURTH SECTION<sup>1</sup>

DECISION OF 18 OCTOBER 2005<sup>2</sup>

---

1. Sitting as a Chamber composed of Mr J. Casadevall, *President*, Sir Nicolas Bratza, Mr M. Pellonpää, Mr R. Maruste, Mr K. Traja, Mrs L. Mijović, Mr J. Šikuta, *judges*, and Mr M. O'Boyle, *Section Registrar*.

2. English original.



SUMMARY<sup>1</sup>**Forfeiture of police officer's pension for serious offences****Article 1 of Protocol No. 1**

*Peaceful enjoyment of possessions – Interference – Forfeiture of police officer's pension for serious offences – Disciplinary measure – Discretionary measure – Procedural protection afforded to the applicant during the forfeiture proceedings – Legal basis for interference – Margin of appreciation – Proportionality – Damage caused by such behaviour to the reputation of the police – Fair balance*

\*  
\*   \*

The applicant, who was a police officer, was convicted of sexual offences against women, including rape, and sentenced to a total of eighteen years' imprisonment. Three of the offences were committed whilst the applicant was on duty. He was dismissed from the police force after fourteen years and forty days of pensionable service. Bearing in mind the gravity of the offences and the betrayal of an important position of trust, the Home Secretary issued a certificate which allowed the police authority to determine that the applicant's pension be forfeited. Following a hearing in which representations from the applicant were heard, the police authority notified him that 75% of his pension would be forfeited. In the appeal proceedings in the Crown Court, the amount of the pension that would be forfeited was reduced to 65% by the Recorder, who also held that the forfeiture of the pension did not constitute a double penalty. The applicant was refused permission to apply for judicial review of the Crown Court's decision.

*Held*

Article 1 of Protocol No. 1: Where a State occupational pension was reduced as a disciplinary measure by 100%, as in *Azinas v. Cyprus*, or by 65% , as in the present case, a finding of "interference" with the peaceful enjoyment of possessions was inevitable. The State's entitlement to bring forfeiture and disciplinary proceedings against the applicant, in addition to the criminal proceedings, was not in question: the criminal proceedings related to the breaches of criminal law, and the disciplinary and forfeiture proceedings related specifically to the applicant's breach of the relationship of trust which must exist between all employees and their employer, but particularly so in the case of the police, who are held up to the public as guarantors of law enforcement. As to the proportionality of the decision that the pension be forfeited, it was not inherently unreasonable for provision to be made for a reduction or even a total forfeiture of pensions in suitable cases. Whilst the decision that the applicant's pension be

---

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

forfeited was a discretionary measure, the applicant had been afforded extensive procedural protection under the relevant domestic law, in particular under Home Office Circular 56/98, which gave guidance on the forfeiture of police pensions in a three-stage procedure (this was the main aspect which differentiated this case from *Azinas*). Given the particularly serious nature of the applicant's offences, and the exceptional damage which behaviour such as his could be assumed to cause to the reputation of the police, the decision to deprive the applicant of that part of his pension which represented the State's contributions to it could not be seen as upsetting the fair balance between the applicant's individual rights and the concerns of his employer and the general public: manifestly ill-founded.

**Case-law cited by the Court**

*Azinas v. Cyprus*, no. 56679/00, 20 June 2002

*Azinas v. Cyprus* [GC], no. 56679/00, ECHR 2004-III

*Steel and Morris v. the United Kingdom*, no. 68416/01, ECHR 2005-II

...

## THE FACTS

The applicant, Mr Paul Banfield, is a United Kingdom national who was born in 1967 and is being detained at HM Prison Wakefield. The respondent Government were represented by their Agent, Mr J. Grainger, of the Foreign and Commonwealth Office.

### **A. The circumstances of the case**

The facts of the case, as submitted by the parties, may be summarised as follows.

The applicant joined the Metropolitan Police in 1985, and transferred to the Cambridgeshire Constabulary in 1989. He was promoted to sergeant in 1998.

On 21 June 2000 the applicant was convicted of sexual offences against women, including rape, and sentenced to a total of 18 years' imprisonment. Three of the offences were committed whilst the applicant was on duty. His victims were young women in their twenties who had been detained at the Cambridge police station for minor offences. The applicant was the custody sergeant responsible for those women. While on duty at the police station, he sexually assaulted two of the women and raped the other. Two of the offences (burglary with intent to rape and rape) were committed by the applicant after his victim had informed him, when he was on duty in uniform in Cambridge, that she had been burgled some time previously. She gave him her name and address. The applicant subsequently entered the woman's house in the middle of the night and raped her.

The trial judge described the assaults committed by the applicant whilst on duty as "the most gross breaches of trust and duty".

On 27 June 2000 the applicant was dismissed from the police force by the Chief Constable. On that date he had fourteen years and forty days of pensionable service.

On 27 September 2001 the Home Secretary, on the request of the police authority, issued a certificate of forfeiture under Regulation K5 of the Police Pensions Regulations 1987 ("the Regulations"). The letter accompanying the certificate stated:

"The Secretary of State considered whether the offences, which Mr Banfield was convicted of, were liable to lead to a serious loss of confidence in the public service. In reaching his decision he took account of the circumstances leading up to the offences and conviction, the sentences imposed by the Court and the media publicity given to the case.

The Secretary of State considers the conviction on the offences of rape, indecent assault and burglary to be very serious; as it clearly constitutes the betrayal of

important positions of trust, especially as three of the offences were committed while Mr Banfield was custody sergeant. The gravity of the offences is well illustrated by the judge's comments.

The Secretary of State also considers that Mr Banfield abused his position as a police officer, especially as the offences clearly constitute the betrayal of an important position of trust for personal satisfaction.

He takes the view that as an officer of fourteen years' service, Mr Banfield's actions and conviction and the reporting of these, are liable to lead to a serious loss of confidence in a public service. The Secretary of State has decided therefore to issue a certificate which will allow the authority to forfeit Mr Banfield's pension. ..."

On 28 February 2002 the Complaints and Custody Visitors Committee of the Cambridgeshire Police Authority heard representations from the applicant as to why he should not forfeit his pension. The applicant was represented at that hearing by a solicitor. At the conclusion of the hearing, the applicant was notified that 75% of his pension would be forfeited; the remaining 25% represented his own contributions.

The applicant appealed to the Crown Court, as provided for by Regulation H5 of the Regulations. A hearing was originally listed for 18 October 2002. However, the applicant was at that time seeking judicial review of the Legal Services Commission's refusal to grant him civil legal aid for the purposes of the appeal. The hearing was accordingly adjourned pending the determination of the applicant's claim for judicial review. That claim was dismissed on 6 March 2003 on the ground, *inter alia*, that it stood no prospect of success.

The applicant's appeal to the Crown Court was subsequently heard by the Recorder of Leeds on 28 and 29 April 2003, and judgment was given on 4 June 2003. The Recorder held that the forfeiture of the applicant's pension did not represent a double penalty and did not otherwise unlawfully interfere with the applicant's Convention rights. In support of these conclusions, he noted, amongst other matters:

"A police officer's pension is partly contributory but substantially publicly funded. It stands to represent the public's gratitude for good public service given by the officer during his years of service, and an honourable police officer is entitled to that pension as of right. It must follow that if a police officer becomes a criminal the public must be entitled to say that he should not be rewarded as though he was a responsible and decent officer. If an officer's criminality is such that it can only be likely to undermine the confidence of the public in the police as a service, then he cannot be rewarded for having produced that situation.

In my judgment it is almost impossible to find circumstances in which public confidence is more likely to be undermined than in the present case. Some of the applicant's attacks on women took place when they were in his care as custody sergeant at a police station. In addition, he used information coming to him as a police officer to prey on women outside the police station. Such conduct runs the very considerable risk of causing women not to trust their local police."

The Recorder did, however, request further evidence as to the basis on which it had been calculated that the applicant's contributions represented only 25% of his pension. As a result of the information provided, the Recorder reduced the amount of the applicant's pension ordered to be forfeited to 65%.

The Recorder commented at the end of his judgment that, although the applicant had been obliged to present his own case, he had done so admirably and could not have been better represented by a lawyer.

The applicant's application for permission to apply for judicial review of the Crown Court's decision was rejected by Mr Justice Davis on 3 October 2003 on the following grounds:

"2.1 The applicant's application for legal aid was refused, for reasons which Collins J. has already decided cannot be attacked. The applicant may have been a litigant in person, but there is no question of inequality of arms or other unfairness: on the contrary, all the points that the applicant (who had ample time to prepare himself) wished to argue were fully debated before the Recorder of Leeds (and indeed the applicant partially succeeded). I note, in passing, that the Recorder observed that the applicant presented his case very ably and that he could not have been better represented by a lawyer.

2.2 There is no infringement of Article 1 [of Protocol No. 1]. The forfeiture of the pension can be justified by reference to the public interest, and a fair balance was struck and proportionality achieved, in the outcome of this case. No lack of proportionality arises from the fact that the applicant had already been sentenced to an 18-year term or other matters now advanced by him. As for *Azinas v. Cyprus*, that is clearly distinguishable: in that case the relevant statute provided for mandatory forfeiture of accrued pension rights, with no allowance for discretion. That is not this case.

...

2.6 In substance this claim is an appeal challenging the correctness of the Recorder of Leeds' decision. But in my view the judge's reasoning was correct in all relevant respects."

The written notification of the judge's decision included a note that:

"Where the judge has refused permission a claimant or his solicitor may request the decision to be reconsidered at a hearing by completing and returning form 86B within 7 days of the service upon him of this notice."

The applicant did not apply for reconsideration of the decision at a hearing.

## **B. Relevant domestic law**

The relevant parts of Regulation K5 of the Police Pensions Regulations 1987 provide as follows:

"(4) ... [A] police authority ... may determine that [a] pension be forfeited, in whole or in part and permanently or temporarily as they may specify, if the grantee has been

convicted of an offence committed in connection with his service as a member of a police force which is certified by the Secretary of State either to have been gravely injurious to the interests of the State or to be liable to lead to serious loss of confidence in the public service.

(5) ... the police authority in determining whether a forfeiture should be permanent or temporary and affect a pension in whole or in part, may make different determinations in respect of the secured and unsecured portions of the pension; but the secured portion of such a pension shall not be forfeited permanently and may only be forfeited temporarily for a period expiring before the grantee attains State pensionable age or for which he is imprisoned or otherwise detained in legal custody.”

Home Office Circular 56/98 gives guidance on the forfeiture of police pensions. Annex B sets out the three stages of the procedure. The first stage is for the police authority to identify a case where an officer has committed an offence in connection with his or her service as a member of a police force. The second stage is for the Home Secretary to consider whether the officer’s offence was either gravely injurious to the interests of the State or liable to lead to serious loss of confidence in the public service. The circular provides:

“5. A person’s rights to a police pension are part of the remuneration to which his/her service has entitled him/her and it is not axiomatic that a certificate will be issued. Forfeiture is an additional penalty which should not be added automatically to whatever sentence the Court has imposed. In deciding whether to issue a certificate therefore, the Home Secretary attaches a greater weight to the words ‘serious loss of confidence in the public service’ than the harm inevitably caused by any police officer or former police officer who commits a crime. The Home Secretary will take into account:

- the seriousness with which the Court viewed the offence (as demonstrated by the punishment imposed and the sentencing remarks);
- the circumstances surrounding the offence and investigation;
- the seniority of the officer or former officer (the more senior, the greater the loss of credibility and confidence);
- the extent of publicity and media coverage; and
- whether the offence involved:

an organised conspiracy amongst a number of officers; active support for criminals; the perversion of the course of public justice; the betrayal of an important position of trust for personal gain; and/or the corruption or attempted corruption of junior officers.”

The third stage of the procedure is the decision by the police authority as to whether or not the pension should be forfeited and the determination of the extent of the forfeiture. The circular states that the courts have ruled that no more than 75% of the pension may be forfeited, the remainder reflecting an officer’s own contributions. It continues: “As certificates are likely to be issued only in serious cases, it follows that substantial forfeiture (say, 30-75%) would normally be imposed.”



Factors which might influence the extent of forfeiture include those listed above which reflect the gravity of the officer's conduct, mitigating factors, illness and assistance given to the police during the investigation or following conviction.

As to the amount of pension which can be forfeited, the Lord Chief Justice (Lord Bingham) explained in *Whitchelo v. Secretary of State for the Home Department* (11 March 1997):

“Regulation K5(5) draws a distinction between the secured and the unsecured portions of a pension. The secured portion of the pension fund is that which represents the officer's own contributions. The unsecured portion represents a sum which would in ordinary circumstances be contributed out of public funds. It is understandable that a measure of protection should be guaranteed for the secured part. The unsecured part does not enjoy the same measure of protection. It is nonetheless a very serious step to deprive a former police officer of the unsecured portion of his pension since that represents a part of the reward for his service. It is plain, in my judgment, that an officer or former officer is not to be deprived even of the unsecured portion of his pension unless the condition permitting such forfeiture is clearly shown to be satisfied.”

## COMPLAINTS

The applicant complained under Article 1 of Protocol No. 1, Article 4 of Protocol No. 7, and Article 8 of the Convention, taken alone and in conjunction with Article 14 of the Convention. He also complained of the procedures applied, under Article 6 of the Convention.

## THE LAW

The applicant alleged that the pension forfeiture provisions operated in violation of Article 1 of Protocol No. 1, which provides as follows:

“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.”

The Government contended that, in not applying for reconsideration at a hearing of the judge's decision of 3 October 2003, the applicant had not exhausted domestic remedies.

They considered that the application was manifestly ill-founded on a number of grounds. They suggested that the forfeiture of the applicant's pension had not interfered with his right to the peaceful enjoyment of his possessions because his right to a pension was a right to a pension in

accordance with the relevant rules: the effect of the forfeiture was to reduce the applicant's expectation of a pension to one funded by his own contributions, and that pension will be paid.

Alternatively, the Government submitted that the forfeiture was a legitimate control of the use of property for the general interest, as the applicant's pension entitlement had not been extinguished, but reduced by 65% to reflect the withdrawal of the funding for it out of public monies. They contended that, in relation to that part of a police officer's pension entitlement which is funded out of public monies rather than his own monetary contributions, his claim to receive that part of the pension was weaker and more liable to be defeated by matters relating to countervailing considerations of the public interest than in relation to the part of his entitlement funded by his own contributions. They underlined that the Regulations fulfilled two primary functions – firstly, to set out an individual employee's entitlement to a pension, and secondly, to control the police authority's use of public money to “reward” employees for their faithful service. Regulation K5 and the Home Office circular together made clear that, where an employee had been convicted of a criminal offence, the police authority had to consider whether or not it was “in the public interest” for that employee to receive a publicly funded pension.

In any event, the Government were of the view that a fair balance had been struck between the interests of the general community and the applicant's individual interest. Given that the aim of a public service pension was to reward faithful service, an individual officer found guilty of criminal acts which undermined faithful service could not complain that any legitimate expectations had been improperly, arbitrarily or unfairly defeated. It was important to avoid the loss of confidence that would ensue if a police officer, or other public servant, who had committed and been convicted of serious criminal offences (which were themselves liable to lead to a serious loss of confidence in the public service), were to be “rewarded” by payment of potentially large sums out of public funds.

The Government noted that the forfeiture was limited to the proportion of the pension that was payable out of public funds, and it was not an inevitable consequence of either his convictions or his dismissal. Rather, it was a decision taken by the police authority and the Secretary of State, and then by the Crown Court, and it was taken in the light of all the circumstances of the case. Those circumstances included the fact that the applicant's crimes were particularly serious, and were likely to lead to a serious loss of confidence in the police service. Further, the decision-making process included the possibility of an appeal from the decision of the police authority to an independent and impartial tribunal which was able to reconsider the decision in its entirety. As to the “individual and excessive burden” test, the Government contended that the test could

not apply in the present case because it involved a specific decision that a proportion of his pension be forfeited as a direct result of his own criminal actions, rather than being a case where an individual contended that a generally applicable scheme had had a particularly severe impact on the individual. The Government did not accept that the fact that the applicant was also sentenced to eighteen years' imprisonment was relevant to whether he had had to bear an "excessive and individual burden" – the applicant's sentence was not imposed to restore public confidence in the police force, but to punish him for his wrongdoing. The sentence did not serve the aim of restoring or (by ensuring that the applicant would not be rewarded with generous pension payments out of the public purse) maintaining public confidence in the police service.

The applicant maintained that the rule on exhaustion of domestic remedies did not require him to request a reconsideration of the judicial review decision at a hearing. He stated that he had been given telephone advice by a solicitor that he had no prospect of success at a hearing, and that in any event he had been told that he would have been required to bear all the costs of transport, accommodation and security himself because the pension forfeiture challenge was regarded as a civil matter.

On the merits of the case, the applicant contended that the Government's reference to a lawfully accrued pension as a "reward" was a misrepresentation of the term. A public sector pension was more like a savings plan for the period of life when one will be unable to sustain a stable income. Pension forfeiture regulations were equivalent to a bank withdrawing all accumulated interest from a person's savings account because the person had become overdrawn on their current account. The full pension – employee's and employer's contributions – belonged to the person by right, and benefited fully from the protection of Article 1 of Protocol No. 1.

The applicant claimed that it was clear that he had been deprived of his property rather than being subject to a control of use: the Complaints and Custody Visitors Committee had transferred ownership of the applicant's accrued rights away from him and itself assumed the rights of the owner. He further claimed that to deprive someone of his or her property in advance – twenty-seven years in advance in his case – was manifestly without reasonable foundation. He did not accept that any public interest had been met by the imposition of a further sanction over and above that imposed by the criminal court, the more so where the effect of the sanction was to penalise retrospectively in respect of the period (when the pension contributions were being made) during which faithful and loyal service had been given.

The applicant did not accept that he had been aware that, if convicted of a serious offence, his pension would be liable to be reduced. He claimed that the forfeiture provisions were not applied uniformly, and gave

examples of police officers who had been convicted of sexual offences and who had retained their full pensions.

As to a fair balance between individual and general interests, the applicant noted that he will be in prison for at least twelve years, and during that time will be unable to make provision for his old age. He will therefore be condemned to a future of absolute poverty which will make him reliant on State assistance.

For the applicant, consideration of the views of the media, now or in twenty-five years' time, was not relevant to the Convention determination of whether he should have forfeited his pension.

As to exhaustion of domestic remedies, the Court observes that in *Azinas v. Cyprus* ([GC], no. 56679/00, § 38, ECHR 2004-III) it held:

“While in the context of machinery for the protection of human rights the rule of exhaustion of domestic remedies must be applied with some degree of flexibility and without excessive formalism, it does not require merely that applications should be made to the appropriate domestic courts and that use should be made of remedies designed to challenge impugned decisions which allegedly violate a Convention right. It normally requires also that the complaints intended to be made subsequently at the international level should have been ventilated before those same courts, at least in substance and in compliance with the formal requirements and time-limits laid down in domestic law (see, among many other authorities, *Fressoz and Roire v. France* [GC], no. 29183/95, § 37, ECHR 1999-I).

The object of the rule on exhaustion of domestic remedies is to allow the national authorities (primarily the judicial authorities) to address the allegation made of violation of a Convention right and, where appropriate, to afford redress before that allegation is submitted to the Court (see *Kudła v. Poland* [GC], no. 30210/96, § 152, ECHR 2000-XI). In so far as there exists at national level a remedy enabling the national courts to address, at least in substance, the argument of violation of the Convention right, it is that remedy which should be used. If the complaint presented before the Court (for example, unjustified interference with the right of property) has not been put, either explicitly or in substance, to the national courts when it could have been put in the exercise of a remedy available to the applicant, the national legal order has been denied the opportunity to address the Convention issue which the rule on exhaustion of domestic remedies is intended to give it. ...”

In the present case, an application for judicial review of the Recorder's decision of 4 June was clearly the appropriate avenue of challenge. The applicant made such a claim, and it was dismissed on 3 October 2003 after consideration by a High Court judge of the papers. As permission to apply had been refused, it was not open to the applicant to make an appeal to the Court of Appeal or any other higher court, but he did have the right to have the decision reconsidered in open court. At a subsequent hearing, he could have addressed the court in person, and could, for example, have underlined the need for the existing authorities to be reviewed in the light of the entry into force of the Human Rights Act in 2000.

The Court considers that, in the normal course of events, it is incumbent on an applicant whose claim for permission to apply for judicial review has been refused, to pursue that claim to a reconsideration, as he thereby uses the procedural means available to him to prevent a breach of the Convention. The applicant claimed that he had had no prospect of success, and that his imprisonment in Wakefield in any event had made an application logistically and financially impossible.

The Court does not consider it necessary to determine whether the applicant in the present case has exhausted domestic remedies, as the application is manifestly ill-founded for the following reasons.

The Court notes that the Government accepted that the applicant's entitlement to a pension (but not a pension of a specific amount) constituted a "possession" for the purposes of Article 1 of Protocol No. 1, but suggested that, because the amount which would eventually be paid would be calculated in accordance with the relevant rules, there was no interference with the "possession".

The Court is unable to accept this argument. It finds that, in this respect, the position is similar to that in *Azinas*, in which a Chamber of the Court found an interference where the applicant's non-contributory Cypriot civil-service pension had been forfeited by operation of law when he was dismissed after having been convicted of criminal offences (see *Azinas v. Cyprus*, no. 56679/00, § 43, 20 June 2002). The Grand Chamber (see reference above) has since given judgment in the case, but the Chamber's judgment remains a source of guidance. The Court considers that, where a State occupational pension is reduced, as a disciplinary measure, by 100% (as in *Azinas*) or by 65% (as in the present case), a finding that the reduction operates as an "interference" with the peaceful enjoyment of possessions is inevitable. The question is how the interference should be analysed under Article 1 of Protocol No. 1.

The Court considers, as did the Chamber in *Azinas* (*ibid.*, § 43), that the reduction of the applicant's pension was neither a control of use nor a deprivation of property, but that it falls to be considered under the first sentence of the first paragraph of Article 1. It must therefore be determined whether a fair balance was struck between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual's fundamental rights.

The State's entitlement to bring forfeiture and disciplinary proceedings against the applicant in addition to the criminal proceedings is not in question: the criminal proceedings related to the breaches of criminal law, and the disciplinary and forfeiture proceedings related specifically to the applicant's breach of the relationship of trust which must exist between all employees and their employer, but particularly so in the case of the police, who are held up to the public as guarantors of law

enforcement. The latter proceedings also served to allay public concern that members of the police force who break the law or are otherwise found guilty of disreputable conduct are dealt with leniently. To respond to such concern is not, as the applicant suggests, to permit the media to determine police pensions, but is rather a necessary part of measures to ensure confidence in a properly functioning police force.

Extensive procedural protection was available to the applicant. The forfeiture procedure could only be commenced once the criminal proceedings had terminated, and involved a three-stage procedure, as set out in the Home Office circular.

The first stage of the forfeiture was the conviction of an offence in connection with the applicant's service as a member of a police force. The applicant participated in the criminal proceedings as defendant.

The second stage was the certificate by the Home Secretary that the conviction was either gravely injurious to the interests of the State or liable to lead to a serious loss of confidence in the public service. The applicant was not involved in that stage of the procedure, but it would have been open to him to include a challenge to it in his later application for judicial review.

The third stage of the forfeiture was the determination by the police authority of how much of the pension should be forfeited, and whether that forfeiture should be temporary or permanent. The applicant was invited – before the decision was taken – to make representations as to why he should not forfeit his pension. At the hearing on 28 February 2002, the applicant made representations, and was represented by a solicitor. At the end of the hearing, the authority decided that 75% of the applicant's pension would be forfeited. An appeal lay open to the applicant to the Crown Court, which he pursued. At the rehearing before the Crown Court, the applicant, unrepresented, was again able to put forward his views on the forfeiture. The applicant was successful to the extent that the Recorder considered that the applicant's own pension contributions amounted to some 35% of the value of the pension, and he reduced the amount of the pension to be forfeited to 65%. After the rehearing before the Recorder, it remained open to the applicant to apply for judicial review of the Recorder's decision, as he also did. Thereafter, the applicant could still have had a hearing of his application for permission to apply for judicial review, in which he could have contended that the decisions were flawed. He did not pursue this avenue.

As to the proportionality of the decision that the pension be forfeited, the Court does not accept the applicant's contention – and there is no support for such a contention in the Chamber's judgment in *Azinas* – that his pension was an accrued right which could not in any circumstances be reduced. The regulations on police pensions and the Home Office circular had made clear for many years that serious criminal conduct could lead to

the forfeiture of part or all of a pension, and the applicant was, or should have been, aware of those provisions. Having regard to the margin of appreciation allowed to States in making appropriate provision for its civil servants' pensions, the Court does not consider it inherently unreasonable for provision to be made for the reduction or even the total forfeiture of pensions in suitable cases: the Home Office circular makes clear that forfeiture is a form of penalty, and to provide that forfeiture measures can only be introduced where criminal proceedings have been taken, far from constituting a double penalty, underlines that forfeiture will only apply in extreme cases.

Of particular relevance to a discussion of the proportionality of the decision to forfeit the applicant's pension is the discretionary nature of the measure, and it is this aspect more than any other which differentiates the facts of this case from those of *Azinas*. Where in *Azinas* the pension was forfeited automatically and by operation of law, in the present case every step of the procedure was the subject of a specific decision, as outlined above. Given that the domestic authorities exercised a discretion in deciding whether part of the applicant's pension be forfeited, the Court's role is to ascertain whether, in so doing, a fair balance was struck between the demands of the general community and the protection of the individual's rights.

As the Recorder in the domestic proceedings noted, it must be almost impossible to find a case in which public confidence in the police is more likely to be undermined than the present one: the applicant had attacked women who were in his care as custody sergeant, and he had burgled and raped a woman who had given him her address when she informed him that she had been burgled. On any sliding scale of measures, the applicant was bound to find himself at the more severe end, and the decision to reduce his pension by 65% – that is, the entirety of the pension arising from the State's contributions – represented that severe measure. At the same time, the domestic authorities regarded the forfeiture as constituting the police authority's response to the public indignation which might well have followed a decision to continue to pay a full pension out of public funds.

It may well be true, as the applicant stated, that as a result of the forfeiture of his pension he will be reliant on State assistance in old age, as he will not have time to build up alternative finances on his release from prison. This factor could be of relevance if the police authority had decided that the pension deriving from the applicant's own contributions should be forfeited, but as regards the non-contributory element of the pension, and given the unambiguous nature of the texts regulating forfeiture, the Court considers it to be of relatively little weight in the overall consideration of the proportionality of the measure.

Given the particularly serious nature of the applicant's offences, and the exceptional damage which behaviour such as his can be assumed to

cause to the reputation of the police, the Court concludes that the decision, taken deliberately and with extensive procedural guarantees, to deprive the applicant of that part of his pension which represented the State's contributions to his pension cannot be seen as upsetting a fair balance between the applicant's individual rights and the concerns of his employer and the general public.

It follows that this part of the application is manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 of the Convention, and must be rejected pursuant to Article 35 § 4.

2. The applicant also made a series of other complaints under various provisions of the Convention.

The Court has examined these complaints as they have been submitted. It notes that Protocol No. 7 had not been ratified by the United Kingdom, and that even if it had, the applicant was not subjected to two sets of criminal proceedings, but rather to one set of criminal proceedings and then the disciplinary and forfeiture proceedings which led to his dismissal and the forfeiture of his pension. In connection with Article 6 of the Convention and the absence of legal aid, the Court notes that it held in *Steel and Morris v. the United Kingdom* (no. 68416/01, § 61, ECHR 2005-II):

“The question whether the provision of legal aid is necessary for a fair hearing must be determined on the basis of the particular facts and circumstances of each case and will depend, *inter alia*, upon the importance of what is at stake for the applicant in the proceedings, the complexity of the relevant law and procedure and the applicant's capacity to represent him or herself effectively.”

Assuming that the forfeiture proceedings determined the applicant's civil rights, the Court considers that, although what was at stake for the applicant was of major importance to him, there was nothing particularly complex about the law, and it is apparent from the judicial comments in the case – and the outcome of the hearing in the Leeds Crown Court – that the applicant was able to represent himself effectively. Moreover, the refusal of legal aid by the Legal Services Commission had itself been the subject of an application for judicial review, which was refused on 6 March 2003.

The Court thus finds that, to the extent that they are substantiated and fall within the scope of the Convention, the remaining complaints are manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3, and must be rejected pursuant to Article 35 § 4.

For these reasons, the Court unanimously

*Declares* the application inadmissible.



BANFIELD c. ROYAUME-UNI  
(Requête n° 6223/04)

QUATRIÈME SECTION<sup>1</sup>

DÉCISION DU 18 OCTOBRE 2005<sup>2</sup>

---

1. Siégeant en une chambre composée de M. J. Casadevall, *président*, Sir Nicolas Bratza, M. M. Pellonpää, M. R. Maruste, M. K. Traja, M<sup>me</sup> L. Mijović, M. J. Šikuta, *juges*, ainsi que de M. M. O'Boyle, *greffier de section*.

2. Traduction; original anglais.



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Déchéance des droits à pension d'un agent de police condamné pour de graves délits****Article 1 du Protocole n° 1**

*Droit au respect des biens – Ingérence – Déchéance des droits à pension d'un agent de police condamné pour de graves délits – Mesure disciplinaire – Mesure discrétionnaire – Protection procédurale accordée au requérant dans le cadre de la procédure de déchéance – Base légale de l'ingérence – Marge d'appréciation – Proportionnalité – Atteinte portée à la réputation de la police du fait du comportement incriminé – Juste équilibre*

\*  
\*   \*

Le requérant, qui était agent de police à l'époque des faits, fut condamné à dix-huit ans d'emprisonnement au total pour avoir commis des agressions sexuelles – dont des viols – à l'encontre de plusieurs femmes. Il perpétra trois des délits en question dans l'exercice de ses fonctions. A la date de sa révocation de la police, il comptait quatorze ans et quarante jours de service ouvrant droit à pension. Eu égard à la gravité des délits pour lesquels l'intéressé avait été condamné et au fait qu'ils impliquaient que celui-ci avait abusé de l'autorité particulière que ses fonctions lui conféraient, le ministre de l'Intérieur émit un avis autorisant l'autorité de contrôle de la police à prononcer la déchéance des droits à pension du requérant. A l'issue d'une audience où celui-ci put faire valoir ses moyens de défense, l'autorité compétente l'informa qu'il se verrait déchoir de 75 % de ses droits à pension. Sur appel de l'intéressé, un juge de la *Crown Court* ramena l'étendue de la déchéance à 65 % des droits en question et jugea que pareille mesure ne s'analysait pas en une double peine. Le requérant se vit refuser l'autorisation de demander un contrôle juridictionnel de cette décision.

Article 1 du Protocole n° 1 : une sanction disciplinaire ayant pour effet de priver un individu de la totalité d'une pension de la fonction publique (comme en l'affaire *Azinas*) ou d'une partie de celle-ci (65 % en l'espèce) s'analyse nécessairement en une « ingérence » dans le droit de cette personne au respect de ses biens. Le pouvoir de l'Etat d'engager une procédure de déchéance et de sanction disciplinaire à l'encontre du requérant parallèlement aux poursuites pénales dont celui-ci avait fait l'objet n'est pas en cause en l'espèce; en effet, celles-ci concernaient des infractions au droit pénal tandis que la procédure critiquée tendait à la sanction de la rupture par l'intéressé de la relation de confiance qui doit caractériser les rapports entre les employés et les employeurs, spécialement dans le domaine de la police, dont les agents sont censés être les garants du respect de la loi au sein de la société. En ce qui concerne la question de la proportionnalité de la mesure de

---

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

déchéance des droits à pension, il n'est pas en soi déraisonnable de prévoir la réduction – voire la suppression totale – des prestations de retraite lorsque la situation s'y prête. Si la décision de retrait des droits à pension revêtait en l'espèce un caractère discrétionnaire, l'intéressé a bénéficié des garanties procédurales étendues instituées par les dispositions pertinentes du droit interne, notamment par la circulaire n° 56/98 du ministère de l'Intérieur, laquelle instaurait une procédure en trois étapes en matière de déchéance des droits à pension des agents de police (élément par lequel la cause se distingue le plus nettement de l'affaire *Azinas*). Eu égard à la gravité particulière des infractions commises par le requérant et au tort exceptionnel qu'un comportement tel que le sien était susceptible de causer à la réputation de la police, la décision des autorités de priver l'intéressé de la fraction des prestations de retraite correspondant à la contribution de l'Etat ne saurait passer pour avoir rompu le juste équilibre à ménager entre les droits individuels du requérant et les intérêts de son employeur et de la société : défaut manifeste de fondement.

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

*Azinas c. Chypre*, n° 56679/00, 20 juin 2002

*Azinas c. Chypre* [GC], n° 56679/00, CEDH 2004-III

*Steel et Morris c. Royaume-Uni*, n° 68416/01, CEDH 2005-II

(...)

## EN FAIT

Le requérant, M. Paul Banfield, est un ressortissant britannique né en 1967. Il est actuellement détenu à la prison de Wakefield. Le gouvernement défendeur est représenté par son agent, M. J. Grainger, du ministère des Affaires étrangères et du Commonwealth.

### A. Les circonstances de l'espèce

Les faits de la cause, tels qu'ils ont été exposés par les parties, peuvent se résumer comme suit.

Entré dans la police de Londres en 1985, le requérant fut muté dans le Cambridgeshire en 1989. Il fut promu au grade de sergent en 1998.

Le 21 juin 2000, il fut condamné à dix-huit ans d'emprisonnement au total pour avoir commis des agressions sexuelles – dont des viols – à l'encontre de plusieurs femmes. Il était de service lorsqu'il commit trois des délits qui lui valurent sa condamnation, s'attaquant à de jeunes femmes d'une vingtaine d'années qui avaient été conduites au commissariat du Cambridgeshire pour des infractions mineures et dont il avait alors la charge en qualité d'officier de garde. Il agressa sexuellement deux d'entre elles et en viola une autre. Il perpétra les deux autres délits dont il fut reconnu coupable (effraction en vue de la commission d'un viol et viol) sur la personne d'une femme qu'il avait rencontrée lors d'une patrouille à Cambridge et qui lui avait indiqué ses nom et adresse après lui avoir signalé qu'elle avait été victime d'un cambriolage quelque temps auparavant. Muni de ces informations, il pénétra par effraction chez elle, en pleine nuit, et la viola.

Le juge à qui l'affaire fut confiée qualifia les agressions que le requérant avait commises dans l'exercice de ses fonctions « d'abus d'autorité et de manquement extrêmement grave aux devoirs de sa charge ».

Le 27 juin 2000, le chef des services de police (*Chief Constable*) révoqua l'intéressé. A la date de sa révocation, celui-ci comptait quatorze ans et quarante jours de service ouvrant droit à pension.

Le 27 septembre 2001, à la demande du comité de contrôle de la police (*Police Authority*) compétent, le ministre de l'Intérieur (*Home Secretary*) émit un avis de déchéance des droits à pension de l'intéressé sur le fondement de l'article K5 du règlement de 1987 relatif aux pensions de retraite du personnel de la police (*Police Pensions Regulations 1987* – « le règlement »). L'acte en question était accompagné d'une lettre ainsi libellée :

« Pour se prononcer sur la question de savoir si les délits dont M. Banfield a été reconnu coupable étaient ou non de nature à jeter un grave discrédit sur le service public, le ministre a tenu compte des circonstances ayant entouré la commission des

infractions en question et la condamnation de l'intéressé, de la peine prononcée à l'encontre de celui-ci et de l'écho médiatique donné à cette affaire.

Le ministre estime que la condamnation prononcée contre M. Banfield des chefs de viol, d'agression sexuelle et d'effraction est très lourde de conséquences car elle implique que l'intéressé a abusé de l'autorité particulière que ses fonctions lui conféraient, surtout en ce qui concerne les trois agressions commises alors qu'il était de garde. Les observations du juge illustrent bien la gravité des délits pour lesquels M. Banfield a été condamné.

Le ministre considère lui aussi que l'intéressé a manqué aux devoirs qui incombent aux officiers de police, notamment parce que celui-ci a commis des délits en abusant manifestement, à des fins personnelles, de l'autorité particulière dont il jouissait en cette qualité.

Le ministre estime que les agissements et la condamnation de M. Banfield – qui a été policier pendant quatorze ans – ainsi que la publicité dont ces événements ont fait l'objet sont de nature à jeter un grave discrédit sur un service public. Au vu de ces éléments, le ministre autorise l'autorité compétente à déchoir M. Banfield de ses droits à pension. (...)»

Le 28 février 2002, le requérant comparut devant la commission des plaintes et des visites des lieux de détention provisoire (*Complaints and Custody Visitors Committee*) du comité de contrôle de la police du Cambridgeshire, à qui il exposa ses arguments en faveur du maintien de ses droits à pension, avec l'assistance d'un *solicitor*. A l'issue de cette audience, l'intéressé se vit notifier une décision de déchéance de 75 % de ses droits à pension (dont le reliquat, soit 25 %, correspondait aux cotisations qu'il avait versées).

S'appuyant sur l'article H5 du règlement, le requérant fit appel de cette décision devant la *Crown Court*. L'affaire fut initialement audenciée au 18 octobre 2002. Toutefois, l'intéressé ayant sollicité un contrôle juridictionnel de la décision par laquelle la commission des services juridiques (*Legal Services Commission*) avait refusé de lui accorder l'aide judiciaire civile qu'il avait demandée pour les besoins de la procédure d'appel, l'audience fut ajournée en attendant qu'il fût statué sur ce point. Le requérant fut débouté le 6 mars 2003, au motif notamment que son recours n'avait aucune chance de prospérer.

Un juge professionnel (*Recorder*) de Leeds examina les 28 et 29 avril 2003 l'appel interjeté par l'intéressé. Le 4 juin 2003, il jugea que la déchéance des droits à pension du requérant ne s'analysait pas en une double peine et ne constituait en aucune autre manière une ingérence dans les droits dont celui-ci bénéficiait en vertu de la Convention. Pour se prononcer ainsi, il releva notamment que :

«Les pensions servies aux fonctionnaires de police revêtent un caractère partiellement contributif mais sont en grande partie financées par des fonds publics. Elles constituent pour la société un moyen de manifester sa reconnaissance aux policiers qui ont rendu de bons et loyaux services dans

l'exercice de leurs fonctions et sont dues de plein droit aux agents qui n'ont pas démérité. Il est donc naturel de laisser aux administrés la possibilité de ne pas témoigner la même gratitude à un agent qui a commis des délits qu'à un policier responsable et honorable. Un agent dont le comportement délictueux conduit les administrés à perdre la confiance qu'ils placent dans le service public de la police ne mérite pas d'en être récompensé.

Il ne me paraît guère possible d'être confronté à des faits plus nuisibles à la confiance des administrés que ceux dont je suis saisi. Certaines des agressions perpétrées par l'intéressé ont été commises sur des femmes dont il avait la garde en qualité d'officier de permanence au commissariat. De surcroît, il a profité d'informations dont on lui avait fait part dans l'exercice de ses fonctions pour s'attaquer à des femmes hors du commissariat. Pareil comportement est de nature à compromettre très gravement la confiance des femmes dans la police locale.»

Toutefois, il voulut savoir sur quelles bases on avait calculé que les cotisations du requérant ne représentaient que 25 % de la retraite de celui-ci et sollicita un complément d'information à cet égard. Au vu des renseignements qu'il reçut, il réduisit l'étendue de la déchéance, la ramenant à 65 % de la pension du requérant.

Dans ses observations finales, il indiqua que l'intéressé avait été contraint de se défendre lui-même mais qu'il l'avait fait avec un tel talent qu'un avocat n'eût pas mieux servi ses intérêts.

Le requérant introduisit une requête aux fins de se voir autoriser à demander un contrôle juridictionnel de la décision de la *Crown Court*. Pareille autorisation lui fut refusée par le juge Davis le 3 octobre 2003, pour les motifs suivants :

«2.1. La demande d'aide juridictionnelle formulée par l'intéressé a été rejetée pour des motifs jugés non contestables par le juge Collins. S'il est vrai que le demandeur a dû se défendre personnellement, on ne saurait dire que la procédure a porté atteinte à l'égalité des armes ou manqué d'équité à un autre égard. Au contraire, tous les points que le demandeur a souhaité discuter, et pour lesquels il a eu amplement le temps de préparer sa défense, ont été débattus devant le juge de Leeds, qui lui a d'ailleurs donné partiellement gain de cause. J'observe incidemment que le juge a souligné que le demandeur avait fort bien plaidé sa cause et qu'un avocat ne l'eût pas mieux défendu.

2.2. L'article 1 [du Protocole n° 1] n'a pas été violé. La déchéance des droits à pension est justifiée au regard de l'intérêt public, un juste équilibre a été ménagé et la proportionnalité a été respectée en l'espèce. Ni le fait que le demandeur soit déjà sous le coup d'une condamnation à dix-huit ans d'emprisonnement ni les autres moyens qu'il soulève ne conduisent à conclure à l'absence de proportionnalité de la décision litigieuse. La présente affaire se distingue nettement de l'affaire *Azinas c. Chypre*, dans laquelle la législation applicable prévoyait le retrait automatique de droits à pension acquis et ne laissait aux autorisés aucune latitude pour aménager pareille mesure. Tel n'est pas le cas en l'espèce.

(...)

2.6. En substance, le demandeur conteste le bien-fondé de la décision du juge de Leeds. Or j'estime que celle-ci est correcte dans toutes ses dispositions.»

La décision du juge Davis fut notifiée au requérant par écrit. Cette notification comportait la mention suivante :

«Le demandeur auquel l'autorisation de solliciter le contrôle juridictionnel d'une décision a été refusée peut, personnellement ou par l'intermédiaire de son avocat, requérir la tenue d'une audience en vue du réexamen de la décision de rejet de sa demande en remplissant et en retournant le formulaire 86B dans un délai de sept jours après réception de la notification de la décision en question.»

L'intéressé n'a pas fait usage de la possibilité qui lui était ainsi offerte.

## **B. Le droit interne pertinent**

Les passages pertinents de l'article K5 du règlement de 1987 se lisent ainsi :

«4. (...) [Un] comité de contrôle de la police (...) peut prononcer la déchéance totale ou partielle, définitive ou provisoire de droits à pension lorsque l'agent bénéficiaire a été condamné pour une infraction qui se rattache à l'exercice des fonctions policières et qui a été considérée par le ministre compétent comme étant gravement préjudiciable aux intérêts de l'Etat ou de nature à jeter un grave discrédit sur le service public.

5. (...) En se prononçant sur le caractère total ou partiel, définitif ou provisoire de la déchéance de droits à pension, un comité de contrôle de la police peut réserver un traitement différent à la partie irrévocable et à la partie révocable des droits en question. Toutefois, la fraction irrévocable de ces droits ne peut faire l'objet d'une déchéance définitive et ne peut être frappée d'une déchéance provisoire que pour une période expirant avant que le bénéficiaire n'atteigne l'âge d'ouverture des droits à pension ou égale à la durée pendant laquelle celui-ci est emprisonné ou privé de liberté sur ordre de justice.»

La circulaire n° 56/98 émise par le ministère de l'Intérieur comporte des instructions relatives à la déchéance des droits à pension des agents de police. Son annexe B décrit les trois phases de la procédure de déchéance. La première d'entre elles consiste, pour le comité de contrôle de la police compétent, à déterminer si l'infraction commise par un agent de police se rattache à l'exercice de ses fonctions de membre des forces de l'ordre. Dans la deuxième phase de cette procédure, le ministre de l'Intérieur doit se prononcer sur la question de savoir si l'infraction est gravement préjudiciable aux intérêts de l'Etat ou de nature à jeter un grave discrédit sur le service public. A cet égard, ladite circulaire dispose :

«Les droits à pension d'un agent constituent une partie de la rémunération qui lui est due pour les services qu'il a rendus et le fait qu'il a commis une infraction n'entraîne pas *ipso facto* l'émission d'un avis de déchéance. Le retrait de droits à pension est une sanction complémentaire qui ne doit pas être automatiquement ajoutée aux peines infligées par les tribunaux. Pour déterminer s'il y a lieu de délivrer un avis de déchéance, le ministre de l'Intérieur attachera davantage d'importance à l'éventualité d'un «grave discrédit sur le service public» qu'au préjudice qui découle inévitablement de la commission d'un délit par un agent en activité ou un ancien agent. Il prendra en compte :



- l’appréciation portée par les tribunaux sur le degré de gravité de l’infraction commise (au regard de la peine prononcée et de la motivation de la condamnation);
- les circonstances de l’infraction et de l’enquête;
- l’ancienneté de l’agent ou de l’ancien agent (sachant que le préjudice causé à la crédibilité de la police et à la confiance qu’elle inspire augmente avec l’ancienneté de l’agent);
- l’étendue de la publicité et de la couverture médiatique dont l’infraction a fait l’objet;
- la question de savoir si l’infraction a été commise dans le cadre d’un concert frauduleux noué entre plusieurs agents, si elle a conduit son ou ses auteur(s) à apporter un soutien actif à des malfaiteurs, à détourner le cours de la justice, à abuser de ses ou de leurs pouvoirs dans le but d’en tirer un profit personnel et/ou à corrompre ou à tenter de corrompre des agents subalternes.»

Lors de la troisième phase de la procédure, le comité de contrôle de la police statue sur le point de savoir s’il y a lieu pour lui de prononcer la déchéance des droits à pension et, si tel est le cas, détermine l’étendue de cette mesure. La circulaire susmentionnée indique que, conformément à la jurisprudence pertinente, pareil retrait ne peut excéder 75 % des droits à pension, le reliquat de ceux-ci représentant la part contributive de l’agent. Elle précise en outre que «dans la mesure où la délivrance d’un avis de déchéance suppose normalement que les faits qui le motivent présentent une gravité certaine, le retrait doit en principe toucher une fraction importante (comprise entre 30 et 75 %) des droits à pension».

Outre les éléments énumérés ci-dessus, l’existence de circonstances atténuantes, la maladie de l’agent concerné ou la manière dont il a coopéré avec la police au cours de l’enquête ou après sa condamnation sont de nature à influencer sur l’étendue de la déchéance.

A cet égard, le *Lord Chief Justice Bingham* a déclaré en l’affaire *Whitchelo v. Secretary of State for the Home Department* (11 mars 1997) :

«L’article K 5 § 5 [du règlement] établit une distinction entre la fraction irrévocable et la fraction révoicable des droits à pension d’un agent. La première correspond aux cotisations versées par l’agent. La seconde, financée par des fonds publics, représente la somme qui lui est normalement versée par la collectivité. Il est compréhensible que la fraction irrévocable de la pension bénéficie d’une certaine protection. S’il n’en va pas de même pour la fraction révoicable, il est très grave d’en priver l’agent car celle-ci représente une partie de la rétribution qui lui est due en contrepartie de son travail. A mon avis, la déchéance de droits à pension – même révocables – ne peut être prononcée à l’encontre d’un agent ou d’un ancien agent que s’il est manifeste que les conditions requises à cet effet sont réunies.»

## GRIEFS

Le requérant invoque l’article 1 du Protocole n° 1, l’article 4 du Protocole n° 7 et l’article 8 de la Convention, pris isolément et combinés

avec l'article 14 de la Convention. Se fondant sur l'article 6 de la Convention, il se plaint en outre des procédures dont il a fait l'objet.

## EN DROIT

1. L'intéressé allègue que les dispositions internes relatives à la déchéance des droits à pension ont porté atteinte à l'article 1 du Protocole n° 1, lequel 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. »

Le Gouvernement soutient que, faute d'avoir sollicité la tenue d'une audience pour le réexamen de la décision rendue le 3 octobre 2003 par le juge Davis, le requérant n'a pas épuisé les voies de recours internes.

Par ailleurs, il estime que la requête est manifestement mal fondée, pour plusieurs raisons. Il affirme que la déchéance dont l'intéressé se plaint ne porte pas atteinte au droit de celui-ci au respect de ses biens puisqu'il ne bénéficie de droits à pension que dans les conditions fixées par les normes pertinentes et que la mesure litigieuse a ramené la somme à laquelle il pouvait prétendre à ce titre au montant de ses cotisations, montant qui lui sera versé.

Subsidiairement, il plaide que la déchéance litigieuse s'analyse en une mesure légitime réglementant l'usage des biens conformément à l'intérêt général. A cet égard, il fait valoir que le droit à pension du requérant n'a pas été anéanti mais seulement réduit de 65 %, fraction correspondant à la part du financement public dans la retraite de l'intéressé, dont celui-ci a été privé. Il considère que le droit dont un agent peut se prévaloir sur la partie de la pension financée par la collectivité est plus précaire que celui dont il bénéficie sur la fraction contributive et plus susceptible d'être remis en cause pour des raisons d'intérêt général. Il souligne que le règlement poursuit deux objectifs principaux. Le premier consiste à créer un droit à pension au profit de chaque employé, le second à garantir que le comité de contrôle de la police utilise les deniers publics pour « récompenser » les agents de leurs bons et loyaux services. Il affirme qu'il ressort clairement des dispositions combinées de l'article K5 du règlement et de la circulaire du ministère de l'Intérieur que, lorsqu'un agent est reconnu coupable d'une infraction pénale, il incombe aux autorités compétentes de se prononcer sur le point de savoir s'il est dans l'« intérêt public » qu'une pension financée par les contribuables lui soit versée.

En tout état de cause, le Gouvernement estime qu'un juste équilibre a été ménagé entre l'intérêt général et les intérêts particuliers du requérant. Il soutient que, les prestations de retraite ayant pour but de récompenser les fonctionnaires de l'accomplissement des devoirs de leur charge, ceux qui ont commis des infractions pénales contraires à la loyauté qu'exige l'exercice de leurs fonctions ne peuvent légitimement prétendre qu'il a été indûment, arbitrairement ou injustement fait échec aux espoirs qu'ils nourrissaient à cet égard. Il ajoute qu'il est important pour les autorités d'éviter le discrédit auquel le service public se verrait exposé si un agent de police ou un autre fonctionnaire reconnu coupable d'infractions pénales majeures (qui sont en elles-mêmes de nature à nuire gravement à la confiance dans le service public) devait en être «récompensé» par le versement de sommes – pouvant être importantes – prélevées sur des fonds publics.

Il observe que la déchéance des droits n'a frappé que la partie de la pension du requérant financée par la collectivité. Il souligne par ailleurs que cette mesure ne découlait pas *ipso facto* de la condamnation et de la révocation de l'intéressé mais qu'elle a au contraire été prise à la lumière de l'ensemble des circonstances de la cause, dans le cadre d'une procédure où sont intervenus d'abord le comité de contrôle de la police et le ministère de l'Intérieur, puis la *Crown Court*. Il précise à cet égard que ces autorités ont tenu compte de la gravité particulière des délits commis par le requérant et du fait qu'ils étaient de nature à jeter un grave discrédit sur le service public de la police. En outre, il affirme que la procédure critiquée offrait au requérant un recours lui permettant de contester la décision des organes de la police devant un tribunal indépendant et impartial qui avait le pouvoir de la reconsidérer dans tous ses éléments. Il soutient par ailleurs que la question de savoir si l'intéressé a eu à supporter une «charge spéciale et exorbitante» ne se pose pas dans la présente affaire car celle-ci n'a pas trait à la dénonciation, par un individu, des conséquences particulièrement sévères qu'une norme générale aurait à son égard, mais à un litige portant sur une décision individuelle de déchéance partielle de droits à pension qui résultait directement des agissements criminels de celui contre lequel elle a été prise. A cet égard, il s'oppose à la thèse selon laquelle le fait que le requérant a aussi été condamné à une peine de dix-huit ans d'emprisonnement est pertinent en ce qui concerne le point de savoir si celui-ci a eu à supporter une «charge spéciale et exorbitante», observant que cette condamnation n'avait pas pour but de rétablir la confiance des administrés dans la police mais de punir l'intéressé pour les délits qu'il avait commis. Il insiste sur le fait que la peine en question n'avait pas pour objectif de rétablir la confiance du public dans la police ou de la maintenir en empêchant l'intéressé de percevoir de généreuses allocations de retraite financées par des deniers publics.

Le requérant soutient que la règle de l'épuisement des voies de recours internes ne l'obligeait pas à solliciter la tenue d'une audience pour le réexamen de la décision de rejet de la requête qu'il avait formée en vue de se voir autoriser à demander un contrôle juridictionnel. A cet égard, il dit avoir téléphoné à un avocat qui lui a indiqué qu'une procédure orale était vouée à l'échec et que ses frais de voyage, de séjour, d'extraction et d'escorte seraient en tout état de cause restés à sa charge car les recours en contestation de déchéance de droits à pension étaient considérés comme relevant de la matière civile.

Sur le fond, il affirme que le Gouvernement commet un abus de langage en qualifiant de « récompense » une pension légalement due. Il arguë que les retraites de la fonction publique s'apparentent davantage à des plans d'épargne dont les titulaires se servent lorsqu'ils atteignent un âge où ils ne sont plus capables de se procurer un revenu régulier. Il soutient que, en appliquant les dispositions relatives à la déchéance des droits à pension, les autorités se sont comportées comme une banque qui aurait annulé les intérêts produits par le compte d'épargne d'un client parce que le compte courant de celui-ci se serait trouvé à découvert. Il plaide que les prestations de retraite sont dues en leur entier (part patronale et part salariale incluses) et de plein droit aux agents et qu'elles bénéficient dans leur intégralité de la protection accordée par l'article 1 du Protocole n° 1.

Il estime que la mesure dont il a fait l'objet relève manifestement de la privation de propriété plutôt que de la réglementation de l'usage des biens puisque la commission des plaintes et des visites des lieux de détention provisoire l'a dépossédé de ses droits acquis en se les appropriant. Il affirme en outre qu'une mesure de privation de propriété prise aussi longtemps avant que les droits sur lesquels elle porte ne deviennent exigibles – vingt-sept ans en l'espèce – est manifestement dépourvue de fondement. Il conteste la thèse selon laquelle l'ajout d'une sanction à une peine prononcée par les juridictions répressives répond à un quelconque intérêt public, surtout dans le cas où cette sanction a un caractère rétroactif en ce qu'elle porte sur une période – celle au cours de laquelle les cotisations de retraite ont été versées – où l'agent a correctement rempli ses fonctions.

Il s'oppose à l'argument du Gouvernement selon lequel il savait que la commission d'une infraction grave l'exposerait au risque d'une réduction de ses prestations de retraite. A cet égard, il affirme que les dispositions relatives à la déchéance des droits à pension ne sont pas appliquées de manière uniforme et cite les cas d'agents qui ont bénéficié d'une retraite pleine bien qu'ils eussent été condamnés pour des délits sexuels.

Quant à la question de savoir si un juste équilibre a été ménagé entre les intérêts individuels et l'intérêt général, il fait valoir qu'il ne sera pas en mesure d'épargner pour ses vieux jours pendant sa détention, laquelle

durera au moins douze ans, et qu'il est donc promis à une pauvreté absolue qui le rendra dépendant des aides sociales.

Il avance par ailleurs que les considérations relatives à l'opinion actuelle des médias ou à la manière dont ils réagiront dans vingt-cinq ans n'ont aucune pertinence quant au point de savoir si la déchéance de ses droits à pension se justifie au regard de la Convention.

En ce qui concerne la règle de l'épuisement des voies de recours internes, la Cour rappelle avoir déclaré, en l'affaire *Azinas c. Chypre* ([GC], n° 56679/00, § 38, CEDH 2004-III), que :

« Dans le cadre du dispositif de protection des droits de l'homme, la règle de l'épuisement des voies de recours internes doit s'appliquer avec une certaine souplesse et sans formalisme excessif, mais elle n'exige pas seulement la saisine des juridictions nationales compétentes et l'exercice de recours destinés à combattre une décision litigieuse déjà rendue qui viole prétendument un droit garanti par la Convention : elle oblige aussi, en principe, à soulever devant ces mêmes juridictions, au moins en substance et dans les formes et délais prescrits par le droit interne, les griefs que l'on entend formuler par la suite au niveau international (voir, parmi beaucoup d'autres, *Fressoz et Roire c. France* [GC], n° 29183/95, § 37, CEDH 1999-I).

La finalité de la règle relative à l'épuisement des voies de recours internes est de permettre aux autorités nationales (notamment les autorités judiciaires) d'examiner le grief concernant la violation d'un droit protégé par la Convention et, le cas échéant, de redresser cette violation avant que la Cour n'en soit saisie (*Kudla c. Pologne* [GC], n° 30210/96, § 152, CEDH 2000-XI). Dès lors qu'il existe au niveau national un recours permettant aux juridictions internes d'examiner, au moins en substance, l'argument relatif à la violation d'un droit protégé par la Convention, c'est ce recours qui doit être exercé. Si le grief présenté devant la Cour (par exemple une atteinte injustifiée au droit de propriété) n'a pas été soumis – explicitement ou en substance – aux juridictions nationales au moment où il aurait pu leur être exposé dans l'exercice d'un recours qui s'offrait au requérant, l'ordre juridique national a été privé de la possibilité d'examiner la question tirée de la Convention que la règle de l'épuisement des voies de recours internes est censée lui donner (...) »

Pour la Cour, l'introduction d'une demande de contrôle juridictionnel de la décision rendue par le *Recorder* le 4 juin 2003 constituait manifestement un recours approprié en l'espèce. La requête formulée par le requérant à cet effet fut rejetée le 3 octobre 2003 par un juge de la *High Court*, à l'issue d'une procédure écrite. Si le rejet de sa demande de contrôle juridictionnel interdisait à l'intéressé de saisir la Cour d'appel ou une autre juridiction supérieure, il lui était loisible de demander le réexamen de la décision litigieuse en audience publique, ce qui lui aurait permis d'exposer lui-même sa cause devant un magistrat et de plaider, par exemple, que les règles pertinentes devaient être reconsidérées à la lumière de la loi sur les droits de l'homme (*Human Rights Act*) entrée en vigueur en 2000.

La Cour estime que, pour satisfaire à leur obligation d'utiliser les moyens procéduraires propres à empêcher une violation de la Convention,

il incombe en principe aux requérants qui se sont vu refuser l'autorisation de solliciter le contrôle juridictionnel d'une décision de demander le réexamen du refus qui leur a été opposé. L'intéressé soutient que pareille démarche était vouée à l'échec et que, en tout état de cause, son incarcération à Wakefield lui interdisait de l'entreprendre, pour des raisons d'ordre pratique et financier.

La Cour considère qu'il n'y a pas lieu d'examiner la question de savoir si le requérant a épuisé les voies de recours internes car la requête est manifestement mal fondée, pour les raisons exposées ci-après.

Elle relève que, tout en reconnaissant que l'intéressé est titulaire d'un droit à pension (mais non d'un droit à une pension d'un montant déterminé) qui s'analyse en un « bien » aux fins de l'article 1 du Protocole n° 1, le Gouvernement allègue qu'il n'y a pas eu d'atteinte au droit du requérant au respect de ce « bien » car le montant des prestations dont l'intéressé bénéficiera le moment venu doit être calculé selon les règles applicables en la matière.

La Cour ne saurait souscrire à cette thèse. Elle estime que, sur ce point, les circonstances de l'espèce présentent des similitudes avec celles de l'affaire *Azinas*, dans laquelle l'une de ses chambres, qui avait eu à connaître d'une situation où un fonctionnaire chypriote avait été déchu de plein droit du bénéfice des prestations prévues par le régime de retraite non contributif de la fonction publique chypriote au motif qu'il avait été révoqué de ses fonctions consécutivement à une condamnation pénale (*Azinas c. Chypre*, n° 56679/00, § 43, 20 juin 2002), avait conclu à l'existence d'une atteinte au droit à pension de l'intéressé. Bien que la Grande Chambre ait rendu un arrêt (précité) dans l'affaire rapportée, l'arrêt de la chambre demeure une source de référence. Une sanction disciplinaire ayant pour effet de priver un individu de la totalité d'une pension de retraite de la fonction publique (comme en l'affaire *Azinas*) ou d'une partie de celle-ci (65 % en l'espèce) s'analyse nécessairement en une « ingérence » dans le droit de cette personne au respect de ses biens. Dès lors, la question se pose de savoir de quelle manière il convient d'analyser pareille ingérence au regard de l'article 1 du Protocole n° 1.

A l'instar de la chambre ayant statué en l'affaire *Azinas* (voir le paragraphe 43 de cet arrêt), la Cour considère que la réduction du montant des prestations de retraite du requérant ne constitue pas une expropriation ni une mesure de réglementation de l'usage des biens, et que cette mesure doit donc être examinée sous l'angle de la première phrase du premier alinéa de l'article 1 du Protocole n° 1. Aussi convient-il de déterminer si un juste équilibre a été ménagé entre les exigences relatives à l'intérêt général de la société et les impératifs liés à la protection des droits fondamentaux de l'individu.

Le pouvoir de l'Etat d'engager une procédure de déchéance et de sanction disciplinaire à l'encontre du requérant parallèlement aux

poursuites pénales dont celui-ci avait fait l'objet n'est pas en cause en l'espèce; en effet, celles-ci concernaient des infractions au droit pénal tandis que la procédure critiquée tendait à la sanction de la rupture par l'intéressé de la relation de confiance qui doit caractériser les rapports entre les employés et les employeurs, spécialement dans le domaine de la police, dont les agents sont censés être les garants du respect de la loi au sein de la société. Les mesures litigieuses visaient également à apaiser les inquiétudes que le public aurait pu éprouver à l'idée que les membres des forces de l'ordre qui violent la loi ou se rendent coupables d'un comportement répréhensible puissent bénéficier d'un traitement de faveur. La Cour ne souscrit pas à la thèse du requérant selon laquelle le fait pour les autorités de répondre à cette préoccupation revenait à conférer aux médias un pouvoir de décision en matière de retraite des policiers. Elle considère qu'il s'agit là de l'une des mesures qu'elles devaient prendre pour s'assurer de la confiance du public dans le bon fonctionnement de la police.

L'intéressé a disposé de garanties procédurales étendues. La procédure de déchéance, qui ne pouvait être déclenchée qu'après le procès pénal, s'est déroulée en trois étapes, conformément à la circulaire du ministère de l'Intérieur.

La première d'entre elles avait trait à la condamnation du requérant pour une infraction se rattachant à l'exercice des fonctions policières que celui-ci assumait. Dans le procès pénal, l'intéressé avait eu la qualité de défendeur.

La deuxième phase portait sur la délivrance, par le ministre de l'Intérieur, d'un certificat attestant que la condamnation prononcée était gravement préjudiciable aux intérêts de l'Etat ou de nature à jeter un grave discrédit sur le service public. Si l'intéressé n'a pas participé à cette étape de la procédure, il aurait pu la contester à l'occasion de la demande de contrôle juridictionnel qu'il a formulée par la suite.

Lors de la troisième phase, il incombait au comité de contrôle de la police de déterminer l'étendue de la déchéance et de se prononcer sur le point de savoir si celle-ci devait avoir un caractère permanent ou temporaire. Avant que ces questions ne fussent tranchées, l'intéressé fut invité à présenter ses arguments en faveur du maintien de ses droits à pension, ce qu'il fit lors d'une audience tenue le 28 février 2002, où il fut représenté par un avocat. A l'issue de cette audience, l'autorité compétente décida de déchoir le requérant de 75 % de ses droits à pension. Exerçant le recours qui lui était ouvert, l'intéressé saisit la *Crown Court*. Dans le cadre du réexamen de l'affaire par cette juridiction, l'intéressé, qui se défendait sans l'assistance d'un avocat, put à nouveau exposer sa position sur la question de la déchéance des droits à pension. Il obtint partiellement gain de cause devant le *Recorder*, qui estima que ses cotisations de retraite représentaient 35 % de ses droits à pension et

ramena à 65 % le taux de déchéance qui les frappait. A l'issue du réexamen de son affaire, le requérant exerça la voie de recours qui lui était ouverte en sollicitant l'autorisation de demander le contrôle juridictionnel de la décision du *Recorder*. Par la suite, il aurait pu tenter d'obtenir un examen en audience publique de cette requête et de convaincre la juridiction compétente que les décisions prises à son détriment étaient viciées, ce qu'il n'a pas fait.

En ce qui concerne la question de la proportionnalité de la mesure de déchéance des droits à pension, la Cour ne saurait souscrire à la thèse de l'intéressé selon laquelle le bénéfice des prestations de retraite était un droit acquis dont la valeur ne pouvait en aucun cas subir de réduction et ne relève aucun élément propre à étayer pareil argument dans l'arrêt de chambre rendu en l'affaire *Azinas*. La réglementation applicable aux pensions des fonctionnaires de police et la circulaire pertinente du ministère de l'Intérieur précisent depuis de nombreuses années que la commission par un agent d'infractions graves peut conduire à la déchéance totale ou partielle des droits à pension, ce que l'intéressé savait ou aurait dû savoir. Eu égard à la marge d'appréciation dont les Etats bénéficient pour aménager comme il convient le régime des pensions de leurs fonctionnaires, la Cour considère qu'il n'est pas en soi déraisonnable de prévoir la réduction – voire la suppression totale – des prestations de retraite lorsque la situation s'y prête. A cet égard, la circulaire du ministère de l'Intérieur indique clairement que le retrait des droits à pension est une forme de sanction, et, loin de signifier que pareille mesure constitue une double peine, le fait que ce texte subordonne l'ouverture d'une procédure de déchéance à l'existence de poursuites pénales souligne que cette mesure ne s'applique que dans les cas les plus graves.

Le caractère discrétionnaire de la décision de déchéance des droits à pension de l'intéressé revêt une importance particulière pour l'appréciation de la proportionnalité de cette mesure et constitue l'élément par lequel la cause se distingue le plus nettement de l'affaire *Azinas*. En effet, comme il a été souligné ci-dessus, la déchéance a été prononcée en l'espèce à l'issue d'une procédure dont chacune des phases a donné lieu à une décision expresse tandis que, dans l'affaire *Azinas*, elle découlait de plein droit de la loi. Les autorités internes ayant décidé de déchoir partiellement le requérant de ses droits à pension dans l'exercice de leur pouvoir d'appréciation, il incombe à la Cour de rechercher si elles en ont usé en ménageant un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général de la société et les impératifs de la sauvegarde des droits de l'individu.

La Cour souscrit à l'opinion du *Recorder*, qui avait estimé dans le cadre de la procédure interne que l'on ne pouvait guère être confronté à des faits plus nuisibles à la confiance des administrés dans la police que ceux de



l'espèce. Le requérant a d'abord agressé des femmes dont il avait la garde en sa qualité d'officier de permanence, puis, s'attaquant à une autre femme qui lui avait indiqué ses nom et adresse après lui avoir signalé qu'elle avait été victime d'un cambriolage, il s'est introduit par effraction chez elle et l'a violée. L'intéressé ne pouvait se voir appliquer par les autorités que la plus sévère des diverses mesures dont il était passible, qui consistait en l'occurrence à se voir priver de 65 % de ses droits à pension, soit de la totalité des prestations de retraite financées par l'Etat. En prenant cette décision, les autorités policières entendaient aussi conjurer l'indignation que le maintien de prestations de retraite financées par la collectivité aurait pu susciter dans la société.

Il se peut fort bien que le requérant ait raison de penser que la déchéance de ses droits à pension et le temps limité dont il disposera pour se constituer une épargne complémentaire à sa sortie de prison le rendront dépendant des aides sociales dans ses vieux jours. Cet élément aurait pu entrer en ligne de compte si l'autorité de police avait décidé de priver l'intéressé des droits à pension correspondant aux cotisations qu'il avait versées. Mais en ce qui concerne la part non contributive de ces droits, la Cour considère, compte tenu de l'absence d'ambiguïté des textes régissant la déchéance, qu'il convient d'accorder un poids relativement faible à cet élément dans l'appréciation d'ensemble de la proportionnalité de la mesure.

Eu égard à la gravité particulière des infractions commises par le requérant et au tort exceptionnel qu'un comportement tel que le sien était susceptible de causer à la réputation de la police, la Cour conclut que la décision des autorités de priver l'intéressé de la fraction des prestations de retraite correspondant à la contribution de l'Etat, qui a été prise avec circonspection et qui s'est entourée de garanties procédurales étendues, ne saurait passer pour avoir rompu le juste équilibre à ménager entre les droits individuels du requérant et les intérêts de son employeur et de la société.

Il s'ensuit que cette partie de la requête est manifestement mal fondée au sens de l'article 35 § 3 de la Convention et doit être rejetée conformément à l'article 35 § 4.

2. Par ailleurs, le requérant soulève d'autres griefs tirés de diverses dispositions de la Convention.

La Cour les a examinés. Elle relève que le Royaume-Uni n'a pas ratifié le Protocole n° 7 à la Convention et que, en tout état de cause, l'intéressé n'a pas fait l'objet de deux procédures pénales mais bien d'une procédure pénale qui a été suivie d'une procédure disciplinaire et de déchéance à l'issue de laquelle il a été révoqué et privé de ses droits à pension. Sur le terrain de l'article 6 et en ce qui concerne le grief tiré de l'absence d'assistance judiciaire, la Cour rappelle avoir jugé, dans l'affaire *Steel et Morris c. Royaume-Uni* (n° 68416/01, § 61, CEDH 2005-II), que :

«La question de savoir si l'octroi d'une aide judiciaire est nécessaire pour que la procédure soit équitable doit être tranchée au regard des faits et circonstances particuliers de chaque espèce et dépend notamment de la gravité de l'enjeu pour le requérant, de la complexité du droit et de la procédure applicables, ainsi que de la capacité du requérant de défendre effectivement sa cause.»

A supposer que la procédure de déchéance ait porté sur des droits de caractère civil de l'intéressé, la Cour reconnaît que celle-ci revêtait pour lui une importance capitale mais considère qu'elle ne présentait aucune difficulté juridique particulière et note qu'il ressort des observations formulées par les juges ainsi que de l'issue de l'audience devant la *Crown Court* de Leeds que le requérant était capable de se défendre seul. Elle observe en outre que la décision par laquelle la commission des services juridiques avait refusé d'accorder l'aide judiciaire à l'intéressé a fait elle-même l'objet d'une demande de contrôle judiciaire, qui fut rejetée le 6 mars 2003.

Dans ces conditions, la Cour estime que, pour autant qu'ils soient étayés et qu'ils relèvent du champ d'application de la Convention, les autres griefs du requérant sont manifestement mal fondés au sens de l'article 35 § 3 de la Convention et doivent être rejetés conformément à l'article 35 § 4.

Par ces motifs, la Cour, à l'unanimité,

*Déclare* la requête irrecevable.

MPP GOLUB v. UKRAINE  
(Application no. 6778/05)

SECOND SECTION<sup>1</sup>

DECISION OF 18 OCTOBER 2005<sup>2</sup>

---

1. Sitting as a Chamber composed of Mr J.-P. Costa, *President*, Mr I. Cabral Barreto, Mr K. Jungwiert, Mr V. Butkevych, Mr M. Ugrehelidze, Mrs A. Mularoni, Mrs E. Fura-Sandström, *judges*, and Mrs S. Dollé, *Section Registrar*.

2. English original.



SUMMARY<sup>1</sup>**Cassation appeals to the Higher Commercial Court and the Supreme Court considered effective remedies in commercial-law cases****Article 35 § 1**

*Exhaustion of domestic remedies – Effective domestic remedy – Cassation appeals to the Higher Commercial Court and the Supreme Court considered effective remedies in commercial-law cases*

\*  
\*   \*

The applicant company was involved in commercial-law litigation resulting in judgments by a regional commercial court and a regional commercial court of appeal. The company eventually challenged a judgment of the latter court by filing a cassation appeal directly with the Higher Commercial Court. This appeal was rejected as it should have been lodged through the first-instance or appellate court. The Higher Commercial Court rejected the company's further cassation appeal as it had been lodged outside the one-month time-limit allowed for the introduction of such appeals and as the incorrect introduction of a cassation appeal could not suspend that time-limit. The Supreme Court rejected the company's final cassation appeal.

*Held*

Article 6 § 1: (a) *Access to a court*: The cassation appeal had to be lodged within one month and through the first-instance court or the court of appeal. This requirement undoubtedly served the purpose of ensuring the proper administration of justice. The applicant company had failed to abide by it, without adducing sufficient reasons. The refusal to consider the cassation appeal had been based on law and disclosed no element of arbitrariness: manifestly ill-founded.

(b) *Fairness of the proceedings*: The exercise of a cassation appeal to the Higher Commercial Court as well as of any subsequent cassation appeal to the Supreme Court did not depend on the discretionary power of a State authority. The new cassation procedures did not therefore undermine the principle of legal certainty. An appeal in cassation to the Higher Commercial Court and a second cassation appeal lodged with the Supreme Court against the resolutions of the commercial courts of appeal could be considered effective remedies against lower courts' decisions taken after 5 July 2001 and against the rulings of the Higher Commercial Court from 15 May 2003 onwards. The applicant company had failed to exhaust the aforementioned remedies in accordance with the requirements of domestic law: non-exhaustion of domestic remedies.

---

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

**Case-law cited by the Court**

- Golder v. the United Kingdom*, judgment of 21 February 1975, Series A no. 18  
*Van Oosterwijk v. Belgium*, judgment of 6 November 1980, Series A no. 40  
*Brualla Gómez de la Torre v. Spain*, judgment of 19 December 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-VIII  
*Brumărescu v. Romania* [GC], no. 28342/95, ECHR 1999-VII  
*A.B. v. the Netherlands*, no. 37328/97, 29 January 2002  
*Sovtransavto Holding v. Ukraine*, no. 48553/99, ECHR 2002-VII  
*Vorobyeva v. Ukraine* (dec.), no. 27517/02, 17 December 2002  
*Arkipov v. Ukraine* (dec.), no. 25660/02, 18 May 2004

...

## THE FACTS

The applicant, MPP Golub, is a Ukrainian company registered in Ternopil. The company belongs to a private entrepreneur, Mr Ivan Mikheyevich Golub, who was born in 1947 and lives in Ternopil.

### A. The circumstances of the case

The facts of the case, as submitted by the applicant company, may be summarised as follows.

#### 1. *Proceedings on the merits of the applicant company's claims*

Since August 1995 the applicant company had been planning to build a block of thirty flats on 0.25 hectares of land in the village of Zhovtneve, in the Kamyanyets-Podilsky district of the Khmelnytsky region. It alleged that it had received all the necessary building permits and had concluded an agreement on 9 August 1995 with a private company, PMK-35, for the construction of the building. On 4 October 1996 the Ternopil Regional Arbitration Court declared the agreement null and void. PMK-35 was later restructured into the Kamyanyets Ltd construction company.

The applicant company alleges that from November 1996 it was harassed by the Ukrainian authorities for attempting to construct the building and that, as a result, PMK-35 demolished the foundations of the building it had a contractual obligation to put up.

Between 1996 and 2001 the applicant company was a party to unsuccessful litigation over the building in various courts. It has not provided a full account of the litigation and says that the only proceedings it wishes to complain of were those it initiated on 24 January 2002 in the Khmelnytsky Regional Commercial Court (case no. 6/661) against PMK-35. On 14 February 2002 the Khmelnytsky Regional Commercial Court (“the Khmelnytsky Court”) ruled that the proper respondent in those proceedings was Kamyanyets Ltd (hereinafter the “respondent”) as the successor to PMK-35. The applicant company sought *restitutio in integrum*. In particular, it claimed that, as the respondent had demolished the building’s foundations, it had an obligation to rebuild them.

On 20 August 2002 the Khmelnytsky Court rejected the applicant company’s claims as the material events dated back to 1996. It therefore found that the claims had been lodged outside the three-year statutory limitation period for the introduction of civil claims laid down by Article 71 of the Civil Code.

On 19 November 2002 the Lviv Regional Commercial Court of Appeal dismissed the applicant company's appeal as being unsubstantiated and upheld the judgment of 20 August 2002.

On 16 March 2003 the Higher Commercial Court (*Вищий Господарський Суд України*) quashed the aforementioned judgment of 20 August and the ruling of 19 November 2002 and remitted the case to the Khmelnytsky Court for fresh consideration.

On 5 March 2003 the Khmelnytsky Court ruled that it had jurisdiction over the applicant company's case. In the course of the new proceedings before it, the applicant company asked the court to extend the three-year limitation period for lodging its claims against the respondent. It also requested the court to stay or suspend the proceedings in its case in view of a criminal investigation that was pending against the respondent's director. It lodged additional claims for compensation against the respondent. Initially, the applicant company claimed that the damage amounted to 21,211 hryvnas (UAH)<sup>1</sup>, but it later increased its claims to UAH 256,579.89<sup>2</sup>.

On 31 March, 15 April and 10 June 2003 the Khmelnytsky Court ordered the applicant company to substantiate the amounts it claimed in damages. It also required the applicant company to pay the court fee (*державне мито*) for the introduction of its additional claims.

On 23 June 2003 the Khmelnytsky Court rejected all of the applicant company's applications and requests as unsubstantiated. As to the increase in the applicant company's claims, the Khmelnytsky Court stated that the applicant company had failed to substantiate them or to pay the court fee. It further decided that the applicant company's claim should be rejected as it had been lodged outside the statutory three-year limitation period (Article 71 of the Civil Code<sup>3</sup>).

On 11 December 2003 the Zhytomyr Regional Commercial Court of Appeal dismissed the applicant company's appeal and upheld the judgment of 23 June 2003. It cited, in particular, Articles 71 and 80 of the Civil Code that laid down the three-year limitation period for lodging claims for damages.

*2. Proceedings on the admissibility of the applicant company's appeal in cassation*

The applicant company appealed in cassation directly to the Higher Commercial Court.

---

1. 3,804 euros (EUR).

2. EUR 42,767.40.

3. Civil Code provisions are applicable to both the proceedings before the commercial courts and the civil courts of general jurisdiction.



On 21 January 2004 the Higher Commercial Court rejected the cassation appeal on the grounds that it should have been lodged with the first-instance or appeal court which had heard the case and was in possession of the case file. It referred to Article 109 of the Code of Commercial Procedure.

On 4 February 2004 the applicant company re-lodged its appeal in cassation.

On 10 March 2004 the Higher Commercial Court rejected the applicant company's cassation appeal as it had been lodged outside the one-month time-limit allowed for lodging such appeals (Article 110 of the Code of Commercial Procedure). It also held that the fact that the applicant company had previously lodged the appeal directly with the Higher Commercial Court did not stop time running for the purposes of the one-month time-limit. As a result, the cassation appeal was returned to the applicant company.

On 5 April 2004 the applicant company lodged its appeal in cassation for the third time. It also requested an extension of time for lodging the appeal.

On 6 May 2004 the Higher Commercial Court rejected the applicant company's request for an extension of time as unsubstantiated. It also stated, *inter alia*, that the time-limit for lodging the appeal in cassation had expired on 12 January 2004 so that the appeal, which the applicant company had lodged on 5 April 2004, was out of time. It reiterated that, for the purposes of Article 110 of the Code of Commercial Procedure, the refusals of 21 January and 10 March 2004 to entertain the applicant company's cassation appeal had no effect on the one-month time-limit for the lodging of an appeal to the Higher Commercial Court. Moreover, Article 109 of the Code of Commercial Procedure clearly stated that cassation appeals to the Higher Commercial Court had to be addressed through the court of first instance or court of appeal. As a result, the cassation appeal and the court fees were returned to the applicant company.

On 2 June and 20 July 2004 the Higher Commercial Court informed the applicant company by letter that its complaints of bias and lack of independence on the part of the judges who had rejected the applicant company's cassation appeals were unsubstantiated. They also informed it that it had a right of appeal in cassation to the Supreme Court against the rulings of the Higher Commercial Court.

On 31 May 2004 the applicant company lodged a cassation appeal against the ruling of 6 May 2004 of the Higher Commercial Court with the Supreme Court (*Верховний Суд України*).

On 16 September 2004 the Supreme Court refused to initiate cassation proceedings.

## B. Relevant domestic law

### 1. *The Constitution of 28 June 1996*

#### Article 125

“In Ukraine the system of courts of general jurisdiction is formed in accordance with the territorial principle and the principle of specialisation.

The Supreme Court of Ukraine is the highest judicial body in the system of courts of general jurisdiction.

The respective high courts are the highest judicial bodies of specialised courts.

Courts of appeal and local courts shall operate in accordance with the law.

The creation of extraordinary and special courts shall not be permitted.”

### 2. *The Judicial System Act of 21 June 2001*

#### Section 47

##### The Supreme Court of Ukraine – the highest judicial body

“(1) The Supreme Court of Ukraine is the highest judicial body within the system of courts of general jurisdiction ...

(2) The Supreme Court of Ukraine:

1. examines in cassation proceedings the decisions of courts of general jurisdiction in cases which, in accordance with procedural law, fall within its jurisdiction and/or re-examines all cases considered by courts of general jurisdiction ...”

### 3. *The Code of Commercial Procedure (former Code of Arbitration Procedure) with changes and amendments as of 21 June 2001*

#### Transitional provisions

“1. This Law shall become effective from the date of its publication, save for Article 81-1 [of the Code], which shall become effective on 28 June 2002.

...

9. Decisions of the judicial divisions of the Higher Arbitration Court of Ukraine or of the Presidium of the Higher Arbitration Court of Ukraine<sup>[1]</sup> that were not challenged by way of supervisory review proceedings before this Law came into force, as well as resolutions of the plenary Higher Arbitration Court of Ukraine, shall be final but may be appealed against to the Supreme Court of Ukraine on the basis of and in accordance with the procedure prescribed by the Code of Commercial Procedure of Ukraine.”

---

1. After the reform of the judicial system in June 2001, all “arbitration” courts were renamed “commercial” courts.

## Chapter XII

### Review of judicial decisions in the course of cassation proceedings

#### Article 109

##### Procedure for lodging an appeal in cassation (petition for appeal in cassation)

“The appeal in cassation (petition for appeal in cassation) shall be lodged with the Higher Commercial Court through the court of first instance or the commercial court of appeal which gave the contested judgment or resolution.

The first-instance or commercial court of appeal that adopted the contested judgment or resolution shall transfer the appeal in cassation (petition for appeal in cassation) together with the case file to the Higher Commercial Court of Ukraine within five days of its receipt.”

#### Article 110

##### Time-limits for lodging appeals in cassation

“Appeals in cassation (petition for appeal in cassation) shall be lodged within one month from the date the judgment of the first-instance court or the resolution of the court of appeal becomes effective.”

## Chapter XII-2

### Review of decisions of the Higher Commercial Court of Ukraine by the Supreme Court of Ukraine

#### Article 111-14

##### Right to appeal in cassation against the decisions of the Higher Commercial Court of Ukraine

“The parties to a case and the Procurator-General of Ukraine have the right to lodge with the Supreme Court of Ukraine a cassation appeal against the resolution [or ruling<sup>1</sup>] of the Higher Commercial Court of Ukraine adopted following the review of a decision of a first-instance commercial court that has come into force or a resolution of the Commercial Court of Appeal [adopted as a result of its review].”

#### Article 111-15

##### Grounds for lodging a cassation appeal with the Supreme Court of Ukraine against a resolution [or ruling] of the Higher Commercial Court of Ukraine

“The Supreme Court of Ukraine shall review cassation appeals lodged against the resolutions [or rulings] of the Higher Commercial Court of Ukraine:

- (1) if they are lodged on the ground that the Higher Commercial Court of Ukraine has applied a law or normative act which contravenes the Constitution of Ukraine;
- (2) if the resolution [or ruling] contravenes a decision of the Supreme Court of Ukraine or of a higher court of a different specialisation on the issue of the application of the norms of substantive law;

---

1. As amended on 15 May 2003 by the Code of Commercial Procedure (Amendments) Act.

(3) if the Higher Commercial Court of Ukraine has applied the same provision of the law or any other normative act differently in a similar case;

(3-1) if the resolutions [or rulings] are inconsistent with the international treaties of Ukraine approved by the *Verkhovna Rada* [parliament] of Ukraine;

(4) if an international judicial body whose jurisdiction is recognised by Ukraine finds that a resolution has violated the international obligations of Ukraine.”

#### **Article 111-16**

##### **Procedure for lodging an appeal in cassation and the cassation petition against a resolution (ruling) of the Higher Commercial Court**

“The cassation appeal (petition) of the Procurator-General of Ukraine against the resolution of the Higher Commercial Court shall be lodged within one month of [the resolution’s] adoption.

If the grounds for appeal in cassation arise after this period has ended, the Supreme Court shall be obliged to assume jurisdiction over the cassation appeal (petition).

A cassation appeal (petition) of the Procurator-General of Ukraine against a resolution of the Higher Commercial Court of Ukraine shall be lodged with the Supreme Court through the Higher Commercial Court.

The Higher Commercial Court shall transfer the cassation appeal (petition) together with the case file to the Supreme Court within ten days of receipt.”

#### **Article 111-17**

##### **Procedure for review in cassation of the resolutions [and rulings] of the Higher Commercial Court of Ukraine**

“Proceedings for a review in cassation of a resolution [or ruling] of the Higher Commercial Court of Ukraine by the Supreme Court of Ukraine shall be initiated on the basis of a decision taken by at least one judge in the course of the hearing of the commercial cases division composed of three judges and shall be considered within one month of receipt of the cassation appeal or petition.

The resolution [or ruling] of the Higher Commercial Court shall be reviewed by the judges of the commercial cases division of the Supreme Court in the course of a hearing.

The resolution [or ruling] of the Higher Commercial Court of Ukraine shall be reviewed in cassation on the basis of the rules for consideration of the case in the first-instance commercial court, save for procedural actions to establish and prove the actual circumstances of the case.”<sup>1</sup>

#### **Article 111-18**

##### **Jurisdiction of the Supreme Court of Ukraine in the course of the cassation review of the resolutions of the Higher Commercial Court of Ukraine**

“The Supreme Court of Ukraine, following consideration of the appeal in cassation by the Procurator-General of Ukraine against a resolution [or ruling] of the Higher Commercial Court of Ukraine, shall be entitled to:

---

1. Article amended on 15 May 2003 by the Code of Commercial Procedure (Amendments) Act.

- (1) leave the resolution [or ruling] unchanged and dismiss the appeal;
- (2) quash the resolution [or ruling] and remit the case to the first-instance court for further consideration or quash the ruling and remit the case for further consideration to the Higher Commercial Court;
- (3) quash the resolution [or ruling] and terminate the proceedings in the case.”

**Article 111-19**  
**Grounds for quashing a resolution [or ruling]**  
**of the Higher Commercial Court**

“Resolutions [or rulings] of the Higher Commercial Court of Ukraine shall be quashed if they contravene the Constitution of Ukraine, international treaties agreed to be binding by the *Verkhovna Rada* of Ukraine, or if the substantive law has otherwise been misapplied.”

**Article 111-20**  
**Resolutions of the Supreme Court**

“... Resolutions of the Supreme Court of Ukraine shall be final and shall not be subject to appeal.”

**Article 111-21**  
**Binding nature of directions issued in the resolution**  
**of the Supreme Court**

“... Resolutions of the Supreme Court of Ukraine, following a re-examination of the case on the basis of an appeal in cassation against a resolution [or ruling] of the Higher Commercial Court of Ukraine, shall not include directions as to the admissibility or inadmissibility of evidence, the superiority of one type of evidence over another, the norms of substantive law that are applicable or the kind of decision that shall be adopted as a result of the further consideration of the case.”

## COMPLAINTS

The applicant company complained that the domestic courts had misapplied domestic law when considering its case, thus denying it a fair hearing. In substance, it complained of an infringement of Article 6 § 1 of the Convention. It also alleged that the domestic courts had erred in their assessment of the evidence and the establishment of the facts.

It further maintained that it had unfairly been denied access to a court, in particular to the Higher Commercial Court, to have its claim considered. It said that it had not appealed in cassation because the Higher Commercial Court and the Supreme Court of Ukraine had refused to entertain its appeal in cassation. It further alleged that the judges of the commercial courts at all levels, but in particular of the Zhytomyr Regional Commercial Court of Appeal and the Higher Commercial Court, lacked impartiality and independence. It also alleged that some of the documents that proved its claims had disappeared from the case file.

Finally, the applicant company raised general complaints concerning allegedly unlawful actions on the part of the director of Kamyanyets Ltd and various State authorities to whom it had complained about the situation. It referred to Article 5 of the Convention.

## THE LAW

### A. The applicant company's complaints

The Court considers that there are two complaints that require further consideration and raise issues as to their admissibility under Article 6 § 1 of the Convention. Firstly, the applicant company complained that it had not had a fair hearing before the domestic courts. Secondly, it alleged that its appeal in cassation it had lodged with the Higher Commercial Court against the ruling of the Zhytomyr Regional Commercial Court of Appeal of 11 December 2003 had been rejected unfairly. The applicant company relied on Article 6 § 1 of the Convention, the relevant parts of which provide:

“In the determination of his civil rights and obligations ..., everyone is entitled to a fair and public hearing ... by an independent and impartial tribunal established by law.”

The Court notes, as to the merits of the complaints, that the applicant company failed to lodge an appeal in cassation with the Higher Commercial Court and the Supreme Court of Ukraine, respectively, against the decisions of the first-instance court and the court of appeal in accordance with the requirements of the domestic legislation. By virtue of Article 35 § 1 of the Convention it may only deal with a matter after all domestic remedies have been exhausted, according to the generally recognised rules of international law.

It reiterates in this connection that this rule only requires normal recourse by an applicant to such remedies as are likely to be effective, sufficient and available. For a remedy to be effective, it must be, *inter alia*, capable of remedying the impugned state of affairs directly. Moreover, a remedy must exist with a sufficient degree of certainty to be regarded as effective (see, *mutatis mutandis*, *Vorobyeva v. Ukraine* (dec.), no. 27517/02, 17 December 2002, and *Arkipov v. Ukraine* (dec.), no. 25660/02, 18 May 2004). The Court considers it necessary to clarify the issue of exhaustion of domestic remedies in relation to commercial cases.

### B. Remedies in Ukrainian law

The Court notes that a fourth level of jurisdiction was introduced into Ukrainian commercial procedure on 21 June 2001, with effect from 5 July

2001<sup>1</sup>. According to the relevant provisions of the Code of Commercial Procedure, a cassation appeal to the Higher Commercial Court, similar to the one found in other member States of the Council of Europe, and a second (or repeat) cassation appeal to the Supreme Court are now available to the parties in commercial cases. Their exercise does not depend on the discretionary power of a State authority (compare and contrast, *Sovtransavto Holding v. Ukraine*, no. 48553/99, §§ 74-77, ECHR 2002-VII).

As to a cassation appeal lodged with the Higher Commercial Court, the Court observes that it can be lodged within one month against the judgment of the first-instance court or the resolution or ruling of the court of appeal. An appeal in cassation does not require the leave of the Higher Commercial Court. However, the cassation appeal has to be lodged with the court that gave the judgment or decision complained of. That court has to decide whether or not the cassation appeal complies with the requirements as to form and content specified in the Code of Commercial Procedure. The Higher Commercial Court delivers a ruling if it decides to assume jurisdiction over an appeal in cassation. The jurisdiction of the Higher Commercial Court extends to points of law only.

The Court also observes that, in accordance with the changes made to the Code of Commercial Procedure on 15 May 2003, the cassation appeal to the Supreme Court can only be lodged against a ruling or a resolution of the Higher Commercial Court within one month of the date of its adoption (Article 111-16 of the Code of Commercial Procedure). Therefore, the right to bring a second (or repeat) cassation appeal depends on whether the case was heard by the Higher Commercial Court. The second (or repeat) cassation appeal to the Supreme Court must be lodged with the Higher Commercial Court and is then transferred to the Supreme Court within ten days of its receipt by the Higher Commercial Court (Article 111-16 of the Code of Commercial Procedure). The chamber of three judges of the Supreme Court decides whether to grant leave to appeal in cassation. If one of the judges of the chamber considers that the cassation appeal is admissible, the appeal is transferred for consideration on its merits to the relevant division of the Supreme Court. The appeal in cassation is heard by judges from the Commercial Division of the Supreme Court. The Supreme Court has the power to quash the decision of the Higher Commercial Court and to remit the case for reconsideration or to terminate the proceedings in the case.

---

1. The Code of Commercial Procedure (Amendments) Act has been published on four occasions, in the following official printed media: 5 July 2001 (*Holos Ukrainy*), 6 July 2001 (*Qfitsijny Visnyk Ukrainy*), 10 July 2001 (*Uryadovy Kurjer*) and 7 September 2001 (*Vidomosti Verkhovnoyi Rady Ukrainy*).

The resolution of the Supreme Court given upon the cassation appeal is final and not subject to appeal.

The Court further notes that decisions of the lower courts given after 5 July 2001, as in the applicant company's case, cannot be challenged in cassation indefinitely, but only within the time-limits laid down in the Code of Commercial Procedure. The new cassation procedures do not, therefore, undermine the principle of legal certainty, one of the fundamental aspects of the rule of law, which requires, *inter alia*, that where a court has given a final ruling on a matter, that ruling should not be capable of being called into question (see *Brumărescu v. Romania* [GC], no. 28342/95, § 61, ECHR 1999-VII).

### C. The Court's assessment

#### 1. *The applicant company's complaints regarding the refusal to entertain the appeal in cassation lodged by the applicant company with the Higher Commercial Court*

As to the question of access to a court, the Court reiterates that the procedural guarantees laid down in Article 6 secure to everyone the right to have any claim relating to his civil rights and obligations brought before a court or tribunal; in this way it 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 (see *Golder v. the United Kingdom*, judgment of 21 February 1975, Series A no. 18, pp. 13-18, §§ 28-36). However, the "right to a court", of which the right of access is one aspect, is not absolute; it is subject to limitations permitted by implication, in particular where the conditions of admissibility of an appeal are concerned, since by its very nature it calls for regulation by the State, which enjoys a certain margin of appreciation in this regard. However, these limitations must not restrict or reduce a person's access in such a way or to such an extent that the very essence of the right is impaired; lastly, such limitations will not be compatible with Article 6 § 1 if they do not pursue a legitimate aim or if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be achieved (see, among other authorities, *Brualla Gómez de la Torre v. Spain*, judgment of 19 December 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-VIII, p. 2955, § 33).

Turning to the facts of the present case, the Court notes that the applicant company lodged a cassation appeal directly with the Higher Commercial Court. However, under Article 109 of the Code of Commercial Procedure, the appeal should have been lodged with the first-instance court or the court of appeal. The Higher Commercial



Court rejected the applicant company's re-lodged appeals in cassation as being out of time. It further ruled that the applicant company's appeal in cassation lodged directly with the Higher Commercial Court did not stop time running (Articles 109 and 110 of the Code of Commercial Procedure). The Court considers therefore that the refusal to consider the cassation appeal was based on law and discloses no element of arbitrariness.

The Court further considers that the regulations concerning the lodging of cassation appeals, as set out in Article 109 of the Code of Commercial Procedure, according to which the cassation appeal must be lodged within a one-month time-limit and through the first-instance court or the court of appeal, which is in possession of the case file, undoubtedly serve the purpose of ensuring the proper administration of justice. The parties concerned may reasonably expect those rules to be applied. Moreover, from the material before the Court it can be seen that the applicant company was aware of this rule, but chose not to abide by it, as it alleged a lack of impartiality and independence on the part of the court of appeal judges. However, the Court considers that the applicant company has failed to provide any evidence to support its allegations of the theft of documents from the case file by the judges of the Zhytomyr Regional Commercial Court of Appeal or their biased attitude towards it. Moreover, it has not proved that the reasons for lodging its appeal directly with the Higher Commercial Court were sufficient and that its right of appeal in cassation would have been interfered with by the Zhytomyr Regional Commercial Court of Appeal.

In the light of these considerations, the Court finds that the applicant company has not shown that the three rulings of the Higher Commercial Court of 21 January, 10 March and 6 May 2004 were arbitrary or unjustified in the circumstances of his case. An examination of this complaint does not therefore disclose any appearance of a violation of Article 6 § 1 of the Convention.

It follows that this complaint is manifestly ill-founded and must be rejected in accordance with Article 35 §§ 3 and 4 of the Convention.

*2. Merits of the applicant company's complaints (unfairness of the decisions rejecting the applicant company's claims for restitution)*

The applicant company complained of the outcome of the proceedings before the Khmelnytsky Regional Commercial Court (judgment of 23 June 2003) and the Zhytomyr Regional Commercial Court of Appeal (ruling of 11 December 2003). It alleged, in particular, that these courts had misapplied the law and assessed the evidence incorrectly. It also challenged their interpretation of Articles 71 and 80 of the Civil Code. The Court considers that these are matters that fall within the

jurisdiction of the Higher Commercial Court and could have constituted grounds for seeking leave to appeal in cassation to the Supreme Court after the case had been decided by the Higher Commercial Court.

The Court is of the view that an appeal in cassation to the Higher Commercial Court and a second cassation appeal lodged with the Supreme Court against the resolutions of the commercial courts of appeal may be considered effective remedies against lower-court decisions taken after 5 July 2001 and against the rulings of the Higher Commercial Court from 15 May 2003 onwards. It would add that the existence of mere doubts as to the prospect of success of a particular domestic remedy which is not obviously futile is not a valid reason for failing to make use of it (see *Van Oosterwijck v. Belgium*, judgment of 6 November 1980, Series A no. 40, p. 18, § 37, and *A.B. v. the Netherlands*, no. 37328/97, § 72, 29 January 2002). Accordingly, the Court rejects the applicant company's reasons for not availing itself of the aforementioned remedies.

It follows that this part of the application must be rejected in accordance with Article 35 §§ 1 and 4 of the Convention.

### *3. Remainder of the applicant company's complaints*

As to the remainder of the applicant company's complaints, including those under Article 5 of the Convention, the Court finds that they are wholly unsubstantiated and must therefore be rejected as being manifestly ill-founded, pursuant to Article 35 §§ 3 and 4 of the Convention.

For these reasons, the Court unanimously

*Declares* the application inadmissible.

MPP GOLUB c. UKRAINE  
(Requête n° 6778/05)

DEUXIÈME SECTION<sup>1</sup>

DÉCISION DU 18 OCTOBRE 2005<sup>2</sup>

---

1. Siégeant en une chambre composée de M. J.-P. Costa, *président*, M. I. Cabral Barreto, M. K. Jungwiert, M. V. Butkevych, M. M. Ugrekheldize, M<sup>me</sup> A. Mularoni, M<sup>me</sup> E. Fura-Sandström, *juges*, et de M<sup>me</sup> S. Dollé, *greffière de section*.

2. Traduction; original anglais.



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Pourvois en cassation devant le Tribunal supérieur de commerce et la Cour suprême tenus pour des recours effectifs dans des affaires de droit commercial****Article 35 § 1**

*Épuisement des voies de recours internes – Recours internes effectifs – Pourvois en cassation devant le Tribunal supérieur de commerce et la Cour suprême tenus pour des recours effectifs dans des affaires de droit commercial*

\*  
\*   \*   \*

La société requérante était partie à un litige de droit commercial sur lequel statuèrent un tribunal régional de commerce puis une cour d'appel de commerce. Elle contesta finalement un arrêt de cette dernière par un pourvoi en cassation dont elle saisit directement le Tribunal supérieur de commerce. Ce pourvoi fut rejeté car il aurait dû être introduit par l'intermédiaire de la juridiction de première instance ou d'appel. Le Tribunal supérieur de commerce repoussa un autre pourvoi de la société, parce qu'il avait été introduit hors du délai de un mois prévu pour ce genre de pourvoi et que le fait qu'un pourvoi ait été introduit au mépris de la procédure n'interrompait pas le cours de ce délai. La Cour suprême débouta la société de son dernier pourvoi.

Article 6 § 1: a) *Accès à un tribunal* – Le pourvoi en cassation devait être introduit dans le délai de un mois et par l'intermédiaire de la juridiction de première instance ou d'appel. Cette exigence servait indubitablement à assurer une bonne administration de la justice. La société requérante ne s'y était pas soumise, sans fournir de raisons suffisantes. Le refus d'examiner le pourvoi reposait sur la loi et ne révèle aucun élément d'arbitraire: défaut manifeste de fondement.

b) *Équité de la procédure* – L'exercice d'un pourvoi auprès du Tribunal supérieur de commerce de même que tout pourvoi ultérieur devant la Cour suprême ne sont pas subordonnés au pouvoir discrétionnaire d'une autorité de l'Etat. Les nouvelles procédures de cassation ne contreviennent donc pas au principe de la sécurité juridique. Un pourvoi devant le Tribunal supérieur de commerce et un second pourvoi devant la Cour suprême contre les résolutions des juridictions commerciales d'appel peuvent être tenus pour des recours effectifs contre les décisions des juridictions inférieures prises après le 5 juillet 2001 et contre les décisions du Tribunal supérieur de commerce depuis le 15 mai 2003. La société requérante n'a pas épuisé ces voies de recours internes en respectant les conditions posées par le droit interne: non-épuisement des voies de recours internes.

---

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

**Jurisprudence citée par la Cour**

*Golder c. Royaume-Uni*, arrêt du 21 février 1975, série A n° 18

*Van Oosterwijk c. Belgique*, arrêt du 6 novembre 1980, série A n° 40

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

*Brumărescu c. Roumanie* [GC], n° 28342/95, CEDH 1999-VII

*A.B. c. Pays-Bas*, n° 37328/97, 29 janvier 2002

*Sovtransavto Holding c. Ukraine*, n° 48553/99, CEDH 2002-VII

*Vorobyeva c. Ukraine* (déc.), n° 27517/02, 17 décembre 2002

*Arkhîpov c. Ukraine* (déc.), n° 25660/02, 18 mai 2004

(...)

## EN FAIT

La requérante, MPP Golub, est une société ukrainienne ayant son siège à Ternopil. La société appartient à un entrepreneur privé, M. Ivan Mikhéïévitch Golub, né en 1947 et résidant à Ternopil.

### A. Les circonstances de l'espèce

Les faits de la cause, tels qu'ils ont été exposés par la société requérante, peuvent se résumer comme suit.

#### 1. La procédure relative au fond des griefs formulés par la société requérante

Depuis août 1995, la société requérante prévoyait de construire un immeuble de trente appartements sur un terrain de 0,25 hectare situé dans le village de Jovtneve, dans le district de Kamianets-Podilski (région de Khmel'nitski). Elle prétendit avoir reçu tous les permis de construire nécessaires et conclut le 9 août 1995 un contrat avec une société privée, PMK-35, en vue de la construction de l'immeuble. Le 4 octobre 1996, le tribunal d'arbitrage de la région de Ternopil déclara le contrat nul et non avénu. Par la suite, PMK-35 fut réorganisée en une société de construction dénommée «Kamianets Ltd».

La société requérante allègue qu'à partir de novembre 1996 les autorités ukrainiennes la persécutèrent parce qu'elle avait l'intention de construire l'immeuble. Elle soutient que ces actes de persécution amenèrent PMK-35 à procéder à la démolition des fondations du bâtiment qu'elle était contractuellement tenue d'édifier.

De 1996 à 2001, la société requérante fut partie, devant différentes juridictions, à des procédures relatives à la construction litigieuse, en qualité de défenderesse ou de plaignante. Elle n'obtint gain de cause dans aucune de ces instances. Elle n'a pas retracé la totalité des procédures en question; elle déclare s'en prendre uniquement à celle qu'elle avait engagée le 24 janvier 2002 contre PMK-35 auprès du tribunal de commerce de la région de Khmel'nitski («le tribunal de Khmel'nitski») (affaire n° 6/661). Le 14 février 2002, le tribunal de Khmel'nitski jugea que la véritable défenderesse était la société de construction «Kamianets Ltd» (ci-après «la défenderesse»), en sa qualité de successeur de PMK-35. La société requérante demanda la *restitutio in integrum*. Elle soutenait en particulier que, ayant démoli les fondations du bâtiment, la défenderesse avait l'obligation de les reconstruire.

Le 20 août 2002, le tribunal de Khmel'nitski rejeta les griefs de la société requérante au motif que les faits litigieux remontaient à 1996 et

qu'elle l'en avait donc saisi après expiration du délai de trois ans fixé par l'article 71 du code civil pour les actions au civil.

Saisie par la société requérante, la cour d'appel de commerce de la région de Lviv repoussa le recours le 19 novembre 2002 pour défaut de fondement et confirma le jugement du 20 août 2002.

Le 16 mars 2003, le Tribunal supérieur de commerce (*Вищий Господарський Суд України*) cassa le jugement du 20 août 2002 ainsi que l'arrêt du 19 novembre 2002 et renvoya l'affaire devant le tribunal de Khmel'nitski pour nouvel examen.

Le 5 mars 2003, le Tribunal de Khmel'nitski se déclara compétent pour examiner l'affaire. Dans le cadre de la nouvelle procédure devant lui, la société requérante le pria de proroger le délai de trois ans qui lui était imparti pour exposer ses griefs contre la défenderesse. Elle pria également le tribunal de suspendre définitivement ou temporairement la procédure la concernant compte tenu de l'enquête judiciaire dont le directeur de la défenderesse faisait alors l'objet. Elle introduisit des demandes complémentaires de réparation à l'encontre de la défenderesse. Elle soutint au départ que le préjudice s'élevait à 21 211 hrivnas (UAH)<sup>1</sup>. Par la suite, elle porta ce montant à 256 579,89 UAH<sup>2</sup>.

Le 31 mars, le 15 avril et le 10 juin 2003, le tribunal de Khmel'nitski ordonna à la société requérante de produire des pièces justificatives à l'appui des montants réclamés. Il l'invita également à payer l'impôt d'Etat (*державне мито*) applicable à l'introduction de ses demandes complémentaires.

Le 23 juin 2003, le tribunal de Khmel'nitski rejeta toutes les demandes et plaintes de la société requérante pour défaut de fondement. Quant à l'augmentation des montants sollicités, il estima que la société requérante n'avait ni étayé ses prétentions ni payé l'impôt d'Etat applicable. Il conclut en outre au rejet de la demande par le motif qu'elle avait été présentée hors du délai légal de trois ans (article 71 du code civil<sup>3</sup>).

La société requérante saisit la cour d'appel de commerce de la région de Jitomir qui, le 11 décembre 2003, repoussa son recours pour défaut de fondement, et confirma le jugement du 23 juin 2003. Cette juridiction se fondait notamment sur les articles 71 et 80 du code civil, qui fixaient un délai de trois ans pour le dépôt des demandes en réparation.

---

1. 3 804 euros (EUR).

2. 42 767,40 EUR.

3. Les dispositions du code civil s'appliquent tant aux tribunaux de commerce qu'aux juridictions civiles de droit commun.



2. *Les procédures relatives à la recevabilité du pourvoi en cassation formé par la société requérante*

La société requérante se pourvut en cassation directement auprès du Tribunal supérieur de commerce.

Le 21 janvier 2004, le tribunal rejeta le pourvoi au motif qu'il aurait dû être introduit par l'intermédiaire de la juridiction de première instance ou d'appel qui avait examiné l'affaire et avait le dossier en sa possession. Il se fondait sur l'article 109 du code de procédure commerciale.

Le 4 février 2004, la société requérante se pourvut à nouveau en cassation.

Le 10 mars 2004, le Tribunal supérieur de commerce rejeta le pourvoi au motif qu'il avait été introduit en dehors du délai de un mois imparti pour l'introduction de tels recours (article 110 du code de procédure commerciale). Par ailleurs, il jugea que le fait que la société requérante n'eût pas d'abord respecté la procédure n'avait pas interrompu le cours du délai de un mois. L'acte de pourvoi fut donc retourné à la société requérante.

Le 5 avril 2004, la société requérante se pourvut en cassation pour la troisième fois. Elle demanda également la prorogation du délai pour l'introduction du pourvoi.

Le 6 mai 2004, le Tribunal supérieur de commerce rejeta la demande de prorogation du délai pour défaut de fondement. Il indiqua aussi, notamment, que le délai pour se pourvoir en cassation avait expiré le 12 janvier 2004, de sorte que le pourvoi formé par la société requérante le 5 avril 2004 était frappé de tardiveté. Il rappela en outre qu'en vertu de l'article 110 du code de procédure commerciale, les refus du 21 janvier et du 10 mars 2004 d'admettre le pourvoi en cassation ne jouaient pas sur l'écoulement du délai de un mois applicable pour l'introduction d'un recours devant lui. D'ailleurs, l'article 109 du même code indiquait clairement que les pourvois en cassation devant le Tribunal supérieur de commerce devaient être adressés à celui-ci par l'intermédiaire de la juridiction de première instance ou d'appel. L'acte de pourvoi et les frais de justice furent en conséquence restitués à la société requérante.

Le 2 juin et le 20 juillet 2004, le Tribunal supérieur de commerce informa par écrit la société requérante que ses griefs tirés de la partialité et du manque d'indépendance des juges qui avaient rejeté les pourvois en cassation étaient dépourvus de fondement. Il lui signala également qu'elle pouvait se pourvoir contre les décisions du Tribunal supérieur de commerce auprès de la Cour suprême (*Верховний Суд України*).

Le 31 mai 2004, la société requérante saisit la Cour suprême d'un pourvoi contre la décision du Tribunal supérieur de commerce du 6 mai 2004.

Le 16 septembre 2004, la Cour suprême refusa d'entamer une procédure de cassation.

## **B. Le droit interne pertinent**

### *1. La Constitution du 28 juin 1996*

#### **Article 125**

«En Ukraine, les juridictions de droit commun sont composées conformément aux principes de territorialité et de spécialisation.

La Cour suprême d'Ukraine est la plus haute juridiction de droit commun.

Les tribunaux supérieurs sont les plus hautes juridictions spécialisées.

Les cours d'appel et les juridictions locales fonctionnent conformément à la loi.

Est interdite la création de juridictions extraordinaires ou spéciales.»

### *2. La loi du 21 juin 2001 sur l'organisation judiciaire*

#### **Article 47**

##### **La Cour suprême d'Ukraine – le plus haut organe judiciaire**

«1. La Cour suprême d'Ukraine est la plus haute juridiction de droit commun (...)

2. La Cour suprême d'Ukraine :

1) examine, dans le cadre d'une procédure de cassation, les décisions des juridictions de droit commun dans les affaires qui, conformément au droit procédural en vigueur, relèvent de sa compétence. Elle réexamine également toutes les affaires examinées par les juridictions de droit commun (...)

### *3. Le code de procédure commerciale (ancien code de procédure d'arbitrage) tel qu'en vigueur au 21 juin 2001*

#### **Dispositions transitoires**

«1. La présente loi entrera en vigueur le jour de sa publication, à l'exception de l'article 81-1 [du code], qui entrera en vigueur le 28 juin 2002.

(...)

9. Les décisions des sections judiciaires de la Cour supérieure d'arbitrage d'Ukraine ou du présidium de la Cour supérieure d'arbitrage d'Ukraine<sup>1</sup> qui n'ont pas été

---

1. A l'issue de la réforme du système judiciaire de juin 2001, tous les tribunaux «d'arbitrage» furent renommés tribunaux «de commerce».

contestées dans le cadre d'une procédure de révision avant que la présente loi n'entre en vigueur, ainsi que les résolutions de la Cour supérieure d'arbitrage d'Ukraine en formation plénière, sont définitives mais peuvent faire l'objet d'un recours auprès de la Cour suprême d'Ukraine en vertu et dans le respect de la procédure définie par le code de procédure commerciale d'Ukraine.»

## **Chapitre XII**

### **Révision d'une décision judiciaire dans le cadre d'un pourvoi en cassation**

#### **Article 109**

##### **La procédure d'introduction d'un pourvoi en cassation (demande de pourvoi en cassation)**

«Le pourvoi en cassation (la demande de pourvoi en cassation) est introduit auprès du Tribunal supérieur de commerce par l'intermédiaire du tribunal de première instance ou de la cour d'appel de commerce qui a prononcé le jugement ou la résolution litigieux.

Le tribunal de première instance ou la cour d'appel de commerce qui a adopté le jugement ou la résolution litigieux communique le pourvoi en cassation (demande de pourvoi en cassation), accompagné du dossier de l'affaire, au Tribunal supérieur de commerce d'Ukraine dans un délai de cinq jours à compter de sa réception.»

#### **Article 110**

##### **Délais d'introduction d'un pourvoi en cassation**

«Un pourvoi en cassation (une demande de pourvoi en cassation) doit être introduit dans le délai de un mois à compter de la date à laquelle le jugement du tribunal de première instance ou la résolution de la cour d'appel devient exécutoire.»

## **Chapitre XII-2**

### **Révision par la Cour suprême d'Ukraine des décisions judiciaires rendues par le Tribunal supérieur de commerce d'Ukraine**

#### **Article 111-14**

##### **Le droit de se pourvoir en cassation contre les décisions judiciaires rendues par le Tribunal supérieur de commerce d'Ukraine**

«Les parties à une affaire ainsi que le procureur général d'Ukraine peuvent saisir la Cour suprême d'Ukraine d'un pourvoi en cassation contre la résolution [ou la décision<sup>1</sup>] du tribunal supérieur de commerce d'Ukraine adoptée à la suite de la révision de la décision, devenue exécutoire, d'un tribunal de commerce de première instance ou d'une résolution de la cour d'appel de commerce [adoptée à l'issue de la révision].»

---

1. Tel que modifié le 15 mai 2003 par la loi portant modification du code de procédure commerciale.

#### Article 111-15

##### **Les motifs pouvant justifier l'introduction d'un pourvoi en cassation devant la Cour suprême d'Ukraine contre une résolution [ou décision] du Tribunal supérieur de commerce d'Ukraine**

«La Cour suprême d'Ukraine examine les pourvois introduits contre des résolutions [ou décisions] du Tribunal supérieur de commerce d'Ukraine :

1. lorsque ceux-ci se fondent sur l'application, par le Tribunal supérieur de commerce d'Ukraine, d'une loi ou d'une autre norme contraires à la Constitution ukrainienne ;

2. lorsqu'une décision est contraire aux décisions de la Cour suprême d'Ukraine ou d'une juridiction supérieure spécialisée dans un autre domaine sur la question de l'application de dispositions matérielles du droit ;

3. lorsque le Tribunal supérieur de commerce d'Ukraine a appliqué différemment dans une affaire semblable une même disposition de loi ou toute autre norme ;

3.1 dans le cas où les résolutions [ou décisions] sont incompatibles avec les traités internationaux auxquels l'Ukraine est partie en vertu d'une décision de la *Verkhovna Rada* [Parlement] d'Ukraine ;

4. dans le cas où un organe judiciaire international dont la compétence est reconnue par l'Ukraine juge que la résolution en cause emporte violation des obligations internationales de l'Ukraine.»

#### Article 111-16

##### **Les modalités d'introduction d'un pourvoi et de la demande de cassation contre une résolution [ou décision] du Tribunal supérieur de commerce**

«Le pourvoi en cassation (la demande) du procureur général d'Ukraine contre une résolution du Tribunal supérieur de commerce doit être introduit dans le délai de un mois à compter de l'adoption [de la résolution en question].

Dans l'hypothèse où les motifs justifiant un pourvoi en cassation surviennent après l'expiration de ce délai, la Cour suprême doit se déclarer compétente pour statuer sur le pourvoi (la demande).

Le pourvoi en cassation (la demande) formé par le procureur général d'Ukraine contre une résolution du Tribunal supérieur de commerce d'Ukraine doit être introduit auprès de la Cour suprême par l'intermédiaire du Tribunal supérieur de commerce.

Le Tribunal supérieur de commerce communique à la Cour suprême, dans un délai de dix jours à compter de sa réception, le pourvoi (la demande), accompagné du dossier de l'affaire.»

#### Article 111-17

##### **La procédure d'examen en cassation d'une résolution [ou décision] du Tribunal supérieur de commerce d'Ukraine**

«La procédure d'examen en cassation d'une résolution [ou décision] du Tribunal supérieur de commerce d'Ukraine par la Cour suprême d'Ukraine est engagée en vertu d'une décision prise par un juge au moins lors d'une audience de la chambre commerciale siégeant en formation de trois juges. Le pourvoi ou la demande en cassation doit être examiné dans un délai de un mois à compter de sa réception.

La résolution [ou décision] du Tribunal supérieur de commerce doit être examinée lors d'une audience par les juges de la chambre commerciale de la Cour suprême.

La résolution [ou décision] du Tribunal supérieur de commerce doit être examinée dans le cadre de l'instance en cassation sur la base des règles applicables à l'examen d'une affaire devant le Tribunal de commerce de première instance, à l'exception des actes de procédure destinés à établir les circonstances précises de l'affaire.»<sup>1</sup>

#### **Article 111-18**

### **La compétence de la Cour suprême d'Ukraine dans le cadre de l'instance en cassation dirigée contre des résolutions du Tribunal supérieur de commerce d'Ukraine**

«La Cour suprême d'Ukraine, après examen du pourvoi en cassation formé par le procureur général d'Ukraine contre une résolution [ou décision] du Tribunal supérieur de commerce, peut :

1. maintenir la résolution [ou décision] en question et rejeter le pourvoi;
2. annuler la résolution [ou décision] en question et renvoyer l'affaire au Tribunal de première instance pour nouvel examen ou annuler la résolution [ou décision] et renvoyer l'affaire au Tribunal supérieur de commerce pour nouvel examen;
3. annuler la résolution [ou décision] et clore la procédure en l'affaire.»

#### **Article 111-19**

### **Les motifs de cassation des résolutions [ou décisions] rendues par le Tribunal supérieur de commerce**

«Les résolutions [ou décisions] du Tribunal supérieur de commerce d'Ukraine sont cassées lorsqu'elles sont contraires à la Constitution ukrainienne ou aux traités internationaux auxquels la *Verkhovna Rada* d'Ukraine reconnaît un caractère contraignant, ou lorsque les dispositions matérielles du droit ont été mal appliquées.»

#### **Article 111-20**

### **Résolutions de la Cour suprême**

«(...) Les résolutions de la Cour suprême d'Ukraine sont définitives et sont insusceptibles de recours.»

#### **Article 111-21**

### **Le caractère contraignant des directives contenues dans les résolutions de la Cour suprême**

«(...) Les résolutions de la Cour suprême d'Ukraine, rendues à la suite d'un nouvel examen de l'affaire sur la base d'un pourvoi en cassation contre une résolution [ou décision] du Tribunal supérieur de commerce ne contiennent aucune directive quant à la recevabilité ou l'irrecevabilité des éléments de preuve, la primauté d'un type de preuve sur un autre, les dispositions matérielles du droit qui sont applicables ou le type de décision qui sera adopté à l'issue du nouvel examen de l'affaire.»

---

1. Article modifié le 15 mai 2003 par la loi portant modification du code de procédure commerciale.

## GRIEFS

La société requérante allègue que les juridictions internes ont mal appliqué le droit ukrainien lors de l'examen de sa cause, la privant ainsi d'un procès équitable. Elle se plaint en substance d'une violation de l'article 6 § 1 de la Convention. Elle soutient par ailleurs que les Tribunaux ukrainiens n'ont pas correctement apprécié les éléments de preuve ni bien établi les faits.

Elle considère de plus qu'elle a injustement été privée de l'accès à un tribunal – en particulier le Tribunal supérieur de commerce – qui aurait examiné sa plainte. Elle explique qu'elle ne s'est pas pourvue en cassation parce que le Tribunal supérieur de commerce et la Cour suprême d'Ukraine avaient refusé d'admettre son pourvoi. Elle soutient en outre que les juges des juridictions de commerce de tous les degrés – mais particulièrement ceux de la cour d'appel de commerce de la région de Jitomir et ceux du Tribunal supérieur de commerce – ont manqué d'impartialité et d'indépendance. Elle affirme de surcroît que certains des documents qui étayaient ses demandes ont disparu du dossier de l'affaire.

Enfin, la société requérante exprime des griefs d'ordre général sur des actes illicites qu'auraient commis le directeur de la société Kamianets Ltd et plusieurs autorités de l'Etat auprès desquelles elle s'était plainte de sa situation. Elle invoque l'article 5 de la Convention.

## EN DROIT

### A. Les griefs de la société requérante

La Cour estime que deux griefs doivent être examinés car ils soulèvent des questions quant à leur recevabilité sous l'angle de l'article 6 § 1 de la Convention. Premièrement, la société requérante se plaint de ne pas avoir bénéficié d'un procès équitable devant les juridictions internes. Deuxièmement, elle estime injuste le rejet, par le Tribunal supérieur de commerce, de son pourvoi en cassation contre la décision rendue le 11 décembre 2003 par la cour d'appel de commerce de la région de Jitomir. Elle invoque l'article 6 § 1 de la Convention, dont les passages pertinents sont ainsi libellés :

« Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement (...) par un Tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera (...) des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil (...) »

Quant au fond des griefs, la Cour note que la société requérante a omis d'introduire conformément aux règles du droit interne un pourvoi en cassation devant le Tribunal supérieur de commerce et la Cour suprême

d'Ukraine contre, respectivement, la décision du tribunal de première instance et celle de la cour d'appel. Or, aux termes de 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 du droit international généralement reconnus.

La Cour rappelle à cet égard que l'obligation d'épuiser les voies de recours internes n'implique que l'emploi des recours normalement effectifs, suffisants et disponibles. Pour qu'un recours soit effectif, il doit notamment être susceptible de remédier directement à la situation incriminée. Il doit en outre exister à un degré suffisant de certitude (voir, *mutatis mutandis*, *Vorobyeva c. Ukraine* (déc.), n° 27517/02, 17 décembre 2002, et *Arkipov c. Ukraine* (déc.), n° 25660/02, 18 mai 2004). La Cour estime qu'il y a lieu de clarifier la question de l'épuisement des voies de recours internes en matière commerciale.

## **B. Les voies de recours prévues par le droit ukrainien**

La Cour relève qu'un quatrième degré de juridiction en matière commerciale a été introduit le 21 juin 2001, pour prendre effet le 5 juillet 2001<sup>1</sup>. Selon les dispositions pertinentes du code de procédure commerciale, un pourvoi en cassation auprès du Tribunal supérieur de commerce, semblable à celui que connaissent d'autres Etats membres du Conseil de l'Europe, ainsi qu'un second pourvoi (ou un pourvoi réitéré) auprès de la Cour suprême sont à présent disponibles pour les parties à un litige d'ordre commercial. L'exercice de ces pourvois ne dépend pas du pouvoir discrétionnaire d'une autorité de l'Etat (comparer, *a contrario*, *Sovtransavto Holding c. Ukraine*, n° 48553/99, §§ 74-77, CEDH 2002-VII).

Pour ce qui est du pourvoi en cassation devant le Tribunal supérieur de commerce, la Cour relève qu'il peut être introduit dans le délai de un mois contre le jugement du tribunal de première instance ou la décision ou résolution de la cour d'appel. L'accord du Tribunal supérieur de commerce n'est pas nécessaire pour former le pourvoi. Toutefois, celui-ci doit être déposé auprès de la juridiction qui a rendu le jugement ou la décision en cause; cette juridiction doit alors vérifier si le pourvoi observe, dans sa forme et dans sa teneur, les règles du code de procédure commerciale. S'il décide ensuite de se déclarer compétent pour connaître du pourvoi, le Tribunal supérieur de commerce statue. Il examine uniquement les points de droit.

---

1. La loi portant modification du code de procédure commerciale a été publiée à quatre reprises dans la presse écrite officielle: le 5 juillet 2001 (*Holos Ukrayiny*), le 6 juillet 2001 (*Qfistsijny Visnyk Ukrayiny*), le 10 juillet 2001 (*Uryadovy Kurjer*) et le 7 septembre 2001 (*Vidomosti Verkhovnoyi Rady Ukrayiny*).

La Cour observe également que, conformément aux modifications apportées au code de procédure commerciale le 15 mai 2003, seules les décisions ou résolutions du Tribunal supérieur de commerce peuvent faire l'objet d'un pourvoi en cassation devant la Cour suprême, et ce dans le délai de un mois à compter de la date de leur adoption (article 111-16 du code de procédure commerciale). En conséquence, le droit d'introduire un second pourvoi (ou pourvoi réitéré) est subordonné au point de savoir si l'affaire a été examinée par le Tribunal supérieur de commerce. Le second pourvoi (ou pourvoi réitéré) auprès de la Cour suprême doit être déposé auprès du Tribunal supérieur de commerce, qui le transmet à la Cour suprême dans le délai de dix jours à compter de sa réception (article 111-16 du code de procédure commerciale). Une chambre de trois juges de la Cour suprême décide d'autoriser ou non le pourvoi. Si l'un des juges de la chambre l'estime recevable, le pourvoi est communiqué pour examen au fond à la chambre compétente de la Cour suprême. Le pourvoi en cassation est examiné par des juges de la chambre commerciale de la Cour suprême. Cette dernière a le pouvoir d'annuler la décision du Tribunal supérieur de commerce et de renvoyer l'affaire pour nouvel examen, ou de mettre fin à la procédure. La résolution de la Cour suprême sur le pourvoi est définitive et insusceptible de recours.

La Cour note en outre que les décisions rendues par les juridictions inférieures après le 5 juillet 2001, comme c'est le cas en l'espèce, ne peuvent faire l'objet d'un pourvoi que dans les délais fixés par le code de procédure commerciale. La nouvelle procédure de cassation est donc conforme au principe de la sécurité juridique, un des éléments fondamentaux de la prééminence du droit, qui veut, entre autres, que la solution donnée de manière définitive à un litige par les tribunaux ne soit plus remise en cause (*Brumărescu c. Roumanie* [GC], n° 28342/95, § 61, CEDH 1999-VII).

### C. L'appréciation de la Cour

#### 1. *Les griefs de la société requérante quant au refus d'examiner le pourvoi introduit par elle devant le Tribunal supérieur de commerce*

En ce qui concerne l'accès à un tribunal, la Cour rappelle que les garanties de procédure énoncées à l'article 6 assurent à chacun le droit à ce qu'un tribunal connaisse de toute contestation relative à ses droits et obligations de caractère civil; il consacre de la sorte le «droit à un tribunal», dont le droit d'accès, à savoir le droit de saisir le tribunal en matière civile, constitue un aspect (arrêt *Golder c. Royaume-Uni* du 21 février 1975, série A n° 18, pp. 13-18, §§ 28-36). Cependant, le «droit à un Tribunal», dont le droit d'accès constitue un aspect particulier, n'est pas



absolu et se prête à des limitations implicitement admises, notamment quant aux conditions de recevabilité d'un recours, car il appelle de par sa nature même une réglementation par l'Etat, lequel jouit à cet égard d'une certaine marge d'appréciation. Toutefois, ces limitations ne sauraient restreindre l'accès ouvert à un justiciable de manière ou à un point tels que son droit à un tribunal s'en trouve atteint dans sa substance même. En outre, les limitations appliquées ne se concilient avec l'article 6 § 1 que si elles poursuivent un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé (voir, parmi d'autres, *Brualla Gómez de la Torre c. Espagne*, arrêt du 19 décembre 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-VIII, p. 2955, § 33).

Pour en revenir aux circonstances de l'espèce, la Cour note que la société requérante a introduit un pourvoi en cassation directement auprès du Tribunal supérieur de commerce. Or, en vertu de l'article 109 du code de procédure commerciale, le pourvoi aurait dû être déposé auprès du tribunal de première instance ou de la cour d'appel. Le Tribunal supérieur de commerce a rejeté les nouveaux pourvois formés par la société requérante au motif qu'ils avaient été introduits hors délai. Il a en outre jugé que le pourvoi que la société requérante avait déposé directement auprès de lui n'interrompait pas le cours du délai (articles 109 et 110 du code de procédure commerciale). La Cour estime dès lors que le refus d'examiner le pourvoi en cassation reposait sur une base légale et ne révèle aucun élément d'arbitraire.

Elle considère de plus que les règles relatives à l'introduction de pourvois en cassation, énoncées à l'article 109 du code de procédure commerciale et selon lesquelles le pourvoi doit être introduit dans le délai de un mois et par l'intermédiaire du tribunal de première instance ou de la cour d'appel, où se trouve le dossier, ont sans conteste pour objet de garantir une bonne administration de la justice. Les intéressés doivent en toute logique s'attendre à ce que ces règles soient appliquées. En outre, il ressort du dossier de l'affaire que la société requérante connaissait la règle en question mais y a délibérément contrevenu parce que, selon elle, les juges de la cour d'appel n'étaient ni impartiaux ni indépendants. La Cour estime toutefois que la société requérante n'a apporté aucune preuve qui vienne étayer ses allégations selon lesquelles les juges de la cour d'appel de commerce de la région de Jitomir ont subtilisé des pièces du dossier ou qui démontre une attitude partielle de ces derniers envers la société requérante. En outre, celle-ci n'a démontré ni que les raisons qui l'avaient amenée à saisir directement le Tribunal supérieur de commerce étaient suffisantes, ni que la cour d'appel avait porté atteinte à son droit de se pourvoir en cassation.

A la lumière de ces éléments, la Cour estime que la société requérante n'a pas établi que les trois décisions du Tribunal supérieur de commerce datées du 21 janvier, du 10 mars et du 6 mai 2004 aient été arbitraires ou

injustifiées dans les circonstances de l'espèce. En conséquence, l'examen de ce grief ne révèle aucune apparence de violation de l'article 6 § 1 de la Convention.

Il s'ensuit que ce grief est manifestement mal fondé et doit être rejeté en application de l'article 35 §§ 3 et 4 de la Convention.

2. *Le fond des griefs soulevés par la société requérante (caractère inéquitable des décisions de rejet de ses demandes en restitution)*

La société requérante s'est plainte de l'issue des procédures devant le tribunal de commerce de la région de Khmelnytski (jugement du 23 juin 2003) et la cour d'appel de commerce de la région de Jitomir (décision du 11 décembre 2003). Elle alléguait en particulier que ces juridictions n'avaient pas correctement appliqué la loi et apprécié les éléments de preuve. Elle contestait également leur interprétation des articles 71 et 80 du code civil. La Cour estime qu'il s'agit là de questions qui relèvent de la compétence du Tribunal supérieur de commerce et qui pouvaient justifier de demander à pouvoir saisir la Cour suprême d'un pourvoi en cassation une fois que le Tribunal supérieur de commerce aurait statué.

Un pourvoi en cassation auprès du Tribunal supérieur de commerce et un second pourvoi devant la Cour suprême contre les décisions rendues par les cours d'appel de commerce peuvent être tenus pour des recours effectifs contre les décisions de juridictions inférieures rendues après le 5 juillet 2001 et contre les décisions du Tribunal supérieur de commerce depuis le 15 mai 2003. Elle ajoute que le simple fait de nourrir des doutes quant aux perspectives de succès d'un recours donné qui n'est pas de toute évidence voué à l'échec ne constitue pas une raison valable pour justifier la non-utilisation de recours internes (*Van Oosterwijk c. Belgique*, arrêt du 6 novembre 1980, série A n° 40, p. 18, § 37, et *A.B. c. Pays-Bas*, n° 37328/97, § 72, 29 janvier 2002). Elle rejette donc les raisons invoquées par la société requérante pour se justifier de n'avoir pas usé des voies de recours susmentionnées.

Cette partie de la requête doit en conséquence être rejetée en application de l'article 35 §§ 1 et 4 de la Convention.

3. *Le surplus des griefs formulés par la société requérante*

Quant aux autres griefs soulevés par la société requérante, y compris ceux tirés de l'article 5 de la Convention, la Cour considère qu'ils ne sont nullement étayés et doivent dès lors être rejetés pour défaut de fondement en application de l'article 35 §§ 3 et 4 de la Convention.

Par ces motifs, la Cour, à l'unanimité,

*Déclare* la requête irrecevable.