

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



REPORTS  
OF JUDGMENTS AND DECISIONS

RECUEIL  
DES ARRÊTS ET DÉCISIONS

2006-I

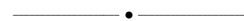
REGISTRY OF THE COURT GREFFE DE LA COUR  
COUNCIL OF EUROPE CONSEIL DE L'EUROPE  
STRASBOURG

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: 978-3-452-26955-3  
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>Sørensen and Rasmussen v. Denmark</i> [GC], nos. 52562/99 and 52620/99, judgment of 11 January 2006 .....	1
<i>Sørensen et Rasmussen c. Danemark</i> [GC], n <sup>os</sup> 52562/99 et 52620/99, arrêt du 11 janvier 2006 .....	49
<i>Mizzi v. Malta</i> , no. 26111/02, judgment of 12 January 2006 (extracts) .....	103
<i>Mizzi c. Malte</i> , n <sup>o</sup> 26111/02, arrêt du 12 janvier 2006 (extraits) ..	123
<i>Aoulmi c. France</i> , n <sup>o</sup> 50278/99, arrêt du 17 janvier 2006 (extraits) .....	143
<i>Aoulmi v. France</i> , no. 50278/99, judgment of 17 January 2006 (extracts) .....	159
<i>Danell and Others v. Sweden</i> (friendly settlement), no. 54695/00, judgment of 17 January 2006 .....	175
<i>Danell et autres c. Suède</i> (règlement amiable), n <sup>o</sup> 54695/00, arrêt du 17 janvier 2006 .....	185
<i>Elli Poluhas Dödsbo v. Sweden</i> , no. 61564/00, judgment of 17 January 2006 .....	195
<i>Elli Poluhas Dödsbo c. Suède</i> , n <sup>o</sup> 61564/00, arrêt du 17 janvier 2006 .....	209
<i>Rodrigues da Silva and Hoogkamer v. the Netherlands</i> , no. 50435/99, judgment of 31 January 2006 .....	223
<i>Rodrigues da Silva et Hoogkamer c. Pays-Bas</i> , n <sup>o</sup> 50435/99, arrêt du 31 janvier 2006 .....	239
<i>Giniewski c. France</i> , n <sup>o</sup> 64016/00, arrêt du 31 janvier 2006 .....	257
<i>Giniewski v. France</i> , no. 64016/00, judgment of 31 January 2006 ...	277
<i>İçyer v. Turkey</i> (dec.), no. 18888/02, 12 January 2006 .....	297
<i>İçyer c. Turquie</i> (déc.), n <sup>o</sup> 18888/02, 12 janvier 2006 .....	321
<i>Hingitaj 53 and Others v. Denmark</i> (dec.), no. 18584/04, 12 January 2006 .....	345
<i>Hingitaj 53 et autres c. Danemark</i> (déc.), n <sup>o</sup> 18584/04, 12 janvier 2006 .....	371

<i>Kolk and Kislyiy v. Estonia</i> (dec.), nos. 23052/04 and 24018/04, 17 January 2006 .....	399
<i>Kolk et Kislyiy c. Estonie</i> (déc.), n <sup>os</sup> 23052/04 et 24018/04, 17 janvier 2006 .....	413

## Subject matter/Objet des affaires

### Article 7

#### Article 7 § 2

Prosecution for crimes against humanity committed before such an offence existed under domestic law

*Kolk and Kislyiy v. Estonia* (dec.), p. 399

Poursuites pour crime contre l'humanité commis avant qu'une telle infraction existe en droit interne

*Kolk et Kislyiy c. Estonie* (déc.), p. 413

### Article 8

Inability to challenge legal presumption of paternity

*Mizzi v. Malta*, p. 103

Impossibilité de contester la présomption légale de paternité

*Mizzi c. Malte*, p. 123

Widow not permitted to transfer late husband's ashes from one family burial plot to another

*Elli Poluhas Dödsbo v. Sweden*, p. 195

Refus d'autoriser une veuve à transférer les cendres de son mari défunt d'une concession funéraire familiale à une autre

*Elli Poluhas Dödsbo c. Suède*, p. 209

Refusal to allow unlawfully resident foreigner to remain in the Netherlands in order to share in the care of her Dutch child born there

*Rodrigues da Silva and Hoogkamer v. the Netherlands*, p. 223

Refus d'autoriser à demeurer aux Pays-Bas pour prendre part à l'éducation de sa fille, néerlandaise, née dans ce pays une étrangère résidant illégalement sur le territoire néerlandais

*Rodrigues da Silva et Hoogkamer c. Pays-Bas*, p. 239

### Article 10

Conviction of author for defamation of the Christian community

*Giniewski v. France*, p. 277

Condamnation d'un auteur pour diffamation de la communauté chrétienne

*Giniewski c. France*, p. 257

### Article 11

Obligation to join trade union as a condition of employment

*Sørensen and Rasmussen v. Denmark* [GC], p. 1

Obligation d'adhérer à un syndicat en tant que condition d'embauche

*Sørensen et Rasmussen c. Danemark* [GC], p. 49

**Article 34**

Failure to comply with an interim measure indicated under Rule 39 of the Rules of Court

*Aoulmi v. France*, p. 159

Non-respect d'une mesure provisoire indiquée en vertu de l'article 39 du règlement de la Cour

*Aoulmi c. France*, p. 143

**Article 35****Article 35 § 1**

Introduction of new domestic remedy to tackle systemic problem of inadequate redress for internally displaced persons

*İçyer v. Turkey* (dec.), p. 297

Introduction d'un nouveau recours interne pour résoudre le problème systémique que constitue l'insuffisance du redressement offert aux personnes déplacées à l'intérieur du pays

*İçyer c. Turquie* (déc.), p. 321

**Article 37****Article 37 § 1**

Revision of an international agreement and *ex gratia* payment to applicants who were unable to have their complaint examined by a domestic court

*Danell and Others v. Sweden*, p. 175

Révision d'un accord international et versement à titre gracieux à des requérants privés de la possibilité de faire examiner leur grief par les juridictions internes

*Danell et autres c. Suède*, p. 185

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

Forced relocation of Inughuit in Greenland in the 1950s

*Hingitaq 53 and Others v. Denmark* (dec.), p. 345

Déplacement forcé d'Inughuits au Groenland dans les années 50

*Hingitaq 53 et autres c. Danemark* (déc.), p. 371



SØRENSEN AND RASMUSSEN v. DENMARK  
*(Application nos. 52562/99 and 52620/99)*

GRAND CHAMBER

JUDGMENT OF 11 JANUARY 2006



SUMMARY<sup>1</sup>**Obligation to join trade union as a condition of employment****Article 11**

*Freedom of association – Obligation to join trade union as a condition of employment – Negative right to freedom of association – No renunciation of right by acceptance of job offer – Serious consequences (dismissal) of non-compliance – Compulsion striking at very substance of right – Fair balance – General developments in society and the labour market – Closed-shop agreements not indispensable tool for effective enjoyment of trade union freedoms*

\*  
\* \*

The first applicant was offered a short-term job as a holiday relief worker, one of the conditions of employment being that he become a member of a trade union, SID. On receiving his first pay slip, he realised that he was paying a subscription to that union, although he had applied for membership of a different union. He informed his employer that he did not want to pay the subscription to SID and, as a result, was dismissed for not satisfying the requirements for obtaining the job. The second applicant was offered a job as a gardener on condition that he became a member of SID, with which the employer had entered into a closed-shop agreement. Being unemployed, he joined SID so that he could take up the job, although he did not agree with the union's political views.

*Held*

Article 11: Freedom of association encompassed a negative right of association, that is, a right not to be forced to join an association. An individual could not be considered to have renounced his negative right where, in the knowledge that trade union membership was a precondition of employment, he had accepted an offer of employment notwithstanding his opposition to that condition. Thus, a distinction between pre-entry and post-entry closed-shop agreements was not tenable. Moreover, while the essential object of Article 11 was to protect the individual against arbitrary interference by public authorities with the exercise of the protected rights, the authorities could in certain circumstances be obliged to intervene in the relationship between private individuals by taking reasonable and appropriate measures to secure the effective enjoyment of those rights. Consequently, the State's responsibility would be engaged if it failed to secure the negative right of association under domestic law. In that respect, whether the State had a positive or a negative obligation, the applicable principles were similar: a fair balance had to be struck between the competing interests of the individual and of the community. In the area of trade union freedom the State enjoyed a wide margin of appreciation, but that margin was reduced considerably if the domestic

---

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

law permitted closed-shop agreements which ran counter to the individual's freedom of choice. In that connection, particular weight had to be attached to the justification therefor provided by the authorities and account had to be taken of changing perceptions of the relevance of closed-shop agreements.

In the case in issue, the fact that the applicants had accepted membership of the union as a condition of employment did not significantly alter the element of compulsion inherent in having to join a trade union against their will. Although it was not in dispute that the first applicant could have found similar employment with an employer who had not entered into a closed-shop agreement, he had nevertheless been dismissed without notice as a direct result of his refusal to comply with the requirement to join SID, a requirement which had no connection with his ability to perform the job. In the Court's opinion, such a consequence could be considered serious and capable of striking at the very substance of the freedom of choice inherent in the negative right to freedom of association. As to the second applicant, it was speculative whether he could have found employment elsewhere but it was certain that if he had resigned his membership of SID he would have been dismissed without any possibility of reinstatement or compensation. The Court was therefore satisfied that he was individually and substantially affected by the application of the closed-shop agreement to him. Both applicants had thus been compelled to join SID and that compulsion struck at the very substance of their freedom of association. The Court considered that legislative attempts to eliminate the use of closed-shop agreements in Denmark reflected the trend in Contracting States not to regard such agreements as an essential means of securing the interests of trade unions and to give due weight to the right of individuals to join a union of their choice, without fear of prejudice to their livelihood. These attempts were furthermore consistent with developments on the international level, notably pursuant to the European Social Charter. Taking all the circumstances into account, the Court found that the respondent State had failed to protect the applicants' negative right to trade union freedom.

*Conclusion:* violation (twelve votes to five with regard to the first applicant, and fifteen votes to two with regard to the second applicant).

Article 41: The Court made an award in respect of pecuniary damage to the first applicant and of costs and expenses to both applicants.

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

- Swedish Engine Drivers' Union v. Sweden*, 6 February 1976, Series A no. 20  
*Young, James and Webster v. the United Kingdom*, 13 August 1981, Series A no. 44  
*Sigurður A. Sigurjónsson v. Iceland*, 30 June 1993, Series A no. 264  
*Gustafsson v. Sweden*, 25 April 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-II  
*Chassagnou and Others v. France* [GC], nos. 25088/94, 28331/95 and 28443/95, ECHR 1999-III  
*Scettini and Others v. Italy* (dec.), no. 29529/95, 9 November 2000  
*Wilson, National Union of Journalists and Others v. the United Kingdom*, nos. 30668/96, 30671/96 and 30678/96, ECHR 2002-V  
*Hatton and Others v. the United Kingdom* [GC], no. 36022/97, ECHR 2003-VIII  
*Broniowski v. Poland* [GC], no. 31443/96, ECHR 2004-V

**In the case of Sørensen and Rasmussen v. Denmark,**

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

Luzius Wildhaber, *President*,

Christos Rozakis,

Jean-Paul Costa,

Nicolas Bratza,

Boštjan M. Zupančič,

Giovanni Bonello,

Loukis Loucaides,

Françoise Tulkens,

Peer Lorenzen,

Volodymyr Butkevych,

Josep Casadevall,

Nina Vajić,

John Hedigan,

Kristaq Traja,

Snejana Botoucharova,

Vladimiro Zagrebelsky,

Khanlar Hajiyev, *judges*,

and Lawrence Early, *Deputy Grand Chamber Registrar*,

Having deliberated in private on 22 June and 30 November 2005,

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

## PROCEDURE

1. The case originated in two applications (nos. 52562/99 and 52620/99) against the Kingdom of Denmark lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by two Danish nationals, Mr Morten Sørensen (“the first applicant”) and Mr Ove Rasmussen (“the second applicant”), on 7 October 1999 and 22 September 1999 respectively.

2. The first applicant, who had been granted legal aid, was represented by Mr J. Paulsen, a lawyer practising in Herning. The second applicant was represented by Mr J.P. Buhl, a lawyer practising in Copenhagen. The Danish Government (“the Government”) were represented by their Agent, Mr P. Taksø-Jensen, of the Ministry of Foreign Affairs.

3. The applicants complained that the existence of closed-shop agreements in Denmark in their respective areas of employment had violated their right to freedom of association, secured by Article 11 of the Convention.

4. The applications were allocated to the First Section of the Court (Rule 52 § 1 of the Rules of Court). By decisions of 20 March 2003, the applications were declared partly admissible. The applicants and the Government each filed observations on the merits (Rule 59 § 1). In a decision of 25 November 2004, a Chamber constituted within the First Section, composed of Christos Rozakis, President, Peer Lorenzen, Giovanni Bonello, Françoise Tulkens, Nina Vajić, Vladimiro Zagrebelsky and Elisabeth Steiner, judges, and Søren Nielsen, Section Registrar, relinquished jurisdiction in favour of the Grand Chamber, none of the parties having objected (Article 30 of the Convention and Rule 72).

5. The composition of the Grand Chamber was fixed in accordance with Article 27 §§ 2 and 3 of the Convention and Rule 24. The President of the Grand Chamber decided to join the applications (Rule 42 § 1). Elisabeth Steiner, who was unable to take part in the deliberations following the hearing, was replaced by Loukis Loucaides, first substitute judge.

6. The Government, but not the applicants, filed supplementary observations on the merits (Rule 59 § 1).

7. Third-party comments were received from the Danish Confederation of Trade Unions (*Landsorganisationen – LO*), which had been given leave by the President to intervene in the written procedure (Article 36 § 2 of the Convention and Rule 44 § 2). The applicants replied to those comments (Rule 44 § 5).

8. A hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 22 June 2005 (Rule 59 § 3).

There appeared before the Court:

(a) *for the Government*

Mr P. Taksøe-Jensen,	<i>Agent,</i>
Ms N. Holst-Christensen,	<i>Co-Agent,</i>
Mr E. Oest Edelsberg,	
Ms D. Borgaard,	
Mr D. Kendal,	
Ms K. Weber Olsen,	
Mr J. Rasmussen,	<i>Advisers;</i>

(b) *for the applicants*

Mr E. Lego Andersen,	
Mr J. Paulsen,	
Mr S. Juul,	<i>Counsel,</i>
Mr J. Mikkelsen,	
Mr S. Fibiger Olesen,	
Mr E. Bertelsen,	
Mr A. Bagge Jørgensen,	<i>Advisers.</i>

The Court heard addresses by Mr Lego Andersen and Mr Taksøe-Jensen, as well as their replies to questions from judges.

## THE FACTS

### I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

#### A. The first applicant

9. The first applicant was born in 1975 and lives in Århus, Denmark. In the spring of 1996 he did his national service. Since a few months remained before he could commence studying mathematics and physics at the University of Århus, on 10 May 1996 he applied for a job as a holiday relief worker in a company, FDB Distributionen (“FDB”). For this purpose, he filled in an application form, which contained a pre-printed paragraph stating, among other things:

“To obtain the job it is mandatory to be a member of one of the trade unions affiliated to the Danish Confederation of Trade Unions (LO). You will be informed on request of the name of the union.”

10. In a letter of 20 May 1996, the applicant was offered the job from 3 June until 10 August 1996 and informed that his terms of employment would be regulated by an agreement concluded between FDB and a trade union called SID, which was affiliated to LO, and of which the applicant was obliged to become a member.

11. From his first payslip on 20 June 1996 the applicant became aware that he was paying a subscription to SID, although he had not applied for membership. Instead, at the time of his appointment he had applied for membership of a trade union called Denmark’s Free Trade Union (*Danmarks Frie Fagforening*). In a letter of 23 June 1996, the applicant informed his employer and the shop steward that he did not want to pay the subscription to SID because he had been told that, as a holiday relief employee, he would not be given full membership of SID.

12. Consequently, on 24 June 1996, the applicant was dismissed for not satisfying the requirements for obtaining the job as he was not a member of a trade union affiliated to LO.

13. The applicant, represented by Denmark’s Free Trade Union, instituted proceedings before the High Court of Western Denmark (*Vestre Landsret*) against FDB, requesting that FDB be ordered to acknowledge that his dismissal was unlawful and to pay him compensation. He alleged that section 2(2) of the Protection against Dismissal due to Association Membership Act of 9 June 1982 (*Lov om beskyttelse mod afskedigelse på grund af foreningsforhold*), as amended on 13 June 1990, violated Article 11 of the Convention as it allowed an employer to

require an employee to be a member of a specific association in order to obtain employment. The applicant stated, among other things, that he did not share SID's political views.

14. On 18 November 1998 the High Court found for FDB, stating as follows:

“The High Court finds it established that the applicant was aware that membership of SID was a condition for his employment in the company. Thus, since the applicant did not comply with this requirement the conditions for dismissing him are fulfilled in accordance with section 2, subsection (2), in conjunction with subsection (1), of the Protection against Dismissal due to Association Membership Act.

Therefore, the pertinent question is whether the Act in issue, and with it the applicant's dismissal, is at variance with Article 11 of the European Convention on Human Rights, in the light of the interpretation this Article has been given by the European Court of Human Rights in its recent case-law.

The Protection against Dismissal due to Association Membership Act was passed by Parliament in 1982 as a result, *inter alia*, of the British Rail judgment (*Young, James and Webster v. the United Kingdom*, Series A no. 44) delivered by the European Court of Human Rights in 1981. In this judgment it was established that in certain circumstances Article 11 also secured the negative right to freedom of association. In the assessment of whether, subsequent to the Court's recent case-law, the domestic courts should disregard section 2(2) of the Protection against Dismissal due to Association Membership Act, the starting-point must be taken from the Act of 1992 incorporating the European Convention on Human Rights. According to the preparatory notes, incorporation of the Convention was not intended to change the existing balance between the Danish parliament and the Danish courts. Thus, in the view of the High Court, while taking into account the rights and obligations that may be inferred from the European Convention on Human Rights, Parliament still has considerable discretion when laying down Danish law. In this connection, it is also of importance to note that a decision abolishing or limiting the existing possibility of entering into closed-shop agreements will have far-reaching consequences for the Danish labour market.

In support of the applicant's understanding of the scope of Article 11, reference has been made to the *Sigurður A. Sigurjónsson v. Iceland* judgment of 1993 and the *Gustafsson v. Sweden* judgment of 1996. However, in the view of the High Court, an interpretation of these judgments does not establish with the necessary certainty that section 2(2) of the Protection against Dismissal due to Association Membership Act is at variance with Article 11 of the Convention.”

15. On appeal, the Supreme Court (*Højesteret*) upheld the High Court's judgment on 8 June 1999. In its reasoning the Supreme Court stated as follows:

“The Protection against Dismissal due to Association Membership Act (Law no. 285 of 9 June 1982) was passed notably in order to comply with the negative right to freedom of association to the extent that such an obligation could be established according to the interpretation of Article 11 of the Convention given by the European Court of Human Rights in the *Young, James and Webster v. the United Kingdom* judgment, Series A no. 44 (British Rail).



As stated in the Supreme Court's judgment of 6 May 1999 [see paragraph 21 below], the latest judgments of the European Court of Human Rights provide no grounds for a different assessment of the lawfulness of closed-shop agreements and their consequences from that appearing in the British Rail judgment. In addition, section 2(2), of the Protection against Dismissal due to Association Membership Act of 9 June 1982 raises no doubts as to its compatibility with this judgment."

## B. The second applicant

16. The second applicant was born in 1959 and lives in Haderslev, Denmark. He is a gardener by profession. He became a member of SID in the mid-1980s, but resigned his membership after a few years as he felt unable to support its political affiliations. Instead, he became a member of the Christian Trade Union (*Kristelig Fagforening*).

17. Having been unemployed for a while, he was offered a job at a nursery (Gartneriet i Regnmark I/S) on condition that he became a member of SID as the employer had entered into a closed-shop agreement with that trade union. The applicant commenced the job on 17 May 1999 and rejoined SID, although he still did not agree with its political views.

## II. RELEVANT DOMESTIC LAW AND PRACTICE

18. Article 78 of the Danish Constitution (*Danmarks Riges Grundlov*) provides:

"1. Citizens shall, without prior permission, be free to form associations for any lawful purpose.

2. Associations employing violence, or aiming to attain their object by violence, by instigation to violence, or by similar punishable influence on persons holding other views, shall be dissolved by a court judgment.

3. No association shall be dissolved by any government measure; however, an association may be temporarily prohibited, provided that proceedings are instituted immediately for its dissolution.

4. Cases relating to the dissolution of political associations may, without special permission, be brought before the Supreme Court [*Rigets øverste domstol*].

5. The legal effects of such dissolution shall be determined by statute."

19. The relevant parts of the Protection against Dismissal due to Association Membership Act of 9 June 1982 (which was passed as a direct result of the Court's ruling in *Young, James and Webster v. the United Kingdom*, 13 August 1981, Series A no. 44), as amended by Law no. 347 of 29 May 1990, read as follows:

**Section 1**

“An employer may not dismiss an employee on the ground that he or she is a member of an association or of a specific association.”

**Section 2**

“(1) An employer may not dismiss an employee on the ground that he or she is not a member of an association or of a specific association.

(2) Subsection (1) shall not apply if the employee, prior to recruitment, knew that the employer made membership of an association or of a specific association a condition for being employed with the enterprise.

(3) Subsection (1) shall furthermore not be applicable where an employee who is a member of an association is informed subsequent to recruitment that membership is a condition for continued employment with the enterprise.”

**Section 3**

“Sections 1 and 2 of the Act shall not apply in respect of employers whose business is specifically aimed at furthering political, ideological, religious or cultural ends, where the membership of the person concerned must be considered of importance for the business.”

**Section 4**

“Where an employee is dismissed contrary to the provisions of this Act, the dismissal must be overruled and the employment continued or restored, if a claim to this end is made. However, this shall not apply to employees in the private sector if, in special cases and following the balancing of the interests of the parties, it is found manifestly unreasonable to claim continuation of the employment or reinstatement.”

**Section 4a**

“(1) Where an employee is dismissed contrary to the provisions of this Act without the dismissal being overruled, the employer shall pay compensation.

(2) The compensation, which may not be less than one month’s salary or wages and may not exceed twenty-four months’ salary or wages, must be fixed in view of the period of employment and the circumstances of the case in general. If the employment has lasted for at least two years, such compensation may not be less than three months’ salary or wages.”

**Section 4b**

“(1) Cases under this Act must be processed as quickly as possible.

(2) During the hearing of a case concerning dismissal, the court may order that the dismissal should not become effective until the case has been finally decided by means of a judgment. The judgment may specify that the dismissal will not be stayed in case of an appeal.”

20. The question of the lawfulness of closed-shop agreements in relation to the 1982 Act and the European Convention on Human Rights was examined by the Supreme Court in a judgment of 6 May 1999

(concerning Mr Jensen, applicant in the original case of *Jensen and Rasmussen v. Denmark* (dec.), no. 52620/99, 20 March 2003). The Supreme Court found for the defendant and awarded him damages in the amount of 200,000 Danish kroner. As regards Article 11 of the Convention, the Supreme Court stated:

“According to the *Young, James and Webster v. the United Kingdom* judgment of 13 August 1981, Series A no. 44 (the British Rail judgment), it is in breach of Article 11 of the European Convention on Human Rights concerning freedom of association to dismiss an employee who refuses to join a trade union with whom the employer has entered into a closed-shop agreement at a time after the employment of the employee, in so far as membership was not a condition for the employment. The Court emphasised that it did not decide on closed-shop agreements as such, but only on its effect on the three applicants.

In the *Sigurður A. Sigurjónsson v. Iceland* judgment of 30 June 1993, the European Court of Human Rights found a violation of Article 11 in a situation where a holder of a taxi licence had his licence revoked because he resigned from a specific association of taxicab owners. The Court found it of importance that obligatory membership of the association was imposed on him by law and that there was no duty to join the association when Sigurjónsson obtained his taxi licence as the original requirement to do so lacked a legal basis. As in the British Rail judgment, the Court emphasised that it did not decide on the scope of Article 11 of the Convention in relation to the negative freedom of association.

Against this background, the Supreme Court finds no reason in the *Sigurður A. Sigurjónsson* judgment to assess the lawfulness of closed-shop agreements and their consequences any differently than what appears from the British Rail judgment. The same goes for the remainder of the judgments that the parties have referred to (*Sibson v. the United Kingdom*, judgment of 20 April 1993, Series A no. 258, and *Gustafsson v. Sweden*, judgment of 25 April 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-II).”

Also, in another judgment of 12 May 2000, the Supreme Court found that closed-shop agreements as such were not contrary to Article 11 of the Convention as that provision had been interpreted by the Strasbourg Court.

21. The relevant parts of the Private Contributions to Political Parties and Disclosure of the Accounts of Political Parties Act (Law no. 404 of 13 June 1990 – *Lov om private bidrag til politiske partier og offentliggørelse af politiske partiers regnskaber*), as amended by Law no. 394 of 14 June 1995, provide:

### Section 1

“Employers’ federations, trade unions and other trade associations whose main objectives are to attend to the economic interests of the trade group to which their members belong shall ensure that any financial contribution to political parties or for party-political purposes in general collected as part of membership fees are collected on a voluntary basis for each individual member.”

## Section 2

“(1) A member who wishes to be exempt from payment of contributions to political parties or for political purposes in general as part of the membership fees shall submit a written declaration to this effect.

(2) Once a year the association shall forward to its members a form containing the wording of such a declaration. Publishing the form in a members’ journal or a similar publication may fulfil this obligation. The declaration must have the following wording: ‘I wish to be exempt from payment of contributions to political parties or for party-political purposes in general as part of my membership fees.’

(3) The declaration must be forwarded to the auditor of the association. This must be apparent from the form referred to in subsection (2) above. Declarations sent to association offices by members must be forwarded to the auditor immediately. The Minister of Justice may lay down further provisions on the layout of the form and on the auditors’ treatment of declarations received.

(4) Information on persons who are exempt from payment of contributions or who have made a request to this effect may not be subject to any unauthorised disclosure.”

22. A general description of the background of closed-shop agreements in the Danish labour market is given below.

The struggle at the end of the nineteenth century between, on the one side, employees and their unions (notably what is today called the Danish Confederation of Trade Unions (LO)) and, on the other side, the employers and their federations (mainly the Confederation of Danish Employers (*Dansk Arbejdsgiverforening* – DA)) resulted in the so-called September Agreement of 1899 between LO and DA.

The Agreement laid down five major principles:

- (1) the right of employees to organise within trade unions;
- (2) the right of employers to manage and control work;
- (3) the right to industrial action (strikes, boycotts and lockouts) in order to obtain, for example, a collective agreement;
- (4) the embargo on industrial action, which means that no strikes are lawful during the term of a collective agreement; and
- (5) the establishment of a special arbitration tribunal to deal with all violations of the September Agreement.

The September Agreement is unique in that it has formed the basis of all subsequent general agreements between management and labour. Traditionally, the Danish legislature plays a minor role as regards the conditions governing wages, salaries and employment. Therefore, only to a certain extent does the Danish labour market have legislation which does not emanate from European Union directives, examples being the Salaried Employees’ Act (*Funktionærloven*) and the Holiday Act (*Ferieloven*). Accordingly, rights imposed by statute in other countries have in Denmark been obtained by means of agreements between the labour-market partners. It is thus a characteristic feature of Danish law that the relationship between employers and employees is basically

governed by a combination of agreements (collective and individual), labour-law principles, general statutes and rules laid down in pursuance of statutes. More than 80% of all employees in Denmark are trade union members.

From figures provided by Statistics Denmark (*Danmarks Statistikbank*) and the Ministry of Employment (*Beskæftigelsesministeriet*), in 2001 the Danish workforce consisted of 2,799,958 persons (inclusive of the unemployed). Of these, 1,611,715 were employed within the private sector and 937,826 within the public sector.

The Government estimate that nearly 80% of all employees are covered by collective agreements. It appears that the applicants disagree with this estimation.

The institution of closed-shop agreements is a long-standing practice in Denmark. Typically, a closed-shop agreement states that an employer has undertaken to hire and employ only members of the trade union that is party to the collective agreement concluded by the employer. Closed-shop agreements are unlawful in the public-sector labour market as they would be in conflict with the principle of equality under Danish administrative law. Also, they are not concluded in the part of the private-sector labour market covered by the general agreement between DA and LO, because DA considers the use of closed-shop provisions to be an interference with employers' managerial rights. Thus, closed-shop agreements are mainly of importance in collective agreements concluded with employers not affiliated to an employers' organisation.

The precise number of employees covered by closed-shop agreements is unknown. However, from figures provided by DA and the Christian Trade Union, the Government estimate that approximately 220,000 wage earners are affected in some way by closed-shop agreements – that is, less than 10% of all Danish employees on the labour market. The applicants submit that this estimation is probably somewhat below the actual figure.

Closed-shop clauses are primarily found in certain sectors such as building and construction and horticulture.

23. After the general election in Denmark on 20 November 2001, the new government decided to set up a committee to look into closed-shop agreements. The mandate of the committee was to examine the scope of such clauses and other circumstances which required membership of specific associations as a precondition for access to certain professions, and also to assess the compliance of such clauses with Denmark's international commitments. The committee was also asked to draw up recommendations and proposals for initiatives which afforded greater protection of the negative right to freedom of association. The committee submitted a report in June 2002 (*Betænkning nr. 1419, Udvalget om eksklusivbestemmelser*) which proposed changes to the law concerning

closed-shop agreements between employees' organisations and employers. The committee pointed out that general developments in society and the labour market could no longer justify, to the same extent as before, the need for closed-shop agreements, since strong and representative trade unions and organisations had now been established on the labour market. The committee further stated that the advantages relating to membership of a trade union should in themselves be strong enough reasons to be a member of a trade union. The committee considered that as closed-shop agreements only existed for a small part of the labour market, a change in the law would have only a marginal impact upon union density rates. The committee further stated that closed-shop agreements could have the effect of reducing the supply of labour, that freedom of contract on the labour market was not an immutable concept, and that restrictions existed in several fields as to the agreements that management and labour could lawfully conclude.

24. Beforehand, the committee had consulted numerous institutions, organisations and associations, among those DA, which classified closed-shop agreements into the following categories:

- I. Agreements concluded by an employers' association which is a (direct or indirect) member of DA.
- II. Agreements concluded by an employers' association which is not affiliated to DA.
- III. Agreements concluded directly between an employer and a trade union.

The classification was explained in Report no. 1419 as follows:

"Some years ago the Confederation of Danish Employers (DA) made a conservative estimate that at least 230,000 employees were covered by closed-shop provisions. This figure was calculated as follows:

In businesses organised in member organisations of DA, it was estimated that at least 60,000 employees were covered by closed-shop provisions. (However, this figure has diminished since the original estimate was made, so the present estimate is that about 45,000 employees within the scope of DA are covered by closed-shop provisions).

In organised businesses outside the scope of DA, at least 50,000 employees were estimated to be covered by closed-shop provisions.

In non-organised businesses, it was estimated that approximately 120,000 employees were covered by closed-shop provisions in agreements adhering to collective-bargaining agreements."

25. The distinction between I and II is related to the fact that DA, as stated above, has a policy of not entering into (or allowing its member organisations to enter into) closed-shop agreements. Therefore, within the scope of DA, closed-shop provisions only apply when a member organisation of DA entered into a closed-shop agreement prior to becoming a member of DA. This was explained in the report as follows:

“In principle, closed-shop provisions are not entered into by the part of the private labour market which is covered by the main agreement between DA and LO. Under the Articles of Association of DA, the use of exclusivity clauses is not recognised, because such clauses are deemed to interfere with employers’ managerial rights. However, this does not mean that no business within the scope of DA has any collective-bargaining agreement containing closed-shop provisions. Thus, it is estimated by DA that at least 45,000 employees working in businesses organised in member organisations of DA are covered by closed-shop provisions.

When a member organisation enters into a collective-bargaining agreement, this must be subject to the approval of DA. The same principle applies when members of the member organisations enter into collective-bargaining agreements themselves. If a member organisation or the members of a member organisation intend to enter into negotiations for collective-bargaining agreements which include closed-shop provisions, this requires the prior consent of the board of DA. DA does not approve of collective-bargaining agreements which contain exclusivity clauses.

However, if, at the time of applying for admission to one of DA’s member organisations, a business is party to a collective-bargaining agreement which includes closed-shop provisions, this does not debar the business from membership of the organisation. In such cases the organisation will subsequently try to release the business from the exclusivity clause. The same applies if an organisation seeks admission to DA.”

26. The committee’s consultation with SALA (the Danish Confederation of Employers’ Associations in Agriculture) was described as follows in Report no. 1419:

“SALA stated that, in general, it would like to see exclusivity agreements abolished, and that such agreements are felt to be constrictive even though it acknowledges the value of having large organisations to negotiate with. SALA said that, while the industrial part of the organisation is more or less exempt from exclusivity agreements, these agreements are a large problem for the areas of agriculture, forestry, market gardening and horticulture. The Employers’ Association of Agriculture and Forestry said that the whole market garden area is covered by closed-shop provisions, and argued for changes in all negotiations for collective-bargaining agreements. SID consistently states that there is no price at which the clauses could be eliminated from collective-bargaining agreements, so the question is not open to negotiation. In the market garden area the exclusivity agreements result in a decrease in the number of applicants for apprenticeships, recruitment problems and problems in hiring seasonal workers. In other areas within agriculture and forestry it is also the case that exclusivity agreements are not ‘for sale’.

The Employers’ Association of Danish Landscape Gardeners said that it has four collective-bargaining agreements which include exclusivity clauses; however, the agreement covering golf courses only includes a preference clause. Despite the fact that the employers recognise the interest in having properly regulated labour relations, exclusivity agreements cause recruitment problems and have a side effect of leading to other forms of provision of services, for example, by sub-contractor arrangements and the like ...

In reply to a question of the committee, it was stated that the number of employees covered by exclusivity agreements in SALA’s area is around 25,000.”

27. Subsequently, on 9 January 2003, a bill (no. 2002-03-L120) to amend the Protection against Dismissal due to Association Membership Act was tabled in Parliament by the Minister for Employment. The bill was aimed at ensuring, among other things, that in the future no agreements could be lawfully concluded which imposed a duty on an employer to employ exclusively or, preferably, persons who were members of an association or a specific association.

28. The explanatory memorandum on the bill stated, *inter alia*:

“Closed-shop agreements are obsolete and out of step with the wishes of many employees. The government consider that there should be freedom for an employee to decide whether to become a member of an association – just as there should be freedom to choose not to become a member of an association – without this leading to a risk of not being recruited or of being dismissed. The government do not consider it reasonable that an employer may lay down requirements as to the candidate’s membership or non-membership of an association as a condition for obtaining or keeping a job. Furthermore, the government find it unreasonable that a clause in a collective agreement may prevent an employee who does not wish to be a member of an association or a specific association from obtaining or keeping employment with an employer or may prevent an employer from considering the candidate’s qualifications alone. ...”

The bill does not entail any economic or administrative consequences for public authorities ... the bill does not lead to any financial and administrative consequences of any major significance for enterprises. The proposal could even lead to an easing of procedures for the recruitment of labour as employers will no longer have to take candidates’ union affiliation into account after the commencement of the Act ... the bill has no consequences for gender equality on the labour market ... the bill does not contain any Community law aspects ...”

29. In accordance with the Danish Constitution, a bill is read three times before it is adopted. At the first reading, the bill is discussed in general and thereafter, normally, the bill is referred to a committee, which examines the proposal and is free to put questions to the relevant minister. With regard to the bill in question, on 6 February 2003 the Parliamentary Committee on Employment (*Arbejdsmarkedsudvalget*) submitted various questions to the Minister for Employment. As regards two questions (nos. 7 and 8) the latter replied as follows:

#### **Question no. 7**

“The Minister is requested to explain the impact of the proposed bill in relation to the scope for trade unions to enforce collective-bargaining agreements, especially in relation to non-organised employers. It appears from the annual reports of the Labour Court for the years 1999 and 2000 that during the years in question, 600 and 646 cases respectively were conducted against non-organised employers, which correspond to 77% and 82% respectively of the cases in the Labour Court instigated by employees in those years. All these cases were instigated by LO ... It is the opinion of LO that the removal of closed-shop provisions will to a large extent make the efficient enforcement of collective-bargaining agreements against such employers more difficult.”



### Reply

“I find it difficult to see how the annulment of closed-shop provisions in collective-bargaining agreements with non-organised employers, which is estimated to cover around 120,000 employees, should make it more difficult for the organisations to secure the efficient enforcement of collective-bargaining agreements. First and foremost the annulment of a closed-shop provision in a collective-bargaining agreement with a non-organised employer would not change the fact that the collective-bargaining agreement is still valid and must be complied with. That means that the employees or their representatives would still have the possibility of bringing to the attention of the union in question any problems in getting the agreement complied with. The possibilities for the trade union to take action in such a case would therefore be unaffected. If there is a problem in having the terms in a collective-bargaining agreement complied with in a business, due to the fact that the trade union does not have any members in that business, that should be reason enough for the employees to join the trade union and get the trade union to complain of the lack of compliance.

I do not believe that a trade union will get much help in enforcing a collective-bargaining agreement from employees whose membership is not voluntary.

I do believe that if a trade union makes an effort and spreads the message to all the employees in a business covered by a collective-bargaining agreement that it is due to its efforts that there are orderly conditions in the business, some of those employees that are involuntary members today could become voluntary members, and all employees could then stand together to secure compliance with the collective-bargaining agreement.”

### Question no. 8

“Under Danish collective-labour law, an employer must comply with the terms of a collective agreement in respect of all employees doing work within the field of the collective-bargaining agreement. Does the Minister believe that it is fair that non-organised employees should, in this way, enjoy benefits to which they have not contributed, and which have been obtained for them by the trade unions?”

### Reply

“The principle that a collective-bargaining agreement also applies in relation to the work performed by non-organised employees in a business covered by a collective-bargaining agreement, is a principle which also applies to areas without closed-shop provisions. It is a principle which follows from collective-bargaining agreements themselves, and it is only the organisation which is a party to the collective-bargaining agreement which may raise a claim, not the individual (non-organised) employee.

Furthermore, there is nothing to prevent a collective-bargaining agreement only covering the members of the organisation which is a party to the agreement. I must therefore note that it is the trade unions themselves that have elected to follow this principle both in fields with and without closed-shop provisions. Whether this is fair or not, I will leave to the trade unions in question and to their members to consider.”

30. Before the Parliamentary Committee on Employment on 12 March 2003, the Association of Employers in Gardening (that is to say, the employers’ association which has a closed-shop agreement with SID

affecting the applicant Rasmussen) and the Danish Landscape Gardeners Employers' Association made the following joint submission:

“Both the Association of Employers in Gardening and Danish Landscape Gardeners are parties to collective agreements with SID, pursuant to which the employers agree only to employ members of SID.

This provision was agreed more than forty years ago and it is not clear why this was done. Thus, it is not apparent whether it was a mutual deal or whether it was the result of a strong trade union imposing the provision on a group of small employers.

Briefly, the provision entails a number of drawbacks for Danish gardening of which the following may be mentioned:

- It is difficult to get an inflow of apprentices to the trade. We need around 500 apprentices per year, but can only attract around 200. The closed-shop provision scares away young people. At the same time we have difficulty in securing qualified labour, since many capable employees do not want to work under an exclusivity agreement. Some of these may then try to circumvent the provision by establishing a relationship as a sub-contractor instead of as an actual employee.
- The business of market gardening is characterised by seasonal work. Every year we need summer holiday casual workers, workers to pick vegetables, workers for Christmas production and the like. Typically, we are speaking of young students who would like to work for a few months – until the closed-shop provision is mentioned.
- Danish market gardens are in a very tough competitive situation in the European Union. No other country in the Union has closed-shop provisions similar to those for Danish gardeners. Therefore, there is unequal competition at European Union level.
- Closed-shop provisions may be an instrument for securing wages and employment terms in small, non-organised businesses. Danish market gardens are very large businesses (20-250 employees per business) and more than 90% are organised. The closed-shop provision has therefore been overtaken by the structural development of the business. In relation to businesses under the DA, the trade union movement accepts that the closed-shop provisions are unnecessary; see the article in SID's periodical.
- Danish market gardens are organised, from a business point of view, in the same way as Danish agriculture. The businesses in agriculture are not covered by closed-shop provisions, and Danish market gardens should not be either.
- The closed-shop agreement with SID causes daily problems with employees who are members of other trade unions or who wish to join other unions. For example, it frustrates the desire of employees to be transferred to the Danish Association for Managers and Executives, to an organisation of artisans or to another unemployment fund.
- As a labour-intensive export and home market business we need to attract the most competent workforce to Danish market gardens to maintain and expand our markets. The maintenance of the closed-shop provision will inhibit our development, and the most competent employees elect for other professions.
- The collective-bargaining agreements between the Association of Employers in Gardening and Danish Landscape Gardeners respectively and SID will continue to apply for our employees (and be complied with), even if the closed-shop provision is

removed by law. The removal of the closed-shop provision would therefore not cause wage-dumping.

- The introduction of closed-shop provisions was not put in place as an equal deal, where both parties gained something. It does not appear anywhere that Danish market gardeners have received any compensation from SID for agreeing in the past to the closed-shop provision. On the contrary, it is our opinion that the employers were forced to enter into the exclusivity agreement under strong pressure and the threat of industrial action.

- In the last many negotiations for collective-bargaining agreements we have tried to persuade SID to drop the exclusivity agreements. In these negotiations it has not been possible to buy ourselves out of the exclusivity agreement. SID has not even wanted to discuss the problem seriously.

Closed-shop agreements do not belong in a modern society. The individual citizen wants to make his own decisions about his relationship to the trade union movement, and must be expected to be able to do so rationally.

Closed-shop provisions arose at the end of the nineteenth century in a period when industrial action was the order of the day.

Circumstances are now quite different, so closed-shop provisions should be removed by law. This would not be State interference with the right of free negotiation on the labour market, but the necessary safeguarding of freedom of association.

We therefore strongly recommend that the closed-shop provisions be removed by law.”

31. At the beginning of May 2003 it became clear that the bill had failed to secure the necessary majority in Parliament and it was withdrawn. It was tabled anew (no. 2004-05-L48) in December 2004 and dealt with by Parliament in January 2005 (before the general election on 8 February 2005), again with the result that the majority was not in favour of changing the law.

32. During the proceedings before the Court, the parties have submitted further information about the extension of closed-shop agreements in the gardening and horticultural sector.

The Government noted by way of introduction that no single source of statistical information was able to provide a complete picture and the various statistical sources were not immediately comparable. On the basis of the material available, however, the Government estimated that the total number of employed in the gardening and horticultural sector amounted to at least 20,800 persons. The relevant employers' organisations in the private sector had reported that around 11,000 persons were covered by closed-shop agreements, whereas the relevant trade unions had reported that 8,100 persons were covered. Thus, the Government estimated that less than 53% but more than 39% of persons were covered by closed-shop agreements.

The applicant Rasmussen submitted that the Government's calculation was misleading and irrelevant to an assessment of the possibility of him

finding a job which was not covered by a closed-shop agreement. He stressed that there were three different kinds of gardeners: landscape gardeners; greenhouse gardeners; and production gardeners. It was crucial to distinguish among the three kinds of gardening because job opportunities in the public sector almost exclusively related to landscape gardeners. Moreover, although the applicant Rasmussen possessed the qualifications to obtain a job at a nursery, this did not imply that he would be qualified to work in landscape gardening – be it in the public or private sector. A calculation should be made in respect of each of the three kinds of gardening. The percentages for greenhouse gardening and production gardening would then be seen to be higher, probably 80% (11,000 employees covered by closed-shop provisions out of 13,700 in the three kinds of gardening in the private sector). Consequently, the percentage would be lower in respect of landscape gardeners. Accordingly, even if the Government were correct in stating that approximately every second job was not covered by closed-shop agreements, it would be more pertinent to say that in the case of the applicant Rasmussen, only one out of five relevant jobs was not covered by a closed-shop agreement.

### III. RELEVANT INTERNATIONAL LAW AND PRACTICE

33. The preparatory notes on Article 11 of the Convention (Report of 19 June 1950 of the Conference of Senior Officials, Collected edition of the “*travaux préparatoires*”, vol. IV, p. 262) state, *inter alia*:

“On account of the difficulties raised by the ‘closed shop system’ in certain countries, the Conference in this connection considered it undesirable to introduce into the Convention a rule under which ‘no one may be compelled to belong to an association’ which features in [Article 20 § 2] of the United Nations Universal Declaration.”

34. It appears that among the member States of the Council of Europe, only a very limited number of States, including Denmark and Iceland, permit by law pre-entry closed-shop agreements in general or in certain sectors. Such agreements refer to the obligation to join a trade union at the time of taking up a contract of employment as opposed to the situation in which a similar obligation is imposed after recruitment (post-entry closed-shop agreements).

35. Article 5 of the European Social Charter provides for the following “right to organise”:

“With a view to ensuring or promoting the freedom of workers and employers to form local, national or international organisations for the protection of their economic and social interests and to join those organisations, the Contracting Parties undertake that national law shall not be such as to impair, nor shall it be so applied as to impair, this freedom. The extent to which the guarantees provided for in this Article shall apply to

the police shall be determined by national laws or regulations. The principle governing the application to the members of the armed forces of these guarantees and the extent to which they shall apply to persons in this category shall equally be determined by national laws or regulations.”

In its Conclusions XIV-1 and XV-1, the European Committee of Social Rights found that the Protection against Dismissal due to Association Membership Act infringed Article 5 of the European Social Charter in that an employee could be dismissed if, prior to recruitment, he or she knew that membership of a certain union was a condition for being employed with the enterprise (section 2, subsections (2) and (3), of the Act). On this basis, the Governmental Committee of the Social Charter in its 14th (1999) and 15th (2000) reports proposed that the Committee of Ministers adopt a recommendation to that end with regard to Denmark. On 7 February 2001, at the 740th meeting of the Ministers’ Deputies, the proposal for the recommendation was not adopted as the requisite majority was not obtained.

In its Conclusions XVI-1, the European Committee of Social Rights stated, *inter alia*:

“The situation in Denmark is not in conformity with Article 5 of the Charter for the following reasons:

Closed-shop clauses are permitted in national law as illustrated by the decisions of the Danish Supreme Court summarised in the report. Clauses or practices of this kind violate the right to freedom of association; ...”

Subsequently, in September 2002 the Danish government informed the Governmental Committee of the European Social Charter of their intention to introduce a bill prohibiting closed-shop agreements (see paragraph 23 above). The Governmental Committee therefore decided to await the next assessment by the European Committee of Social Rights.

In its Conclusions XVII-1 of March 2004, the European Committee of Social Rights again maintained that the aforementioned Act infringed Article 5 of the European Social Charter. In this connection, the following views were expressed within the Governmental Committee, according to the report of its 106th meeting (11-14 May 2004):

“1. The Danish delegate said that once the parliamentary situation was more favourable the Government would resubmit the draft legislation. A case was also pending before the European Court of Human Rights.

2. The Portuguese delegate, supported by the Icelandic delegate, thought that under these circumstances Denmark should be given time to remedy the violation.

3. However, the Maltese delegate thought that the Governmental Committee should express its concern that nothing had been done to rectify the situation.

4. The Committee noted that it was firmly opposed to closed-shop clauses in any form and insisted that the violation of the Charter be remedied.”

The Conclusions of the next assessment by the European Committee of Social Rights on Article 5 in respect of Denmark are expected to be published in the first half of 2006.

36. Recently, in *Confederation of Swedish Enterprise against Sweden* (Collective Complaint no. 12/2002), the European Committee of Social Rights found that the situation in Sweden as regards pre-entry closed-shop clauses infringed Article 5 of the Revised European Social Charter. On the basis of the report by the European Committee of Social Rights, the Committee of Ministers, at the 853rd meeting of the Ministers' Deputies on 24 September 2003, adopted a resolution (ResChS(2003)1) taking note of the Swedish government's undertaking to bring the situation into conformity with the Revised Social Charter.

37. The Community Charter of the Fundamental Social Rights of Workers, adopted by the heads of State or government of eleven member States of the European Communities on 9 December 1989, provides that every employer and every worker has the freedom to join or not to join professional organisations or trade unions without any personal or occupational damage being thereby suffered by them.

The relevant parts of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, proclaimed in Nice on 7 December 2000 (2000/C 364/01), read:

**Article 12 – Freedom of assembly and of association**

“1. Everyone has the right to freedom of peaceful assembly and to freedom of association at all levels, in particular in political, trade union and civic matters, which implies the right of everyone to form and to join trade unions for the protection of his or her interests.

2. Political parties at Union level contribute to expressing the political will of the citizens of the Union.”

**Article 53 – Level of protection**

“Nothing in this Charter shall be interpreted as restricting or adversely affecting human rights and fundamental freedoms as recognised, in their respective fields of application, by Union law and international law and by international agreements to which the Union, the Community or all the Member States are party, including the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, and by the Member States' constitutions.”

38. Conventions nos. 87 and 98 of the International Labour Organisation (ILO) protect, *inter alia*, the positive aspects of freedom of association. As regards the issue of closed-shop agreements, the ILO considers this to be a matter for regulation at national level.

## THE LAW

### I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 11 OF THE CONVENTION

39. The applicants complained that the existence of pre-entry closed-shop agreements in Denmark and their application to them violated their right to freedom of association guaranteed by Article 11 of the Convention, the relevant part of which provides:

“1. Everyone has the right to freedom of peaceful assembly and to freedom of association with others, including the right to form and to join trade unions for the protection of his interests.

2. No restrictions shall be placed on the exercise of these rights other than such as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of national security or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals or for the protection of the rights and freedoms of others. ...”

#### A. Submissions of those appearing before the Court

##### 1. *The applicants*

40. The applicants maintained that Article 11 of the Convention encompassed a negative right to freedom of association on an equal footing with the positive right and that consequently the Danish Protection against Dismissal due to Association Membership Act of 9 June 1982, as amended on 13 June 1990, violated that Article. In effect, it allowed an employer to require an employee to be a member of a trade union or a specific trade union in order to obtain employment.

41. Even if the negative right to freedom of association could not be considered on an equal footing with the positive right, there had been an interference with the applicants' negative right since they were compelled under threat of loss of their livelihood to be members of a specific trade union and were denied in consequence protection of their right to hold opinions, as guaranteed by Articles 9 and 10 of the Convention. The prejudice suffered struck at the very substance of the right guaranteed by Article 11. The applicant Sørensen stressed that he was dismissed without notice as a direct result of his refusal to become a member of SID, whose political views were alien to him, and that he had wished to become a member of a trade union with whose policies he sympathised, namely Denmark's Free Trade Union. The applicant Rasmussen for his part stated that he wished to rejoin the Christian Trade Union because it had a different ethos, taking care of its members without resorting to strikes and other forms of direct action. However, if he were to resign from SID he would inevitably be dismissed without the possibility of

reinstatement or compensation since his dismissal would be in accordance with the Danish Freedom of Association Act. Moreover, working in the horticultural sector, one of the sectors of the labour market in which closed-shop agreements were predominant (see paragraph 32 above), he would be faced with a substantial and significant restriction of his employment opportunities.

42. The applicants further contended that, in spite of the Private Contributions to Political Parties and Disclosure of the Accounts of Political Parties Act, employees do not *de facto* have a possibility of subscribing to “non-political membership” of a trade union. This was partly because the exercise of that option did not entail any reduction in the payment of the membership fee to the specific trade union, and partly because a trade union’s financial contributions to one or more political parties were not limited to a fixed percentage of membership fees, but were usually derived from funds raised by the trade union.

43. The applicants stressed in addition that the interference was neither prescribed by law nor pursued a legitimate aim within the meaning of Article 11 § 2 of the Convention.

44. Finally, they submitted that the existence of closed-shop agreements could not or could no longer be justified in a democratic society. They referred, among other things, to the position in the vast majority of other Contracting States, to the fact that closed-shop provisions are not found in the public sector, nor as a general rule within businesses organised under the auspices of the DA, and to the explanatory memorandum to the bill to amend the Protection against Dismissal due to Association Membership Act tabled in Parliament in January 2003 and January 2005.

## 2. *The Government*

45. The Government maintained that, although Article 11 encompassed a negative right to freedom of association to some extent, it could not be considered on an equal footing with the positive right. They referred in this connection to the wording of and the *travaux préparatoires* to the said provision.

46. The Court’s case-law on this point had not altered since the case of *Young, James and Webster v. the United Kingdom* (13 August 1981, Series A no. 44). Accordingly, the negative right to freedom of association guaranteed by Article 11 afforded protection against dismissal or deprivation of a licence to work only in those situations where the requirement to join a trade union was imposed *after* the recruitment of the individual or *following* the issue of a licence to him. A decisive consideration was therefore the individual’s knowledge at the relevant time. Turning to the present case, the applicant Sørensen was fully



aware at the time of his recruitment as a holiday relief worker that his employment was conditional on membership of a trade union affiliated to LO. Thus, he could not have had any legitimate expectation that he would be able to continue his employment with FDB without becoming a member of SID.

47. The applicant Rasmussen's situation had to be distinguished from the situations dealt with in the Court's previous case-law on the issue in that he was not continuously and directly at risk of dismissal as a consequence of the state of the law in Denmark. On the contrary, since less than 53% of the labour market was affected by closed-shop agreements (see paragraph 32 above), he could simply apply for a job with an employer who had not concluded a closed-shop agreement.

48. Finally, the Government submitted that closed-shop agreements were in accordance with the law, pursued a legitimate aim, namely the "protection of the rights and freedoms of others", and were justified within the meaning of Article 11 § 2 of the Convention. They added in this connection that closed-shop agreements did not prevent the persons affected by them from pursuing their occupation. Moreover, as regards labour-market policies there was no common political understanding among the member States and in Denmark even Parliament was divided on the question of closed-shop agreements. Taking these considerations into account, and bearing in mind the sensitive character of the social and political issues involved, a wide margin of appreciation should be afforded to the Contracting States. In short, the question of closed-shop agreements was more appropriately dealt with on the national level.

### **B. Submissions by the Danish Confederation of Trade Unions (LO)**

49. The Danish Confederation of Trade Unions (LO) (see paragraph 7 above), with nineteen affiliated unions and 1.4 million members, submitted that closed-shop clauses were concluded primarily: in collective agreements between LO-affiliated unions and small, non-affiliated employers; in collective agreements concluded by a number of major employers outside the employers' association; and in a few affiliated areas where special problems existed. Closed-shop agreements were of crucial importance for enforcing collective agreements, securing fair competition and combating undeclared and illegal work. It would be detrimental to the Danish collective-agreement system to prohibit them.

50. In the very short term, the only effect of a complete prohibition on closed-shop clauses would be that the trade union movement would lose some of its members, although in modest numbers. That would not have a particularly negative effect on the trade union movement or on others.

51. In the slightly longer term, a prohibition on closed-shop clauses would have more severe consequences. First and foremost, it would become difficult – and in many cases impossible – to enforce collective agreements *vis-à-vis* small, non-affiliated employers. To begin with, this would affect the relatively large number of employees who would lose the rights they had earned under the collective agreements with the consequence that they would risk being underpaid. Similarly, large enterprises could not be sure of peace in the workplace in the same way as when there was only one trade union movement. This might lead to unproductive battles between competing trade unions. Enterprises and employees would both stand to lose from such a situation. Furthermore, trades with special problems could not protect themselves against circumvention of their collective agreements. This was particularly the case for the hairdressing industry in which major problems were predicted. Overall, in the slightly longer term, an unavoidable practical consequence of a complete prohibition on closed-shop clauses would be the impossibility of combating underpayment of employees in a number of areas and of ensuring peace in the workplace.

52. In the somewhat longer term, the consequences of a complete prohibition on closed-shop clauses would be more difficult to predict. This hinged on a number of factors. Potentially, the consequences could be very far-reaching. The lack of possibilities of enforcing collective agreements – as regards small enterprises and special areas – would not only have a negative effect on the employees. This would also be considered unfair competition in relation to enterprises that had and observed collective agreements in force. The harm caused by this would obviously vary from one industry to the next, but in the long term it was certain that some affiliated enterprises, which observed collective agreements, would be unable to resist this unfair competition. If widespread, the consequences would increase. First and foremost, this would create a wage push from within the agreement area. This might have two different outcomes. Firstly, it would become more difficult to negotiate pay increases in connection with collective bargaining. Secondly, pay would – within the scope of the collective agreement – be close to the minimum wage compared with today where many areas are at levels that are considerably above the minimum pay stipulated by the collective agreement. This meant that pay trends would in effect be influenced by the intervention of the legislator – which was in contravention of the fundamental elements of the Danish model under which pay and working conditions evolved through self-regulation among the social partners. In addition, if unfair competition became as widespread as feared, the motivation to be a member of an employers' association would be reduced. It should therefore be considered a reasonable possibility that fewer employers would be affiliated. This

would mean lower coverage of collective agreements. Furthermore, this would reduce the employees' motivation to join a trade union since the trade union movement's main service – conditions provided for by collective agreements – could no longer be offered to the same extent. Summarising the consequences of the complete prohibition of closed-shop clauses in the longer term, it became obvious that a regrettable and highly realistic risk existed that: it would affect the enforcement of collective agreements; it would affect the high unionisation rate; it would affect the high coverage of collective agreements; and pay trends would be interfered with.

53. The sum of these possible consequences meant that the foundation of the Danish model – which had had broad political backing for more than one hundred years – might begin to crumble. If so, to maintain the overall welfare level, Denmark would, within the foreseeable future, have to give up the extensive use of self-regulation and let Parliament handle the regulation of pay and employment conditions to a greater extent. Consequently, a judgment in favour of the applicants might, besides the immediate consequences for a number of employees, result in political intervention in the Danish labour-market model, which would fail to benefit employees, employers and Danish society in general.

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

#### *1. General principles*

54. The right to form and to join trade unions is a special aspect of freedom of association, and the notion of a freedom implies some measure of freedom of choice as to its exercise (see *Young, James and Webster*, cited above, § 52). Accordingly, Article 11 of the Convention must also be viewed as encompassing a negative right of association or, put in other words, a right not to be forced to join an association (see *Sigurður A. Sigurjónsson v. Iceland*, 30 June 1993, § 35, Series A no. 264). Although compulsion to join a particular trade union may not always be contrary to the Convention, a form of such compulsion which, in the circumstances of the case, strikes at the very substance of the freedom of association guaranteed by Article 11, will constitute an interference with that freedom (see *Gustafsson v. Sweden*, 25 April 1996, § 45, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-II; and *Young, James and Webster*, § 55, and *Sigurður A. Sigurjónsson*, § 36, both cited above).

Furthermore, regard must also be had in this context to the fact that the protection of personal opinions guaranteed by Articles 9 and 10 of the Convention is one of the purposes of the guarantee of freedom of association, and that such protection can only be effectively secured

through the guarantee of both a positive and a negative right to freedom of association (see *Chassagnou and Others v. France* [GC], nos. 25088/94, 28331/95 and 28443/95, § 103, ECHR 1999-III; and *Young, James and Webster*, § 57, and *Sigurður A. Sigurjónsson*, § 37, both cited above).

In this connection, the notion of personal autonomy is an important principle underlying the interpretation of the Convention guarantees. This notion must therefore be seen as an essential corollary of the individual's freedom of choice implicit in Article 11 and confirmation of the importance of the negative aspect of that provision.

55. The parties have discussed at length whether in the area of trade union membership the negative aspect of the freedom of association should be considered on an equal footing with the positive right. The Court notes that hitherto it has not taken any definite stand on that point (see *Young, James and Webster*, *Sigurður A. Sigurjónsson* and, in a different context, *Chassagnou and Others*, all cited above).

56. The Court does not in principle exclude that the negative and the positive aspects of the Article 11 right should be afforded the same level of protection in the area under consideration. However, it is difficult to decide this issue in the abstract since it is a matter that can only be properly addressed in the circumstances of a given case. At the same time, an individual cannot be considered to have renounced his negative right to freedom of association in situations where, in the knowledge that trade union membership is a precondition of securing a job, he accepts an offer of employment notwithstanding his opposition to the condition imposed. Accordingly, the distinction made between pre-entry closed-shop agreements and post-entry closed-shop agreements in terms of the scope of the protection guaranteed by Article 11 is not tenable. At most, this distinction is to be seen as a consideration which will form part of the Court's assessment of the surrounding circumstances and the issue of their Convention compatibility.

57. It is further to be observed that, by virtue of Article 1 of the Convention, each Contracting Party "shall secure to everyone within [its] jurisdiction the rights and freedoms defined in ... [the] Convention". The discharge of this general duty may entail positive obligations inherent in ensuring the effective exercise of the rights guaranteed by the Convention. Thus, in the context of Article 11, although the essential object is to protect the individual against arbitrary interference by public authorities with the exercise of the rights protected, the national authorities may in certain circumstances be obliged to intervene in the relationship between private individuals by taking reasonable and appropriate measures to secure the effective enjoyment of those rights (see, *mutatis mutandis*, *Young, James and Webster*, § 49, and *Gustafsson*, § 45, both cited above; and *Wilson, National Union of Journalists and Others v. the United Kingdom*, nos. 30668/96, 30671/96 and 30678/96, § 41, ECHR 2002-V).

In the present case, the matters about which the applicants complained did not involve direct intervention by the State. However, Denmark's responsibility would be engaged if these matters resulted from a failure on its part to secure to the applicants under domestic law their negative right to freedom of association.

58. The boundaries between the State's positive and negative obligations under Article 11 of the Convention do not lend themselves to precise definition. The applicable principles are nonetheless similar. Whether the case is analysed in terms of a positive duty on the State or in terms of interference by a public authority which needs to be justified, the criteria to be applied do not differ in substance. In both contexts regard must be had to the fair balance to be struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole (see, *mutatis mutandis*, *Broniowski v. Poland* [GC], no. 31443/96, § 144, ECHR 2004-V, and *Hatton and Others v. the United Kingdom* [GC], no. 36022/97, §§ 98 et seq., ECHR 2003-VIII).

In the area of trade union freedom and in view of the sensitive character of the social and political issues involved in achieving a proper balance between the respective interests of labour and management, and given the wide degree of divergence between the domestic systems in this field, the Contracting States enjoy a wide margin of appreciation as to how the freedom of trade unions to protect the occupational interests of their members may be secured (see *Swedish Engine Drivers' Union v. Sweden*, 6 February 1976, § 39, Series A no. 20; *Gustafsson*, cited above, § 45; *Schettini and Others v. Italy* (dec.), no. 29529/95, 9 November 2000; and *Wilson, National Union of Journalists and Others*, cited above, § 44). Thus, the Court has so far not found fault with a Contracting State's failure to impose on an employer an obligation to recognise a trade union or to provide for a system of compulsory collective bargaining (see *Wilson, National Union of Journalists and Others*, § 44, and cases cited therein).

However, where the domestic law of a Contracting State permits the conclusion of closed-shop agreements between unions and employers which run counter to the freedom of choice of the individual inherent in Article 11, the margin of appreciation must be considered reduced. The Court reiterates in this connection that, 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 minorities and avoids any abuse of a dominant position (see *Young, James and Webster*, cited above, § 63, and *Chassagnou and Others*, cited above, §§ 112-13). In assessing whether a Contracting State has remained within its margin of appreciation in tolerating the existence of closed-shop agreements, particular weight must be attached to the justifications advanced by the authorities for them and, in any given case, the extent to

which they impinge on the rights and interests protected by Article 11. Account must also be taken of changing perceptions of the relevance of closed-shop agreements for securing the effective enjoyment of trade union freedom.

The Court sees no reason not to extend these considerations to both pre-entry and post-entry closed-shop agreements.

*2. Application of the above principles in the instant case*

59. The Court will examine whether the applicants were in fact compelled to join a particular trade union and, in the affirmative, whether such compulsion struck at the very substance of the negative right to freedom of association guaranteed by Article 11 of the Convention. It observes that the present case concerns the application of pre-entry closed-shop agreements to the applicants. They were both aware before taking up their respective jobs that an obligation existed to join SID, and that this was a condition for obtaining and retaining their employment. The Government have argued that the applicants' situation differs from those dealt with previously by the Court since the applicants could never have assumed the contrary. In the Court's view, however, the fact that the applicants accepted membership of SID as one of the terms of employment does not significantly alter the element of compulsion inherent in having to join a trade union against their will. Had they refused they would not have been recruited. In this connection, the Court can accept that individuals applying for employment often find themselves in a vulnerable situation and are only too eager to comply with the terms of employment offered.

60. The Government have further submitted that the applicants could have chosen to seek employment with an employer who had not entered into a closed-shop agreement and that this option was open to them since in general less than 10% of the labour market was affected by closed-shop agreements. Closed-shop agreements are unlawful in the public-sector labour market and are no longer concluded in the part of the private-sector labour market covered by the general agreement between DA and LO (see paragraphs 22, 24 and 25 above). The Court for its part can accept this analysis. However, it remains to be determined whether the applicants were nonetheless individually and substantially affected as a result of the application of the closed-shop agreements to them.

61. It is not in dispute that the applicant Sørensen could have found holiday relief employment elsewhere with an employer who had not entered into a closed-shop agreement, and it appears to be common ground that, since at the relevant time he was 21 years old, had just finished his military service and was about to commence his university studies, he was not in the long term dependent on keeping his job with

FDB, which in any event would only have lasted ten weeks. The Government have argued that his situation cannot be compared with the hardship and the serious consequences that arose for the applicants in, for example, the above-cited cases of *Young, James and Webster* and *Sigurður A. Sigurjónsson*. However, it must be observed that the applicant Sørensen was dismissed without notice as a direct result of his refusal to comply with the requirement to become a member of SID, a requirement which had no connection with his ability to perform the specific job or his capacity to adapt to the requirements of the workplace. In the Court's opinion, such a consequence can be considered serious and capable of striking at the very substance of the freedom of choice inherent in the negative right to freedom of association protected by Article 11 of the Convention.

62. The applicant Rasmussen was born in 1959 and had worked as a gardener for many years. He had been a member of SID in the mid-1980s but resigned his membership and joined the Christian Trade Union instead. Following a period of unemployment, on 17 May 1999 he commenced his current employment at a nursery after rejoining SID, this being one of the conditions for the job. It is impossible to know whether he would have remained unemployed had he not at the relevant time accepted his current job which included obligatory membership of SID. It is speculative whether, if he were to resign his membership of SID, he could find employment elsewhere with an employer who had not entered into a closed-shop agreement. It is certain, however, that should the applicant Rasmussen resign from SID, he would be dismissed without the possibility of reinstatement or compensation since the dismissal would be in accordance with the Danish Freedom of Association Act. Moreover, although closed-shop agreements do not extend to the entire horticultural sector, they are nevertheless very common (see paragraphs 22, 26, 30 and 32 above). In these circumstances, the Court is satisfied that the applicant Rasmussen can be considered to be individually and substantially affected by the application of the closed-shop agreement to him.

63. As to whether the applicants' personal views and opinions were compromised (see paragraph 54 above), it is to be noted that both applicants objected to membership of SID because they were unable to subscribe to the political views of that trade union (and those of the other trade unions affiliated to LO). Instead, the applicant Sørensen joined Denmark's Free Trade Union, and the applicant Rasmussen wishes to rejoin the Christian Trade Union. The Government have pointed out that the applicants had the possibility of subscribing to a form of "non-political membership" of SID or of any other trade union pursuant to the Private Contributions to Political Parties and Disclosure of the Accounts of Political Parties Act (see paragraph 21 above). However, it is to be observed that such "non-political membership" does not entail any reduction in the payment of the membership fee to the specific trade

union. In any event, there is no guarantee that “non-political membership” will not give rise to some form of indirect support for the political parties to which the specific trade union contributes financially.

64. In these circumstances, the Court concludes that both applicants were compelled to join SID and that this compulsion struck at the very substance of the freedom of association guaranteed by Article 11 of the Convention.

65. It remains to be determined whether the respondent Government, in authorising the use of the closed-shop agreements in issue, failed in the circumstances to secure the applicants’ effective enjoyment of their negative right to freedom of association and thereby violated Article 11 of the Convention. The Court’s assessment must be focused on whether a fair balance has been struck between the applicants’ interests and the need to ensure that trade unions are able to strive for the protection of their members’ interest (see paragraph 58 above).

66. The Court notes the special features of the Danish labour market, in particular the fact that the relationship between employers and employees is governed by a combination of agreements (collective and individual), labour-law principles, general statutes and statutory rules (see paragraph 22 above). Moreover, the institution of closed-shop agreements is a long-standing practice in Denmark, although they are unlawful in the public-sector labour market and are not concluded in the part of the private-sector labour market covered by the general agreement between DA and LO (see paragraphs 22, 24, 25 and 60 above). Closed-shop agreements thus presently affect only approximately 220,000 wage earners, which is equivalent to less than 10% of all Danish employees on the labour market.

67. Furthermore, in their report, the committee set up to look into closed-shop agreements found, among other things, that the general developments in society and the labour market could no longer justify, to the same extent as before, the need for closed-shop agreements, since strong and representative trade unions and organisations had now been established on the labour market. Moreover, since closed-shop agreements merely covered a small part of the labour market, a change in the law would have only a marginal impact on union density rates (see paragraphs 23 and 24 above).

68. In January 2003 and again in January 2005 (see paragraphs 27 and 31 above), the Minister for Employment presented a bill to Parliament to amend the Protection against Dismissal due to Association Membership Act, which aimed at ensuring, among other things, that in the future no agreements could be lawfully concluded which imposed a duty on an employer to employ exclusively or to give preference to persons who were members of an association or a specific association. In the explanatory memorandum to the bill, the government stated among other things (see



paragraph 28 above) that they “consider that there should be freedom for an employee to decide whether to become a member of an association – just as there should be freedom to choose not to become a member of an association – without this leading to a risk of not being recruited or of being dismissed” and that they “find it unreasonable that a clause in a collective agreement may prevent an employee who does not wish to be a member of an association or a specific association from obtaining or keeping employment with an employer or may prevent an employer from considering the candidate’s qualifications alone”.

69. In the beginning of May 2003, it became clear that the bill had failed to secure the necessary majority in Parliament and was withdrawn. Nevertheless, it was tabled anew in December 2004 and discussed by Parliament in January 2005. However, once again a majority in favour of changing the law could not be secured (see paragraph 31 above).

70. It is to be observed that these legislative attempts to eliminate entirely the use of closed-shop agreements in Denmark would appear to reflect the trend which has emerged in the Contracting Parties, namely that such agreements are not an essential means for securing the interests of trade unions and their members and that due weight must be given to the right of individuals to join a union of their own choosing without fear of prejudice to their livelihood. In fact, only a very limited number of Contracting States, including Denmark and Iceland, continue to permit the conclusion of closed-shop agreements (see paragraph 34 above).

71. It is true that in the context of the Danish debate on this topic LO has voiced its opposition to the attempts to eliminate the remaining areas where pre-entry closed-shop agreements continue to be applied. LO has pointed to the severe consequences which the prohibition of closed-shop clauses would entail, and in particular its view that it would become difficult or impossible to enforce collective agreements *vis-à-vis* small non-affiliated employers (see paragraph 51 above). However, the Court considers that these concerns have been adequately addressed by the Minister for Employment in his reply to question no. 7 put by the parliamentary committee, namely that an annulment of a closed-shop provision in a collective-bargaining agreement with a non-organised employer would not change the fact that the collective-bargaining agreement is still valid and must be complied with (see paragraph 29 above). Furthermore, the Court has not been informed that the concerns expressed by LO have materialised in any of the very many Contracting Parties which have abolished closed-shop agreements entirely.

72. The Court also observes that the desire of the Danish legislature to bring an end to the use of closed-shop agreements in the private sector is consistent with the manner in which the 1961 Social Charter has been applied to the issue of pre-entry closed-shop agreements. In its

Conclusions XIV-1, XV-1 and XVI-1, the European Committee of Social Rights found that the Danish Protection against Dismissal due to Association Membership Act infringed Article 5 of the Social Charter (see paragraph 35 above) and accordingly the Governmental Committee proposed that a recommendation be addressed to Denmark. Admittedly, at the 740th meeting of the Ministers' Deputies in February 2001 the required majority was not obtained. However, shortly thereafter, in September 2002, the Danish government informed the Governmental Committee of the European Social Charter of their intention to introduce a bill prohibiting closed-shop agreements and the latter therefore decided to await the next assessment by the European Committee of Social Rights. Subsequently, when it had become clear that the bill had failed to secure the necessary majority in Parliament and was withdrawn, in its Conclusions XVII-1 of March 2004 the European Committee of Social Rights maintained that the Danish Protection against Dismissal due to Association Membership Act infringed Article 5 of the Social Charter, in response to which the government stated that once the parliamentary situation was more favourable they would resubmit the draft legislation (see paragraph 35 above).

73. Reference should also be made to the Community Charter of the Fundamental Social Rights of Workers, adopted by the heads of State or government of eleven member States of the European Communities on 9 December 1989. This text provides that every employer and every worker shall have the freedom to join or not to join professional organisations or trade unions without any personal or occupational damage being thereby suffered by them (see paragraph 37 above).

74. Article 12 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, proclaimed in Nice on 7 December 2000 (2000/C 364/01) (see paragraph 37 above), is devoted to freedom of assembly and association. The above-mentioned provisions of the Community Charter of the Fundamental Social Rights of Workers are of obvious relevance for the interpretation of the scope of Article 12. It should be noted in this connection that Article 53 of the Nice Charter states that nothing therein shall be interpreted as restricting or adversely affecting human rights and fundamental freedoms as recognised, in their respective fields of application, by European Union law and international law and by international agreements to which the European Union, the Community, or all the member States are party, including the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, and by the member States' constitutions.

75. In view of the above, it appears that there is little support in the Contracting States for the maintenance of closed-shop agreements and that the European instruments referred to above clearly indicate that

their use in the labour market is not an indispensable tool for the effective enjoyment of trade union freedoms.

76. In conclusion, taking all the circumstances of the case into account and balancing the competing interests in issue, the Court finds that the respondent State has failed to protect the applicants' negative right to trade union freedom.

77. Accordingly, there has been a violation of Article 11 of the Convention in respect of both applicants.

## II. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

78. 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

79. The applicant Sørensen claimed 164,000 Danish kroner (DKK) (equal to 22,077 euros (EUR)<sup>1</sup>) in compensation for his alleged wrongful dismissal. The amount claimed represented DKK 20,000 during the period of notice and DKK 144,000 amounting to nine months' pay in compensation under the Danish Freedom of Association Act.

80. The Government found this amount excessive.

81. The Court notes that the applicant Sørensen was offered a job as a holiday relief worker from 3 June until 10 August 1996. He received his first payslip on 20 June 1996 and was dismissed on 24 June 1996 as he had not fulfilled the requirement for obtaining the job, namely membership of a union affiliated to LO. The applicant has not produced a payslip or other documents which could support his claim. Accordingly, the Court does not consider the alleged financial loss to have been substantiated. However, the applicant may nevertheless be reasonably considered to have suffered some loss of income. In these circumstances the Court considers, deciding on an equitable basis, that the applicant Sørensen should be awarded the sum of EUR 2,000.

82. The Court notes that the applicants have not put forward any claim for non-pecuniary damage and makes no award in this respect.

---

1. According to the exchange rate on 3 July 2003, the date on which the claim was submitted.

## **B. Costs and expenses**

83. The applicant Sørensen claimed a total amount of DKK 757,302 (equal to EUR 101,543<sup>1</sup>) inclusive of tax for legal costs and expenses incurred in the Convention proceedings. He provided the following details:

- (i) DKK 231,250 inclusive of value-added tax (VAT) for work carried out by counsel Mr E. Lego Andersen in the proceedings before the Court;
- (ii) DKK 475,000 inclusive of VAT for work carried out by counsel Mr J. Paulsen in the proceedings before the Court;
- (iii) DKK 26,360 for translation expenses;
- (iv) DKK 6,164 for travel and accommodation expenses incurred by counsel Mr E. Lego Andersen in connection with the Court's hearing in Strasbourg on 22 June 2005;
- (v) DKK 18,528 for travel and accommodation expenses incurred by the applicant Sørensen, counsel Mr J. Paulsen and representatives of the Free Trade Union in connection with the Court's hearing in Strasbourg on 22 June 2005.

84. The applicant Rasmussen claimed EUR 145 and a total amount of DKK 592,544 inclusive of tax equal to a total amount of EUR 79,596 for legal costs and expenses incurred in the Convention proceedings. He provided the following details:

- (i) DKK 231,250 inclusive of VAT for work carried out by counsel Mr E. Lego Andersen in the proceedings before the Court;
- (ii) DKK 330,000 inclusive of VAT for work carried out by counsel Mr S. Juul in the proceedings before the Court;
- (iii) DKK 6,164 for travel and accommodation expenses incurred by counsel Mr E. Lego Andersen in connection with the Court's hearing in Strasbourg on 22 June 2005;
- (iv) DKK 8,144 for travel and accommodation expenses incurred by counsel Mr S. Juul in connection with the Court's hearing in Strasbourg on 22 June 2005;
- (v) DKK 5,662 for a plane ticket for the applicant Rasmussen in connection with the Court's hearing in Strasbourg on 22 June 2005 (incurred in vain since he fell ill);
- (vi) DKK 11,324 and EUR 145 for travel and accommodation expenses incurred by two representatives of the Christian Trade Union in connection with the Court's hearing in Strasbourg on 22 June 2005.

85. In the Government's view, the applicants' claims for costs and expenses were excessive, notably with regard to the fees claimed by counsel which, based on an average hourly wage, would correspond

---

1. According to the exchange rate on 8 August 2005, the date on which the claim was submitted.

respectively to 231 hours of work carried out by counsel Mr Eigil Lego Andersen, 237 hours of work carried out by counsel Mr Jens Paulsen, and 165 hours of work carried out by counsel Mr Søren Juul. Moreover, the applicant Sørensen was granted free legal aid in an amount up to DKK 40,000 (equal to EUR 5,365) due to the existence in Denmark of a Legal Aid Act (*Lov 1999-12-20 nr. 940 om retshjælp til indgivelse og førelse af klagesager for international klageorganer i henhold til menneskerettigheds-konventioner*) under which applicants may be granted free legal aid for the lodging of their complaints and the procedure before international institutions set up under human rights conventions. The final amount of legal aid to be awarded to the applicant under the said Act has yet to be determined. The applicant Rasmussen did not apply for legal aid under the said scheme.

86. According to the Court's established case-law, costs and expenses will not be awarded under Article 41 unless it is established that they were actually incurred, were necessarily incurred and are also reasonable as to quantum (see *The Sunday Times v. the United Kingdom (no. 1)* (Article 50), 6 November 1980, § 23, Series A no. 38).

87. As regards the costs and expenses claimed by the applicant Sørensen, the Court considers that these conditions are met as regards the costs and expenses claimed under points (iii) and (iv) (EUR 3,535 and EUR 827, respectively). As to item (v), the conditions have not been met as regards the costs and expenses incurred by the representatives of the Free Trade Union. Nevertheless, bearing in mind the specific means of transport used, the Court accepts the full amount claimed (equal to EUR 2,484). The Court considers the costs and expenses listed under points (i) and (ii) claimed by the applicant Sørensen's lawyers in the present case to be excessive. Having regard to the information in its possession and the aforementioned criteria, it awards the applicant EUR 15,000 for the work carried out by Mr Eigil Lego Andersen and EUR 20,000 for the work carried out by Mr Jens Paulsen. Thus, the Court awards the applicant Sørensen the sum of EUR 41,846 minus the amounts of EUR 5,365 received by way of legal aid under the Danish Legal Aid Act and of EUR 2,783 received by way of legal aid from the Council of Europe. It therefore awards the sum of EUR 33,698. It rejects the remainder of the claim for costs and expenses.

88. As regards the costs and expenses claimed by the applicant Rasmussen, the Court considers that the above conditions are met as regards the costs and expenses claimed under points (iii), (iv) and (v) (EUR 827, EUR 1,092 and EUR 759, respectively). The Court considers that the costs and expenses listed under points (i) and (ii) claimed by the applicant Rasmussen's lawyers are excessive. Having regard to the information in its possession and the aforementioned criteria, it awards the applicant EUR 15,000 for the work carried out by Mr Eigil Lego

Andersen and EUR 20,000 for the work carried out by Mr Søren Juul. Thus, the Court awards the applicant Rasmussen the sum of EUR 37,678. It rejects the remainder of the claim for costs and expenses.

### C. Default interest

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

### FOR THESE REASONS, THE COURT

1. *Holds* by twelve votes to five that there has been a violation of Article 11 of the Convention in respect of the applicant Sørensen;
2. *Holds* by fifteen votes to two that there has been a violation of Article 11 of the Convention in respect of the applicant Rasmussen;
3. *Holds* by twelve votes to five
  - (a) that the respondent State is to pay the applicant Sørensen, within three months, the following amounts to be converted into the national currency of the respondent State at the rate applicable at the date of settlement:
    - (i) EUR 2,000 (two thousand euros) in respect of pecuniary damage plus any tax that may be chargeable on this amount;
    - (ii) EUR 33,698 (thirty-three thousand six hundred and ninety-eight euros) inclusive of value-added tax in respect of costs and expenses incurred in the proceedings before the Court;
  - (b) that from the expiry of the above-mentioned three months until settlement simple interest shall be payable on the above amounts at a rate equal to the marginal lending rate of the European Central Bank during the default period plus three percentage points;
4. *Holds* by fifteen votes to two
  - (a) that the respondent State is to pay the applicant Rasmussen, within three months, EUR 37,678 (thirty-seven thousand six hundred and seventy-eight euros) inclusive of value-added tax in respect of costs and expenses incurred in the proceedings before the Court. The sum is to be converted into the national currency of the respondent State at the rate applicable at the date of settlement;
  - (b) that from the expiry of the above-mentioned three months until settlement simple interest shall be payable on the above amount at a rate equal to the marginal lending rate of the European Central Bank during the default period plus three percentage points;

5. *Dismisses* unanimously the remainder of both applicants' claims for just satisfaction.

Done in English and in French, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 11 January 2006.

Lawrence Early  
Deputy Registrar

Luzius Wildhaber  
President

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

- (a) joint partly dissenting opinion of Judges Rozakis, Bratza and Vajić;
- (b) dissenting opinion of Judge Zupančič;
- (c) dissenting opinion of Judge Lorenzen.

L.W.  
T.L.E.

## JOINT PARTLY DISSENTING OPINION OF JUDGES ROZAKIS, BRATZA AND VAJIĆ

1. Underlying the complaint of both applicants is the contention that trade union membership or “closed-shop” agreements, which have either never existed or which have ceased to exist in the vast majority of Contracting States, can no longer be justified in a democratic society and that their existence is incompatible with the right of freedom of association guaranteed by Article 11 of the Convention. However, as was emphasised by the Court in the case of *Young, James and Webster v. the United Kingdom* (13 August 1981, § 53, Series A no. 44), it is not the role of the Court to review a closed-shop system as such in relation to the Convention or to express an opinion on every consequence or form of compulsion which it may engender. Rather, it is necessary to examine the effect of the system and the impact of a trade union membership agreement on a particular applicant and in the particular circumstances of the case. While, in the circumstances of the present case, we agree with the majority of the Court that the rights of Mr Rasmussen under Article 11 were violated, we cannot share the majority’s view that the Article was also violated in the case of Mr Sørensen.

2. The general principles derived from the Court’s case-law governing the application of Article 11 in the context of trade union membership agreements are fully set out in the judgment. In common with the majority of the Court, we consider:

(i) that the matters of which complaint is made in the present case involve not a direct interference by the State with the applicants’ freedom of association but rather the fulfilment by the State of its positive obligation to protect through its domestic legal system the effective enjoyment of their Article 11 rights, including the question whether a fair balance was struck by that system between the competing interests of the individual applicants and of the community as a whole;

(ii) that the question whether the right not to be compelled to join a trade union should be afforded the same level of protection under Article 11 as the right to join a trade union is not a question which can be decided in the abstract but is a matter to be addressed in the circumstances of a given case;

(iii) that, contrary to the submission of the Government, the protection afforded by Article 11 does not extend only to those situations where the requirement to join a trade union is imposed after the recruitment of the individual (as in *Young, James and Webster*) or following the issue of a licence (as in *Sigurður A. Sigurjónsson v. Iceland*, 30 June 1993, Series A no. 264). While the previous cases decided by the Court have all concerned what are referred to in the judgment as “post-entry” rather



than “pre-entry” closed-shop agreements, there are no reasons of principle why the protection of Article 11 should be confined to the former to the exclusion of the latter. However, as noted by the majority, the fact that membership of a particular trade union was expressly made a precondition of securing a job is a relevant factor in the Court’s assessment of the surrounding circumstances and the issue of their Convention compatibility.

3. In arriving at its conclusion in *Young, James and Webster* that there had been a violation of Article 11, the Court held that, although compulsion to join a particular trade union might not always be contrary to the Convention, a form of compulsion which, in the circumstances of the case, struck at the very substance of the right to freedom of association guaranteed by Article 11 would constitute an interference with that freedom. In finding that in the case of the three applicants this level of severity had been achieved, the Court laid emphasis on the fact that the threat of dismissal not only involved a loss of livelihood but was directed against persons engaged before the introduction of any obligation to join a particular trade union. In addition, the Court noted that none of the applicants enjoyed an effective freedom of choice as to which, if any, trade union they wished to join and that two of the applicants had conscientious objections to the policies, activities or political affiliations of the union in question.

4. In contrast to the applicants in *Young, James and Webster*, both of the present applicants were aware before taking up their respective jobs that an obligation existed to join SID and that this was a condition for obtaining and retaining their employment. In the view of the majority of the Court, the fact that the two applicants accepted membership of SID as one of the terms of their employment did not significantly alter the element of compulsion inherent in having to join a trade union against their will, since, had they refused they would not have been recruited. It is on this point that we differ from the majority, in that we see a very clear distinction in the degree of compulsion to which the two applicants were subjected.

5. Mr Rasmussen, who had worked as a gardener for many years, commenced his current employment at a nursery in May 1999 after a period of unemployment. It is not in dispute that the gardening and horticulture sector in Denmark is one of the sectors in which closed-shop agreements not only exist but are common. The precise extent to which the sector is covered by such agreements is disputed between the parties. According to the Government estimates, between 39 and 53% of persons working within the sector were covered by such agreements. In the submission of the applicant, such percentages were misleading in failing to distinguish between different kinds of gardeners, namely landscape, greenhouse and production gardeners: according to his estimates, some

80% of persons employed in the latter two categories, to which he belonged, were covered by closed-shop agreements. It is true, as pointed out in the dissenting opinion of Judge Lorenzen, that the applicant has not provided information as to his personal difficulties, if any, in obtaining a job in his own field of work which was not subject to a closed-shop agreement or as to the number of such available jobs within a reasonable distance of his home. However, like the majority of the Court, we do not regard the absence of this information as decisive. As pointed out in the judgment, what is certain is that, should Mr Rasmussen resign from SID in accordance with his personal convictions, he would be dismissed without the possibility of reinstatement or compensation and with no strong prospect, let alone certainty, of finding alternative employment as a greenhouse or production gardener without being obliged to rejoin the union. This threat of dismissal and the potential loss of livelihood which would result amounted in our view to a serious form of compulsion which struck at the very substance of the right guaranteed by Article 11. Moreover, for the reasons given in the judgment, we consider that the legal system failed to preserve a fair balance between the competing interests and to secure adequately Mr Rasmussen's negative right to freedom of association.

6. Mr Sørensen's case seems to us to be significantly different and here our view corresponds closely to those expressed in Judge Lorenzen's dissenting opinion. As noted in that opinion, Mr Sørensen did not apply for a permanent job but wished only to be employed as a holiday relief worker in the summer period until he commenced his university studies. He was not in the long term dependent on keeping his job with FDB, which in any event would only have lasted ten weeks. It is undisputed that he would have had no difficulties in finding a similar job without the requirement of trade union membership either before accepting the job with FDB or after his dismissal by the company. While it is true, as noted in the judgment, that Mr Sørensen's dismissal was not related to his ability to perform the specific job or his capacity to adapt to the requirements of the workplace, we are unable to find that the compulsion to join SID was in the particular circumstances of his case such as to be capable of striking at the very substance of the freedom of choice inherent in the negative freedom of association. Accordingly, there was in our view no failure on the part of the respondent State to secure the applicant's rights under Article 11 of the Convention.

## DISSENTING OPINION OF JUDGE ZUPANČIČ

I should like to add the following to the dissenting opinion of Judge Lorenzen, with which I am in agreement.

In general, the right to disassociate, the negative right to the freedom of association – or whatever one chooses to call this freedom *not* to belong – derives from a symmetrical and undemanding logic, mirroring the freedom to belong to an association. However, there are many situations in which there is no freedom not to belong, for instance if one wishes to practise a profession (as a lawyer, a doctor, a psychotherapist, etc.) or to own a residence, and many other situations where there is a *necessitas contrahendi* but not necessarily a sincere *animus contrahendi*.

Thus, if we look beyond the superficial mirror symmetry we see that the analogy does not carry very far.

For reasons expounded exhaustively by Judge Lorenzen, the specific and historically established situation under consideration in Denmark has implications beyond the wider margin of appreciation afforded to the Contracting State in question. Trade unions defend the economic interests of the individual worker, whose initial bargaining position and consequent contractual situation *vis-à-vis* his employer are a result of the association's collective impact. While an individual(ist) worker may not want to belong, the individual conditions of employment he currently enjoys have been achieved through decades of collective bargaining. Can he reap the economic and other advantages, take the job and then say he does not want to belong to the very trade union whose past efforts have made all of this possible for him?

This logical inconsistency must then be balanced against the legitimate interest of an individual worker in being free not to subscribe to the ideological and other non-economic implications of his membership in the trade union. Leaving aside the fact that in the majority's decision this balancing has remained implicit, I believe that the latter consideration has been lent too much weight (not sufficiently nuanced).

It may turn out that a substantial collective economic interest of the workers has been sacrificed to an insubstantial, individual preference. In view of that possibility, I would prefer the impact of the judgment to remain *inter partes*.

## DISSENTING OPINION OF JUDGE LORENZEN

1. The majority have found that there has been a violation of Article 11 of the Convention in both cases. I am unable to share the majority's conclusions for the following reasons.

2. The scope of Article 11 in respect of the protection of the so-called "negative right" of freedom of association has not been clarified in the Court's case-law so far. It transpires from the *travaux préparatoires*, as mentioned in paragraph 33 of the judgment, that the member States were not prepared to accept the inclusion in the Convention of a provision modelled on Article 20 § 2 of the United Nations Universal Declaration which would have expressly granted the right not to belong to an association, the reason for their opposition being the existence of "closed-shop systems" in certain countries. In *Young, James and Webster v. the United Kingdom* (13 August 1981, § 52, Series A no. 44) the Court held that, even assuming that a general rule such as the one contained in Article 20 § 2 of the Universal Declaration could not be regarded as itself enshrined in the Convention, it did not follow that the negative aspect of a person's freedom of association fell completely outside the ambit of Article 11 of the Convention and that each and every compulsion to join a particular trade union was compatible with the intention of that provision. That a negative right of association is protected by Article 11, at least to some extent, has been confirmed in the Court's subsequent case-law, but as the majority rightly stressed, the Court has hitherto not taken any definite stand on whether the negative and positive aspects of the right to freedom of association should be afforded the same level of protection (see, in particular, *Sigurður A. Sigurjónsson v. Iceland* (30 June 1993, § 35, Series A no. 264)). I agree with the majority that it is difficult to decide this issue in the abstract since it can only be properly addressed in the circumstances of a given case.

3. The present case concerns the use of closed-shop agreements between the trade union SID (now 3F) and, respectively, FDB (which is the Danish consumer cooperative COOP) and a private nursery. Both applicants were aware that membership of SID was a condition of employment before they accepted the jobs with their respective employers. The majority correctly stated that the essential object of Article 11 is to protect the individual against arbitrary interference by public authorities and that there was no direct intervention by the respondent State in any of the matters complained of in the present case (see paragraph 57 of the judgment). Accordingly, a violation of that Article can only be found if it is established that the State failed to fulfil a positive obligation to secure the effective enjoyment of a right of the applicants to enter into a contract of employment with a private

employer without their being confronted with a condition to join a specific trade union.

In its case-law to date, the Court has only ruled on the scope of Article 11 in different circumstances. Thus *Young, James and Webster* (cited above) concerned the enforcement of a closed-shop agreement which did not exist at the time the applicants were first recruited. In *Sibson v. the United Kingdom* (20 April 1993, Series A no. 258), a closed-shop agreement never came into effect although the applicant was forced to leave his job because of a demand to join a union which was not prescribed at the time of his recruitment. *Sigurður A. Sigurjónsson* is also to be distinguished, as in that case the obligation for the applicant to be a member of Frami was prescribed by law. In that case there was direct interference by the State with the freedom of association. Furthermore, the obligation was only lawfully imposed after the applicant had obtained his taxicab licence.

The Government argued with reference to the above case-law that Article 11 only affords protection against closed-shop agreements if the requirement to join a trade union was imposed after the recruitment of the individual, either because the requirement did not exist at the time of recruitment or because the individual was not informed about it until later. I agree with the majority that such a limitation of the scope of protection of the freedom not to be compelled to join a trade union cannot be deduced from the Court's case-law. It appears from the previous judgments that the Court's examination was limited to the circumstances of the individual cases and it cannot therefore justifiably be concluded that the Court intended to exclude protection of the negative right of association in other cases such as, for example, the present one. Furthermore, I agree with the majority that there are no reasons to make a distinction of principle in terms of the scope of protection guaranteed by Article 11 between pre-entry and post-entry closed-shop agreements. What matters is whether the criteria which, in the Court's case-law, have been decisive for finding a violation of the negative right of freedom of association apply equally to the circumstances of the present case. In the judgments mentioned above it was a condition for finding a violation that the applicant had been exposed to a form of treatment which "strikes at the very substance of the freedom of association".

4. When deciding whether a Contracting State has complied with a positive obligation under the Convention, the Court must examine whether a fair balance has been struck between the competing interests of the individual and the community as a whole, but it has always acknowledged that the Contracting States, in achieving such a balance, must be granted a certain margin of appreciation. The scope of this margin depends on the Convention issue at stake. The majority rightly stated that, in the field of labour market relations, the Court has consistently held that the Contracting States enjoy a wide margin of

appreciation (see paragraph 58 of the judgment). However, the majority have modified this established case-law in so far as the margin of appreciation in the field of closed-shop agreements is now considered to be “reduced”. As justification for this change, the majority referred to the need in a democracy to achieve “a balance ... which ensures the fair and proper treatment of minorities and avoids any abuse of a dominant position”. In *Young, James and Webster*, an identical argument was relied on, but only as a principle to be taken into account when assessing the necessity of interference with the right to freedom of association.

I fail to see how such a principle – however relevant it may be in other contexts – constitutes a convincing argument for increasing the Court’s involvement in the assessment of delicate social and political matters such as those in issue in the instant case. In any event, such a principle is not the only one to be taken into account when determining the scope of the Court’s scrutiny in this field. Others may point in the opposite direction. In this connection the majority seem to have overlooked an element which in my opinion should be given importance. Closed-shop agreements like those in the present case are made between private contracting parties, and obliging the Contracting States to prohibit such agreements in the interests of third persons interferes with the rights of others to freedom of contract. In my view, the Court should be careful not to go too far by imposing on Contracting States its own opinion on how such conflicting interests between private individuals should be resolved. This does not mean that I rule out the possibility that interference may, in certain circumstances, be necessary in order to protect an individual’s negative right of association, for instance against abuse of a dominant position, but it should only be done where the interests of that person would otherwise be seriously harmed.

5. The majority found that both applicants were compelled to join a trade union against their will as they would otherwise not have been recruited, and that they were individually and substantially affected by the closed-shop agreements because they faced dismissal if they refused to comply with the requirement.

In my opinion, the circumstances of the present case cannot justify this conclusion. It is of course true that the requirement to join a specific trade union constituted a “compulsion” in the sense that the applicants would not have been recruited or would later have been dismissed had they refused to comply with it.

However, it is far from unusual that an individual seeking a job is “compelled” to accept requirements which are contrary to, for example, his personal views or which interfere with his private or family life (see, *mutatis mutandis*, *Dahlab v. Switzerland* (dec.), no. 42393/98, ECHR 2001-V (requirement for a teacher not to wear a headscarf), and *Madsen v. Denmark*

(dec.) no. 58341/00, 7 November 2002 (requirement to undergo random urine tests for alcohol, drugs or other intoxicating substances)). It is also quite normal that non-compliance with such requirements may lead to dismissal. This does not in itself raise an issue under the Convention – especially if the employment is in the private sector – as the Convention does not grant a right to find a job and the individual is free to seek employment elsewhere.

However, the situation may be different if an individual is compelled to accept interference with freedoms guaranteed by the Convention because he or she would otherwise be exposed to substantial hardship, for example if there are no reasonable prospects of finding a job in his or her line of work without such a requirement or where a change of job would cause considerable inconvenience. Thus in *Young, James and Webster* the Court found a violation of Article 11 because the requirement to join a trade union under threat of dismissal involved loss of livelihood for the applicants, some of whom had been employed for long periods before the requirement was introduced. The situation was similar in *Sigurður A. Sigurjónsson*, where the applicant risked losing his taxicab licence if he did not comply with the obligation to join Frami. On the other hand, in *Sibson*, the applicant was not faced with a threat of dismissal involving loss of livelihood as he could have been transferred to work at another location for the same employer.

Whether a requirement to join a trade union under threat of dismissal substantially affects an individual must be determined on the basis of the circumstances of a given case. Even if I agree with the majority that the distinction between pre-entry and post-entry agreements is not as such decisive for the scope of protection of Article 11, it is in my opinion reasonable to assume that an individual may more easily be found to be substantially affected where he or she is forced to leave a job because of closed-shop agreements which are perhaps introduced several years after the recruitment, than where an individual is dismissed shortly after recruitment for refusal to join a trade union even though he or she knew that membership was a condition of recruitment.

6. The applicant Sørensen did not apply for a permanent job but only wanted to be employed as a holiday relief worker in the summer period until he commenced his university studies. Three weeks after his recruitment, he informed his employer that he did not want to become a member of SID and he was dismissed the following day. It is undisputed that he would have had no difficulties in finding another similar job either before accepting the job with FDB or after his dismissal. In these circumstances I fail to see that he suffered any real hardship or for that matter was put in a worse position than the applicant in *Sibson*. To find that this applicant was “substantially affected” would in my opinion strip that requirement of any reasonable content.

The applicant Rasmussen is a gardener by profession. Following a period of unemployment he commenced working in May 1999 at a nursery. He is still employed there. The gardening and horticultural sector is one of those sectors where closed-shop agreements exist. However, it is far from clear to what extent that sector is covered by closed-shop agreements. The Government have submitted an estimate according to which between 39 and 53% of jobs in the sector are covered by such agreements. The applicant does not dispute the figures as such but submits that a distinction should be made between three different kinds of gardener, and that he is only qualified to obtain a job in one line of gardening in which, according to his estimate, the percentage of jobs with closed-shop agreements is higher – probably 80%. However, he has not provided any more precise information in support of this claim. Nor has he provided any information about his personal difficulties in finding a job, in particular as regards the length of time he was unemployed, how many jobs, if any, he applied for before being recruited by his present employer, whether he later tried to find a job not subject to a closed-shop agreement or how many jobs not covered by a closed-shop agreement were available within a reasonable distance of his home. In these circumstances, I am unable to accept that this applicant has substantiated that the closed-shop agreements limited his possibilities of finding a job to such an extent that he could be considered to have been substantially affected.

7. Finding that neither of the applicants was substantially affected by closed-shop agreements, it is not necessary for me to consider whether their personal views and opinions were compromised to such an extent that it struck at the very substance of the freedom of association. Nor do I find it necessary to express an opinion on whether the closed-shop agreements – had the applicants been substantially affected by them – were justified with reference to the fair balance which has to be struck between their interests and the need to ensure that trade unions are permitted to strive for the protection of their members' interests.



SØRENSEN ET RASMUSSEN c. DANEMARK  
*(Requêtes n<sup>os</sup> 52562/99 et 52620/99)*

GRANDE CHAMBRE

ARRÊT DU 11 JANVIER 2006



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Obligation d'adhérer à un syndicat en tant que condition d'embauche****Article 11**

*Liberté d'association – Obligation d'adhérer à un syndicat en tant que condition d'embauche – Droit d'association négatif – Non-renonciation à un droit lors de l'acceptation d'une offre d'emploi – Lourdes conséquences (licenciement) du non-respect d'une condition – Contrainte touchant à la substance même d'un droit – Juste équilibre – Evolution générale de la société et du marché du travail – Caractère non indispensable des accords de monopole syndical pour garantir la jouissance effective des libertés syndicales*

\*  
\* \*

Le premier requérant se vit proposer un emploi d'été, l'une des conditions d'embauche étant qu'il adhère à un syndicat, le SID. A la lecture de son premier bulletin de salaire, il s'aperçut qu'il cotisait en faveur du SID, alors qu'il avait sollicité son affiliation à un autre syndicat. Il informa son employeur qu'il refusait de payer la cotisation au SID et en conséquence fut licencié au motif qu'il ne satisfaisait pas aux conditions requises pour obtenir l'emploi. Le second requérant se vit proposer un emploi de jardinier, offre soumise à la condition qu'il devînt membre du SID, avec lequel l'employeur avait conclu un accord de monopole syndical. Etant au chômage, il s'affilia au SID pour obtenir l'emploi bien qu'il désapprouvât les opinions politiques du syndicat.

Article 11 : la liberté d'association consacre un droit d'association négatif, c'est-à-dire un droit à ne pas être contraint de s'affilier à une association. On ne saurait considérer qu'une personne a renoncé à son droit d'association négatif dans une situation où, sachant que l'appartenance à un syndicat est une condition préalable pour s'assurer un emploi, elle accepte une offre d'emploi malgré son hostilité à la condition imposée. N'est donc pas défendable la distinction entre un accord de monopole syndical avant embauche et un accord de monopole syndical après embauche. De plus, même si l'article 11 vise essentiellement à protéger l'individu contre toute ingérence arbitraire des pouvoirs publics dans l'exercice des droits qu'il consacre, les autorités peuvent dans certaines circonstances être contraintes d'intervenir dans les relations entre particuliers en prenant des mesures raisonnables et appropriées pour assurer le respect effectif de ces droits. En conséquence, la responsabilité de l'Etat serait engagée si celui-ci manquait à garantir, au travers de son droit interne, la jouissance du droit d'association négatif. A cet égard, que l'Etat ait une obligation positive ou une obligation négative, les principes applicables sont comparables : un juste équilibre doit être ménagé entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société. En matière de

---

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

liberté syndicale, les Etats contractants bénéficient d'une ample marge d'appréciation; toutefois, lorsque le droit interne autorise la conclusion d'accords de monopole syndical qui vont à l'encontre de la liberté de choix de l'individu, cette marge est considérablement réduite. Dans ce contexte, une importance particulière doit être attachée aux motifs avancés par les autorités pour justifier ces accords et à l'évolution dans la perception de leur utilité.

En l'espèce, le fait que les intéressés aient accepté l'appartenance au syndicat comme une condition de travail ne modifie pas notablement l'élément de contrainte inhérent au fait qu'ils ont dû adhérer à un syndicat contre leur gré. S'il n'est pas contesté que le premier requérant aurait pu trouver un emploi similaire auprès d'un employeur non partie à un accord de monopole syndical, il demeure qu'il a été licencié sans préavis consécutivement à son refus de se conformer à l'obligation d'adhérer au SID, laquelle n'avait rien à voir avec son aptitude à s'acquitter des tâches liées à l'emploi en question. De l'avis de la Cour, pareille conséquence peut passer pour grave et susceptible de toucher à la substance même de la liberté de choix inhérente au droit d'association négatif. S'agissant du second requérant, la question de savoir s'il aurait pu trouver du travail ailleurs relève de la spéculation, mais ce qui est certain c'est que s'il avait quitté le SID il aurait été licencié sans possibilité de réintégration ou d'indemnisation. Dès lors, la Cour estime que l'application à l'intéressé de l'accord de monopole syndical litigieux a eu sur celui-ci des répercussions individuelles importantes. Les requérants ont donc tous deux été contraints de s'affilier au SID, et cette contrainte a touché à la substance même de leur liberté d'association. La Cour considère que les initiatives législatives pour supprimer entièrement l'usage des accords de monopole syndical au Danemark reflètent la tendance qui se dessine dans les Etats contractants, consistant à estimer que ces accords ne sont pas indispensables pour la défense des intérêts des syndicats et qu'il faut dûment tenir compte du droit de tout individu de s'affilier au syndicat de son choix sans avoir à craindre pour ses moyens d'existence. De plus, ces initiatives sont conformes à l'évolution survenue au niveau international, notamment dans le cadre de la Charte sociale européenne. Eu égard à l'ensemble des circonstances, la Cour estime que l'Etat défendeur a manqué à protéger le droit syndical négatif des requérants.

*Conclusion*: violation (douze voix contre cinq en ce qui concerne le premier requérant, et quinze voix contre deux s'agissant du second).

Article 41: la Cour alloue au premier requérant une somme au titre du préjudice matériel, et octroie à chacun des deux requérants un certain montant pour frais et dépens.

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

*Syndicat suédois des conducteurs de locomotives c. Suède*, 6 février 1976, série A n° 20

*Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, 13 août 1981, série A n° 44

*Sigurður A. Sigurjónsson c. Islande*, 30 juin 1993, série A n° 264

*Gustafsson c. Suède*, 25 avril 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-II

*Chassagnou et autres c. France* [GC], n°s 25088/94, 28331/95 et 28443/95, CEDH 1999-III

*Shettini et autres c. Italie* (déc.), n° 29529/95, 9 novembre 2000

*Wilson, National Union of Journalists et autres c. Royaume-Uni*, n<sup>os</sup> 30668/96, 30671/96 et 30678/96, CEDH 2002-V

*Hatton et autres c. Royaume-Uni* [GC], n<sup>o</sup> 36022/97, CEDH 2003-VIII

*Broniowski c. Pologne* [GC], n<sup>o</sup> 31443/96, CEDH 2004-V



**En l'affaire Sørensen et Rasmussen c. Danemark,**

La Cour européenne des droits de l'homme, siégeant en une Grande Chambre composée de :

Luzius Wildhaber, *président*,  
 Christos Rozakis,  
 Jean-Paul Costa,  
 Nicolas Bratza,  
 Boštjan M. Zupančič,  
 Giovanni Bonello,  
 Loukis Loucaides,  
 Françoise Tulkens,  
 Peer Lorenzen,  
 Volodymyr Butkevych,  
 Josep Casadevall,  
 Nina Vajić,  
 John Hedigan,  
 Kristaq Traja,  
 Snejana Botoucharova,  
 Vladimiro Zagrebelsky,  
 Khanlar Hajiyev, *juges*,

et de Lawrence Early, *greffier adjoint de la Grande Chambre*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 22 juin et le 30 novembre 2005,

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

## PROCÉDURE

1. A l'origine de l'affaire se trouvent deux requêtes (n<sup>os</sup> 52562/99 et 52620/99) dirigées contre le Royaume du Danemark et dont deux ressortissants de cet Etat, M. Morten Sørensen («le premier requérant») et M. Ove Rasmussen («le second requérant»), ont saisi la Cour le 7 octobre 1999 et le 22 septembre 1999 respectivement en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales («la Convention»).

2. Le premier requérant, qui a été admis au bénéfice de l'assistance judiciaire, a été représenté par M<sup>c</sup> J. Paulsen, avocat à Herning. Le second requérant a été représenté par M<sup>c</sup> J.P. Buhl, avocat à Copenhague. Le gouvernement danois («le Gouvernement») a été représenté par son agent, M. P. Taksøe-Jensen, du ministère des Affaires étrangères.

3. Les requérants alléguaient que l'existence d'accords de monopole syndical dans leurs branches professionnelles respectives, au Danemark,

avait emporté violation de leur droit à la liberté d'association en vertu de l'article 11 de la Convention.

4. Les requêtes ont été attribuées à la première section de la Cour (article 52 § 1 du règlement). Par des décisions du 20 mars 2003, la Cour les a déclarées partiellement recevables. Tant les requérants que le Gouvernement ont déposé des observations écrites sur le fond de l'affaire (article 59 § 1 du règlement). Le 25 novembre 2004, une chambre constituée au sein de la première section et composée de Christos Rozakis, président, Peer Lorenzen, Giovanni Bonello, Françoise Tulkens, Nina Vajić, Vladimiro Zagrebelsky et Elisabeth Steiner, juges, ainsi que de Søren Nielsen, greffier de section, s'est dessaisie au profit de la Grande Chambre, aucune des parties ne s'y étant opposée (articles 30 de la Convention et 72 du règlement).

5. La composition de la Grande Chambre a été arrêtée conformément aux articles 27 §§ 2 et 3 de la Convention et 24 du règlement. Le président de la Grande Chambre a décidé de joindre les requêtes (article 42 § 1 du règlement). Elisabeth Steiner, qui s'est trouvée empêchée de participer aux délibérations ayant suivi l'audience, a été remplacée par Loukis Loucaides, premier juge suppléant.

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

7. Des observations ont également été reçues de la Confédération des syndicats danois (*Landsorganisationen* – «LO»), que le président avait autorisée à intervenir dans la procédure écrite (articles 36 § 2 de la Convention et 44 § 2 du règlement). Les requérants ont répondu à ces observations (article 44 § 5 du règlement).

8. Une audience s'est déroulée en public au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 22 juin 2005 (article 59 § 3 du règlement).

Ont comparu :

– *pour le Gouvernement*

M. P. Taksøe-Jensen,	<i>agent,</i>
M <sup>mc</sup> N. Holst-Christensen,	<i>coagente,</i>
M. E. Oest Edelsberg,	
M <sup>mc</sup> D. Borgaard,	
M. D. Kendal	
M <sup>mc</sup> K. Weber Olsen,	
M. J. Rasmussen,	<i>conseillers ;</i>

– *pour les requérants*

MM. E. Lego Andersen,	
J. Paulsen,	
S. Juul,	<i>conseils,</i>



MM. J. Mikkelsen,  
S. Fibiger Olesen,  
E. Bertelsen,  
A. Bagge Jørgensen,

*conseillers.*

La Cour a entendu M. Lego Andersen et M. Taksøe-Jensen en leurs déclarations, ainsi qu'en leurs réponses à ses questions.

## EN FAIT

### I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

#### A. Le premier requérant

9. Le premier requérant est né en 1975 et réside à Århus, au Danemark. Au cours du printemps 1996, il effectua son service national. Le 10 mai 1996, comme il lui restait quelques mois avant de pouvoir entamer des études de mathématiques et de physique à l'université de Århus, il postula pour un emploi d'été au sein de l'entreprise FDB Distributionen («FDB»). Il remplit à cet effet un formulaire de candidature contenant un paragraphe préimprimé qui stipulait notamment :

«Pour obtenir l'emploi, vous devez obligatoirement être membre d'un syndicat affilié à la Confédération des syndicats danois (LO). A votre demande, vous serez informé du nom du syndicat concerné.»

10. Par une lettre du 20 mai 1996, M. Sørensen se vit proposer un emploi pour la période allant du 3 juin au 10 août 1996 et fut informé que ses conditions de travail seraient régies par un accord conclu entre FDB et le SID, syndicat qui était affilié à la LO et auquel il était tenu d'adhérer.

11. Le 20 juin 1996, le requérant s'aperçut à la lecture de son premier bulletin de salaire qu'il cotisait au SID alors qu'il n'avait pas demandé à en devenir membre. Au moment où il avait obtenu le poste, il avait en fait sollicité son affiliation à un syndicat appelé Syndicat libre du Danemark (*Danmarks Frie Fagforening*). Par une lettre du 23 juin 1996, M. Sørensen informa son employeur et le délégué syndical qu'il refusait de payer la cotisation au SID parce qu'on lui avait indiqué qu'en tant qu'employé temporaire il ne serait pas membre à part entière de ce syndicat.

12. Le 24 juin 1996, le requérant fut licencié au motif que, n'étant pas membre d'un syndicat affilié à la LO, il ne satisfaisait pas aux conditions requises pour obtenir l'emploi.

13. Représenté par le Syndicat libre du Danemark, il attaqua FDB devant la cour régionale du Danemark occidental (*Vestre Landsret*), à

laquelle il demanda d'ordonner à l'entreprise de reconnaître le caractère arbitraire du licenciement et de lui verser une indemnité. Il alléguait que l'article 2 § 2 de la loi du 9 juin 1982 sur la protection des salariés contre le licenciement pour cause d'appartenance à une association (*Lov om beskyttelse mod afskedigelse på grund af foreningsforhold*), telle que modifiée le 13 juin 1990, emportait violation de l'article 11 de la Convention dès lors que cette disposition autorisait un employeur à exiger d'un salarié qu'il fût membre d'une association donnée pour obtenir un poste. Le requérant précisait notamment qu'il ne partageait pas les opinions politiques du SID.

14. Le 18 novembre 1998, la cour régionale statua en faveur de FDB. Elle s'exprima comme suit :

«La cour régionale juge établi que le demandeur savait que l'obtention d'un emploi dans l'entreprise était subordonnée à son adhésion au SID. Vu que l'intéressé ne s'est pas conformé à cette obligation, les conditions permettant de le licencier, au sens de l'article 2, paragraphe 2, combiné avec le paragraphe 1, de la loi sur la protection des salariés contre le licenciement pour cause d'appartenance à une association, se trouvent remplies.

La question qui se pose dès lors est de savoir si la loi litigieuse, et donc le licenciement du demandeur, est incompatible avec l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme, compte tenu de l'interprétation que la Cour européenne des droits de l'homme a donnée de cette disposition dans sa jurisprudence récente.

La loi sur la protection des salariés contre le licenciement pour cause d'appartenance à une association a été adoptée par le Parlement en 1982, à la suite notamment de l'arrêt *British Rail (Young, James et Webster c. Royaume-Uni, série A n° 44)* rendu par la Cour européenne en 1981. Cet arrêt a établi que dans certaines circonstances l'article 11 protège aussi un droit d'association négatif. Pour déterminer si d'après la jurisprudence récente de la Cour les tribunaux nationaux doivent ignorer l'article 2 § 2 de ladite loi, il faut prendre pour point de départ la loi de 1992 incorporant dans le droit interne la Convention européenne des droits de l'homme. Il ressort des travaux préparatoires que l'incorporation de la Convention n'avait pas pour objet de modifier l'équilibre existant entre notre Parlement et nos tribunaux. Dès lors, la cour régionale considère que le Parlement, s'il doit tenir compte des droits et obligations découlant de la Convention européenne, n'en dispose pas moins d'une grande latitude dans l'élaboration de la législation nationale. A cet égard, il importe aussi de noter que la décision de restreindre ou supprimer la possibilité actuelle de conclure des accords de monopole syndical serait lourde de conséquences pour le marché de l'emploi danois.

Pour étayer sa conception de la portée de l'article 11, le requérant a fait référence aux arrêts *Sigurður A. Sigurjónsson c. Islande* (1993) et *Gustafsson c. Suède* (1996). La cour régionale estime toutefois qu'une interprétation de ces arrêts ne permet pas d'établir avec la certitude requise que l'article 2 § 2 de la loi susmentionnée est incompatible avec l'article 11 de la Convention.»

15. Le 8 juin 1999, la Cour suprême (*Højesteret*) confirma en appel l'arrêt de la cour régionale. Elle motiva sa décision comme suit :

«La loi n° 285 du 9 juin 1982 sur la protection des salariés contre le licenciement pour cause d'appartenance à une association a été adoptée notamment pour satisfaire à l'obligation de garantir un droit d'association négatif qui se dégageait de

l'interprétation que la Cour européenne des droits de l'homme avait donnée de l'article 11 de la Convention dans l'arrêt *Young, James et Webster c. Royaume-Uni* (arrêt *British Rail*, série A n° 44).

Comme la Cour suprême l'a dit dans son arrêt du 6 mai 1999 [voir le paragraphe 20 ci-dessous], les derniers arrêts de la Cour européenne ne donnent aucune raison de porter au sujet de la légalité des accords de monopole syndical et de leurs conséquences une appréciation différente de celle qui ressort de l'arrêt *British Rail*. De plus, l'article 2 § 2 de la loi susmentionnée ne suscite aucun doute quant à sa compatibilité avec cet arrêt.»

## B. Le second requérant

16. Le second requérant est né en 1959 et réside à Haderslev, au Danemark. Il est jardinier. Il s'affilia au SID au milieu des années 80 mais résilia son adhésion après quelques années parce qu'il ne pouvait souscrire aux orientations politiques de ce syndicat. Il devint alors membre du Syndicat chrétien (*Kristelig Fagforening*).

17. Après une période de chômage, il se vit proposer un emploi dans une pépinière (Gartneriet i Regnmark I/S), offre soumise à la condition qu'il devînt membre du SID, avec lequel l'employeur avait conclu un accord de monopole syndical. M. Rasmussen prit ses fonctions le 17 mai 1999 et s'affilia à nouveau au SID bien qu'il en désapprouvât toujours les opinions politiques.

## II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

18. L'article 78 de la Constitution danoise (*Danmarks Riges Grundlov*) dispose :

« 1. Les citoyens ont le droit de former, sans autorisation préalable, des associations à toutes fins légitimes.

2. Les associations qui usent, dans leur action ou dans la poursuite de leurs buts, de violence, de provocation à la violence ou d'autres moyens punissables pour influencer les personnes d'opinion différente doivent être dissoutes par jugement.

3. Aucune association ne peut être dissoute par voie de mesure gouvernementale. Cependant, une association peut être provisoirement interdite, mais dans ce cas sa dissolution doit être poursuivie immédiatement devant les tribunaux.

4. La dissolution d'une association politique peut être attaquée sans autorisation spéciale devant la Cour suprême du Royaume [*Rigets øverste domstol*].

5. Les effets juridiques de la dissolution sont fixés par la loi. »

19. La loi du 9 juin 1982 sur la protection des salariés contre le licenciement pour cause d'appartenance à une association (dont l'adoption fut une conséquence directe de l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire *Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, 13 août 1981, série A n° 44),

telle que modifiée par la loi n° 347 du 29 mai 1990, dispose en ses passages pertinents :

#### **Article 1**

«Un employeur ne peut licencier un salarié au motif que celui-ci est membre d'une association, ou d'une association déterminée.»

#### **Article 2**

«1. Un employeur ne peut licencier un salarié au motif que celui-ci n'est pas membre d'une association, ou d'une association déterminée.

2. Le paragraphe 1 du présent article ne s'applique pas si le salarié savait, avant d'être embauché, que l'employeur subordonnait son recrutement au sein de l'entreprise à son adhésion à une association, ou à une association déterminée.

3. De même, le paragraphe 1 du présent article ne s'applique pas lorsqu'un salarié membre d'une association est informé, après son recrutement, que son appartenance à une association est une condition au maintien de son emploi au sein de l'entreprise.»

#### **Article 3**

«Les articles 1 et 2 de la présente loi ne s'appliquent pas à l'égard d'un employeur dont l'activité poursuit spécifiquement des fins politiques, idéologiques, religieuses ou culturelles, contexte dans lequel l'affiliation de l'intéressé doit être considérée comme importante pour l'activité en question.»

#### **Article 4**

«Si un salarié a été l'objet d'un licenciement contraire aux dispositions de la présente loi, la mesure doit être annulée et le salarié maintenu ou réintégré dans son poste dès lors qu'une demande a été formée en ce sens. Toutefois, cette dernière disposition ne s'applique pas aux salariés du secteur privé si, vu le caractère particulier de l'affaire et après mise en balance des intérêts des parties, la demande de maintien ou de réintégration est jugée manifestement déraisonnable.»

#### **Article 4 a)**

«1. Lorsqu'un licenciement contraire aux dispositions de la présente loi n'est pas annulé, l'employeur doit verser une indemnité au salarié licencié.

2. Le montant de l'indemnité, qui est compris entre un mois et vingt-quatre mois de salaire, est fixé en fonction de la période d'emploi de l'intéressé et des circonstances générales de l'affaire. Si la période d'emploi a été d'au moins deux ans, le montant de l'indemnité ne peut être inférieur à trois mois de salaire.»

#### **Article 4 b)**

«1. Les affaires visées par la présente loi doivent être traitées dans les meilleurs délais.

2. Durant l'examen d'une affaire concernant un licenciement, le tribunal peut décider que ce licenciement ne prendra pas effet tant que l'affaire n'aura pas donné lieu à un jugement définitif. Le jugement peut indiquer que le licenciement ne sera pas suspendu en cas de recours.»

20. La question de la légalité des accords de monopole syndical au regard de la loi du 9 juin 1982 et de la Convention européenne des droits de l'homme a été examinée par la Cour suprême dans un arrêt du 6 mai 1999 (qui concernait M. Jensen, requérant dans l'affaire initiale *Jensen et Rasmussen c. Danemark* (déc.), n° 52620/99, 20 mars 2003). La haute juridiction donna gain de cause au défendeur et lui alloua une réparation de 200 000 couronnes danoises. Au sujet de l'article 11 de la Convention, elle déclara :

«D'après l'arrêt *Young, James et Webster c. Royaume-Uni* (arrêt *British Rail*, 13 août 1981, série A n° 44), il est contraire à l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui consacre la liberté d'association, de licencier un salarié qui refuse d'adhérer à un syndicat avec lequel l'employeur a conclu un accord de monopole syndical postérieurement au recrutement du salarié si l'affiliation au syndicat en question n'était pas une condition requise à l'embauche. Dans cet arrêt, la Cour européenne des droits de l'homme souligna qu'elle ne se prononçait pas sur les accords de monopole syndical en tant que tels, mais uniquement sur les incidences que l'accord litigieux avait eues sur les trois requérants.

Dans l'arrêt *Sigurður A. Sigurjónsson c. Islande* du 30 juin 1993, la Cour européenne conclut qu'il y avait eu violation de l'article 11 à l'égard du titulaire d'une licence d'exploitation d'un taxi qui s'était vu infliger le retrait de sa licence au motif qu'il avait quitté une certaine association de propriétaires de taxis. La Cour accorda de l'importance aux faits que l'obligation d'adhérer découlait de la loi et que, à la date où le requérant avait obtenu sa licence, pareille obligation n'existait pas, en ce sens que le règlement qui l'avait initialement imposée était dépourvu de base légale. Comme dans l'arrêt *British Rail*, la Cour souligna qu'elle ne se prononçait pas sur la portée de l'article 11 de la Convention quant au droit d'association négatif.

Eu égard à ce qui précède, la Cour suprême ne voit dans l'arrêt *Sigurður A. Sigurjónsson* aucune raison de porter au sujet de la légalité et de l'incidence des accords de monopole syndical une appréciation différente de celle qui ressort de l'arrêt *British Rail*. L'observation vaut aussi pour les autres arrêts évoqués par les parties (*Sibson c. Royaume-Uni*, 20 avril 1993, série A n° 258, et *Gustafsson c. Suède*, 25 avril 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-II).»

Par ailleurs, dans un arrêt du 12 mai 2000, la Cour suprême jugea que les accords de monopole syndical n'étaient pas en eux-mêmes contraires à l'article 11 de la Convention tel qu'interprété par la Cour européenne des droits de l'homme.

21. La loi sur les contributions privées en faveur de partis politiques et la publication des comptes des partis politiques (n° 404, 13 juin 1990 – *Lov om private bidrag til politiske partier og offentliggørelse af politiske partiers regnskaber*), telle que modifiée par la loi n° 394 du 14 juin 1995, énonce en ses dispositions pertinentes :

#### Article 1

«Les fédérations patronales, les syndicats et les autres associations professionnelles dont le principal objectif est de veiller aux intérêts économiques du groupe professionnel

auquel appartiennent leurs adhérents s'assurent, pour chacun de ces adhérents, que toute contribution financière en faveur de partis politiques ou à des fins politiques en général recueillie à titre de cotisation est versée de façon volontaire.»

## Article 2

« 1. Tout adhérent souhaitant être exonéré du versement, au travers de sa cotisation, de contributions en faveur de partis politiques ou à des fins politiques en général doit présenter à cet effet une déclaration écrite.

2. Une fois par an, l'association doit adresser à ses adhérents un formulaire contenant le texte de cette déclaration. Elle peut s'acquitter de son obligation en insérant le formulaire dans le bulletin des adhérents ou dans une publication de ce type. La déclaration doit être libellée comme suit : « Dans le cadre du paiement de ma cotisation, je souhaite être exonéré(e) du versement de contributions en faveur de partis politiques ou à des fins politiques en général. »

3. La déclaration doit être adressée au vérificateur des comptes de l'association. Cet élément doit être précisé clairement dans le formulaire visé au paragraphe 2 ci-dessus. Les déclarations envoyées aux bureaux de l'association doivent être transmises immédiatement au vérificateur des comptes. Le ministre de la Justice peut édicter des dispositions complémentaires sur la présentation du formulaire et la manière dont le vérificateur des comptes doit traiter les déclarations reçues.

4. Les informations concernant les personnes qui sont exonérées du versement de contributions ou qui ont formé une demande à cet effet ne peuvent être divulguées sans autorisation.»

22. Les paragraphes qui suivent contiennent une présentation générale de la genèse et de l'évolution du système des accords de monopole syndical dans le cadre du marché de l'emploi danois.

Le conflit de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle entre, d'une part, les salariés et leurs syndicats (notamment ce que l'on appelle aujourd'hui la Confédération des syndicats danois – «LO») et, d'autre part, les employeurs et leurs fédérations (principalement la Confédération des employeurs danois (*Dansk Arbejdsgiverforening* – «DA»)) a débouché sur le fameux «accord de septembre» (1899) entre la LO et la DA.

Cet accord énonce cinq grands principes :

1. le droit pour les salariés de s'organiser dans le cadre de syndicats ;
2. le droit pour les employeurs d'organiser et de contrôler le travail ;
3. le droit de recourir au conflit collectif (grève, boycottage ou lockout) pour obtenir, par exemple, une convention collective ;
4. l'interdiction du recours au conflit collectif pendant la durée de validité d'une convention collective ;
5. la création d'un tribunal d'arbitrage spécial chargé de connaître des allégations d'infraction à l'accord de septembre.

L'accord de septembre est unique en ce qu'il constitue le socle de tous les accords généraux conclus postérieurement entre employeurs et travailleurs. Traditionnellement, le législateur danois ne joue qu'un rôle mineur dans le domaine des conditions de rémunération et d'emploi.

Aussi n'y a-t-il en matière d'emploi au Danemark que peu de textes qui ne soient pas dérivés des directives européennes. La loi sur les salariés (*Funktionærloven*) et la loi sur les congés (*Ferieloven*) en sont deux exemples. C'est ainsi que certains droits reconnus par la loi dans d'autres pays sont, au Danemark, issus d'accords conclus entre les partenaires sociaux. Le droit danois se caractérise en effet notamment par le fait que les relations entre employeurs et salariés sont pour l'essentiel régies par une combinaison d'accords (collectifs et individuels), de principes du droit du travail, de lois générales et de textes adoptés en vertu de ces dernières. Au Danemark, plus de 80 % de l'ensemble des salariés sont syndiqués.

D'après les chiffres fournis par l'Office danois de la statistique (*Danmarks Statistikbank*) et le ministère de l'Emploi (*Beskæftigelsesministeriet*), en 2001 la population active du pays comptait 2 799 958 personnes (chômeurs compris), dont 1 611 715 employées dans le secteur privé et 937 826 dans le secteur public.

Le Gouvernement estime que près de 80 % de l'ensemble des salariés relèvent d'une convention collective, ce que les requérants semblent contester.

Les accords de monopole syndical correspondent à une pratique déjà ancienne au Danemark. En règle générale, un tel accord dispose que l'employeur s'engage à ne recruter et n'employer que des personnes membres du syndicat partie à la convention collective qui a été conclue par l'employeur. Ces accords sont illicites dans le secteur public, où ils seraient en conflit avec le principe d'égalité reconnu par le droit administratif danois. On n'en signe pas non plus dans la partie du secteur privé où s'applique l'accord général entre la DA et la LO, car pour la DA le recours aux clauses de monopole syndical constitue une atteinte au droit reconnu aux employeurs d'organiser le travail. Ainsi, c'est surtout dans les conventions collectives conclues avec des employeurs non affiliés à une organisation patronale que les accords de monopole syndical jouent un rôle important.

On ignore le nombre précis des salariés visés par un accord de monopole syndical. Toutefois, s'appuyant sur des chiffres fournis par la DA et le Syndicat chrétien, le Gouvernement estime qu'environ 220 000 salariés (soit moins de 10 % de l'ensemble de la population active du Danemark) sont d'une manière ou d'une autre concernés par un tel accord. Selon les requérants, cette estimation est probablement quelque peu en deçà du chiffre réel.

Les clauses de monopole syndical se rencontrent essentiellement dans certains secteurs tels l'industrie du bâtiment et l'horticulture.

23. Après les élections législatives du 20 novembre 2001, le nouveau gouvernement danois constitua une commission chargée de se pencher sur les accords de monopole syndical. Cette commission reçut pour mandat d'examiner la portée de ce type de dispositions, d'évaluer les

autres situations où l'appartenance à une association déterminée constitue une condition d'accès à la profession, et d'étudier la compatibilité des clauses en question avec les engagements internationaux contractés par le Danemark. La commission devait également élaborer des recommandations et des propositions sur les mesures susceptibles d'améliorer la protection du droit d'association négatif. En juin 2002, elle présenta un rapport (*Betænkning nr. 1419, Udvalget om eksklusivbestemmelser*) dans lequel elle préconisait de modifier le droit régissant les accords de monopole syndical conclus entre employeurs et associations de salariés. Elle soulignait qu'eu égard à l'évolution générale de la société et du marché du travail la conclusion de tels accords était moins nécessaire qu'autrefois, le marché de l'emploi comportant désormais des syndicats et des organisations puissants et représentatifs. La commission ajoutait que les avantages liés à l'appartenance syndicale devaient être en eux-mêmes des raisons suffisamment solides pour pousser une personne à adhérer. Elle estimait aussi que comme les accords de monopole syndical n'existaient que dans une petite partie du marché du travail une modification de la législation n'aurait qu'un impact marginal sur les taux de syndicalisation. Enfin, elle affirmait que ces accords pouvaient provoquer une baisse de l'offre de main-d'œuvre, que la liberté contractuelle sur le marché de l'emploi n'était pas un concept immuable et que différents secteurs avaient mis en place des restrictions quant aux types d'accords pouvant légalement être conclus entre les employeurs et les salariés.

24. La commission avait préalablement consulté un nombre important d'institutions, d'organisations et d'associations, dont la DA, qui distinguait les catégories suivantes d'accords de monopole syndical :

- I. Les accords signés par une association patronale affiliée – directement ou indirectement – à la DA.
- II. Les accords signés par une association patronale non affiliée à la DA.
- III. Les accords conclus directement entre un employeur et un syndicat.

Cette classification est expliquée comme suit dans le rapport n° 1419 :

« Il y a quelques années, la Confédération des employeurs danois (DA) a estimé que 230 000 salariés au moins étaient couverts par des clauses de monopole syndical. Elle est parvenue à ce chiffre de la manière suivante :

Pour les entreprises affiliées à des organisations membres de la DA, elle a estimé qu'au moins 60 000 salariés étaient couverts par de telles clauses. Ce chiffre a toutefois été revu à la baisse depuis : on pense actuellement qu'environ 45 000 salariés liés à la DA sont couverts par des clauses de monopole syndical.

S'agissant des entreprises affiliées à des organisations non membres de la DA, elle a estimé qu'au moins 50 000 salariés étaient couverts par de telles clauses.



Pour les entreprises non affiliées à des organisations, elle a évalué à environ 120 000 le nombre de salariés couverts par des clauses de monopole syndical insérées dans des accords greffés sur des conventions collectives.»

25. La distinction entre les catégories I et II découle du fait que la politique de la DA, comme cela a été indiqué ci-dessus, consiste à ne pas conclure d'accords de monopole syndical (ou à ne pas autoriser les organisations adhérentes à en conclure). C'est pourquoi, dans la sphère de la DA, les clauses de monopole syndical ne s'appliquent que lorsqu'une organisation membre avait conclu un accord de monopole avant de s'affilier à la confédération. Le rapport n° 1419 explicite ce point :

«En principe, on n'adopte pas de clauses de monopole syndical dans la partie du secteur privé où s'applique l'accord principal entre la DA et la LO. Les statuts de la DA ne reconnaissent pas le recours aux clauses d'exclusivité, car la confédération considère que celles-ci portent atteinte aux droits managériaux des employeurs. Néanmoins, cela ne signifie pas qu'aucune entreprise dans le giron de la DA ne possède de convention collective comportant des clauses de monopole syndical. La DA estime ainsi qu'au moins 45 000 salariés d'entreprises affiliées à des organisations membres de la DA sont couverts par de telles dispositions.

La conclusion d'une convention collective par une organisation affiliée peut être soumise à l'approbation de la DA. Il en va de même lorsque des membres d'organisations affiliées signent eux-mêmes des conventions collectives. Lorsqu'une organisation affiliée ou les membres d'une organisation affiliée souhaitent se lancer dans des négociations en vue de la conclusion de conventions collectives contenant des clauses de monopole syndical, l'accord préalable du conseil d'administration de la DA est requis. La DA n'approuve pas les conventions collectives qui comportent des clauses d'exclusivité.

Si toutefois, à la date où elle sollicite son adhésion à l'une des organisations affiliées à la DA, une entreprise est déjà partie à une convention collective contenant des clauses de monopole syndical, cela ne l'empêche pas de devenir membre de l'organisation en question. En pareil cas, celle-ci s'efforce par la suite d'affranchir l'entreprise de la clause d'exclusivité. Il en va de même lorsqu'une organisation demande à adhérer à la DA.»

26. La commission avait également recueilli l'avis de la confédération danoise des associations patronales de l'agriculture (SALA), ainsi résumé dans le rapport n° 1419:

«La SALA a indiqué que de manière générale elle souhaite l'abolition des accords d'exclusivité, qu'elle juge astreignants, même si elle reconnaît l'intérêt de pouvoir négocier avec de grandes organisations. La SALA a expliqué que si la branche industrielle de l'organisation est plus ou moins exempte d'accords d'exclusivité, ceux-ci constituent un gros problème dans l'agriculture, la sylviculture, le maraîchage et l'horticulture. L'association patronale de l'agriculture et de la sylviculture a déclaré que l'ensemble du secteur du maraîchage est couvert par des clauses de monopole syndical et a plaidé pour des changements dans toutes les négociations tendant à la conclusion de conventions collectives. Le SID a toujours dit qu'il est pour lui hors de question de retirer ces clauses des conventions collectives et que ce point n'est pas négociable. Chez les jardiniers, les accords d'exclusivité entraînent une baisse du

nombre de personnes demandant à faire un apprentissage, ainsi que des problèmes de recrutement et des difficultés à trouver des travailleurs saisonniers. Dans d'autres secteurs relevant de l'agriculture et de la sylviculture, les accords d'exclusivité ne sont pas non plus «à vendre».

L'association patronale danoise des jardiniers paysagistes a indiqué avoir quatre conventions collectives comportant des clauses d'exclusivité, l'accord applicable aux terrains de golf ne contenant toutefois qu'une clause de préférence. Si les employeurs reconnaissent l'intérêt d'une bonne régulation des relations sociales, les accords d'exclusivité entraînent des problèmes de recrutement et, par ricochet, l'utilisation d'autres modes de prestation de services, par exemple la sous-traitance (...)

En réponse à une question de la commission, la SALA a déclaré que dans son ressort 25 000 salariés sont couverts par des accords d'exclusivité.»

27. Par la suite, le 9 janvier 2003, le ministre de l'Emploi déposa au Parlement un projet de loi (n° 2002-03-L120) tendant à modifier la loi sur la protection des salariés contre le licenciement pour cause d'appartenance à une association. L'objet de ce projet était notamment de rendre illégale la conclusion à l'avenir d'accords obligeant un employeur à employer exclusivement ou prioritairement des personnes membres d'une association, ou d'une association déterminée.

28. L'exposé des motifs qui accompagnait ce projet de loi comportait notamment les passages suivants :

«Les accords de monopole syndical sont obsolètes et éloignés des souhaits de nombreux salariés. Le Gouvernement estime qu'un salarié doit être libre de s'affilier à une association – tout comme il doit être libre de ne pas s'affilier – sans qu'il en résulte pour lui un risque de ne pas être recruté ou d'être licencié. Pour le Gouvernement, il n'est pas acceptable qu'un employeur puisse faire de l'appartenance ou de la non-appartenance à une association une condition d'obtention ou de conservation d'un emploi. Le Gouvernement juge également inadmissible qu'une clause figurant dans une convention collective puisse empêcher un salarié ne souhaitant pas être membre d'une association, ou d'une association déterminée, d'obtenir ou de conserver un poste auprès d'un employeur, ou empêcher un employeur de tenir compte uniquement des qualifications du candidat. (...)

Le projet de loi n'emporte aucune conséquence économique ou administrative pour les pouvoirs publics (...) [II] n'a pas d'implications financières ou administratives importantes pour les entreprises. La solution proposée pourrait même faciliter les procédures de recrutement, puisque après l'entrée en vigueur de la loi les employeurs n'auraient plus à prendre en considération l'appartenance syndicale des candidats (...) [L]e projet de loi n'a aucune incidence sur l'égalité des sexes sur le marché du travail (...) [II] ne contient pas d'éléments touchant au droit communautaire (...)

29. En vertu de la Constitution danoise, un projet de loi fait l'objet de trois lectures avant de pouvoir être adopté. En première lecture, le texte est examiné globalement puis, en principe, soumis à une commission, qui l'étudie et peut poser des questions au ministre concerné. S'agissant du projet de loi susmentionné, le 6 février 2003 la commission parlementaire chargée de l'emploi (*Arbejdsmarkedsudvalget*) posa diverses

questions au ministre de l'Emploi. Ce dernier répondit comme suit à deux de ces questions (n<sup>os</sup> 7 et 8) :

#### **Question n° 7**

«Le ministre est invité à exposer l'impact du projet de loi sur la marge de manœuvre dont disposent les syndicats pour faire respecter les conventions collectives, en particulier aux employeurs non affiliés à une organisation. Il ressort des rapports annuels du tribunal du travail pour 1999 et 2000 qu'au cours de ces deux années 600 et 646 affaires respectivement ont été traitées qui concernaient des employeurs non affiliés, ce qui correspond respectivement à 77 % et 82 % des procédures dont la juridiction a été saisie par des salariés durant ces années. Toutes ces affaires ont été introduites par la LO (...) La LO estime que dans une large mesure la suppression des clauses de monopole syndical compliquera la tâche consistant à faire appliquer efficacement les conventions collectives par de tels employeurs.»

#### **Réponse**

«Je vois mal comment le fait de retirer les clauses de monopole syndical des conventions collectives conclues avec des employeurs non affiliés – clauses qui couvriraient environ 120 000 salariés – compliquerait la tâche des organisations consistant à assurer une application efficace des conventions collectives. Tout d'abord, retirer une clause de monopole syndical d'une convention collective conclue avec un employeur non affilié ne changerait rien à la validité de ladite convention et à la nécessité de s'y conformer. Cela signifie que les salariés ou leurs représentants conserveraient la faculté de porter à l'attention du syndicat concerné toute difficulté à faire respecter la convention. Les possibilités offertes au syndicat pour prendre des mesures en pareil cas resteraient donc intactes. Si obtenir l'application des dispositions d'une convention collective s'avère difficile au sein d'une entreprise parce que le syndicat n'y compte aucun adhérent, cela constitue une bonne raison pour les salariés de s'affilier à ce syndicat et de le prier de protester contre le non-respect de la convention en question.

Je ne crois pas que des salariés ayant adhéré contre leur gré puissent beaucoup aider un syndicat à assurer l'application d'une convention collective.

En revanche, je pense que si un syndicat s'emploie à diffuser auprès de l'ensemble des salariés d'une entreprise couverts par une convention collective le message selon lequel c'est grâce à ses efforts que l'entreprise possède de bonnes conditions de travail, certains des salariés qui sont aujourd'hui des membres non volontaires pourraient devenir des adhérents volontaires, et que tous les salariés pourraient alors s'unir pour faire respecter la convention collective.»

#### **Question n° 8**

«En vertu de notre droit du travail issu de la négociation collective, un employeur doit appliquer les dispositions d'une convention collective vis-à-vis de l'ensemble des salariés dont les tâches entrent dans le champ d'application de la convention. Est-il juste, selon le ministre, que des salariés non syndiqués jouissent ainsi d'avantages auxquels ils n'ont pas contribué et que les syndicats ont obtenus pour eux?»

### Réponse

«Le principe selon lequel une convention collective s'étend au travail effectué par les salariés non syndiqués d'une entreprise couverte par la convention vaut aussi pour les secteurs exempts de clauses de monopole syndical. Ce principe découle des conventions collectives elles-mêmes; seule l'organisation partie à une convention collective peut protester, et non tel ou tel salarié (non syndiqué).

En outre, rien n'empêche de limiter l'application d'une convention collective aux membres de l'organisation partie à la convention. Je tiens à signaler que ce sont les syndicats eux-mêmes qui ont choisi de suivre le principe évoqué ci-dessus, aussi bien dans les secteurs pourvus de clauses de monopole syndical que dans les secteurs qui en sont exempts. Quant à savoir si cela est juste ou non, je laisse aux syndicats concernés et à leurs membres le soin d'en juger.»

30. Le 12 mars 2003, l'association patronale des jardiniers (qui a conclu avec le SID un accord de monopole syndical dont M. Rasmussen subit les effets) et l'association patronale danoise des jardiniers paysagistes présentèrent devant la commission parlementaire chargée de l'emploi les observations communes qui suivent :

«L'association patronale des jardiniers et l'association patronale danoise des jardiniers paysagistes ont toutes deux passé avec le SID des conventions collectives stipulant que les employeurs s'engagent à n'employer que des adhérents du SID.

Cette disposition a été adoptée il y a plus de quarante ans, pour des raisons obscures. On ne saurait dire si elle est résultée d'une concession réciproque ou si un syndicat puissant l'a imposée à un groupe de petits employeurs.

En bref, cette disposition pose aux jardiniers un certain nombre de problèmes, dont on mentionnera les suivants :

- Il est difficile d'attirer des apprentis vers ce métier. Alors qu'il nous faut approximativement 500 apprentis par an, nous ne parvenons à en intéresser qu'environ 200. La clause de monopole syndical effraie les jeunes gens. Parallèlement, nous avons du mal à nous assurer les services d'une main-d'œuvre qualifiée, car de nombreux travailleurs compétents refusent d'être soumis à un accord d'exclusivité. Certains d'entre eux tentent alors de contourner la clause en établissant une relation dans laquelle ils sont sous-traitants et non salariés au sens technique du terme.

- Le secteur du maraîchage se caractérise par un travail saisonnier. Chaque année, nous avons besoin de travailleurs occasionnels pour les congés d'été, pour récolter les légumes, pour la production de Noël, etc. Nous faisons appel d'ordinaire à des étudiants désireux de travailler pendant quelques mois; le problème surgit lorsque la clause de monopole syndical est mentionnée.

- Pour les jardins maraîchers danois, la concurrence est très rude au sein de l'Union européenne. Aucun autre pays de l'Union ne possède de clauses de monopole syndical semblables à celles qui s'appliquent aux jardiniers danois. Au niveau de l'Union européenne, la concurrence est inégale.

- Les clauses de monopole syndical permettent sans doute de garantir les conditions de rémunération et d'emploi dans les petites entreprises non affiliées à une organisation. Cependant, les jardins maraîchers danois constituent des entreprises d'une taille importante (20 à 250 salariés par entreprise), dont plus de 90 % sont

affiliées. La clause de monopole syndical est donc dépassée vu le développement structurel de l'activité. S'agissant des entreprises affiliées à la DA, le mouvement syndical reconnaît que les clauses de ce type sont inutiles (voir l'article paru dans le périodique du SID).

- Du point de vue de l'organisation de leur activité, les jardins maraîchers danois s'apparentent aux entreprises agricoles danoises. Celles-ci n'étant pas assujetties à des clauses de monopole syndical, les jardins maraîchers ne devraient pas l'être non plus.

- L'accord de monopole syndical conclu avec le SID est source de problèmes quotidiens avec les salariés déjà affiliés ou désireux de s'affilier à d'autres syndicats. Cet accord empêche par exemple certains salariés le souhaitant d'adhérer à l'association danoise des directeurs et cadres, à une organisation d'artisans ou à un fonds de chômage.

- En tant que secteur à forte main-d'œuvre tourné à la fois vers l'exportation et vers le marché national, il nous faut attirer vers nos jardins maraîchers un personnel hautement qualifié qui nous permette de conserver et d'étendre nos débouchés. Le maintien de la clause de monopole syndical freinera notre développement et les salariés les plus compétents choisiront d'autres métiers.

- Les conventions collectives liant l'association patronale des jardiniers et le SID, ou l'association patronale danoise des jardiniers paysagistes et le SID, continueraient à s'appliquer à nos salariés (et à être respectées) même si la clause de monopole syndical était supprimée par la loi. Pareille suppression n'entraînerait donc pas de dumping salarial.

- L'introduction des clauses de monopole syndical n'a pas été le fruit d'un accord équitable dont les deux parties auraient tiré bénéfice. Rien ne montre que le SID ait accordé aux maraîchers danois une compensation quelconque pour avoir à l'époque accepté une telle clause. Au contraire, nous pensons que les employeurs ont été forcés de souscrire à l'accord d'exclusivité parce qu'ils se trouvaient confrontés à de fortes pressions et à des menaces d'action revendicative.

- Lors des nombreuses négociations menées récemment en vue de la conclusion de conventions collectives, nous avons tenté de convaincre le SID d'abandonner les accords d'exclusivité. Nous ne sommes pas parvenus à nos fins. Le SID n'a même pas voulu se pencher sérieusement sur la question.

Les accords de monopole syndical n'ont pas leur place dans une société moderne. Tout individu souhaite pouvoir décider par lui-même de ses rapports avec le mouvement syndical, et il doit passer pour être capable de le faire de manière rationnelle.

Les clauses de monopole sont apparues à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, à une époque où les conflits collectifs étaient monnaie courante.

La situation est bien différente aujourd'hui, de sorte que ces clauses devraient être supprimées par la loi. Pareille mesure ne constituerait pas une ingérence de l'Etat dans le droit à la liberté de négocier sur le marché du travail, mais un moyen d'assurer la nécessaire protection de la liberté d'association.

Dès lors, nous préconisons vivement la suppression par la loi des clauses de monopole syndical. »

31. Au début du mois de mai 2003, il apparut que le projet de loi ne recueillerait pas la majorité requise au sein du Parlement. Le texte fut donc retiré, pour être à nouveau déposé en décembre 2004 (n° 2004-05-L48) et examiné par le Parlement en janvier 2005 (avant les élections législatives du 8 février 2005); là encore, il n'y eut pas de majorité favorable à une réforme législative.

32. Durant la procédure devant la Cour, les parties ont soumis de plus amples informations sur l'étendue des accords de monopole syndical dans le secteur des jardins et de l'horticulture.

Dans les observations en question, le Gouvernement relève à titre introductif qu'il n'existe pas une source unique de statistiques permettant de présenter un tableau complet de la situation, et que les données de différentes origines ne se prêtent pas à une comparaison immédiate. Sur la base des informations disponibles, il estime toutefois que le secteur des jardins et de l'horticulture compte au moins 20 800 salariés au total. Les organisations patronales concernées du secteur privé avaient évalué à environ 11 000 le nombre des personnes couvertes par des accords de monopole syndical, et les syndicats compétents avaient soumis le chiffre de 8 100 personnes. Le Gouvernement en conclut que la part des salariés relevant de tels accords se situe dans une fourchette comprise entre 39 % et 53 %.

M. Rasmussen soutient que le calcul du Gouvernement fausse les choses et ne permet pas d'apprécier ses chances de trouver un emploi non couvert par un accord de monopole syndical. Il existe selon lui trois catégories de jardiniers: les jardiniers paysagistes, les jardiniers travaillant en serre et les jardiniers de production. Cette distinction est cruciale à ses yeux, les perspectives d'emploi dans le secteur public concernant presque exclusivement les paysagistes. De plus, le fait qu'il possède les qualifications requises pour obtenir un emploi dans une pépinière ne signifierait pas qu'il puisse travailler dans le domaine paysager, qu'il s'agisse du secteur public ou du secteur privé. Il conviendrait de faire le calcul pour chacune des trois catégories. On constaterait alors que pour les jardiniers de serre et les jardiniers de production les pourcentages sont plus élevés, avoisinant sans doute les 80 % (soit 11 000 salariés couverts par des clauses de monopole syndical sur les 13 700 salariés de l'ensemble des trois catégories du secteur privé); le pourcentage concernant les jardiniers paysagistes serait dès lors inférieur. En conséquence, même à admettre que le Gouvernement a raison lorsqu'il déclare qu'environ un emploi sur deux ne relève pas d'un accord de monopole syndical, il serait plus approprié d'affirmer que dans le cas de M. Rasmussen seul un poste pertinent sur cinq n'est pas couvert par un accord de ce type.

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

33. Les travaux préparatoires sur l'article 11 de la Convention (rapport du 19 juin 1950 sur la Conférence de hauts fonctionnaires, Recueil des travaux préparatoires de la Convention européenne des droits de l'homme, vol. IV, p. 263) indiquent notamment :

«En raison des difficultés que pourrait poser, à cet égard, le «système du closed shop», introduit dans certains pays, la Conférence a jugé inopportun d'introduire dans la Convention la règle, d'après laquelle «nul ne peut être obligé de faire partie d'une association», figurant [à l'article 20 § 2 de] la Déclaration Universelle des Nations Unies.»

34. Il semble que parmi les Etats membres du Conseil de l'Europe seuls un nombre très limité de pays, dont le Danemark et l'Islande, autorisent dans leur législation les accords de monopole syndical avant embauche, en général ou dans certains secteurs. Ces accords portent sur l'obligation d'adhérer à un syndicat au moment de l'acceptation du contrat de travail, par opposition à la situation où une obligation similaire est imposée postérieurement au recrutement (accord de monopole syndical après embauche).

35. L'article 5 de la Charte sociale européenne énonce comme suit le «droit syndical» :

«En vue de garantir ou de promouvoir la liberté pour les travailleurs et les employeurs de constituer des organisations locales, nationales ou internationales, pour la protection de leurs intérêts économiques et sociaux et d'adhérer à ces organisations, les Parties contractantes s'engagent à ce que la législation nationale ne porte pas atteinte, ni ne soit appliquée de manière à porter atteinte à cette liberté. La mesure dans laquelle les garanties prévues au présent article s'appliqueront à la police sera déterminée par la législation ou la réglementation nationale. Le principe de l'application de ces garanties aux membres des forces armées et la mesure dans laquelle elles s'appliqueraient à cette catégorie de personnes sont également déterminés par la législation ou la réglementation nationale.»

Dans ses Conclusions XIV-1 et XV-1, le Comité européen des Droits sociaux estima que la loi danoise sur la protection des salariés contre le licenciement pour cause d'appartenance à une association était contraire à l'article 5 de la Charte sociale européenne en ce que cette loi autorisait le licenciement d'un salarié dès lors que celui-ci savait, avant son embauche, que pour être recruté au sein de l'entreprise il lui fallait être membre d'un syndicat déterminé (article 2, paragraphes 2 et 3, de la loi). Sur ce fondement, le Comité gouvernemental de la Charte sociale européenne proposa dans ses 14<sup>e</sup> et 15<sup>e</sup> rapports (1999 et 2000 respectivement) que le Comité des Ministres adopte à ce sujet une recommandation concernant le Danemark. Toutefois, le 7 février 2001, durant la 740<sup>e</sup> réunion des Délégués des Ministres, la proposition de recommandation fut repoussée faute d'avoir obtenu la majorité requise.

Dans ses Conclusions XVI-1, le Comité européen des Droits sociaux déclara notamment :

«La situation du Danemark n'est pas conforme à l'article 5 de la Charte aux motifs que :

le droit interne autorise des clauses de monopole syndical, comme en témoignent les décisions de la Cour suprême danoise qui se trouvent résumées dans le rapport. Les clauses ou pratiques de ce genre enfreignent le droit à la liberté syndicale; (...)»

Par la suite, en septembre 2002, le gouvernement danois informa le Comité gouvernemental de la Charte sociale européenne de son intention de déposer un projet de loi interdisant les accords de monopole syndical (paragraphe 23 ci-dessus). Le Comité gouvernemental décida donc d'attendre la prochaine évaluation du Comité européen des Droits sociaux.

Dans ses Conclusions XVII-1 de mars 2004, le Comité européen des Droits sociaux déclara derechef que la loi susmentionnée était contraire à l'article 5 de la Charte sociale européenne. A cet égard, les points de vue suivants furent exprimés au sein du Comité gouvernemental (rapport sur la 106<sup>e</sup> réunion, tenue du 11 au 14 mai 2004) :

«1. La déléguée danoise indique que dès que les conditions parlementaires seront plus favorables, le Gouvernement soumettra à nouveau le projet de loi. De plus, une affaire est pendante à ce jour devant la Cour européenne des droits de l'homme.

2. La déléguée portugaise, soutenue par la déléguée islandaise, est d'avis que compte tenu de ces éléments, il faut encore laisser du temps au Danemark pour remédier à la violation.

3. Le délégué maltais estime en revanche que le Comité gouvernemental doit exprimer sa préoccupation vu qu'aucune mesure n'a été prise pour remédier à la violation.

4. Le Comité rappelle qu'il est fermement opposé à toute forme de clauses de monopole syndical. Il insiste pour qu'il soit remédié à la violation de la Charte.»

Les Conclusions de la prochaine évaluation du Comité européen des Droits sociaux quant à l'application par le Danemark de l'article 5 devraient être publiées au cours du premier semestre 2006.

36. Récemment, dans l'affaire Confédération des entreprises suédoises c. Suède (réclamation collective n° 12/2002), le Comité européen des Droits sociaux a estimé que la situation de la Suède au regard des clauses de monopole syndical avant embauche était contraire à l'article 5 de la Charte sociale européenne révisée. Se fondant sur le rapport du Comité européen des Droits sociaux, le Comité des Ministres a adopté le 24 septembre 2003, durant la 853<sup>e</sup> réunion des Délégués des Ministres, une résolution (ResChS(2003)1) dans laquelle il prenait note de l'engagement du gouvernement suédois de mettre la situation en conformité avec la Charte sociale révisée.



37. La Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, adoptée le 9 décembre 1989 par les chefs d'Etat et de gouvernement de onze Etats membres des Communautés européennes, énonce que « tout employeur et tout travailleur a la liberté d'adhérer ou de ne pas adhérer à [des] organisations [professionnelles ou syndicales], sans qu'il puisse en résulter pour lui un dommage personnel ou professionnel ».

La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée à Nice le 7 décembre 2000 (2000/C 364/01), dispose en ses passages pertinents :

#### **Article 12 – Liberté de réunion et d'association**

« 1. Toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association à tous les niveaux, notamment dans les domaines politique, syndical et civique, ce qui implique le droit de toute personne de fonder avec d'autres des syndicats et de s'y affilier pour la défense de ses intérêts.

2. Les partis politiques au niveau de l'Union contribuent à l'expression de la volonté politique des citoyens ou citoyennes de l'Union. »

#### **Article 53 – Niveau de protection**

« Aucune disposition de la présente Charte ne doit être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et libertés fondamentales reconnus, dans leur champ d'application respectif, par le droit de l'Union, le droit international et les conventions internationales auxquelles sont parties l'Union, la Communauté ou tous les Etats membres, et notamment la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que par les constitutions des Etats membres. »

38. Les conventions n<sup>os</sup> 87 et 98 de l'Organisation internationale du travail (OIT) protègent, entre autres, les aspects positifs de la liberté d'association. S'agissant des accords de monopole syndical, l'OIT estime qu'ils relèvent du droit national.

## **EN DROIT**

### **I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 11 DE LA CONVENTION**

39. Les requérants soutiennent que l'existence au Danemark d'accords de monopole syndical avant embauche et l'application qui en a été faite dans leur cas ont emporté violation de leur droit à la liberté d'association, au sens de l'article 11 de la Convention, qui dispose :

« 1. Toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association, y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts.

2. L'exercice de ces droits ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. (...)»

## A. Thèses des comparants

### 1. *Les requérants*

40. Selon les requérants, l'article 11 de la Convention englobe un droit d'association négatif, garanti à l'égal du droit d'association positif, de sorte que la loi danoise du 9 juin 1982 sur la protection des salariés contre le licenciement pour cause d'appartenance à une association (telle que modifiée le 13 juin 1990) méconnaîtrait cette disposition, dans la mesure où elle permet à un employeur d'obliger un salarié à adhérer à un syndicat, ou à un syndicat déterminé, pour obtenir un emploi.

41. A admettre même que l'aspect négatif de la liberté d'association ne puisse être considéré comme étant sur un pied d'égalité avec l'aspect positif, les requérants auraient subi une atteinte à leur droit négatif en ce qu'ils auraient été contraints, à peine de perdre leurs moyens d'existence, d'appartenir à un syndicat déterminé et auraient ainsi été privés de la protection de leur droit d'avoir des opinions, garanti par les articles 9 et 10 de la Convention. Le préjudice subi aurait touché à la substance même du droit garanti par l'article 11. M. Sørensen souligne qu'il a été licencié sans préavis au motif qu'il refusait d'adhérer au SID, dont les points de vue politiques lui étaient étrangers, et souhaitait s'affilier au Syndicat libre du Danemark, dont il approuvait au contraire les positions. M. Rasmussen déclare pour sa part qu'il souhaite se réaffilier au Syndicat chrétien parce que celui-ci possède une philosophie différente, consistant à veiller au bien-être de ses membres sans recourir à la grève ou à d'autres formes d'action directe. Or s'il se retirait du SID il serait inévitablement renvoyé, sans possibilité de réintégration ou d'indemnisation, car son licenciement serait conforme à la loi danoise sur la liberté d'association. De plus, comme il travaille dans l'horticulture, l'un des secteurs du marché de l'emploi où les accords de monopole syndical prédominent (paragraphe 32 ci-dessus), il subirait une réduction considérable de ses perspectives professionnelles.

42. Les requérants allèguent par ailleurs que malgré la loi sur les contributions privées en faveur de partis politiques et la publication des comptes des partis politiques, les salariés sont *de facto* privés de la possibilité d'une «adhésion apolitique» à un syndicat, ce en partie parce que pareille option n'implique aucune réduction de la cotisation, et en partie parce que les contributions financières d'un syndicat en faveur de

un ou de plusieurs partis politiques ne correspondent pas à un pourcentage fixe des cotisations des adhérents mais proviennent de façon globale des fonds collectés.

43. Les requérants soutiennent en outre que l'ingérence n'était pas prévue par la loi et ne poursuivait pas un but légitime au sens de l'article 11 § 2 de la Convention.

44. Ils considèrent enfin que l'existence des accords de monopole syndical n'est pas ou n'est plus justifiée dans une société démocratique. Ils renvoient notamment à la situation qui prévaut dans la grande majorité des autres Etats contractants, au fait qu'il n'y ait pas de clauses de monopole syndical dans le secteur public, ni en règle générale dans les entreprises membres d'organisations affiliées à la DA, et à l'exposé des motifs du projet de loi tendant à modifier la loi sur la protection des salariés contre le licenciement pour cause d'appartenance à une association soumis au Parlement en janvier 2003 puis en janvier 2005.

## 2. *Le Gouvernement*

45. Le Gouvernement soutient que, même si l'article 11 englobe dans une certaine mesure un droit d'association négatif, celui-ci ne saurait être considéré comme étant garanti à l'égal du droit d'association positif. Il évoque à cet égard le libellé de la disposition en cause ainsi que les travaux préparatoires y afférents.

46. Sur ce point, la jurisprudence de la Cour n'aurait pas changé depuis l'affaire *Young, James et Webster c. Royaume-Uni* (13 août 1981, série A n° 44). Ainsi, le droit d'association négatif garanti par l'article 11 ne protégerait contre le licenciement ou le retrait d'une licence pour un travail que dans les situations où l'obligation d'adhérer à un syndicat a été imposée *après* le recrutement de l'intéressé ou l'octroi à celui-ci d'une licence. Ce que cette personne savait au moment pertinent serait donc un élément déterminant. En l'occurrence, M. Sørensen savait parfaitement lors de son recrutement pour un emploi d'été que cette embauche était subordonnée à son adhésion à un syndicat affilié à la LO. Il ne pouvait donc légitimement s'attendre à pouvoir conserver son emploi auprès de FDB sans devenir membre du SID.

47. Le Gouvernement considère que la situation de M. Rasmussen doit être distinguée de celles examinées par la Cour dans de précédentes affaires portant sur la même question, dans la mesure où l'intéressé n'est pas confronté à un risque continu et direct de se retrouver sans travail à cause de l'état du droit interne. La part du marché de l'emploi concernée par les accords de monopole syndical étant inférieure à 53 % (paragraphe 32 ci-dessus), il suffirait au contraire à M. Rasmussen de rechercher du travail auprès d'un employeur non lié par un accord de monopole syndical.

48. Enfin, le Gouvernement plaide que les accords de monopole syndical sont compatibles avec la loi, qu'ils poursuivent un but légitime – la «protection des droits et libertés d'autrui» – et qu'ils sont justifiés au regard de l'article 11 § 2 de la Convention. Il ajoute à ce propos que les personnes concernées par de tels accords ne s'en trouvent pas empêchées de continuer à travailler. De plus, les Etats membres n'auraient pas une vision politique commune de la problématique de l'emploi, et au Danemark même le Parlement serait divisé sur la question des accords de monopole syndical. Compte tenu de ces considérations et eu égard au caractère sensible des questions sociales et politiques en jeu, il y aurait lieu de laisser aux Etats contractants une grande latitude. En bref, il serait plus approprié de traiter la question des accords de monopole syndical au niveau national.

### **B. Observations de la Confédération des syndicats danois («LO»)**

49. La Confédération des syndicats danois (paragraphe 7 ci-dessus), à laquelle sont affiliés dix-neuf syndicats regroupant 1,4 million d'adhérents, explique que les clauses de monopole syndical se rencontrent essentiellement dans les conventions collectives entre syndicats affiliés à la LO et petits employeurs non affiliés, dans les conventions collectives conclues par un certain nombre de gros employeurs non membres de la DA, et enfin dans quelques secteurs affiliés où il existe des problèmes particuliers. Selon la LO, les accords de monopole syndical sont très importants pour faire respecter les conventions collectives, garantir une concurrence loyale et lutter contre le travail non déclaré et contre le travail illicite. Leur interdiction serait préjudiciable au système danois des conventions collectives.

50. A court terme, la prohibition totale de ces clauses entraînerait uniquement une baisse – relativement modeste – du nombre d'adhérents que compte le mouvement syndical. Cela n'emporterait pas de conséquences particulièrement négatives pour le mouvement syndical ou à d'autres niveaux.

51. A moyen terme, l'interdiction des clauses de monopole syndical produirait des effets plus graves. Avant tout, il deviendrait difficile – et dans de nombreux cas impossible – de faire respecter les conventions collectives aux petits employeurs non affiliés. Cela affecterait au premier chef le nombre relativement élevé de salariés qui perdraient leurs droits acquis grâce aux conventions collectives, avec le risque pour les intéressés d'être sous-payés. Par ailleurs, les entreprises de taille importante ne seraient plus assurées de pouvoir maintenir la paix sociale dans la même mesure que lorsqu'elles étaient face à un mouvement syndical unique. Des

conflits stériles entre syndicats concurrents pourraient éclater. Tant les entreprises que les salariés risqueraient d'y perdre. De plus, les professions ayant des problèmes spécifiques ne pourraient plus se protéger contre les entorses aux conventions collectives. Cela vaudrait tout particulièrement pour la coiffure, qui pourrait connaître d'importantes difficultés. Globalement, à moyen terme, une interdiction totale des clauses de monopole syndical déboucherait inéluctablement, dans la pratique, sur l'impossibilité de lutter contre l'insuffisance des salaires dans certains secteurs et de garantir la paix sociale.

52. Les conséquences à plus long terme d'une interdiction totale de ces clauses seraient plus difficiles à prévoir parce qu'elles dépendraient d'une série de facteurs. Elles pourraient toutefois être considérables. Non seulement la difficulté de faire respecter les conventions collectives – dans les petites entreprises et dans certains secteurs particuliers – aurait un effet négatif sur les salariés, mais elle serait de plus assimilée à une situation de concurrence déloyale pour les entreprises qui ont des conventions collectives en vigueur et qui s'y conforment. Le préjudice serait évidemment variable d'une branche à l'autre, mais il est clair qu'à la longue certaines entreprises affiliées et respectueuses des conventions collectives seraient incapables de faire face à cette concurrence déloyale. Si le problème s'étendait, les conséquences n'en seraient que plus graves. Avant tout, cette situation engendrerait une tendance à la baisse des salaires, qui se propagerait à partir des secteurs couverts par des accords collectifs et pourrait avoir deux effets. Premièrement, il deviendrait plus difficile d'obtenir des augmentations salariales lors des négociations collectives. Deuxièmement, dans chaque secteur couvert par une convention collective, les salaires seraient proches du minimum prévu par celle-ci, alors qu'aujourd'hui de nombreux secteurs connaissent des niveaux de rémunération considérablement supérieurs au salaire minimum fixé par la convention collective applicable. Dans la réalité des choses, l'évolution des salaires serait influencée par l'intervention du législateur, ce qui serait contraire aux éléments fondamentaux du modèle danois, où l'amélioration des conditions de rémunération et de travail se négocie entre les partenaires sociaux. De plus, si la concurrence déloyale prenait autant d'ampleur qu'on peut le craindre, les employeurs seraient moins motivés pour adhérer à une association patronale. On pourrait donc raisonnablement s'attendre à une baisse du nombre d'employeurs affiliés. La portée des conventions collectives s'en trouverait diminuée. En outre, la motivation des salariés à adhérer à un syndicat serait amoindrie, dès lors que le principal service fourni par le mouvement syndical (les conditions prévues par les conventions collectives) ne pourrait plus être offert dans la même mesure. En résumé, à long terme une interdiction totale des clauses de monopole syndical présenterait à l'évidence des dangers bien réels: un effet négatif

sur l'application des conventions collectives, une diminution du taux – actuellement élevé – de syndicalisation, une réduction de la portée – actuellement étendue – des conventions collectives, et un impact sur l'évolution des salaires.

53. Sous l'effet combiné de ces répercussions possibles, les fondations du modèle danois – qui depuis plus de cent ans jouirait d'un large soutien politique – pourraient commencer à s'effondrer. Pour maintenir son niveau général de prospérité le Danemark devrait alors, dans un avenir prévisible, renoncer à s'en remettre principalement aux partenaires sociaux pour négocier les conditions de rémunération et de travail et laisser le Parlement intervenir davantage en la matière. Dès lors, un arrêt favorable aux requérants risquerait, au-delà de ses conséquences immédiates pour un certain nombre de salariés, de provoquer l'irruption de l'interventionnisme politique dans le modèle danois de marché du travail, ce qui ne profiterait ni aux salariés, ni aux employeurs, ni à la société danoise en général.

## C. Appréciation de la Cour

### 1. Principes généraux

54. Le droit de fonder des syndicats et de s'y affilier constitue un aspect particulier de la liberté d'association, et une certaine liberté de choix quant à l'exercice d'une liberté est inhérente à la notion de celle-ci (*Young, James et Webster*, précité, § 52). Il s'ensuit que l'article 11 de la Convention doit aussi être considéré comme consacrant un droit d'association négatif, autrement dit un droit à ne pas être contraint de s'affilier à une association (*Sigurður A. Sigurjónsson c. Islande*, 30 juin 1993, § 35, série A n° 264). Si contraindre quelqu'un à s'inscrire à un syndicat déterminé peut ne pas se heurter toujours à la Convention, une forme de contrainte qui dans une situation donnée touche à la substance même de la liberté d'association telle que la consacre l'article 11 porte atteinte à ladite liberté (*Gustafsson c. Suède*, 25 avril 1996, § 45, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-II; *Young, James et Webster*, précité, § 55; *Sigurður A. Sigurjónsson*, précité, § 36).

De plus, il faut également tenir compte dans ce contexte du fait que la protection des opinions personnelles offerte par les articles 9 et 10 compte parmi les objectifs de la garantie de la liberté d'association, et qu'une telle protection ne peut être assurée de manière effective que par la garantie d'un droit d'association positif et d'un droit d'association négatif (*Chassagnou et autres c. France* [GC], n°s 25088/94, 28331/95 et 28443/95, § 103, CEDH 1999-III; *Young, James et Webster*, précité, § 57; *Sigurður A. Sigurjónsson*, précité, § 37).

A cet égard, la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de la Convention. Cette notion doit donc être considérée comme un corollaire essentiel de la liberté de choix de l'individu implicite dans l'article 11, ainsi que comme un élément confirmant l'importance que revêt l'aspect négatif de cette disposition.

55. Les parties ont longuement examiné la question de savoir si en matière d'affiliation syndicale l'aspect négatif de la liberté d'association devait être garanti à l'égal de l'aspect positif. La Cour observe que jusqu'à présent elle n'a pas formellement pris position sur ce point (voir les arrêts *Young, James et Webster*, *Sigurður A. Sigurjónsson* et, dans un contexte différent, *Chassagnou et autres*, tous précités).

56. La Cour n'exclut pas en principe que les aspects négatifs et les aspects positifs du droit consacré par l'article 11 doivent bénéficier du même niveau de protection dans le domaine pertinent. Il est toutefois difficile de trancher *in abstracto* cette question, qui ne peut être examinée de façon adéquate qu'à la lumière des circonstances propres à une affaire donnée. Par ailleurs, on ne saurait considérer qu'une personne a renoncé à son droit d'association négatif dans une situation où, sachant que l'appartenance à un syndicat est une condition préalable pour s'assurer un emploi, elle accepte une offre d'emploi malgré son hostilité à la condition imposée. N'est donc pas défendable la distinction entre un accord de monopole syndical avant embauche et un accord de monopole syndical après embauche aux fins de déterminer l'étendue de la protection garantie par l'article 11. Tout au plus cette distinction peut-elle être regardée comme un aspect à prendre en compte dans l'appréciation des faits de la cause et de leur compatibilité avec la Convention.

57. Il convient également d'observer qu'aux termes de l'article 1 de la Convention chaque Etat contractant «reconn[ît] à toute personne relevant de [sa] juridiction les droits et libertés définis [dans] la (...) Convention». Cette obligation générale peut impliquer des obligations positives inhérentes à la garantie de l'exercice effectif des droits consacrés par la Convention. Ainsi, si l'article 11 vise essentiellement à protéger l'individu contre toute ingérence arbitraire des pouvoirs publics dans l'exercice des droits qu'il consacre, les autorités nationales peuvent dans certaines circonstances être contraintes d'intervenir dans les relations entre particuliers en prenant des mesures raisonnables et appropriées pour assurer le respect effectif de ces droits (voir, *mutatis mutandis*, *Young, James et Webster*, précité, § 49; *Gustafsson*, précité, § 45; *Wilson, National Union of Journalists et autres c. Royaume-Uni*, n<sup>os</sup> 30668/96, 30671/96 et 30678/96, § 41, CEDH 2002-V).

En l'espèce, les faits dénoncés par les requérants ne comportent aucune intervention directe de l'Etat. La responsabilité du Danemark serait

néanmoins engagée si ces faits résultaient d'un manquement de cet Etat à garantir aux intéressés, au travers du droit interne, la jouissance de leur droit d'association négatif.

58. La frontière entre les obligations positives et les obligations négatives de l'Etat au titre de l'article 11 ne se prête pas à une définition précise. Les principes applicables sont néanmoins comparables. Que l'on analyse l'affaire sous l'angle d'une obligation positive à la charge de l'Etat ou sous celui d'une ingérence des pouvoirs publics demandant une justification, les critères à appliquer ne sont pas différents en substance. Dans les deux cas, il faut avoir égard au juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société dans son ensemble (voir, *mutatis mutandis*, *Broniowski c. Pologne* [GC], n° 31443/96, § 144, CEDH 2004-V, et *Hatton et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 36022/97, §§ 98 et suiv., CEDH 2003-VIII).

Vu le caractère sensible des questions sociales et politiques qu'implique la recherche d'un juste équilibre entre les intérêts respectifs des salariés et des employeurs, et compte tenu du fort degré de divergence entre les systèmes nationaux à cet égard, les Etats contractants bénéficient d'une ample marge d'appréciation quant à la manière d'assurer la liberté syndicale et la possibilité pour les syndicats de protéger les intérêts professionnels de leurs membres (*Syndicat suédois des conducteurs de locomotives c. Suède*, 6 février 1976, § 39, série A n° 20; *Gustafsson*, précité, § 45; *Schettini et autres c. Italie* (déc.), n° 29529/95, 9 novembre 2000; *Wilson, National Union of Journalists et autres*, précité, § 44). C'est ainsi que la Cour n'a encore jamais condamné un Etat contractant pour n'avoir pas imposé à un employeur l'obligation de reconnaître un syndicat ou pour n'avoir pas proposé un système de négociation collective obligatoire (voir l'arrêt *Wilson, National Union of Journalists et autres*, précité, § 44, et les affaires qui y sont évoquées).

Toutefois, lorsque le droit interne d'un Etat contractant autorise la conclusion entre syndicats et employeurs d'accords de monopole syndical qui vont à l'encontre de la liberté de choix de l'individu inhérente à l'article 11, la marge d'appréciation doit être considérée comme réduite. La Cour rappelle à cet égard que, 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 minorités un juste traitement et qui évite tout abus d'une position dominante (*Young, James et Webster*, précité, § 63, et *Chassagnou et autres*, précité, §§ 112-113). Pour déterminer si un Etat contractant est resté dans les limites de sa marge d'appréciation en tolérant l'existence d'accords de monopole syndical, une importance particulière doit être attachée aux motifs avancés par les autorités pour justifier ces accords et – élément à apprécier au cas par cas – à leur degré d'empiètement sur les droits et intérêts protégés par l'article 11. Par



ailleurs, il faut tenir compte de l'évolution dans la perception de l'utilité des accords de monopole syndical pour garantir la jouissance effective de la liberté syndicale.

La Cour ne voit aucune raison de ne pas appliquer ces considérations de la même manière aux accords de monopole syndical avant embauche et aux accords de monopole syndical après embauche.

## *2. Application à l'espèce des principes susmentionnés*

59. La Cour recherchera si les requérants ont en fait été forcés à s'affilier à un syndicat donné et, dans l'affirmative, si la substance même du droit d'association négatif garanti par l'article 11 de la Convention s'en est trouvée atteinte. Elle rappelle que la présente affaire porte sur l'application aux requérants d'accords de monopole syndical avant embauche. Les intéressés savaient tous deux avant de prendre leurs fonctions respectives qu'il existait une obligation d'adhérer au SID, et que l'obtention et la conservation de leur emploi étaient subordonnées à cette condition. Le Gouvernement soutient que la situation des requérants différerait de celles précédemment examinées par la Cour, dans la mesure où il ne pouvait y avoir aucune incertitude dans l'esprit de MM. Sørensen et Rasmussen. Toutefois, aux yeux de la Cour, la circonstance que les intéressés aient accepté l'appartenance au SID comme une condition de travail parmi d'autres ne modifie pas notablement l'élément de contrainte inhérent au fait qu'ils ont dû adhérer à un syndicat contre leur gré. S'ils avaient refusé, ils n'auraient pas été recrutés. A cet égard, la Cour admet que les personnes qui postulent à un emploi sont souvent dans une situation de vulnérabilité qui les amène à tout faire pour se conformer aux conditions de travail proposées.

60. Le Gouvernement plaide également que les requérants auraient pu rechercher du travail auprès d'un employeur non partie à un accord de monopole syndical, la part du marché du travail couverte par des accords de ce type étant globalement inférieure à 10 %. Les accords de monopole syndical seraient en effet illicites dans le secteur public et l'on n'en signerait plus dans la partie du secteur privé où s'applique l'accord général entre la DA et la LO (paragraphe 22, 24 et 25 ci-dessus). La Cour partage cette analyse. Il reste toutefois à déterminer si l'application d'accords de monopole syndical aux requérants n'a pas eu néanmoins sur ces derniers des répercussions individuelles importantes.

61. Il n'est pas contesté que M. Sørensen aurait pu trouver un emploi d'été ailleurs, auprès d'un employeur non partie à un accord de monopole syndical. Les parties semblent par ailleurs convenir que, dès lors qu'à l'époque le requérant avait vingt et un ans, venait de terminer son service militaire et s'apprêtait à entamer des études universitaires, il

n'était pas à long terme tributaire de son emploi auprès de FDB, qui de toute façon n'aurait duré que dix semaines. Le Gouvernement estime que la situation de l'intéressé n'était pas comparable aux épreuves et aux graves conséquences auxquelles avaient été confrontées les personnes concernées, par exemple, dans les affaires *Young, James et Webster* et *Sigurður A. Sigurjónsson* susmentionnées. Il convient toutefois d'observer que M. Sørensen a été licencié sans préavis consécutivement à son refus de se conformer à l'obligation d'adhérer au SID, laquelle n'avait rien à voir avec son aptitude à s'acquitter des tâches liées à l'emploi en question ou sa capacité à s'adapter aux exigences du lieu de travail. De l'avis de la Cour, pareille conséquence peut passer pour grave et susceptible de toucher à la substance même de la liberté de choix inhérente au droit d'association négatif protégé par l'article 11 de la Convention.

62. Quant à M. Rasmussen, qui est né en 1959, il avait travaillé comme jardinier pendant de longues années. Il avait été membre du SID au milieu des années 80 mais s'en était retiré pour s'affilier au Syndicat chrétien. Le 17 mai 1999, après une période de chômage, il prit ses fonctions actuelles dans une pépinière après s'être réinscrit au SID, démarche sans laquelle il n'aurait pu obtenir l'emploi. Il est impossible de déterminer s'il serait resté au chômage s'il n'avait à l'époque accepté son emploi actuel, qui emportait l'obligation d'être membre du SID. La question de savoir si dans l'hypothèse de son retrait du SID il trouverait du travail ailleurs, auprès d'un employeur non partie à un accord de monopole syndical, relève de la spéculation. Ce qui est certain, en revanche, c'est que si M. Rasmussen quittait le SID il serait licencié sans possibilité de réintégration ou d'indemnisation, car ce licenciement serait conforme à la loi danoise sur la liberté d'association. De plus, bien que les accords de monopole syndical ne couvrent pas l'ensemble du secteur horticole, ils y sont néanmoins très répandus (paragraphe 22, 26, 30 et 32 ci-dessus). Dans ces conditions, la Cour estime que l'application à M. Rasmussen de l'accord de monopole syndical litigieux peut être considérée comme ayant sur l'intéressé des répercussions individuelles importantes.

63. S'agissant de savoir si les requérants ont été lésés dans leurs points de vue et opinions personnels (paragraphe 54 ci-dessus), il y a lieu de relever que l'un comme l'autre étaient hostiles à l'idée d'adhérer au SID parce qu'ils ne pouvaient souscrire aux positions politiques de ce syndicat (ni d'ailleurs à celles des autres syndicats affiliés à la LO). M. Sørensen a choisi d'adhérer au Syndicat libre du Danemark et M. Rasmussen souhaite se réaffilier au Syndicat chrétien. Le Gouvernement plaide que les requérants avaient la possibilité d'opter pour une sorte d'«adhésion apolitique» au SID ou à n'importe quel autre syndicat, en vertu de la loi sur les contributions privées en faveur de partis politiques et la publication des comptes des partis politiques (paragraphe 21 ci-dessus). Il convient toutefois d'observer que cette «adhésion apolitique» n'implique aucune

réduction de la cotisation due au syndicat concerné. En tout état de cause, rien ne garantit que ce type d'adhésion ne donne pas lieu à une forme de soutien indirect en faveur des partis politiques destinataires des contributions financières versées par le syndicat.

64. Dans ces conditions, la Cour conclut que les requérants ont tous deux été contraints de s'affilier au SID et que cette contrainte a touché à la substance même de la liberté d'association garantie par l'article 11 de la Convention.

65. Il reste à déterminer si le gouvernement défendeur, en autorisant l'usage des accords de monopole syndical litigieux, a failli en l'occurrence à garantir aux requérants la jouissance effective de leur droit d'association négatif, violant ainsi l'article 11 de la Convention. L'appréciation de la Cour doit être axée sur la question de savoir si un juste équilibre a été ménagé entre les intérêts des requérants et la nécessité de veiller à ce que les syndicats puissent lutter pour la protection des intérêts de leurs adhérents (paragraphe 58 ci-dessus).

66. La Cour prend acte des caractéristiques spécifiques du marché du travail danois, en particulier du fait que les relations entre employeurs et salariés sont régies par une combinaison d'accords (collectifs et individuels), de principes du droit du travail, de lois générales et de textes d'application (paragraphe 22 ci-dessus). De plus, les accords de monopole syndical correspondent à une pratique déjà ancienne au Danemark, même s'ils sont illicites dans le secteur public et que l'on n'en signe pas dans la partie du secteur privé où s'applique l'accord général entre la DA et la LO (paragraphe 22, 24, 25 et 60 ci-dessus). Ainsi, les accords de monopole syndical ne concernent à l'heure actuelle qu'environ 220 000 salariés, soit moins de 10 % de l'ensemble de la population active du Danemark.

67. En outre, le rapport de la commission créée pour examiner la question des accords de monopole syndical au Danemark indiquait notamment qu'eu égard à l'évolution générale de la société et du marché du travail la conclusion de tels accords était moins nécessaire qu'autrefois, le marché de l'emploi comportant désormais des syndicats et des organisations puissants et représentatifs. Il ajoutait que, comme les accords de monopole syndical n'existaient que dans une petite partie du marché du travail, une modification de la législation n'aurait qu'un impact marginal sur les taux de syndicalisation (paragraphe 23 et 24 ci-dessus).

68. En janvier 2003 puis en janvier 2005 (paragraphe 27 et 31 ci-dessus), le ministre de l'Emploi déposa au Parlement un projet de loi tendant à modifier la loi sur la protection des salariés contre le licenciement pour cause d'appartenance à une association. L'objet de ce texte était notamment de rendre illégale la conclusion à l'avenir

d'accords obligeant un employeur à employer exclusivement ou prioritairement des personnes membres d'une association, ou d'une association donnée. Dans l'exposé des motifs du projet, le gouvernement déclarait entre autres (paragraphe 28 ci-dessus) qu'«un salarié doit être libre de s'affilier à une association – tout comme il doit être libre de ne pas s'affilier – sans qu'il en résulte pour lui un risque de ne pas être recruté ou d'être licencié» et qu'il était «également inadmissible qu'une clause figurant dans une convention collective puisse empêcher un salarié ne souhaitant pas être membre d'une association, ou d'une association déterminée, d'obtenir ou de conserver un poste auprès d'un employeur, ou empêcher un employeur de tenir compte uniquement des qualifications du candidat».

69. Au début du mois de mai 2003, il apparut que le projet de loi ne recueillerait pas la majorité requise au sein du Parlement. Le texte fut donc retiré. Il fut à nouveau déposé en décembre 2004 et examiné par le Parlement en janvier 2005; là encore, il n'y eut pas de majorité favorable à une réforme législative (paragraphe 31 ci-dessus).

70. Il convient d'observer que ces initiatives législatives pour supprimer entièrement l'usage des accords de monopole syndical au Danemark reflètent la tendance qui se dessine dans les Etats contractants, consistant à estimer que ces accords ne sont pas indispensables pour la défense des intérêts des syndicats et de leurs adhérents et qu'il faut dûment tenir compte du droit de tout individu de s'affilier au syndicat de son choix sans avoir à craindre pour ses moyens d'existence. En fait, seuls un nombre très limité d'Etats contractants, dont le Danemark et l'Islande, autorisent encore la conclusion d'accords de monopole syndical (paragraphe 34 ci-dessus).

71. Il est vrai que, lors du débat national suscité par la question, la LO a exprimé son hostilité aux tentatives visant à éliminer les derniers secteurs où des accords de monopole syndical avant embauche continuaient de s'appliquer. La confédération a attiré l'attention sur les lourdes conséquences qu'entraînerait selon elle une interdiction des clauses de monopole syndical, et estimé en particulier qu'il deviendrait difficile, voire impossible, de faire respecter les conventions collectives aux petits employeurs non affiliés (paragraphe 51 ci-dessus). La Cour juge toutefois que ces préoccupations ont été adéquatement traitées par le ministre de l'Emploi, qui à la question n° 7 de la commission parlementaire a répondu que retirer une clause de monopole syndical d'une convention collective conclue avec un employeur non affilié ne changerait rien à la validité de cette convention et à la nécessité de s'y conformer (paragraphe 29 ci-dessus). Par ailleurs, d'après les informations dont dispose la Cour, les inquiétudes exprimées par la LO ne se sont concrétisées dans aucun des très nombreux Etats contractants qui ont totalement aboli les accords de monopole syndical.

72. La Cour observe également que la volonté du législateur danois de mettre un terme à l'usage des accords de monopole syndical dans le secteur privé est conforme à la manière dont la Charte sociale européenne de 1961 est appliquée à la question des accords de monopole syndical avant embauche. Ainsi, dans ses Conclusions XIV-1, XV-1 et XVI-1, le Comité européen des Droits sociaux estima que la loi danoise sur la protection des salariés contre le licenciement pour cause d'appartenance à une association enfreignait l'article 5 de la Charte sociale (paragraphe 35 ci-dessus), en conséquence de quoi le Comité gouvernemental de la Charte sociale européenne proposa qu'une recommandation fût adressée au Danemark. Certes, la majorité requise ne fut pas obtenue lors de la 740<sup>e</sup> réunion des Délégués des Ministres, en février 2001. En septembre 2002 toutefois, le gouvernement danois informa le Comité gouvernemental de son intention de déposer un projet de loi interdisant les accords de monopole syndical, de sorte que le comité décida d'attendre la prochaine évaluation du Comité européen des Droits sociaux. Par la suite, alors qu'il était apparu que le projet de loi ne recueillerait pas la majorité requise au Parlement et que le texte avait été retiré, le Comité européen des Droits sociaux déclara derechef que la loi danoise susmentionnée était contraire à l'article 5 de la Charte sociale européenne (Conclusions XVII-1 de mars 2004). En réponse, le gouvernement indiqua que dès que les conditions parlementaires seraient plus favorables il soumettrait à nouveau le projet de loi (paragraphe 35 ci-dessus).

73. Il convient également de mentionner la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, adoptée le 9 décembre 1989 par les chefs d'Etat et de gouvernement de onze Etats membres des Communautés européennes. Aux termes de ce texte, «tout employeur et tout travailleur a la liberté d'adhérer ou de ne pas adhérer à [des] organisations [professionnelles ou syndicales], sans qu'il puisse en résulter pour lui un dommage personnel ou professionnel» (paragraphe 37 ci-dessus).

74. L'article 12 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée à Nice le 7 décembre 2000 (2000/C 364/01) (paragraphe 37 ci-dessus), est consacré à la liberté de réunion et d'association. Les dispositions susmentionnées de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs sont évidemment importantes dans l'appréciation de la portée de l'article 12. L'on rappellera à cet égard que selon l'article 53 de la Charte de Nice aucune disposition de celle-ci ne doit être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et libertés fondamentales reconnus, dans leur champ d'application respectif, par le droit de l'Union, le droit international et les conventions internationales auxquelles sont parties l'Union, la Communauté ou tous les Etats

membres, et notamment la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que par les constitutions des Etats membres.

75. A la lumière de ce qui précède, il apparaît que les Etats contractants ne sont guère favorables au maintien des accords de monopole syndical et que les instruments européens évoqués ci-dessus indiquent clairement que l'usage de ces accords sur le marché de l'emploi n'est pas indispensable pour garantir la jouissance effective des libertés syndicales.

76. En conclusion, après avoir pesé l'ensemble des circonstances et des intérêts concurrents en présence, la Cour estime que l'Etat défendeur a manqué à protéger le droit syndical négatif des requérants.

77. Partant, il y a eu violation de l'article 11 de la Convention dans le chef des deux requérants.

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

78. L'article 41 de la Convention dispose :

«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

79. M. Sørensen réclame 164 000 couronnes danoises (DKK) (soit 22 077 euros (EUR)<sup>1</sup>) en réparation du licenciement abusif dont il estime avoir fait l'objet. Cette somme se décompose ainsi: 20 000 DKK pour la période de préavis et 144 000 DKK représentant les neuf mois de salaire dont la loi nationale sur la liberté d'association prévoit le versement à titre d'indemnité.

80. Le Gouvernement juge ce montant excessif.

81. La Cour observe que M. Sørensen s'est vu proposer un emploi d'été pour la période allant du 3 juin au 10 août 1996. Il a reçu son premier bulletin de salaire le 20 juin 1996 et a été licencié le 24 juin 1996 parce qu'il ne s'était pas conformé à l'obligation – associée à l'obtention de l'emploi – d'adhérer à un syndicat affilié à la LO. Le requérant n'ayant pas produit de bulletin de salaire ou d'autres documents susceptibles d'étayer ses prétentions, la Cour estime que la réalité du préjudice financier allégué n'est pas établie. Il lui apparaît toutefois raisonnable de considérer que l'intéressé a subi une perte de revenus. Statuant en équité,

---

1. Suivant le taux de change applicable au 3 juillet 2003, date de dépôt des prétentions.

la Cour juge qu'il y a lieu dans ces conditions d'accorder à M. Sørensen la somme de 2 000 EUR.

82. Constatant que les requérants n'ont déposé aucune demande pour préjudice moral, la Cour n'alloue aucune somme à ce titre.

## **B. Frais et dépens**

83. M. Sørensen demande au total 757 302 DKK (soit 101 543 EUR<sup>1</sup>), taxes comprises, pour les frais et dépens exposés dans le cadre de la procédure fondée sur la Convention. Il décompose cette somme comme suit :

i. 231 250 DKK, taxe sur la valeur ajoutée (TVA) comprise, pour le travail effectué par M. Lego Andersen en qualité de conseil dans la procédure devant la Cour ;

ii. 475 000 DKK, TVA comprise, pour le travail effectué par M. Jens Paulsen en qualité de conseil dans la procédure devant la Cour ;

iii. 26 360 DKK pour frais de traduction ;

iv. 6 164 DKK pour les frais de voyage et d'hébergement engagés par M. Lego Andersen à l'occasion de l'audience devant la Cour le 22 juin 2005 ;

v. 18 528 DKK pour les frais de voyage et d'hébergement exposés par M. Sørensen, M. Jens Paulsen et des représentants du Syndicat libre à l'occasion de l'audience susmentionnée.

84. M. Rasmussen demande une somme globale de 592 544 DKK taxes comprises (soit 79 596 EUR), plus 145 EUR pour les frais et dépens exposés dans le cadre de la procédure fondée sur la Convention, qu'il ventile comme suit :

i. 231 250 DKK, TVA comprise, pour le travail effectué par M. Lego Andersen en qualité de conseil dans le cadre de la procédure devant la Cour ;

ii. 330 000 DKK, TVA comprise, pour le travail effectué par M. Søren Juul en qualité de conseil dans le cadre de la procédure devant la Cour ;

iii. 6 164 DKK pour les frais de voyage et d'hébergement engagés par M. Lego Andersen à l'occasion de l'audience devant la Cour le 22 juin 2005 ;

iv. 8 144 DKK pour les frais de voyage et d'hébergement exposés par M. Søren Juul à l'occasion de l'audience susmentionnée ;

v. 5 662 DKK pour le billet d'avion que M. Rasmussen avait acheté pour venir à l'audience susmentionnée (dépense qui s'est révélée inutile, le requérant étant tombé malade) ;

---

1. Suivant le taux de change applicable au 8 août 2005, date de dépôt des prétentions.

vi. 11 324 DKK et 145 EUR pour les frais de voyage et d'hébergement engagés par deux représentants du Syndicat chrétien à l'occasion de l'audience susmentionnée.

85. Le Gouvernement estime que les prétentions des requérants au titre des frais et dépens sont exagérées, notamment pour ce qui concerne les honoraires réclamés par leurs conseils. Rapportées au salaire horaire moyen, les sommes en question correspondraient respectivement à 231 heures de travail pour M. Lego Andersen, 237 heures pour M. Jens Paulsen et 165 heures pour M. Søren Juul. De plus, M. Sørensen a obtenu l'aide judiciaire gratuite et est donc déjà certain de percevoir à ce titre, dans un premier temps, un montant plafonné à 40 000 DKK (soit 5 365 EUR). La loi danoise sur l'aide judiciaire (*Lov 1999-12-20 nr. 940 om retshjælp til indgivelse og førelse af klagesager for international klageorganer i henhold til menneskerettigheds-konventioner*) prévoit en effet la possibilité d'une aide judiciaire gratuite pour le dépôt d'une plainte et la procédure devant un organe international créé en vertu d'une convention sur les droits de l'homme. Le montant définitif que percevra le requérant au titre de cette loi n'a pas encore été déterminé. Quant à M. Rasmussen, il n'a pas cherché à bénéficier de ce dispositif.

86. Selon la jurisprudence constante de la Cour, l'allocation de frais et dépens au titre de l'article 41 présuppose que se trouvent établis leur réalité, leur nécessité et, de plus, le caractère raisonnable de leur taux (*Sunday Times c. Royaume-Uni (n° 1)* (article 50), 6 novembre 1980, § 23, série A n° 38).

87. Concernant les frais et dépens dont le remboursement est réclamé par M. Sørensen, la Cour estime que ces conditions sont remplies quant aux sommes figurant sous les points iii et iv (3 535 EUR et 827 EUR respectivement). Elle juge qu'elles le sont aussi en ce qui concerne le point v, sauf quant aux frais exposés par les représentants du Syndicat libre. Néanmoins, eu égard au moyen de transport utilisé en l'occurrence, elle retiendra l'intégralité du montant en question (2 484 EUR). Elle considère par contre que les montants demandés sous les points i et ii (honoraires réclamés par les avocats de M. Sørensen pour la présente affaire) sont excessifs. Compte tenu des informations dont elle dispose et des critères susmentionnés, elle alloue au requérant 15 000 EUR pour le travail effectué par M. Lego Andersen et 20 000 EUR pour celui accompli par M. Jens Paulsen. La Cour octroie donc à M. Sørensen 41 846 EUR, moins la somme de 5 365 EUR perçue par l'intéressé au titre de la loi sur l'aide judiciaire et celle de 2 783 EUR versée par le Conseil de l'Europe au titre de l'assistance judiciaire, soit en définitive 33 698 EUR. Elle rejette pour le surplus la demande de remboursement de ses frais et dépens présentée par l'intéressé.

88. S'agissant des frais et dépens réclamés par M. Rasmussen, la Cour estime que les conditions susmentionnées sont remplies quant aux



sommes figurant sous les points iii, iv et v (827 EUR, 1 092 EUR et 759 EUR respectivement). Elle considère par contre que les montants demandés sous les points i et ii (honoraires réclamés par les avocats de M. Rasmussen) sont excessifs. Compte tenu des informations dont elle dispose et des critères susmentionnés, elle octroie au requérant 15 000 EUR pour le travail effectué par M. Lego Andersen et 20 000 EUR pour celui accompli par M. Søren Juul. La Cour alloue donc à M. Rasmussen un montant de 37 678 EUR. Elle rejette pour le surplus la demande de remboursement de ses frais et dépens présentée par l'intéressé.

### C. Intérêts moratoires

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

### PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Dit*, par douze voix contre cinq, qu'il y a eu violation de l'article 11 de la Convention dans le chef de M. Sørensen;
2. *Dit*, par quinze voix contre deux, qu'il y a eu violation de l'article 11 de la Convention dans le chef de M. Rasmussen;
3. *Dit*, par douze voix contre cinq,
  - a) que l'Etat défendeur doit verser à M. Sørensen, dans les trois mois, les sommes suivantes, à convertir dans la monnaie nationale de l'Etat défendeur au taux applicable à la date du règlement :
    - i. 2 000 EUR (deux mille euros) pour dommage matériel, plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt ou de taxe,
    - ii. 33 698 EUR (trente-trois mille six cent quatre-vingt-dix-huit euros), TVA comprise, pour les frais et dépens exposés dans le cadre de la procédure devant la Cour;
  - b) qu'à compter de l'expiration dudit délai de trois mois et jusqu'au versement, ces montants seront à majorer d'un intérêt simple à un taux égal à celui de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne applicable pendant cette période, augmenté de trois points de pourcentage;
4. *Dit*, par quinze voix contre deux,
  - a) que l'Etat défendeur doit verser à M. Rasmussen, dans les trois mois, la somme de 37 678 EUR (trente-sept mille six cent soixante-dix-huit euros), TVA comprise, pour les frais et dépens exposés dans

le cadre de la procédure devant la Cour. Cette somme sera à convertir dans la monnaie nationale de l'Etat défendeur au taux applicable à la date du règlement ;

b) qu'à compter de l'expiration dudit délai de trois mois 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 ;

5. *Rejette*, à l'unanimité, les demandes de satisfaction équitable des deux requérants pour le surplus.

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 11 janvier 2006.

Lawrence Early  
Greffier adjoint

Luzius Wildhaber  
Président

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

- opinion en partie dissidente commune aux juges Rozakis, Bratza et Vajić ;
- opinion dissidente du juge Zupančič ;
- opinion dissidente du juge Lorenzen.

L.W.  
T.L.E.

## OPINION EN PARTIE DISSIDENTE COMMUNE AUX JUGES ROZAKIS, BRATZA ET VAJIĆ

(Traduction)

1. La thèse qui sous-tend le grief des deux requérants consiste à dire que les accords d'adhésion syndicale ou de monopole syndical – lesquels dans la grande majorité des États contractants n'ont jamais existé ou ont cessé d'exister – ne peuvent plus se justifier dans une société démocratique et que leur existence est incompatible avec le droit à la liberté d'association garanti par l'article 11 de la Convention. Cependant, comme la Cour l'a souligné dans l'affaire *Young, James et Webster c. Royaume-Uni* (13 août 1981, § 53, série A n° 44), il ne lui appartient pas d'apprécier au regard de la Convention un système de monopole syndical en tant que tel, ni d'exprimer une opinion sur toute répercussion ou forme de contrainte à laquelle il peut aboutir. Il lui faut plutôt examiner les incidences du système ainsi que l'impact d'un accord d'adhésion syndicale sur une personne donnée compte tenu des faits de la cause. Vu les circonstances de la présente affaire, nous estimons comme la majorité qu'il y a eu violation des droits de M. Rasmussen au regard de l'article 11 ; toutefois, nous ne saurions nous rallier à l'avis de la majorité lorsqu'elle conclut qu'il y a aussi eu violation de cette disposition dans le chef de M. Sørensen.

2. L'arrêt expose de façon complète les principes généraux issus de la jurisprudence de la Cour quant à l'application de l'article 11 dans le contexte des accords d'adhésion syndicale. Nous nous prononçons comme la majorité sur les points suivants :

i. les faits dénoncés dans la présente affaire concernent non pas une intervention directe de l'État dans la liberté d'association des requérants, mais l'exécution par l'État de son obligation positive de protéger, au travers de son droit interne, la jouissance effective de leurs droits au regard de l'article 11, ce qui inclut le point de savoir si un juste équilibre a été ménagé par ce droit interne entre les intérêts concurrents des individus concernés et de la société dans son ensemble ;

ii. la question de savoir si le droit de ne pas être contraint à adhérer à un syndicat doit bénéficier du même niveau de protection en vertu de l'article 11 que le droit d'adhérer à un syndicat est une question que l'on ne peut trancher *in abstracto* mais qu'il faut examiner à la lumière des circonstances propres à une affaire donnée ;

iii. contrairement à ce qui a été affirmé par le gouvernement défendeur, la protection offerte par l'article 11 ne se limite pas aux situations où l'obligation d'adhérer à un syndicat a été imposée après le recrutement de l'intéressé (comme dans l'affaire *Young, James et Webster*)

ou l'octroi à celui-ci d'une licence (comme dans l'affaire *Sigurður A. Sigurjónsson c. Islande*, 30 juin 1993, série A n° 264). Si les affaires tranchées précédemment par la Cour portaient toutes sur ce que l'on appelle dans le présent arrêt des accords de monopole syndical «après embauche» – par opposition aux accords «avant embauche» –, nulle raison de principe ne justifierait que la protection offerte par l'article 11 se limitât à la première catégorie pour exclure la seconde. Toutefois, comme la majorité l'a relevé, le fait que l'appartenance à un syndicat donné ait été présentée expressément comme une condition préalable pour s'assurer un emploi est un aspect que la Cour prend en compte dans l'appréciation des faits de la cause et de leur compatibilité avec la Convention.

3. En concluant, dans l'affaire *Young, James et Webster*, qu'il y avait eu violation de l'article 11, la Cour déclara que si contraindre quelqu'un à s'inscrire à un syndicat déterminé peut ne pas se heurter toujours à la Convention, une forme de contrainte qui dans une situation donnée touche à la substance même de la liberté d'association telle que la consacre l'article 11 porte atteinte à ladite liberté. En constatant que dans le cas des trois requérants ce niveau de gravité avait été atteint, la Cour souligna que la menace de renvoi non seulement impliquait la perte de moyens d'existence mais que de plus elle pesait sur des personnes engagées avant l'introduction de toute obligation de s'affilier à un syndicat donné. En outre, la Cour releva qu'aucun des requérants ne jouissait d'une liberté de choix effective quant au syndicat auquel il pourrait éventuellement souhaiter adhérer, et que deux des personnes concernées étaient hostiles, pour des raisons de conscience, aux lignes de conduite, actions ou orientations politiques du syndicat en question.

4. Contrairement aux requérants dans l'affaire *Young, James et Webster*, MM. Sørensen et Rasmussen savaient tous deux avant de prendre leurs fonctions respectives qu'il existait une obligation d'adhérer au SID et que l'obtention et la conservation de leur emploi étaient subordonnées à cette condition. Selon la majorité, le fait que les deux intéressés aient accepté l'appartenance au SID comme une condition de travail parmi d'autres ne modifie pas notablement l'élément de contrainte inhérent au fait qu'ils ont dû adhérer à un syndicat contre leur gré, dès lors que s'ils avaient refusé ils n'auraient pas été recrutés. Sur ce point précis, nous nous écartons de la majorité, car il y a pour nous une très nette différence au niveau du degré de contrainte subi par l'un et l'autre requérant.

5. M. Rasmussen, qui avait travaillé comme jardinier pendant de longues années, prit ses fonctions actuelles dans une pépinière en 1999, après avoir connu une période de chômage. Il n'est pas contesté que le secteur danois des jardins et de l'horticulture est l'un de ceux où les accords de monopole syndical existent et sont qui plus est répandus.

L'étendue précise de ces accords dans le secteur en question est en litige entre les parties. Selon les estimations du Gouvernement, la part des salariés du secteur couverts par de tels accords se situe entre 39 % et 53 %. D'après le requérant, ces chiffres faussent les choses et ne permettent pas de faire la distinction entre différentes catégories de professionnels, à savoir les jardiniers paysagistes, les jardiniers travaillant en serre et les jardiniers de production; suivant ses propres estimations, environ 80 % des salariés des deux dernières catégories, dont il relève, sont couverts par des accords de monopole syndical. Il est vrai, comme le souligne le juge Lorenzen dans son opinion dissidente, que le requérant n'a pas fourni de renseignements sur les difficultés personnelles éventuellement rencontrées pour trouver dans sa branche un emploi non soumis à un accord de monopole syndical ou sur le nombre d'emplois disponibles non soumis à un tel accord et se trouvant à une distance raisonnable de son domicile. Toutefois, nous estimons comme la majorité que l'absence de telles informations n'est pas déterminante. Comme le souligne l'arrêt, ce qui est certain c'est que si M. Rasmussen quittait le SID en raison de ses convictions personnelles, il serait licencié sans possibilité de réintégration ou d'indemnisation, et sans perspective – et encore moins de certitude – réelle de trouver un autre emploi de jardinier de serre ou de production qui ne le contraigne à se réaffilier au syndicat en question. Cette menace de licenciement et le risque de perte des moyens d'existence qui s'ensuivrait s'analysent à notre avis en une forme grave de contrainte ayant touché à la substance même du droit garanti par l'article 11. De plus, pour les raisons exposées dans l'arrêt, nous considérons que le droit interne n'a pas préservé un juste équilibre entre les intérêts concurrents et n'a pas protégé de façon adéquate le droit d'association négatif de M. Rasmussen.

6. Le cas de M. Sørensen nous semble nettement différent, et ici notre point de vue est très proche de celui exprimé dans l'opinion dissidente du juge Lorenzen. Comme notre confrère l'a observé, M. Sørensen n'a pas postulé pour un emploi permanent mais recherchait simplement un emploi d'été avant d'entamer ses études universitaires. Il n'était pas à long terme tributaire de son emploi auprès de FDB, qui de toute façon n'aurait duré que dix semaines. Nul ne conteste qu'il n'aurait eu aucun mal à trouver un emploi similaire non soumis à une obligation d'appartenance syndicale, soit avant d'accepter l'emploi offert par FDB, soit après avoir été licencié par l'entreprise. Il est vrai, comme le relève l'arrêt, que le licenciement de M. Sørensen n'avait rien à voir avec son aptitude à s'acquitter des tâches liées à l'emploi en question ou sa capacité à s'adapter aux exigences du lieu de travail; nous ne saurions toutefois conclure que l'obligation d'adhérer au SID était, dans les circonstances de l'affaire,

susceptible de toucher à la substance même de la liberté de choix inhérente au droit d'association négatif. Dès lors, nous estimons qu'il n'y a pas eu manquement de l'Etat défendeur à protéger les droits du requérant au regard de l'article 11 de la Convention.

## OPINION DISSIDENTE DU JUGE ZUPANČIČ

(Traduction)

A l'opinion dissidente du juge Lorenzen, à laquelle je souscris, je souhaite ajouter les commentaires qui suivent.

En principe, le droit de se «désassocier» ou le droit d'association négatif – quelle que soit l'appellation retenue pour ce droit de *ne pas appartenir* – dérive d'une logique simple et symétrique et fait pendant au droit d'appartenir à une association. Toutefois, il y a beaucoup de situations où la liberté de ne pas s'affilier n'existe pas, par exemple pour une personne souhaitant exercer une profession libérale (avocat, médecin, psychothérapeute, etc.) ou posséder un appartement dans un immeuble en copropriété, et de nombreux autres cas où il existe une *necessitas contrahendi* mais pas forcément un sincère *animus contrahendi*.

Ainsi, qui regarde au-delà de la symétrie apparemment totale s'aperçoit que l'analogie ne mène pas bien loin.

Pour les raisons que le juge Lorenzen a exposées de façon exhaustive, la situation danoise – spécifique et ancrée dans l'histoire – sur laquelle nous nous sommes penchés en l'espèce a des implications qui vont au-delà de la grande marge d'appréciation reconnue à l'Etat contractant en question. Les syndicats défendent les intérêts économiques du travailleur individuel, dont la position sur le marché de l'emploi puis la situation contractuelle consécutive vis-à-vis de l'employeur résultent du poids collectif de l'association. Un travailleur individuel (voire individualiste) peut ne pas vouloir s'affilier alors que les conditions particulières qui s'attachent à son emploi du moment sont le fruit de plusieurs décennies de négociation collective. Ce travailleur peut-il récolter les avantages (économiques et autres), accepter l'emploi, puis déclarer qu'il ne veut pas être membre du syndicat même qui, par ses efforts passés, a rendu tout cela possible pour lui?

Cette incohérence, sur le plan de la logique, est à mettre en balance avec l'intérêt légitime d'un travailleur à être libre de ne pas souscrire aux implications non économiques (idéologiques ou autres) de son adhésion au syndicat. Sans parler du fait que cette mise en balance est restée implicite dans la décision de la majorité, je pense que l'on a attaché une importance excessive (insuffisamment nuancée) à cette dernière considération.

Il se pourrait qu'un intérêt économique collectif de taille pour les travailleurs ait été sacrifié à une préférence individuelle sans grande importance. Eu égard à cette possibilité, je préférerais que l'impact de l'arrêt demeure *inter partes*.

## OPINION DISSIDENTE DU JUGE LORENZEN

(Traduction)

1. La majorité a jugé qu'il y avait eu violation de l'article 11 de la Convention dans le chef des deux requérants. Pour les raisons exposées ci-après, je ne puis me rallier à ses conclusions.

2. Jusqu'à présent, la jurisprudence de la Cour n'a pas précisé quelle était la portée de l'article 11 en ce qui concerne la protection du droit d'association « négatif ». Comme l'indique le paragraphe 33 de l'arrêt, il ressort des travaux préparatoires de la Convention que les Etats membres n'étaient pas disposés à l'époque à accepter l'insertion dans la Convention d'une disposition modelée sur l'article 20 § 2 de la Déclaration universelle des Nations unies qui eût expressément consacré le droit de ne pas faire partie d'une association, la raison de leur opposition à cette approche étant l'existence du « système du closed shop » dans certains pays. Dans l'affaire *Young, James et Webster c. Royaume-Uni* (13 août 1981, § 52, série A n° 44), la Cour déclara que, quand bien même une règle générale semblable à celle de l'article 20 § 2 de la Déclaration universelle ne pourrait être réputée consacrée en soi par la Convention, il n'en résulterait pas que l'aspect négatif de la liberté d'association de chacun sorte complètement du domaine de l'article 11 de la Convention, ni que contraindre à s'inscrire à un syndicat déterminé cadre toujours avec l'esprit de cette disposition. Le fait qu'un droit d'association négatif soit protégé par l'article 11, du moins dans une certaine mesure, a été confirmé par la jurisprudence ultérieure de la Cour ; toutefois, comme la majorité l'a – à juste titre – souligné, la Cour jusqu'à présent n'a pas formellement pris position sur la question de savoir si l'aspect négatif et l'aspect positif du droit à la liberté d'association devaient bénéficier du même niveau de protection (voir en particulier l'arrêt *Sigurður A. Sigurjónsson c. Islande*, 30 juin 1993, § 35, série A n° 264). J'approuve l'avis de la majorité selon lequel il est difficile de trancher *in abstracto* cette question, qui ne peut être examinée de façon adéquate qu'à la lumière des circonstances propres à une affaire donnée.

3. La présente affaire porte sur l'usage d'accords de monopole syndical entre, d'une part, le syndicat SID (aujourd'hui 3F) et la société FDB (qui est la COOP, société coopérative danoise) et, d'autre part, le SID et une pépinière privée. Les deux requérants savaient, avant d'accepter des postes auprès de leurs employeurs respectifs, que l'appartenance au SID était une condition pour être recruté. La majorité a déclaré à juste titre que l'article 11 vise essentiellement à protéger l'individu contre toute ingérence arbitraire des pouvoirs publics et que les faits dénoncés dans la présente affaire ne comportent aucune intervention directe de l'Etat



défendeur (paragraphe 57 de l'arrêt). En conséquence, une violation de cet article ne peut être constatée que s'il est établi que l'Etat a manqué à son obligation positive de garantir la jouissance effective du droit des requérants d'être partie à un contrat de travail avec un employeur privé sans être confrontés à l'obligation d'adhérer à un syndicat déterminé.

En l'état actuel de sa jurisprudence, la Cour n'a statué sur la portée de l'article 11 que dans des circonstances distinctes. Ainsi, l'affaire *Young, James et Webster* portait sur la mise en œuvre d'un accord de monopole syndical qui n'existait pas encore à la date où les requérants avaient été recrutés. Dans l'affaire *Sibson c. Royaume-Uni* (20 avril 1993, série A n° 258), un accord de monopole syndical n'était jamais entré en vigueur, mais le requérant avait été forcé à quitter son emploi en raison d'une obligation d'adhérer à un syndicat qui n'existait pas au moment de son recrutement. L'affaire *Sigurður A. Sigurjónsson* est également à distinguer des autres, car dans celle-ci l'obligation pour le requérant d'être membre de la Frami était prévue par la loi. Dans cette dernière affaire, il y avait une ingérence directe de l'Etat dans la liberté d'association. De plus, l'obligation n'avait été imposée légalement qu'après obtention par le requérant de sa licence pour exploiter un taxi.

En s'appuyant sur cette jurisprudence, le Gouvernement a affirmé que l'article 11 ne protège contre les accords de monopole syndical que si l'obligation d'adhérer à un syndicat a été imposée après le recrutement de l'intéressé, soit parce que l'obligation n'existait pas au moment du recrutement, soit parce que l'intéressé n'en a été informé que plus tard. Je conviens avec la majorité qu'une telle limitation de l'étendue de la protection du droit de ne pas être contraint d'adhérer à un syndicat ne saurait être inférée de la jurisprudence de la Cour. Il ressort des précédents arrêts que l'examen de la Cour s'est limité aux circonstances de chaque cas, de sorte qu'il ne serait pas justifié de conclure que la Cour a eu l'intention d'exclure la protection du droit d'association négatif dans d'autres cas tels que, par exemple, la présente affaire. En outre, j'approuve l'avis de la majorité selon lequel il n'y a pas lieu d'établir une distinction de principe, s'agissant de l'étendue de la protection garantie par l'article 11, entre les accords de monopole syndical avant embauche et les accords de monopole syndical après embauche. Ce qui importe, c'est de savoir si les critères qui dans la jurisprudence de la Cour ont été déterminants dans le constat de violation du droit d'association négatif s'appliquent de la même manière aux circonstances de la présente espèce. Dans les arrêts susmentionnés, l'une des conditions pour constater une violation était que le requérant ait subi une forme de traitement qui « touche à la substance même de la liberté d'association ».

4. Pour déterminer si un Etat contractant a satisfait à une obligation positive découlant de la Convention, la Cour doit rechercher si un juste équilibre a été ménagé entre les intérêts concurrents de l'individu et de

la société dans son ensemble; or elle a toujours admis que dans la recherche de cet équilibre les Etats contractants doivent bénéficier d'une certaine latitude. L'étendue de cette latitude dépend de la question qui se pose sous l'angle de la Convention. La majorité a raison d'affirmer qu'en ce qui concerne les relations sur le marché du travail la Cour a toujours dit que les Etats contractants bénéficient d'une ample marge d'appréciation (paragraphe 58 de l'arrêt). La majorité a toutefois modifié cette jurisprudence constante, puisque la marge d'appréciation dans le domaine des accords de monopole syndical est désormais considérée comme «réduite». Pour justifier ce changement, elle se réfère à la nécessité dans une démocratie d'établir «un équilibre qui assure aux minorités un juste traitement et qui évite tout abus d'une position dominante». Dans l'affaire *Young, James et Webster*, la Cour s'était appuyée sur un argument semblable, mais uniquement en tant que principe à prendre en compte lors de l'appréciation de la nécessité d'une ingérence dans le droit à la liberté d'association.

Je ne vois pas comment un tel principe – quelle que soit sa pertinence dans d'autres contextes – pourrait constituer un argument convaincant pour renforcer l'intervention de la Cour dans l'appréciation de questions sociales et politiques délicates comme celles qui sont en jeu dans la présente affaire. Quoi qu'il en soit, ce principe n'est pas le seul à prendre en compte pour déterminer l'étendue du contrôle de la Cour en la matière. Il se peut que d'autres principes indiquent la direction opposée. A cet égard, la majorité semble avoir négligé un élément auquel il faut à mes yeux accorder de l'importance: les accords de monopole syndical, comme ceux en cause dans la présente affaire, sont conclus entre parties contractantes privées, et obliger les Etats contractants à interdire de tels contrats dans l'intérêt de tiers porte atteinte au droit d'autrui à la liberté contractuelle. A mon sens, la Cour doit veiller à ne pas aller trop loin en imposant aux Etats contractants son propre avis sur la manière de résoudre les conflits d'intérêts entre particuliers. Je n'exclus pas qu'une ingérence puisse dans certaines circonstances être nécessaire aux fins de protéger le droit d'association négatif d'un individu, par exemple contre l'abus d'une position dominante; toutefois, pareille ingérence ne doit avoir lieu que si sans cela une atteinte grave aux intérêts de cette personne risque de se produire.

5. La majorité a conclu que les deux requérants avaient dû adhérer à un syndicat contre leur gré dès lors que dans le cas contraire ils n'auraient pas été recrutés, et que les accords de monopole syndical avaient eu sur eux des répercussions individuelles importantes en ce qu'ils s'exposaient au licenciement en cas de refus de satisfaire à la prescription en question.

A mon avis, les circonstances de la présente affaire ne peuvent justifier une telle conclusion. Certes, l'obligation d'adhérer à un syndicat déterminé constituait une «contrainte» en ce que les requérants

n'auraient pas été recrutés ou auraient par la suite été licenciés s'ils avaient refusé de s'y conformer.

Toutefois, il est loin d'être inhabituel qu'un individu recherchant un emploi soit « contraint » d'accepter des obligations qui sont contraires par exemple à ses opinions personnelles ou qui constituent une ingérence dans sa vie privée ou familiale (voir, *mutatis mutandis*, *Dahlab c. Suisse* (déc.), n° 42393/98, CEDH 2001-V, concernant l'obligation faite à une enseignante de renoncer au port du foulard, et *Madsen c. Danemark* (déc.), n° 58341/00, 7 novembre 2002, au sujet de l'obligation de se prêter à des analyses d'urine inopinées aux fins de la détection d'alcool, de drogues ou d'autres substances toxiques). Par ailleurs, il est relativement normal que le non-respect de telles prescriptions puisse déboucher sur le licenciement. Pareille situation ne soulève pas en soi une question sous l'angle de la Convention – en particulier s'il s'agit d'un emploi dans le secteur privé –, dès lors que la Convention ne consacre pas un droit d'obtenir un emploi et que l'individu concerné est libre de rechercher un travail ailleurs.

La situation peut néanmoins être différente lorsqu'un individu est contraint d'accepter une atteinte à une liberté garantie par la Convention parce que dans le cas contraire il s'expose à de dures épreuves, par exemple lorsqu'il n'a pas de perspectives raisonnables de trouver dans sa branche professionnelle un emploi non associé à l'obligation en question ou lorsqu'un changement d'emploi entraînerait des désagréments considérables. Ainsi, dans l'affaire *Young, James et Webster*, la Cour a conclu à la violation de l'article 11 parce que l'obligation d'adhérer à un syndicat sous peine de licenciement impliquait une perte des moyens d'existence pour les requérants, dont certains avaient été recrutés bien avant la mise en place de l'obligation. La situation était similaire dans l'affaire *Sigurður A. Sigurjónsson*, où le requérant risquait de perdre sa licence pour exploiter un taxi s'il ne se conformait pas à l'obligation d'être membre de la Frami. En revanche, dans l'affaire *Sibson*, le requérant n'était pas exposé au risque d'un licenciement impliquant une perte de ses moyens d'existence, car il pouvait être muté vers un autre lieu de travail dépendant du même employeur.

Pour déterminer si une obligation d'adhérer à un syndicat sous peine de licenciement a des répercussions importantes sur un individu, il faut se baser sur les circonstances propres à l'affaire. Tout en convenant avec la majorité que la distinction entre accord de monopole syndical avant embauche et accord de monopole syndical après embauche n'est pas en soi déterminante s'agissant de l'étendue de la protection offerte par l'article 11, j'estime raisonnable de penser que l'on peut plus facilement juger qu'un individu subit des répercussions importantes s'il est contraint de quitter un emploi à cause d'un accord de monopole syndical conclu des

années après son recrutement, que s'il est licencié peu après son embauche parce qu'il refuse d'adhérer à un syndicat alors même qu'il savait que son recrutement était subordonné à cette affiliation.

6. M. Sørensen n'a pas postulé pour un emploi permanent mais recherchait simplement un emploi d'été avant d'entamer ses études universitaires. Trois semaines après son recrutement, il informa son employeur qu'il ne voulait pas adhérer au SID; il fut renvoyé le lendemain. Il n'est pas contesté que l'intéressé n'aurait eu aucun mal à trouver un autre emploi similaire, soit avant d'accepter le poste auprès de FDB, soit après son licenciement. Dans ces conditions, je ne pense pas qu'il ait subi une réelle épreuve ou que dans cette affaire il se soit trouvé dans une situation pire que celle du requérant dans l'affaire *Sibson*. Conclure que M. Sørensen a subi des «répercussions importantes» reviendrait à mon avis à retirer tout contenu raisonnable à ce critère.

M. Rasmussen exerce le métier de jardinier. En mai 1999, après une période de chômage, il prit ses fonctions dans une pépinière, où il travaille toujours. Le secteur jardinier et horticole est l'un de ceux où l'on trouve des accords de monopole syndical. Toutefois, on est loin de savoir précisément dans quelle mesure ce secteur est couvert par de tels accords. Selon une estimation du Gouvernement, entre 39 % et 53 % des emplois y seraient concernés. Le requérant ne conteste pas ces chiffres en tant que tels, mais affirme qu'il convient de distinguer trois catégories de jardiniers et précise que lui-même n'est qualifié pour obtenir un emploi que dans une seule d'entre elles, où le pourcentage d'emplois couverts par des accords de monopole syndical est selon lui plus élevé, avoisinant probablement les 80 %. Cependant, il n'a pas donné d'informations plus précises à l'appui de sa thèse. Il n'a pas davantage fourni de renseignements sur ses difficultés personnelles pour trouver un emploi, notamment sur la durée de sa période de chômage, sur le nombre d'emplois auxquels il avait le cas échéant postulé avant d'être recruté par son employeur actuel, sur le point de savoir s'il a par la suite recherché un travail non soumis à un accord de monopole syndical, ou sur le nombre d'emplois disponibles non soumis à un tel accord et se trouvant à une distance raisonnable de son domicile. Dans ces conditions, je ne puis admettre que M. Rasmussen a montré que les accords de monopole syndical avaient réduit ses chances de trouver un emploi au point qu'il puisse être considéré comme ayant subi des répercussions importantes.

7. Puisque j'estime que les accords de monopole syndical n'ont eu de répercussions importantes sur aucun des deux requérants, je n'ai pas besoin de rechercher si ceux-ci ont été lésés dans leurs idées et opinions personnels au point que ces accords auraient touché à la substance même de la liberté d'association. Par ailleurs, je juge superflu d'exprimer un avis sur la question de savoir si les accords de monopole syndical – à supposer

qu'ils aient eu des répercussions importantes sur les requérants – étaient justifiés au regard du juste équilibre à ménager entre les intérêts des requérants et la nécessité de veiller à ce que les syndicats puissent lutter pour la protection des intérêts de leurs adhérents.



MIZZI v. MALTA  
(*Application no. 26111/02*)

FIRST SECTION

JUDGMENT OF 12 JANUARY 2006<sup>1</sup>

---

1. English original. Extracts.





SUMMARY<sup>1</sup>**Inability to challenge legal presumption of paternity****Article 8**

*Private life – Family life – Inability to challenge legal presumption of paternity – Positive obligations – Necessary in a democratic society – Proportionality – Margin of appreciation – Protection of legal certainty of family relationships – Biological and social reality – Scientific evidence*

\*  
\*   \*

In 1966 the applicant's wife became pregnant. The following year, after the couple had separated *de facto*, she gave birth to a daughter, Y. The applicant was registered as her natural father. In 1968 the couple were declared legally separated. Under Article 70 of the Civil Code, as in force at the time, a husband could only repudiate a child if he proved that it had been physically impossible for him to cohabit with the mother or that they had been legally separated during the possible period of conception. A husband could not repudiate a child on the ground of adultery, except where the birth had been concealed from him, in which case he had to prove both the adultery and the concealment as well as any other circumstances tending to show that he was not the father of the child. An action for repudiating a child had to be lodged within three months from the date of the birth if the husband was then in Malta. As the applicant had been cohabiting with his wife at the time of Y's conception and had been aware of her birth, he could not bring such an action.

Following amendments to the Civil Code in 1993, a husband may repudiate a child conceived in wedlock if he proves that his wife committed adultery during the possible period of conception or that she concealed the pregnancy and the birth of the child, and further produces evidence of any other fact (including genetic and scientific tests and data) that tends to exclude such paternity. The action should be brought within six months from the date of the child's birth.

A DNA test carried out in the early 1990s had established, in the applicant's submission, that he was not Y's father. In 1996 he lodged an application with the Civil Court seeking a declaration that, notwithstanding the provisions of the Civil Code, he had a right to proceed with an action for disavowal of paternity. He considered that the lack of any remedy in that respect violated, *inter alia*, Article 8 of the Convention, as interpreted by the European Court in *Kroon and Others v. the Netherlands* (judgment of 1994). The Civil Court granted the application, finding that the Civil Code had never allowed him to adduce scientific and genetic evidence to prove that the child borne by his former wife was not in fact his daughter.

---

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

The first-instance court's judgment was subsequently set aside by the Constitutional Court. It observed that even before the 1993 amendments the Civil Code had not precluded the taking of genetic and scientific tests to establish whether or not a person was the father of a child. It had provided that adultery alone was an insufficient basis for bringing an action to repudiate paternity, the presence of another element being necessary, namely that the birth had been concealed from the person legally designated as the father. Only after this circumstance had been established could the presumed father produce other evidence such as scientific material. The reason for this limitation of the right to proceed with an action for repudiation had been the primacy given to the status of legitimacy. This *ratio legis* had remained unchanged even after the 1993 amendments, which allowed a husband to repudiate a child on the basis of adultery and scientific tests even if the birth had not been concealed from him. The applicant was in reality claiming a right to determine paternity uniquely on the basis of biological certainty resulting from scientific proof, independently of any other requirement imposed by the legislator and without any time-limit. It was true that scientific tests, whose results were apparently ascertainable and accessible, could be the most conclusive; however, in the Constitutional Court's view, this was not a good reason to exclude certainty reached by means of other evidence. The facts in *Kroon and Others* had been completely different, and in *Rasmussen v. Denmark* (judgment of 1984) the European Court had considered the introduction of time-limits for the institution of paternity proceedings to be justified by the desire to ensure legal certainty and to protect the interests of the child, and consequently found no violation of Article 8 of the Convention. It had confirmed that approach, in particular, in *Yildirim v. Austria* (decision of 1999). In the Constitutional Court's view, the interest in having biological and social reality prevail over legal presumptions had to be balanced against equally valid principles and values such as the interests of the offspring, the identity of the family nucleus and the stability of society. This vindicated the right of the State to impose, within its margin of appreciation, certain limits on the use of an action to deny paternity, which the Constitutional Court could review only if they amounted to serious interference with the husband's fundamental rights.

#### *Held*

Article 8: The Court's task was to examine whether the respondent State, in handling the applicant's action for disavowal of paternity, had complied with its positive obligations under this Article. The 1993 amendments to the Civil Code had afforded a right to contest paternity on the basis of scientific evidence and proof of adultery. As it had not been possible for the applicant to lodge such an action within six months of Y's birth, the only means of redress open to him – and of which he had availed himself – was to seek a declaration that he had a right to proceed with an action for disavowal of paternity notwithstanding the provisions of the Civil Code. Had his application been accepted, his interests would have been adequately secured as he had legitimate reasons to believe that Y might not be his daughter and wished to challenge in court the legal presumption that he was her father. However, as his application had been rejected, the applicant was never afforded the possibility of bringing, with reasonable prospects of success, an action aimed at rebutting the presumption in question. The Court was not

convinced that such a radical restriction of the applicant's right to take legal action had been "necessary in a democratic society". In particular, it had not been shown why society as a whole would benefit from such a situation. Y's potential interest in enjoying the "social reality" of being the daughter of the applicant could not outweigh the latter's legitimate right to have at least the opportunity to deny paternity of a child who, according to scientific evidence, was not his own. The fact that the applicant had never been allowed to disclaim paternity was not proportionate to the legitimate aims pursued. A fair balance had not been struck between the general interest of the protection of legal certainty of family relationships and the applicant's right to have the legal presumption of his paternity reviewed in the light of the biological evidence. Therefore, despite the margin of appreciation afforded to the domestic authorities, the latter had failed to secure to the applicant the respect for his private life to which he was entitled under Article 8.

*Conclusion:* violation (unanimously).

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

*Rasmussen v. Denmark*, 28 November 1984, Series A no. 87

*Keegan v. Ireland*, 26 May 1994, Series A no. 290

*Hokkanen v. Finland*, 23 September 1994, Series A no. 299-A

*Kroon and Others v. the Netherlands*, 27 October 1994, Series A no. 297-C

*Yildirim v. Austria* (dec.), no. 34308/96, 19 October 1999

*Mikulic v. Croatia*, no. 53176/99, ECHR 2002-I



**In the case of Mizzi v. Malta,**

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

Christos Rozakis, *President*,

Loukis Loucaides,

Françoise Tulkens,

Nina Vajić,

Dean Spielmann,

Sverre Erik Jebens, *judges*

Joseph Filletti, *ad hoc judge*,

and Santiago Quesada, *Deputy Section Registrar*,

Having deliberated in private on 8 December 2005,

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

**PROCEDURE**

1. The case originated in an application (no. 26111/02) against the Republic of Malta lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by a Maltese national, Mr Maurice Mizzi (“the applicant”), on 5 July 2002.

2. The applicant was represented by Mrs M. Farrugia, a lawyer practising in St Venera (Malta), and by Mr D. Pannick and Mrs C. Weir, barristers practising in London. The Maltese Government (“the Government”) were represented by their Agent, Mr S. Camilleri, Attorney General.

3. The applicant alleged that he had been denied access to a court with regard to his action for disavowal, that the irrebuttable presumption of paternity applied in his case amounted to a disproportionate interference with his right to respect for his private and family life and that he had been discriminated against in the enjoyment of his rights under Article 8 and/or Article 6 § 1 of the Convention.

4. The application was allocated to the First Section of the Court (Rule 52 § 1 of the Rules of Court). Within that Section, the Chamber that would consider the case (Article 27 § 1 of the Convention) was constituted as provided in Rule 26 § 1. Mr G. Bonello, the judge elected in respect of Malta, withdrew from sitting in the case (Rule 28). The Government accordingly appointed Mr J. Filletti to sit as an *ad hoc* judge (Article 27 § 2 of the Convention and Rule 29 § 1).

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

6. By a decision of 9 December 2004, the Chamber declared the application admissible.

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

## THE FACTS

### I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

8. The applicant was born in 1936 and lives in Bidnija (Malta).

#### **A. The background of the case**

9. The applicant is a well-known businessman in Malta. On 29 December 1963 he married a Maltese national, X, in a Catholic ceremony. In 1966 X became pregnant; at that time she was still living with the applicant, who was aware of the pregnancy. In March 1967 the applicant and X separated and stopped living together. On 4 July 1967 X gave birth to a child, Y.

10. The applicant states that he had had doubts regarding the paternity of Y and wanted to carry out a blood test, although such a test would not have been conclusive under Maltese law, which did not allow him to institute an action to rebut the legal presumption that he was Y's father. He was registered as the natural father of the child.

11. A few months after Y's birth, X refused to carry out the blood test. This intensified the applicant's suspicions regarding the child's paternity. He alleged that he distanced himself completely from Y and, although legally obliged to pay maintenance for her until she reached the age of majority, he had no relationship with her. This is disputed by Y (see "D. The statements of Y and the applicant" below).

12. The applicant legally separated from X on 2 March 1968 by means of a contract of voluntary separation. Subsequently the marriage was annulled by a decree of the Court of Appeal of the Vicariate of the City of Rome on 24 April 1972.

13. According to the applicant's version of events, on an unspecified date after 1993 Y contacted him and volunteered to undergo a blood test. Scientific examinations were carried out in Switzerland and concluded that the applicant was not Y's biological father. However, in a written statement attached to the Government's observations on the merits, Y declared that the DNA test had been carried out in 1990 and not in 1993. She further stated that the results of this test had never been shown to her.

#### **B. The constitutional proceedings before the Civil Court**

14. On 1 November 1996 the applicant lodged an application with the Civil Court (First Hall), seeking a declaration that, notwithstanding the

provisions of the Maltese Civil Code, he had a right to proceed with an action for disavowal of paternity.

15. The applicant alleged that the right to respect for his private and family life included the right to have family relationships governed by biological certainty and not by a legal presumption conflicting with the facts. He considered that the lack of any remedy in that respect violated Article 8 of the Convention, as interpreted by the Court in *Kroon and Others v. the Netherlands* (27 October 1994, Series A no. 297-C).

16. In submissions filed with the Civil Court, the applicant also relied on Articles 6 and 14 of the Convention, alleging a potential violation of his right of access to a court and his right not to be discriminated against *vis-à-vis* the mother of the child, the child herself or any third parties who, unlike the betrayed husband, were free to deny legitimacy without being subject to any time-limit.

17. In a judgment of 30 May 1997, the Civil Court allowed the applicant's application. It observed that Articles 70 and 73 of the Civil Code had never allowed him to adduce scientific and genetic evidence to prove that the child borne by his former wife was not in fact his daughter. Therefore, there had been a violation of Article 8 of the Convention.

18. The Civil Court considered that the status of father was intimately linked with private life. Therefore, laws establishing how ties of filiation could be created and dissolved could interfere with the right guaranteed by Article 8 of the Convention. It observed furthermore that national law had never allowed the applicant to adduce scientific evidence in order for the family relationship in question to be governed by biological certainty and not by a legal presumption. In fact, under Article 70 of the Civil Code, as in force at the relevant time, a father could only repudiate paternity on the grounds either of physical impossibility of cohabitation or of legal separation during the possible period of conception. Moreover, a husband could not repudiate a child on the ground of adultery, except where the birth had been concealed from him. As the applicant had been cohabiting with X at the time of Y's conception and had been aware of her birth, no action for disavowal could have been brought within the period of three months from the date of the birth as set forth in the relevant domestic provisions. It was true that the Civil Code had been amended in 1993, and that under the new Article 70 § 1 (d), a husband was also allowed to repudiate a child on the ground of adultery subject to the production of further evidence, including genetic tests, ruling out his paternity of the child. However, under Article 73 of the Civil Code, such an action should have been brought within six months from the date of the birth, and by 1993 that period had already expired.

19. In the Civil Court's view, such interference could not be justified in terms of paragraph 2 of Article 8 of the Convention. It emphasised that in

*Kroon and Others* the European Court had stated that respect for family life required that biological and social reality should prevail over a legal presumption. This finding dispensed the Civil Court from ascertaining whether the other rights relied on by the applicant had also been infringed.

### **C. The proceedings before the Constitutional Court**

20. The Attorney General appealed against the judgment of 30 May 1997 to the Constitutional Court. A third-party appeal was also lodged by Y.

21. In a judgment of 15 January 2002, the Constitutional Court allowed the appeals by the Attorney General and Y and set aside the impugned judgment.

22. It observed that even before the 1993 amendments the Civil Code had not precluded the taking of genetic and scientific tests to establish whether a person was the father of a child or not. In fact, Article 73 of the Code simply provided that adultery alone was an insufficient basis for bringing an action to repudiate paternity, the presence of another element being necessary, namely that the birth had been concealed from the person legally designated as the father. Only after this circumstance had been established could the “father” produce other evidence, including scientific material. The reason for this limitation of the husband’s right to proceed with an action for repudiation had been the primacy given to the status of legitimacy, summed up by the presumption “*pater is est quem iustae nuptiae demonstrant*”. The *ratio legis* remained the same even after the 1993 amendments, which allowed the husband to repudiate the child on the basis of adultery and scientific tests even if the birth had not been concealed from him (Article 70 § 1 (d) of the Civil Code). In any case, scientific tests alone merely constituted evidence corroborating other elements, and they had never been sufficient and decisive to disavow paternity, the husband being obliged to prove the adultery or the concealment of the birth.

23. The Constitutional Court noted that the applicant was in reality claiming a right to determine paternity uniquely on the basis of biological certainty resulting from scientific proof, independently of any other requirement imposed by the legislator and without any time-limit. It was true that scientific tests, whose results were apparently ascertainable and accessible, could be the most conclusive; however, in the Constitutional Court’s view, this was not a good reason to exclude certainty reached by means of other evidence.

24. The Constitutional Court examined whether the domestic law had struck a fair balance between the husband’s right to know whether



or not he was the child's father and the child's interests in enjoying certainty as to his or her legal status. It considered that according to today's social trends the aim of the interference complained of was the protection of children's enjoyment of their family ties rather than the protection of the status of legitimacy. The issue raised by the applicant concerned a conflict between factual reality and legal certainty, a matter which was the subject of debate in many other countries. The Constitutional Court noted that the *Kroon and Others* judgment did not deny a margin of appreciation to the State authorities and that the European Court had not made a statement on the conformity of the provisions of Dutch law with the Convention, preferring to rule solely on the particular circumstances of the case before it. The contested judgment had simply followed the position taken in the *Kroon and Others* judgment, the facts of which, however, were completely different from those of the present case, in which both X and Y disagreed with the action taken by the applicant and the "social reality" enjoyed by Y corresponded to her birth certificate.

25. The Constitutional Court moreover pointed out that in *Rasmussen v. Denmark* (28 November 1984, Series A no. 87) the European Court had considered that the introduction of time-limits for the institution of paternity proceedings was justified by the desire to ensure legal certainty and to protect the interests of the child, and had consequently found no violation of Article 8 of the Convention. That approach had subsequently been confirmed by the European Commission of Human Rights in *B.H. v. Austria* (no. 19345/92, decision of 14 October 1992, unreported) and *M.B. v. the United Kingdom* (no. 22920/93, decision of 6 April 1994, Decisions and Reports 77-A, p. 108), concerning the refusal to order a blood test, as well as by the Court in *Yildirim v. Austria* ((dec.), no. 34308/96, 19 October 1999).

26. In the light of the above, the Constitutional Court considered that the interest in having biological and social reality prevail over legal presumptions should be balanced against equally valid principles and values, such as the interests of the offspring, the identity of the family nucleus and the stability of society. This vindicated the right of the State to impose, within its margin of appreciation, certain limits on the use of an action to deny paternity, which the Constitutional Court could review only if they amounted to serious interference with the husband's fundamental rights.

27. The Constitutional Court finally observed that the ideal situation was one in which legal certainty corresponded to factual reality. It therefore suggested that the domestic provisions be kept constantly under the legislator's scrutiny to be refined and updated as and when necessary, taking into account developments in science, changes in the family and social trends.

#### **D. The statements of Y and the applicant**

28. Attached to their observations on the merits, the Government produced a statement by Y, in which she declared that she had used the applicant's name for thirty-seven years and would like to continue to do so for the rest of her life. Y also stated that the applicant used to visit her during the first year of her life; he had provided maintenance for her upbringing and had paid a sum for her wedding expenses. Y had been invited several times to parties at the applicant's house and on one occasion she had been asked to go upstairs to greet the applicant's father. On another occasion, Y had played tennis with the applicant at his private house in Bidnija. At some point between 1990 and 1996 the applicant had invited Y and her son to spend a day at his house by the pool. On that occasion, he had given her son a present.

29. Y declared that she had undergone the blood test in March 1990 at the applicant's request. At that time she had had no doubt that the applicant was her father. Her intentions were based on purely emotional factors and not on financial considerations. Y alleged that she did not believe the applicant's statement that she was not his daughter and added that she had never been shown the results of the DNA test. She felt that the applicant was simply trying to find some justification for the fact that he had not always treated her like a daughter. The reasons behind the applicant's legal actions were probably of a merely financial nature. The allegations made in court had caused Y further suffering.

30. In response to Y's arguments, the applicant produced a written statement in which he declared that, having suspected that his wife was having affairs during their marriage, he had not been happy when he had been informed that X was pregnant. The applicant had separated from X several months before Y's birth and had been informed of the birth a few weeks after the event. The applicant had not wanted to sign the declaration of birth and had delayed the matter for months. He had eventually been incorrectly led to believe that as the presumed father, he was the only person who could declare the birth; moreover, pressure had been put on him by X and her father, who had promised that a blood test would be carried out. The applicant had asked whether the blood test could be included as a condition in the contract of separation, but he had abandoned that idea in order not to damage X's reputation. Four months after the signature of the contract of separation, the applicant had been informed that X had changed her mind as to the blood test. He had therefore declared that he would not regard Y as his own daughter.

31. The applicant had included access rights in the separation contract and had actually visited Y during the first year of her life because he had not been sure about the results of the blood test. However, he had stopped the visits when it became clear that the blood test would not be carried out

and he had never used his right to take Y to his home. The applicant had not seen Y again until she was about twenty years old, when a friend of his had brought her to one of his parties without informing him beforehand. There had been around one hundred guests at the party. The applicant had not recognised Y on that occasion. She had come to parties organised by the applicant three or four more times, always as an uninvited guest. The applicant did not remember whether he had invited her to greet his father, but pointed out that it had been common for his guests to visit his father, who was living with him.

32. The applicant submitted that he had shown the results of the blood tests to Y; however, he had kept the documents for himself. He would have given her a copy had she so requested.

33. On one occasion, “as a matter of courtesy”, the applicant had invited Y for lunch. Y had asked whether she could bring her son and the applicant had replied that that was possible. On that occasion, the applicant and Y had discussed Y’s real father’s identity.

34. The applicant had not seen Y again after this lunch. She had never been treated as a granddaughter by the applicant’s parents and the members of the applicant’s family had not had any direct contact with her. She had never attended family parties or family funerals and had not been given the applicant’s deceased mother’s jewellery (as would be customary in Malta if she were the applicant’s daughter). The applicant had never felt like a father to Y and could not see how she could have felt like a daughter to him. They had seen each other a few times in nearly thirty years and always in the company of third persons. Y had never called the applicant “dad”.

35. The applicant submitted that he had included maintenance for Y in the contract of separation because he was in any case obliged to pay for it. The applicant had also felt obliged to contribute to Y’s marriage expenses, but had not been invited to the wedding.

## II. RELEVANT DOMESTIC LAW

### **A. The action for disavowal brought by a husband**

36. Before the 1993 amendments, the relevant Articles of the Maltese Civil Code read as follows:

#### **Article 67**

“A child conceived in wedlock is held to be the child of the mother’s husband.”

#### **Article 70**

“The husband can repudiate a child conceived in wedlock

- (a) if he proves that during the time from the three-hundredth day to the one-hundred-and-eightieth day before the birth of the child, he was in the physical impossibility of cohabiting with his wife on account of his being away from her, or some other accident; or
- (b) if he proves that during the said time he was legally separated from his wife ...”

**Article 72 § 1**

“The husband may not repudiate a child on the ground of adultery, except where the birth shall have been concealed from him, in which case he shall be allowed to prove, even in the action for disavowal, both the adultery and the concealment, as well as all other circumstances tending to show that he is not the father of the child ...”

**Article 73**

“Where it is competent to the husband to bring an action to disown a child, he must bring such action

- (a) within three months from the day of the birth, if he was then in Malta;
- (b) within three months of his return to Malta, if he was absent at the time of the birth;
- (c) within three months of the discovery of the fraud, if the birth was concealed from him ...”

37. From 1 December 1993 (see Act XXI of 1993) a number of amendments were made to the Civil Code. In particular, to the cases in which a husband may repudiate a child conceived in wedlock the following was added (Article 70 § 1 (d) of the Civil Code):

“... if he proves that during the ... time [from the three-hundredth day to the one-hundred-and-eightieth day before the birth of the child] the wife had committed adultery or that she had concealed the pregnancy and the birth of the child, and further produces evidence of any other fact (which may also be genetic and scientific tests and data) that tends to exclude such paternity.”

38. Moreover, the periods set down in Article 73 of the Civil Code were increased to six months.

**B. Impeachment of the legitimacy of a child by other persons**

39. Under Article 77 of the Civil Code, the legitimacy of a child born in wedlock may be impeached by any interested person if he or she proves that, during the time from the three-hundredth day to the one-hundred-and-eightieth day before the birth of the child, it was physically impossible for the husband to have been cohabiting with his wife. This action is not subject to any time-limit.

40. According to the case-law of the domestic courts, a child has the right to challenge his or her paternity without restrictions when the status attributed by the birth certificate conflicts with the factual reality (see the judgment of the Court of Appeal of 14 January 1952 in *Antonio Scerri Gauci v. Dr G. Scicluna*).

### **C. The inheritance and maintenance rights of legitimate children**

41. Under the terms of Articles 616 and 620 of the Civil Code, the applicant's daughter is entitled, as a legitimate descendant, to inherit at least one-third of the applicant's estate, which is due in full ownership and cannot be encumbered by any burden or condition. As a consequence of the amendments introduced in the Civil Code by Act XVIII of 2004, which came into force on 1 March 2005, if the applicant dies without having made a will or if his will is declared invalid for any reason, Y, as his only child, will be entitled to his entire estate.

42. The applicant was obliged to provide maintenance for his daughter until she reached the age of majority. Should the latter in future become unable to maintain herself, alone or with the help of her husband and children, the applicant would once again become liable to the obligation of maintenance.

## THE LAW

...

### III. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 8 OF THE CONVENTION

92. The applicant alleged that the legal presumption of a husband's paternity of a child, combined with the absence of any domestic remedy by which he could have challenged it, violated his right to respect for his private and family life, guaranteed by Article 8 of the Convention.

This provision reads as follows:

“1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.

2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.”

### **A. The parties' submissions**

#### *1. The Government*

93. Referring to the Commission's decisions in *X and Y v. the United Kingdom* (no. 5269/71, Yearbook 15), and *Mohamed Alam and Mohamed Khan v. the United Kingdom* (no. 2991/66, Yearbook 10), the Government alleged

that the relationship between the applicant and his 29-year-old daughter did not constitute “family life”. They moreover observed that there had been no interference by the State with the applicant’s private life with X and Y. Mr Mizzi himself had declared that he had developed a friendship with Y and that he had “hoped” that she was his daughter.

94. In the Government’s submission, the potential or rather theoretical reciprocal right of maintenance between the applicant and Y and the inheritance rights of the latter did not constitute interferences with the applicant’s private life, but only with his possessions. They therefore concerned family property and not family life.

95. The Government furthermore challenged the applicant’s argument that Article 8 guaranteed the right not to be compelled to establish relationships with other human beings. Such a right would deny the whole basis of the family. Moreover, the interests of society, of the child and of legal certainty might justify the establishment of a parental relationship with a person who was not the biological father. A legal presumption of this kind would be incompatible with the Convention only when, as in the case of *Kroon and Others* (cited above), it clashed with social reality and did not benefit anyone.

96. In the present case, Y had always enjoyed the “social reality” of being the applicant’s daughter and it would be detrimental to her to take away her identity and expel her from the applicant’s family.

97. In the light of the above, the Government submitted that, even assuming that Article 8 could apply to the facts of the present case, the interference complained of was provided by law and necessary in a democratic society to secure legal certainty and to protect the rights of others.

## 2. *The applicant*

98. The applicant alleged that the amendments introduced in the Civil Code in 1993 were aimed at protecting persons in a position comparable to his; however, no derogation was provided for in respect of the six-month time-limit set forth in Article 73 of the Civil Code, thus preventing him from instituting an action on the basis of adultery and scientific tests. The legislation in question had failed to ensure, in his case, that biological reality prevailed over the legal assumption of legitimacy, to which the Maltese legal system attributed disproportionate importance. Moreover, this legal assumption had serious financial consequences: even if not biologically related to the applicant, Y would inherit one-third of his estate and could not be treated less favourably than any other children that the applicant might have in the future. Thus, the presumption of paternity had not only emotional but also financial consequences, which were disproportionate and

extended substantially beyond the point at which Y had reached the age of majority.

99. The applicant moreover observed that the case-law quoted by the Government in order to show that there was no family life between him and Y and that there had been no interference on the part of the State with his rights under Article 8 of the Convention was not relevant. In that connection, he noted that he was not seeking to establish family life with a relative who might otherwise be considered independent, but to distance himself from a relationship which had been established by the Maltese Civil Code and which had existed since the birth of his presumed daughter.

100. In any case, the institution of paternity proceedings was clearly covered by Article 8. In fact, respect for private life, which was intended to mean the right to establish relationships with other human beings, should also comprise the right not to be compelled to establish such relationships. In the present case, the applicant had, against his wishes, been publicly compelled to be associated “with a woman with whom he ha[d] no biological or social relationship”.

101. In the applicant’s view, the Government had failed to explain how the requirements for bringing an action for disavowal were strictly necessary to meet a pressing social need. The recognition of biological reality would not cause Y any prejudice other than the loss of inheritance rights. She would not be “expelled” from the applicant’s family as she had never been part of it.

## **B. The Court’s assessment**

### *1. Applicability of Article 8 of the Convention*

102. The Court has already examined cases in which a husband wished to institute proceedings to contest the paternity of a child born in wedlock. In those cases the question was left open whether paternity proceedings aimed at the dissolution in law of existing family ties concerned the applicant’s “family life” because of the finding that, in any event, the determination of the father’s legal relations with his putative child concerned his “private life” (see *Yildirim*, cited above, and *Rasmussen*, cited above, § 33).

103. In the instant case, the applicant sought, by means of judicial proceedings, to rebut the legal presumption of his paternity of Y on the basis of biological evidence. The purpose of those proceedings was to determine his legal relationship with Y, who was registered as his daughter.

104. Accordingly, the facts of the case fall within the ambit of Article 8 of the Convention.

## 2. *General principles*

105. The Court reiterates that the essential object of Article 8 is to protect the individual against arbitrary action by public authorities. There may in addition be positive obligations inherent in ensuring effective “respect” for private or family life. These obligations may involve the adoption of measures designed to secure respect for private life even in the sphere of the relations of individuals between themselves (see *Mikulić v. Croatia*, no. 53176/99), § 57[, ECHR 2002-I].

106. However, the boundaries between the State’s positive and negative obligations under this provision do not lend themselves to precise definition. The applicable principles are nonetheless similar. In both contexts regard must be had to the fair balance that has to be struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole; and in both contexts the State enjoys a certain margin of appreciation (see *Keegan v. Ireland*, 26 May 1994, § 49, Series A no. 290, and *Kroon and Others*, cited above, § 31).

107. The Court reiterates that its task is not to substitute itself for the competent domestic authorities in regulating paternity disputes at national level, but rather to review under the Convention the decisions that those authorities have taken in the exercise of their power of appreciation (see *Mikulić*, cited above, § 59, and *Hokkanen v. Finland*, 23 September 1994, § 55, Series A no. 299-A). It will therefore examine whether the respondent State, in handling the applicant’s action for disavowal, has complied with its positive obligations under Article 8 of the Convention.

## 3. *Compliance with Article 8 of the Convention*

108. The applicant did not dispute that the impossibility of bringing an action for disavowal was “in accordance with the law”. Indeed, his complaint was based on the assumption that Articles 72 and 73 of the Civil Code, as in force before and after the 1993 amendments, prevented him from bringing any successful claim before the national courts. The Court has agreed in substance with this analysis and concluded that the wording of the relevant domestic provisions, coupled with the Constitutional Court’s refusal to grant leave to bring such an action, deprived the applicant of the possibility of obtaining a judicial determination of his claim that he was not Y’s biological father ...

109. The Court notes that the applicant and Y underwent a blood test in Switzerland in order to establish whether he was her biological father. According to the applicant, the results of this test showed that he was not Y’s father (see paragraph 13 above). However, the applicant never had the possibility of having the results of the test in question examined by a tribunal. It was only after the 1993 amendments that he would have had



a right under domestic law to contest his paternity of Y on the basis of scientific evidence and proof of adultery had he lodged the action within six months after her birth.

110. The Court notes that the legal systems of the Contracting States have produced different solutions to the problem which arises when the requirements for substantiating a claim for disavowal are fulfilled only after the expiry of the prescribed period. In some States, in certain exceptional cases a court may grant leave to institute proceedings out of time (see *Rasmussen*, cited above, § 24). In others the authority to do so is vested in the public prosecutor (see *Yildirim*, cited above).

111. In the applicant's case, the only means of redress was apparently to lodge a constitutional application seeking a declaration that notwithstanding the provisions of the Civil Code, a husband had a right to proceed with an action for disavowal of paternity. The Government failed to indicate any other effective domestic remedies by which to obtain the reopening of the time allowed for bringing such an action. Had the Civil Court and the Constitutional Court accepted the application lodged by the applicant to that effect, they would have adequately secured his interests, as he had legitimate reasons to believe that Y might not be his daughter and wished to challenge in court the legal presumption that he was her father. However, his application was rejected and, as noted above, the applicant was never afforded the possibility of bringing, with reasonable prospects of success, an action aimed at rebutting the presumption in question.

112. The Court is not convinced by the Government's argument that such a radical restriction on the applicant's right to institute proceedings to deny paternity was "necessary in a democratic society". In particular, it has not been shown why society as a whole would benefit from such a situation. Y's potential interest in enjoying the "social reality" of being the daughter of the applicant cannot outweigh the latter's legitimate right to have at least the opportunity to deny paternity of a child who, according to scientific evidence, is not his own. As to the interests of legal certainty, the Court cannot but reiterate the observations developed under Article 6 § 1 of the Convention ...

113. According to the Court's case-law, a situation in which a legal presumption is allowed to prevail over biological reality might not be compatible, even having regard to the margin of appreciation left to the State, with the obligation to secure effective "respect" for private and family life (see, *mutatis mutandis*, *Kroon and Others*, cited above, § 40).

114. The Court considers that the fact that the applicant was never allowed to contest his paternity of Y was not proportionate to the legitimate aims pursued. It follows that a fair balance has not been struck between the general interest in the protection of legal certainty of family relationships and the applicant's right to have the legal

presumption of his paternity reviewed in the light of biological evidence. Therefore, despite the margin of appreciation afforded to them, the domestic authorities have failed to secure respect for the applicant's private life, to which he is entitled under the Convention.

115. Accordingly, the Court finds that there has been a violation of Article 8 of the Convention.

116. This finding dispenses the Court from establishing whether this provision has also been violated on account of the reciprocal right of maintenance existing between the applicant and Y and the inheritance rights enjoyed by the latter.

...

### FOR THESE REASONS, THE COURT

...

3. *Holds* unanimously that there has been a violation of Article 8 of the Convention;

...

Done in English, and notified in writing on 12 January 2006, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Santiago Quesada  
Deputy Registrar

Christos Rozakis  
President

MIZZI c. MALTE  
(*Requête n° 26111/02*)

PREMIÈRE SECTION

ARRÊT DU 12 JANVIER 2006<sup>1</sup>

---

1. Traduction; original anglais. Extraits.



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Impossibilité de contester la présomption légale de paternité****Article 8**

*Vie privée – Vie familiale – Impossibilité de contester la présomption légale de paternité – Obligations positives – Nécessaire dans une société démocratique – Proportionnalité – Marge d’appréciation – Protection de la sécurité juridique des relations familiales – Réalité biologique et sociale – Preuve scientifique*

\*  
\*   \*

En 1966, l’épouse du requérant tomba enceinte. L’année suivante, après la séparation de fait du couple, elle donna naissance à une fille, Y. Le requérant fut enregistré comme le père naturel de celle-ci. En 1968, la séparation légale du couple fut prononcée. L’article 70 du code civil, dans la version en vigueur à l’époque des faits, n’autorisait le mari à réfuter sa paternité que s’il prouvait l’impossibilité physique de cohabitation avec la mère ou la séparation légale du couple au cours de la période potentielle de conception. Le mari ne pouvait désavouer un enfant en invoquant l’adultère sauf si la naissance lui avait été dissimulée, en quel cas il devait prouver tout à la fois l’adultère et la dissimulation ainsi que toute autre circonstance de nature à démontrer qu’il n’était pas le père de l’enfant. Une action en désaveu de paternité devait être introduite dans les trois mois suivant la naissance si le mari se trouvait à Malte à cette époque. Une telle action était interdite au requérant puisque celui-ci vivait avec son épouse à l’époque de la conception de Y et qu’il avait été au courant de la naissance de celle-ci.

Depuis les amendements apportés au code civil en 1993, le mari peut désavouer un enfant conçu pendant le mariage s’il prouve que sa femme a commis l’adultère durant la période potentielle de conception ou a dissimulé la grossesse et la naissance de l’enfant et s’il apporte également la preuve (y compris sous forme d’examen et de données génétiques et scientifiques) de tout autre fait propre à écarter sa paternité. L’action en désaveu doit être intentée dans les six mois suivant la naissance de l’enfant.

Selon le requérant, le test ADN effectué au début des années 1990 avait démontré qu’il n’était pas le père de Y. En 1996, le requérant saisit le tribunal civil d’une demande aux fins d’obtenir une déclaration lui reconnaissant le droit, nonobstant les dispositions du code civil maltais, d’engager une action en désaveu de paternité. Pour lui, l’absence de tout recours à cet égard emportait notamment violation de l’article 8 de la Convention dans l’interprétation qu’en avait donnée la Cour dans l’affaire *Kroon et autres c. Pays-Bas* (arrêt de 1994). Le tribunal civil accueillit la demande du requérant en relevant que le code civil ne lui avait jamais permis de

---

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

produire les preuves scientifiques et génétiques à l'appui de sa prétention qu'en fait l'enfant née de son ex-épouse n'était pas sa propre fille.

La Cour constitutionnelle annula par la suite le jugement rendu en première instance. Elle fit observer que, même avant les amendements apportés en 1993, le code civil n'empêchait pas le recours à des examens scientifiques et génétiques pour établir la paternité contestée d'un enfant. Le code civil déclarait simplement qu'à lui seul l'adultère ne suffisait pas à fonder une action en désaveu de paternité et qu'il devait s'accompagner d'un autre facteur, à savoir la dissimulation de la naissance à celui que la loi désignait comme étant le père. C'était seulement une fois ce fait établi que le père présumé pouvait produire d'autres preuves y compris scientifiques. La limitation du droit à intenter une action en désaveu de paternité s'expliquait par la primauté reconnue au statut de légitimité. La *ratio legis* n'avait pas changé même après les amendements de 1993 qui avaient permis au mari de dénier l'enfant en invoquant l'adultère et les examens scientifiques même si la naissance ne lui avait pas été dissimulée. En réalité, le requérant revendiquait le droit d'établir la paternité sur la seule base de la certitude biologique fondée sur les preuves scientifiques quoi qu'il en soit des autres exigences imposées par le législateur et sans condition de délai. Certes, les examens scientifiques, dont les résultats étaient manifestement vérifiables et accessibles, pouvaient être les plus décisifs; pour la Cour constitutionnelle, toutefois, cela ne pouvait justifier que l'on écartât la certitude qu'offraient d'autres moyens de preuve. Les faits à l'origine de l'arrêt *Kroon et autres* étaient absolument différents et, dans l'affaire *Rasmussen c. Danemark* (arrêt de 1984), la Cour européenne avait estimé que l'institution de délais pour l'engagement d'une action en désaveu de paternité se justifiait par le souci de garantir la sécurité juridique et de protéger les intérêts de l'enfant, ce qui l'avait amenée à nier une violation de l'article 8 de la Convention. Elle avait confirmé cette approche notamment dans l'affaire *Yildirim c. Autriche* (décision de 1999). Pour la Cour constitutionnelle, il fallait mettre en balance l'intérêt à voir la réalité biologique et sociale prévaloir sur des présomptions légales avec des principes et valeurs tout aussi valables tels que les intérêts de l'enfant, l'identité du noyau familial et la stabilité de la société. Cela justifiait le droit de l'Etat d'imposer, dans le cadre de sa marge d'appréciation, certaines limites à la mise en œuvre de l'action en désaveu de paternité, limites que la Cour constitutionnelle ne se devait de contrôler que si elles s'analysaient en une ingérence grave dans les droits fondamentaux du mari.

Article 8: la Cour devait examiner si l'Etat défendeur, en traitant l'action en désaveu de paternité du requérant, avait satisfait à ses obligations positives au titre de cet article. Les amendements apportés au code civil en 1993 avaient reconnu le droit de contester la paternité sur la base de preuves scientifiques et d'éléments démontrant l'adultère. Dès lors que le requérant n'avait pas eu la possibilité d'intenter ce genre d'action dans les six mois suivant la naissance de Y, le seul remède qui s'offrait à lui – et dont il avait fait usage – était de chercher à obtenir une déclaration lui reconnaissant le droit, nonobstant les dispositions du code civil maltais, d'engager une action en désaveu de paternité. S'il avait été donné suite à sa demande, ses intérêts auraient été garantis de manière adéquate puisqu'il avait des raisons légitimes de croire que Y pourrait ne pas être sa fille et souhaitait contester en justice la présomption légale de paternité qui

pesait sur lui. Toutefois, sa demande avait été rejetée et, partant, le requérant n'avait jamais eu la possibilité d'intenter, avec des chances raisonnables de succès, une action visant à réfuter cette présomption. La Cour n'est pas convaincue qu'une restriction aussi radicale du droit du requérant à intenter une action soit « nécessaire dans une société démocratique ». Il n'a notamment pas été démontré en quoi cette situation profiterait à la société dans son ensemble. L'intérêt potentiel de Y à bénéficier de la « possession d'état » de fille du requérant ne saurait l'emporter sur le droit légitime de celui-ci à avoir au moins l'occasion de contester la paternité d'un enfant qui, selon les preuves scientifiques, n'est pas de lui. Le fait que le requérant n'a jamais été autorisé à contester sa paternité vis-à-vis de Y n'est pas proportionné aux buts légitimes poursuivis. Il s'ensuit qu'un juste équilibre n'a pas été ménagé entre l'intérêt général de la protection de la sécurité juridique des liens familiaux et le droit du requérant à obtenir un réexamen de la présomption légale de paternité à la lumière des preuves biologiques. Dès lors, et malgré la marge d'appréciation qui leur est reconnue, les autorités nationales ont failli à assurer au requérant le respect de la vie privée auquel il a droit en vertu de l'article 8.

*Conclusion* : violation (unanimité).

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

*Rasmussen c. Danemark*, 28 novembre 1984, série A n° 87

*Keegan c. Irlande*, 26 mai 1994, série A n° 290

*Hokkanen c. Finlande*, 23 septembre 1994, série A n° 299-A

*Kroon et autres c. Pays-Bas*, 27 octobre 1994, série A n° 297-C

*Yildirim c. Autriche* (déc.), n° 34308/96, 19 octobre 1999

*Mikulic' c. Croatie*, n° 53176/99, CEDH 2002-I





**En l'affaire Mizzi c. Malte,**

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

Christos Rozakis, *président*,

Loukis Loucaides,

Françoise Tulkens,

Nina Vajić,

Dean Spielmann,

Sverre Erik Jebens, *juges*,

Joseph Filletti, *juge ad hoc*,

et de Santiago Quesada, *greffier adjoint de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 8 décembre 2005,

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

**PROCÉDURE**

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 26111/02) dirigée contre la République de Malte et dont un ressortissant de cet Etat, M. Maurice Mizzi («le requérant»), a saisi la Cour le 5 juillet 2002 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales («la Convention»).

2. Le requérant est représenté par M<sup>c</sup> M. Farrugia, avocate à St Venera (Malte), ainsi que par M<sup>c</sup> D. Pannick et M<sup>c</sup> C. Weir, avocats à Londres. Le gouvernement maltais («le Gouvernement») est représenté par son agent, M. S. Camilleri, procureur général.

3. Le requérant alléguait avoir été privé d'accès à un tribunal s'agissant de son action en désaveu de paternité et soutenait que, appliquée dans son cas, la présomption irréfragable de paternité s'analysait en une ingérence disproportionnée dans l'exercice de son droit au respect de la vie privée et familiale. Il se plaignait également d'avoir subi une discrimination dans la jouissance de ses droits au titre des articles 8 et/ou 6 § 1 de la Convention.

4. La requête a été attribuée à la première section de la Cour (article 52 § 1 du règlement). Au sein de celle-ci, la chambre chargée d'examiner l'affaire (article 27 § 1 de la Convention) a été constituée conformément à l'article 26 § 1 du règlement. A la suite du départ de M. G. Bonello, juge élu au titre de Malte (article 28 du règlement), le Gouvernement a désigné M. J. Filletti pour siéger en qualité de juge *ad hoc* (articles 27 § 2 de la Convention et 29 § 1 du règlement).

5. Le 1<sup>er</sup> novembre 2004, la Cour a modifié la composition de ses sections (article 25 § 1 du règlement). La présente requête a été attribuée à la première section ainsi remaniée (article 52 § 1).

6. Par une décision du 9 décembre 2004, la chambre a déclaré la requête recevable.

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

## EN FAIT

### I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

8. Le requérant est né en 1936 et réside à Bidnija (Malte).

#### A. La genèse de l'affaire

9. Le requérant est un homme d'affaires de Malte fort connu. Le 29 décembre 1963, il épousa une ressortissante maltaise, X, au cours d'une cérémonie catholique. En 1966, X tomba enceinte; à cette époque, elle vivait encore avec le requérant qui était au courant de sa grossesse. En mars 1967, le requérant et X se séparèrent et cessèrent de vivre ensemble. Le 4 juillet 1967, X donna naissance à une enfant, Y.

10. Le requérant déclare qu'il avait eu des doutes sur sa paternité vis-à-vis de Y et avait voulu se soumettre à un examen sanguin bien que ce genre d'examen n'eût aucune valeur probante en droit maltais, lequel droit ne lui permettait pas d'intenter une action pour réfuter la présomption légale de paternité à l'égard de Y. Il fut enregistré comme le père naturel de l'enfant.

11. Quelques mois après la naissance de Y, X refusa de subir l'examen sanguin. Ce comportement renforça les soupçons du requérant quant à sa paternité. Il allègue avoir pris ses distances avec Y et n'avoir eu aucune relation avec elle malgré son obligation de lui verser une pension alimentaire jusqu'à sa majorité. Y conteste cette affirmation (voir le point «D. Les déclarations de Y et du requérant» ci-après).

12. La séparation légale du requérant et de X intervint le 2 mars 1968 sous la forme d'une convention de séparation par consentement mutuel. Le mariage fut ensuite annulé par décision de la Cour d'appel du vicariat de Rome le 24 avril 1972.

13. Selon la version des faits donnée par le requérant, Y prit contact avec lui à une date non précisée après 1993 et proposa de se soumettre à un examen sanguin. Les examens scientifiques pratiqués en Suisse révélèrent que le requérant n'était pas le père biologique de Y. Dans une déclaration écrite jointe aux observations du Gouvernement sur le fond, Y déclara que le test ADN avait été effectué en 1990 et non en 1993. Elle ajouta qu'on ne lui avait jamais fait voir les résultats de ce test.

## **B. La procédure constitutionnelle devant la juridiction civile**

14. Le 1<sup>er</sup> novembre 1996, le requérant saisit le tribunal civil (première chambre) d'une demande aux fins d'obtenir une déclaration lui reconnaissant le droit, nonobstant les dispositions du code civil maltais, d'engager une action en désaveu de paternité.

15. Le requérant soutenait que le droit au respect de sa vie privée et familiale englobait le droit à ce que ses relations familiales fussent soumises à la certitude biologique et non à une présomption légale opposée à la réalité des faits. Pour lui, l'absence de tout recours à cet égard emportait violation de l'article 8 de la Convention dans l'interprétation qu'en avait donnée la Cour dans l'affaire *Kroon et autres c. Pays-Bas* (27 octobre 1994, série A n° 297-C).

16. Dans ses conclusions déposées devant le tribunal civil, le requérant invoquait également les articles 6 et 14 de la Convention, alléguant une violation potentielle de son droit d'accès à un tribunal et de son droit à ne pas faire l'objet d'une discrimination vis-à-vis de la mère de l'enfant, de l'enfant elle-même ou de tiers qui, contrairement au mari trompé, avaient le droit de contester la filiation légitime sans condition de délai.

17. Dans son jugement du 30 mai 1997, le tribunal civil accueillit la demande du requérant. Il fit observer que les articles 70 et 73 du code civil ne lui avaient jamais permis de produire les preuves scientifiques et génétiques à l'appui de sa prétention que l'enfant née de son ex-femme n'était en fait pas sa propre fille. Il concluait donc à une violation de l'article 8 de la Convention.

18. Pour le tribunal civil, le statut de père se rattachait étroitement à la vie privée. En conséquence, les lois définissant le mode d'établissement et de dissolution des liens de filiation pouvaient constituer une ingérence dans le droit garanti par l'article 8 de la Convention. Le tribunal releva également que le droit national n'avait jamais permis au requérant de fournir des preuves scientifiques de nature à soumettre la relation familiale en cause au principe de la certitude biologique et non à une présomption légale. En effet, l'article 70 du code civil dans la version en vigueur à l'époque des faits n'autorisait le père à réfuter sa paternité qu'en se fondant sur l'impossibilité physique de cohabitation ou sur la séparation légale au cours de la période potentielle de conception. De surcroît, le mari ne pouvait désavouer l'enfant en invoquant l'adultère que si la naissance lui avait été dissimulée. Dès lors que le requérant avait vécu avec X à l'époque où Y avait été conçue et qu'il avait été au courant de sa naissance, il n'avait pas pu intenter d'action en désaveu dans les trois mois suivant la naissance comme l'exigeaient les dispositions de droit national applicables. Certes, le code civil avait été amendé en 1993 et le nouvel article 70 § 1 d) permettait aussi au mari de désavouer un enfant en invoquant l'adultère s'il rapportait d'autres

preuves, y compris des examens génétiques, excluant sa paternité. Toutefois, en vertu de l'article 73 du code civil, une telle action aurait dû être intentée dans un délai de six mois à compter de la date de la naissance et, en 1993, ce délai était déjà expiré.

19. Pour le tribunal civil, une telle ingérence ne pouvait se justifier au titre du deuxième paragraphe de l'article 8 de la Convention. Le tribunal souligna que, dans l'affaire *Kroon et autres*, la Cour européenne avait constaté que le respect de la vie familiale exigeait de faire prévaloir la réalité biologique et sociale sur une présomption légale. Cette conclusion dispensait le tribunal civil de vérifier s'il avait été également porté atteinte aux autres droits invoqués par le requérant.

### C. La procédure devant la Cour constitutionnelle

20. Le procureur général intenta un recours contre le jugement du 30 mai 1997 devant la Cour constitutionnelle. Y forma elle aussi un recours en tant que tierce partie.

21. Dans un arrêt du 15 janvier 2002, la Cour constitutionnelle accueillit les recours du procureur général et de Y et annula le jugement attaqué.

22. La Cour constitutionnelle releva que, même avant les amendements adoptés en 1993, le code civil n'empêchait pas le recours à des examens scientifiques et génétiques pour établir la paternité contestée d'un enfant. L'article 73 du code déclarait simplement qu'à lui seul l'adultère ne suffisait pas à fonder une action en désaveu de paternité et qu'il devait s'accompagner d'un autre facteur, à savoir la dissimulation de la naissance à celui que la loi désignait comme étant le père. C'était seulement une fois ce fait établi que le «père» pouvait produire d'autres preuves y compris scientifiques. La limitation du droit du mari à contester en justice sa paternité s'expliquait par la primauté reconnue au statut de légitimité que résume la présomption selon laquelle «*pater is est quem iustae nuptiae demonstrant*». La *ratio legis* n'avait pas changé même après les amendements de 1993 qui avaient permis au mari de dénier l'enfant en invoquant l'adultère et les examens scientifiques même si la naissance ne lui avait pas été dissimulée (article 70 § 1 d) du code civil). En tout état de cause, ces examens scientifiques pris isolément ne permettaient que de corroborer d'autres éléments et ils n'avaient jamais été suffisants ou déterminants pour fonder le désaveu de paternité puisque le mari était toujours tenu de prouver l'adultère ou la dissimulation de la naissance.

23. La Cour constitutionnelle releva que le requérant revendiquait en fait le droit d'établir la paternité sur la seule base de la certitude biologique fondée sur les preuves scientifiques quoi qu'il en soit des

autres exigences imposées par le législateur et sans condition de délai. Certes, les examens scientifiques, dont les résultats étaient manifestement vérifiables et accessibles, pouvaient être les plus décisifs; pour la Cour constitutionnelle, toutefois, cela ne pouvait justifier que l'on écartât la certitude qu'offraient d'autres moyens de preuve.

24. La Cour constitutionnelle vérifia si le droit interne avait ménagé un juste équilibre entre le droit du mari de savoir s'il était ou non le père et l'intérêt de l'enfant à connaître avec certitude son statut légal. Elle constata qu'au vu des tendances sociales actuelles l'ingérence contestée visait plus à protéger les enfants dans la jouissance de leurs liens familiaux que le statut de légitimité. La question soulevée par le requérant en l'espèce portait sur le conflit entre réalité des faits et certitude juridique, lequel conflit donnait lieu à débat dans de nombreux autres pays. La Cour constitutionnelle releva que l'arrêt *Kroon et autres* ne contestait pas l'existence d'une marge d'appréciation des autorités de l'Etat et que la Cour européenne avait renoncé à se prononcer sur la compatibilité des dispositions du droit néerlandais avec la Convention pour se concentrer uniquement sur les circonstances particulières de l'affaire dont elle était saisie. Le jugement contesté avait simplement repris la position adoptée dans l'arrêt *Kroon et autres*, encore que les faits à l'origine de celui-ci fussent totalement différents de ceux en l'espèce puisque X et Y s'opposaient toutes les deux à l'action engagée par le requérant et que la « possession d'état » dont bénéficiait Y correspondait à son acte de naissance.

25. La Cour constitutionnelle souligna par ailleurs que, dans l'affaire *Rasmussen c. Danemark* (arrêt du 28 novembre 1984, série A n° 87), la Cour européenne avait estimé que l'institution de délais pour l'engagement d'une action en désaveu de paternité se justifiait par le souci de garantir la sécurité juridique et de protéger les intérêts de l'enfant, ce qui l'avait amenée à nier une violation de l'article 8 de la Convention. Cette approche avait été confirmée ensuite par la Commission européenne des droits de l'homme dans les affaires *B.H. c. Autriche* (n° 19345/92, décision du 14 octobre 1992, non publiée) et *M.B. c. Royaume-Uni* portant sur le refus d'ordonner un examen sanguin (n° 22920/93, décision du 6 avril 1994, Décisions et rapports 77-B, p. 108), ainsi que par la Cour dans l'affaire *Yildirim c. Autriche* ((déc.) n° 34308/96, 19 octobre 1999).

26. Au vu de ce qui précède, la Cour constitutionnelle considérait qu'il fallait mettre en balance l'intérêt à voir la réalité biologique et sociale prévaloir sur des présomptions légales avec des principes et valeurs tout aussi valables tels que les intérêts de l'enfant, l'identité du noyau familial et la stabilité de la société. Cela justifiait le droit de l'Etat d'imposer, dans le cadre de sa marge d'appréciation, certaines limites à la mise en œuvre

de l'action en désaveu de paternité, limites que la Cour constitutionnelle ne se devait de contrôler que si elles s'analysaient en une ingérence grave dans les droits fondamentaux du mari.

27. La Cour constitutionnelle faisait enfin observer que l'idéal, c'était de faire coïncider certitude juridique et réalité des faits. Elle proposait donc que le législateur soumît en permanence à un examen minutieux les dispositions nationales afin de les améliorer et de les actualiser en fonction des besoins compte tenu des développements de la science et de l'évolution des comportements familiaux et sociaux.

#### **D. Les déclarations de Y et du requérant**

28. Le Gouvernement a joint à ses observations au fond une déclaration de Y indiquant qu'elle portait le nom du requérant depuis trente-sept ans et aimerait continuer à le faire jusqu'à la fin de ses jours. Y déclarait également que le requérant lui avait rendu visite au cours de sa première année, qu'il avait versé une pension pour son éducation et contribué au financement de son mariage. Y avait été invitée à plusieurs reprises à des fêtes données dans la maison du requérant et, une fois, elle avait été priée de monter pour féliciter le père de ce dernier. Une autre fois, Y avait joué au tennis avec le requérant chez lui à Bidnija. A une occasion, entre 1990 et 1996, le requérant avait invité Y et son fils à passer la journée chez lui au bord de la piscine. Il avait alors offert un cadeau au fils de Y.

29. Y déclarait s'être soumise à un examen sanguin en mars 1990 à la demande du requérant. A cette époque, elle ne doutait pas le moins du monde que le requérant était son père. Ses intentions étaient d'ordre purement affectif et non financier. Y alléguait ne pas croire le requérant lorsqu'il affirmait qu'elle n'était pas sa fille, ajoutant qu'elle n'avait jamais vu les résultats du test ADN. Pour elle, le requérant essayait seulement de justifier le fait qu'il ne l'avait pas toujours traitée comme sa fille. Les actions intentées par le requérant obéissaient vraisemblablement à des motifs de nature exclusivement pécuniaire. Les allégations devant les tribunaux avaient ajouté aux souffrances de Y.

30. Le requérant avait répondu à l'argumentation de Y en soumettant une déclaration écrite dans laquelle il exposait ne pas avoir été heureux à l'annonce de la grossesse de X car il la soupçonnait d'infidélité au cours de leur mariage. Le requérant s'était séparé de X plusieurs mois avant la naissance de Y qu'il avait apprise quelques semaines après l'événement. Le requérant avait refusé de signer la déclaration de naissance et avait repoussé la question pendant plusieurs mois. En fin de compte, il avait été indûment amené à croire qu'en sa

qualité de père présumé il était le seul à pouvoir effectuer une déclaration de naissance; de plus, il avait été soumis à des pressions de la part de X et du père de celle-ci qui avaient assuré qu'il serait procédé à un examen sanguin. Le requérant avait demandé si ce test pouvait être inclus dans le contrat de séparation à titre de condition mais avait renoncé à cette idée pour ne pas nuire à la réputation de X. Quatre mois après la signature du contrat de séparation, le requérant avait appris que X avait changé d'idée s'agissant de l'examen sanguin. Il avait donc déclaré qu'il refusait de considérer Y comme sa fille.

31. Le requérant avait mentionné des droits de visite dans le contrat de séparation et avait d'ailleurs rendu visite à Y au cours de sa première année car il n'était pas sûr des résultats des examens sanguins. Il avait cependant renoncé à ces visites lorsqu'il avait compris que ces examens n'auraient pas lieu et il n'avait jamais fait usage de son droit de prendre Y chez lui. Le requérant n'avait plus revu Y jusqu'à sa vingtième année à peu près lorsqu'un de ses amis l'avait amenée à une fête chez lui sans le prévenir. Il y avait quelque cent invités à cette fête. Le requérant n'avait pas alors reconnu Y. Celle-ci avait encore assisté à deux ou trois reprises à des fêtes organisées par le requérant mais sans jamais y avoir été invitée. Le requérant ne se souvenait pas lui avoir proposé de féliciter son père mais il soulignait que ses invités avaient l'habitude de rendre visite à ce dernier qui habitait avec lui.

32. Le requérant déclarait avoir montré les résultats des examens sanguins à Y tout en gardant les documents. Il lui en aurait donné copie si elle le lui avait demandé.

33. Une fois, «pour être poli», le requérant avait invité Y à déjeuner. Y avait demandé si elle pouvait amener son fils et le requérant avait répondu favorablement à cette demande. A cette occasion, le requérant et Y avaient abordé la question de l'identité du père véritable de Y.

34. Après ce déjeuner, le requérant n'avait plus revu Y. Ses parents n'avaient jamais traité Y comme leur petite-fille et les membres de sa famille n'avaient eu aucun contact direct avec elle. Y n'avait jamais assisté à des fêtes de famille ou à des enterrements familiaux et n'avait pas reçu les bijoux de la mère du requérant au décès de celle-ci (comme l'aurait voulu la coutume à Malte si elle avait été la fille du requérant). Le requérant ne s'était jamais senti le père de Y et n'arrivait pas à imaginer comment elle aurait pu se sentir sa fille. Ils s'étaient vus quelques fois au cours de presque trente ans et toujours en compagnie d'autres personnes. Y n'avait jamais appelé le requérant «papa».

35. Le requérant soutenait avoir inclus une pension en faveur de Y dans le contrat de séparation car il avait de toute façon une obligation d'entretien à son égard. Il s'était également senti obligé de participer au financement du mariage de Y mais n'avait pas été invité à cette cérémonie.

## II. LE DROIT INTERNE PERTINENT

### A. L'action en désaveu de paternité du mari

36. Avant la modification de la loi en 1993, les articles pertinents du code civil maltais se lisaient comme suit :

#### Article 67

«L'enfant conçu pendant le mariage est réputé être l'enfant du mari de la mère.»

#### Article 70

«Le mari peut renier un enfant conçu pendant le mariage

- a) s'il prouve que, pendant la période qui s'étend du trois centième au cent quatre-vingtième jour précédant la naissance de l'enfant, il était dans l'impossibilité physique de cohabiter avec sa femme du fait qu'il était loin d'elle ou pour toute autre raison;
- b) s'il prouve que, durant ladite période, il était légalement séparé de sa femme (...)

#### Article 72 § 1

«Le mari ne peut renier un enfant au motif d'adultère sauf si la naissance lui a été dissimulée, en quel cas il sera admis à prouver, même dans le cadre de l'action en désaveu, tout à la fois l'adultère et la dissimulation ainsi que tout autre fait propre à démontrer qu'il n'est pas le père de l'enfant (...)

#### Article 73

«Lorsque le mari est fondé à intenter une action en désaveu de paternité, il doit former cette action

- a) dans les trois mois de la naissance, s'il était à Malte à cette époque;
- b) dans les trois mois de son retour à Malte s'il était absent au moment de la naissance;
- c) dans les trois mois de la découverte de la fraude si la naissance de l'enfant lui avait été cachée (...)

37. A partir du 1<sup>er</sup> décembre 1993 (voir la loi XXI de 1993), le code civil a fait l'objet de plusieurs amendements. C'est ainsi que, notamment, on a ajouté à la liste des cas dans lesquels le mari peut renier un enfant conçu pendant le mariage l'article suivant (article 70 § 1 d) du code civil) :

«(...) s'il prouve qu'au cours de la (...) période [qui s'étend du trois centième au cent quatre-vingtième jour précédant la naissance de l'enfant] sa femme a commis l'adultère ou a dissimulé la grossesse et la naissance et s'il apporte également la preuve (y compris des examens et des données génétiques et scientifiques) de tout autre fait propre à écarter sa paternité.»

38. Par ailleurs, les délais prévus à l'article 73 du code civil ont été allongés pour passer à six mois.



## **B. Contestation de la légitimité d'un enfant par d'autres personnes**

39. L'article 77 du code civil ouvre la possibilité de contester la légitimité d'un enfant né pendant le mariage à toute personne capable d'apporter la preuve qu'au cours de la période qui s'étend du trois centième au cent quatre-vingtième jour précédant la naissance de l'enfant, le mari était dans l'impossibilité physique d'avoir cohabité avec sa femme. Cette action n'est pas limitée dans le temps.

40. En vertu de la jurisprudence des juridictions nationales, un enfant a le droit de contester la paternité sans restriction lorsque le statut attribué par le certificat de naissance s'oppose à la réalité des faits (arrêt de la Cour d'appel du 14 janvier 1952 dans l'affaire *Antonio Scerri Gauci c. Dr G. Scicluna*).

## **C. Droits successoraux et droit aux aliments des enfants légitimes**

41. Conformément aux articles 616 et 620 du code civil, la fille du requérant a droit, en sa qualité de descendante légitime, à l'héritage d'au moins un tiers du patrimoine du requérant dû en pleine propriété et non grevé de charges ou de conditions. Depuis les amendements apportés au code civil par la loi XVIII de 2004, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2005, si le requérant décède sans avoir fait de testament ou si ce dernier est annulé pour quelque raison que ce soit, Y, en tant que son unique enfant, aura droit à l'ensemble de ses biens.

42. Jusqu'à ce que l'enfant eût atteint sa majorité, le requérant avait une obligation d'entretien vis-à-vis de sa fille. Si cette dernière devait, dans l'avenir, se trouver dans l'incapacité de pourvoir à ses propres besoins, seule ou avec l'aide de son mari ou de ses enfants, le requérant serait de nouveau soumis à cette obligation d'entretien.

## **EN DROIT**

(...)

## **III. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION**

92. Le requérant soutient que la présomption légale de paternité pesant sur le mari jointe à l'absence de tout recours interne permettant de contester ladite présomption viole son droit au respect de la vie privée et familiale que garantit l'article 8 de la Convention.

Cette disposition se lit comme suit :

« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

## A. Arguments des parties

### 1. Le Gouvernement

93. Se référant aux décisions de la Commission dans les affaires *X et Y c. Royaume-Uni* (n° 5269/71, Annuaire 15) et *Mohamed Alam et Mohamed Khan c. Royaume-Uni* (n° 2991/66, Annuaire 10), le Gouvernement allègue que la relation entre le requérant et sa fille de 29 ans ne s'analyse pas en une « vie familiale ». Il fait par ailleurs observer qu'il n'y a pas eu ingérence de l'État dans la vie privée du requérant avec X et Y. M. Mizzi a lui-même déclaré avoir développé des liens d'amitié avec Y et « espéré » qu'elle était sa fille.

94. Pour le Gouvernement, le droit réciproque à des aliments, potentiel ou plutôt théorique, existant entre le requérant et Y ainsi que les droits successoraux de cette dernière ne sauraient constituer des ingérences dans la vie privée du requérant mais seulement dans ses biens. Ils concernent donc la propriété familiale et non la vie familiale.

95. Le Gouvernement conteste d'autre part l'argument du requérant selon lequel l'article 8 garantirait le droit à ne pas être tenu d'établir des relations avec d'autres personnes. Un tel droit reviendrait à nier toute la base de la famille. De surcroît, les intérêts tout à la fois de la société, de l'enfant et de la sécurité juridique peuvent justifier l'établissement de liens parentaux avec une personne qui n'est pas le père biologique. Ce genre de présomption légale n'est incompatible avec la Convention que si elle se heurte à la réalité sociale et ne profite réellement à personne, comme c'était le cas dans l'affaire *Kroon et autres* (précitée).

96. Dans l'affaire en l'espèce, Y a toujours bénéficié de la « possession d'état » de fille du requérant et ce serait lui porter préjudice que de la priver de son identité et de l'exclure de la famille du requérant.

97. A la lumière de ce qui précède, le Gouvernement soutient que, à supposer même que l'article 8 soit applicable aux faits de l'espèce, l'ingérence dont il est fait grief est prévue par la loi et nécessaire, dans une société démocratique, pour garantir la sécurité juridique et la protection des droits d'autrui.

## 2. *Le requérant*

98. Le requérant allègue que les amendements apportés au code civil en 1993 visaient à protéger les personnes qui se trouvaient dans une situation comparable à la sienne ; aucune dérogation à la règle du délai de six mois de l'article 73 du code civil n'était toutefois prévue, ce qui l'empêche de former une action en invoquant l'adultère et les examens scientifiques. Dans son cas, cette législation ne permet pas à la réalité biologique de prévaloir sur la présomption légale de légitimité qui se voit reconnaître une importance disproportionnée dans le système de droit maltais. De plus, ladite présomption légale emporte de lourdes conséquences financières : même en l'absence de liens biologiques avec le requérant, Y héritera d'un tiers de ses biens et ne peut se voir moins bien traitée que les autres enfants que le requérant pourrait avoir à l'avenir. La présomption de paternité a donc des implications non seulement émotionnelles mais aussi financières qui sont disproportionnées et vont bien au-delà de la majorité de Y.

99. Le requérant relève également que la jurisprudence citée par le Gouvernement pour démontrer l'inexistence d'une vie familiale entre lui et Y et l'absence d'ingérence de l'Etat dans ses droits au titre de l'article 8 de la Convention manque de pertinence. Il fait observer à ce propos qu'il ne cherche pas à établir une vie familiale avec une parente que du reste on peut considérer comme indépendante mais à se dégager d'une relation établie par le code civil maltais et qui existe depuis la naissance de sa fille présumée.

100. En tout état de cause, l'action en désaveu de paternité est clairement couverte par l'article 8. En effet, le respect de la vie privée qui s'entend du droit à établir des relations avec d'autres personnes doit également s'étendre au droit à ne pas être tenu d'établir de telles relations. En l'espèce, le requérant a été publiquement amené, contre son gré, à être associé « à une femme à laquelle ne l'unit aucun lien biologique ou social ».

101. Selon le requérant, le Gouvernement n'explique pas en quoi les exigences imposées à l'exercice d'une action en désaveu sont strictement nécessaires pour répondre à un besoin social impérieux. La reconnaissance de la réalité biologique ne causera pas à Y d'autre préjudice que la perte de droits successoraux. Elle ne sera pas « exclue » de la famille du requérant puisqu'elle n'a jamais appartenu à cette famille.

## **B. Appréciation de la Cour**

### *1. Applicabilité de l'article 8 de la Convention*

102. La Cour a déjà examiné des affaires dans lesquelles un mari désirait agir en désaveu de paternité d'un enfant né pendant le mariage.

Dans ces affaires, la question de savoir si l'action en désaveu de paternité visant à la dissolution légale de liens de famille existants concernait la «vie familiale» du requérant est restée ouverte puisque la Cour a conclu qu'en tout état de cause la détermination du régime juridique des relations du père et de son enfant putatif concernait sa «vie privée» (voir décision *Yildirim*, précitée, et arrêt *Rasmussen*, précité, § 33).

103. Dans la présente espèce, le requérant a cherché, au moyen d'actions en justice, à réfuter la présomption légale de sa paternité à l'égard de Y en s'appuyant sur des preuves biologiques. Ces actions ont visé à déterminer le régime juridique des relations du requérant et de Y qui était enregistrée comme sa fille.

104. Par conséquent, les faits de la cause tombent sous l'empire de l'article 8 de la Convention.

## 2. Principes généraux

105. La Cour rappelle que l'article 8 a essentiellement pour objet de prémunir l'individu contre les ingérences arbitraires des pouvoirs publics. A cet engagement négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie privée ou familiale. Elles peuvent impliquer l'adoption de mesures visant au respect de la vie privée jusque dans les relations des individus entre eux (*Mikulic* [c. Croatie, n° 53176/99], § 57[, CEDH 2002-I]).

106. La frontière entre les obligations positives et les obligations négatives de l'Etat au titre de cette disposition ne se prête toutefois pas à une définition précise. Les principes applicables sont néanmoins comparables. A ces deux égards, il faut tenir compte du juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société dans son ensemble; de même, aux deux égards, l'Etat jouit d'une certaine marge d'appréciation (*Keegan c. Irlande*, 26 mai 1994, § 49, série A n° 290, et *Kroon et autres*, précité, § 31).

107. La Cour rappelle qu'elle n'a point pour tâche de se substituer aux autorités nationales compétentes pour trancher les litiges en matière de paternité au niveau national mais d'examiner sous l'angle de la Convention les décisions que ces autorités ont rendues dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire (voir, par exemple, les arrêts *Mikulic*, précité, § 59, *Hokkanen c. Finlande*, 23 septembre 1994, § 55, série A n° 299-A). La Cour appréciera donc si l'Etat défendeur, en traitant l'action en désaveu de paternité du requérant, a agi en méconnaissance de son obligation positive découlant de l'article 8 de la Convention.

## 3. Observation de l'article 8 de la Convention

108. Le requérant ne conteste pas que l'impossibilité d'engager une action en désaveu de paternité est «prévue par la loi». Ce dont il se

plaint en effet, c'est que, selon lui, les articles 72 et 73 du code civil, dans la version en vigueur avant et après les amendements introduits en 1993, l'ont empêché de former une demande ayant des chances d'être accueillie par les juridictions nationales. La Cour a souscrit en substance à cette analyse et conclu que le libellé des dispositions internes pertinentes combiné avec le refus de la Cour constitutionnelle d'autoriser l'exercice d'une telle action ont privé le requérant de la possibilité de faire constater par un tribunal qu'il n'était pas le père biologique de Y (...)

109. La Cour relève que le requérant et Y se sont soumis à un examen sanguin en Suisse afin de faire établir s'il était son père biologique. Selon le requérant, les résultats de cet examen ont démontré qu'il n'était pas le père de Y (paragraphe 13 ci-dessus). Toutefois, le requérant n'a jamais eu la possibilité de faire examiner ces résultats par un tribunal. Ce n'est qu'après la modification législative intervenue en 1993 qu'il aurait pu avoir le droit, en droit interne, de contester sa paternité vis-à-vis de Y sur la base de preuves scientifiques et d'éléments démontrant l'adultère s'il avait formé une action dans les six mois à compter de sa naissance.

110. La Cour fait observer que les systèmes juridiques des Etats membres ont apporté différentes solutions au problème qui se pose lorsque les exigences que doit remplir une action en désaveu de paternité ne sont remplies qu'après l'expiration du délai fixé. Certains Etats admettent que, dans des circonstances exceptionnelles, un tribunal puisse autoriser l'exercice d'une action en dehors du délai (arrêt *Rasmussen*, précité, § 24). Dans d'autres, c'est le ministère public qui a ce pouvoir (décision *Yildirim*, précitée).

111. Dans l'affaire du requérant, le seul remède est apparemment un recours constitutionnel visant à faire déclarer que, nonobstant les dispositions du code civil, le mari a le droit d'agir en désaveu de paternité. Le Gouvernement n'a pas mentionné d'autres moyens de recours internes permettant d'obtenir la réouverture du délai fixé pour l'introduction de l'action. Si le tribunal civil et la Cour constitutionnelle avaient accueilli la demande du requérant en ce sens, ils auraient alors sauvegardé de façon adéquate ses intérêts puisqu'il avait des raisons légitimes de croire que Y pourrait ne pas être sa fille et qu'il souhaitait contester en justice la présomption légale de paternité pesant sur lui. Cette demande a toutefois été rejetée et, comme on l'a relevé ci-dessus, le requérant n'a jamais eu la possibilité d'introduire une action visant à réfuter cette présomption, qui présente des chances raisonnables de succès.

112. La Cour n'est pas convaincue, contrairement à ce que soutient le Gouvernement, qu'une restriction aussi radicale du droit du requérant à agir en désaveu de paternité est «nécessaire dans une société démocratique». Il n'a notamment pas été démontré en quoi cette

situation profiterait à la société dans son ensemble. L'intérêt potentiel de Y à bénéficier de la « possession d'état » de fille du requérant ne saurait l'emporter sur le droit légitime de celui-ci à avoir au moins une occasion de contester la paternité d'une enfant qui, selon les preuves scientifiques, n'est pas de lui. S'agissant des intérêts de la sécurité juridique, la Cour ne peut que reprendre les observations qu'elle a formulées à propos de l'article 6 § 1 de la Convention (...)

113. Conformément à la jurisprudence de la Cour, une situation dans laquelle une présomption légale peut prévaloir sur la réalité biologique ne saurait être compatible avec l'obligation de garantir le « respect » effectif de la vie privée et familiale, même eu égard à la marge d'appréciation dont jouissent les Etats (voir, *mutatis mutandis*, arrêt *Kroon et autres*, précité, § 40).

114. Pour la Cour, le fait que le requérant n'a jamais été autorisé à contester sa paternité vis-à-vis de Y n'est pas proportionné aux buts légitimes poursuivis. Il s'ensuit qu'un juste équilibre n'a pas été ménagé entre l'intérêt général de la protection de la sécurité juridique des liens familiaux et le droit du requérant à obtenir un réexamen de la présomption légale de paternité à la lumière des preuves biologiques. Dès lors, malgré la marge d'appréciation qui leur est reconnue, les autorités nationales ont failli à assurer au requérant le respect de la vie privée auquel il a droit en vertu de la Convention.

115. Par conséquent, il y a eu violation de l'article 8 de la Convention.

116. Cette conclusion dispense la Cour de vérifier si cette disposition a également été violée en raison du droit à l'obligation alimentaire réciproque pesant sur le requérant et Y et des droits successoraux dont jouit cette dernière.

(...)

## PAR CES MOTIFS, LA COUR

(...)

3. *Dit*, à l'unanimité, qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention ;

(...)

Fait en français, puis communiqué par écrit le 12 janvier 2006, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Santiago Quesada  
Greffier adjoint

Christos Rozakis  
Président

AOULMI c. FRANCE  
(*Requête n° 50278/99*)

QUATRIÈME SECTION

ARRÊT DU 17 JANVIER 2006<sup>1</sup>

---

1. Texte français original. Extraits.





SOMMAIRE<sup>1</sup>**Non-respect d'une mesure provisoire indiquée en vertu de l'article 39 du règlement de la Cour****Article 34**

*Entraver l'exercice du droit de requête – Non-respect d'une mesure provisoire indiquée en vertu de l'article 39 du règlement de la Cour – Exercice effectif du droit de recours individuel – Obligations des Etats découlant de l'article 34 de la Convention – Expulsion malgré l'application de l'article 39 du règlement de la Cour*

\*  
\* \*

Le requérant, de nationalité algérienne, arriva en France avec ses parents, à l'âge de quatre ans. Il est le père d'une fille née en 1983 et a été marié avec une ressortissante française de 1989 à 1993. Dans les années 1980 et 1990, le requérant fit l'objet de condamnations pénales, notamment pour trafic de stupéfiants, et une interdiction définitive du territoire fut prononcée à son encontre. Une hépatite chronique active fut diagnostiquée chez lui en 1994. Sa demande en relèvement d'interdiction du territoire fut rejetée en juin 1996.

Le 11 août 1999, le préfet prit à son encontre une décision de renvoi vers l'Algérie. Le requérant demanda la suspension de l'exécution de cette décision, sans succès. Sa demande d'asile fut rejetée.

Le 11 août 1999, le président d'une chambre de la Cour de Strasbourg décida d'indiquer au gouvernement français, en application de l'article 39 du règlement de la Cour, qu'il serait souhaitable, dans l'intérêt des parties et du bon déroulement de la procédure devant la Cour, de ne pas expulser le requérant avant la réunion de la chambre compétente, le 24 août. Les autorités françaises décidèrent de surseoir à l'exécution de la mesure d'éloignement jusqu'au 16 août 1999, afin qu'une expertise médicale puisse être pratiquée. Le 19 août 1999, le requérant fut expulsé vers l'Algérie.

En décembre 2000, le tribunal administratif annula la décision du 11 août 1999, eu égard «aux conséquences d'une exceptionnelle gravité» que cette mesure était susceptible d'entraîner pour l'état de santé du requérant, lequel nécessitait impérativement un traitement par deux produits qui n'étaient pas disponibles en Algérie à la date de la décision de reconduite à la frontière. Ce jugement est définitif.

L'avocat du requérant indiqua en 2003 que son client n'arrivait pas à rentrer en France en raison d'obstacles administratifs des deux côtés de la Méditerranée, et que, d'après les nouvelles qu'il avait eues par l'intermédiaire de la famille de l'intéressé, l'état de santé de celui-ci, qui ne bénéficiait pas des soins médicaux nécessaires, continuait de se dégrader.

---

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

Article 34: le gouvernement défendeur ne s'est pas conformé aux indications données par la Cour en vertu de l'article 39 de son règlement. Cela pose la question de savoir s'il y a eu violation de l'article 34 de la Convention, compte tenu de la violation alléguée par le requérant de l'article 3.

Les conséquences, au regard de l'article 34, du non-respect par un Etat défendeur de mesures indiquées par la Cour en vertu de l'article 39 de son règlement ont été examinées dans l'arrêt *Mamatkoulov et Askarov c. Turquie* du 4 février 2005.

La Cour y a dit que l'engagement de ne pas entraver l'exercice efficace du droit de recours interdit les ingérences dans l'exercice du droit pour l'individu de porter et défendre effectivement sa cause devant la Cour.

En l'espèce, l'expulsion du requérant vers l'Algérie en dépit de la mesure indiquée en vertu de l'article 39 susmentionné a fait que le niveau de protection que la Cour pouvait garantir s'agissant des droits énoncés à l'article 3 a été amoindri de manière irréversible. De plus, l'avocat du requérant ayant perdu tout contact avec celui-ci depuis son expulsion, l'administration des preuves à l'appui des allégations du requérant s'est révélée plus complexe.

Le renvoi du requérant vers l'Algérie a gêné l'examen, de manière appropriée, de ses griefs et, en fin de compte, a empêché la Cour de le protéger en cas de besoin des violations potentielles de la Convention. La conséquence de cet empêchement est que le requérant a été entravé dans l'exercice effectif de son droit de recours individuel, garanti par l'article 34.

Même si à l'époque où le requérant a été expulsé, la force obligatoire des mesures prises en application de l'article 39 n'avait pas été affirmée explicitement, l'article 34 et les obligations en découlant s'imposaient déjà aux Etats contractants. En ne se conformant pas aux indications données en vertu de l'article 39 du règlement de la Cour, la France n'a pas respecté les obligations qui lui incombaient en l'espèce au regard de l'article 34 de la Convention.

*Conclusion*: l'Etat défendeur a failli à ses obligations au titre de l'article 34 (unanimité).

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

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

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

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

La Cour européenne des droits de l'homme (quatrième section),  
siégeant en une chambre composée de :

Nicolas Bratza, *président*,

Josep Casadevall,

Jean-Paul Costa,

Giovanni Bonello,

Stanislav Pavlovski,

Lech Garlicki,

Javier Borrego Borrego, *juges*,

et de Michael O'Boyle, *greffier de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 10 mai et 13 décembre 2005,

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

**PROCÉDURE**

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 50278/99) dirigée contre la République française et dont un ressortissant algérien, M. Rachid Aoulmi («le requérant»), a saisi la Cour le 11 août 1999 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales («la Convention»).

2. Le requérant est représenté par M<sup>e</sup> J. Debray, avocat à Lyon. Le gouvernement français («le Gouvernement») est représenté par son agent, M<sup>me</sup> E. Belliard, directrice des affaires juridiques au ministère des Affaires étrangères.

3. Le requérant alléguait que son renvoi éventuel vers l'Algérie lui ferait encourir des risques au sens de l'article 3 de la Convention et porterait atteinte à sa vie familiale au sens de l'article 8.

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

5. Le président de la chambre a 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 le requérant avant que n'intervienne la décision de la Cour.

6. Le 1<sup>er</sup> novembre 2004, la Cour a modifié la composition de ses sections (article 25 § 1 du règlement). La présente requête a été attribuée à la quatrième section ainsi remaniée (article 52 § 1).

7. Par une décision du 10 mai 2005, la chambre a déclaré la requête recevable.

8. Tant le requérant que le Gouvernement ont déposé des observations écrites sur le fond de l'affaire (article 59 § 1 du règlement). La chambre ayant décidé après consultation des parties qu'il n'y avait pas lieu de tenir une audience consacrée au fond de l'affaire (article 59 § 3 *in fine*), les parties ont chacune soumis des observations complémentaires.

## EN FAIT

### I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

9. Le requérant est né en 1956 en Algérie où il réside actuellement.

#### A. Les faits

10. Le requérant est arrivé en France avec ses parents en 1960. Il a six frères et sœurs nés en France et tous de nationalité française.

11. Le 13 avril 1982, le requérant fut condamné par le tribunal correctionnel de Lyon à huit mois de prison avec sursis et 1 200 francs français d'amende pour vol avec effraction et recel.

12. Le 24 avril 1984, il fut condamné par le tribunal de grande instance de Lyon à six mois d'emprisonnement pour vol avec effraction. Le tribunal révoqua également le sursis précédemment prononcé. Le 28 juin 1984, la cour d'appel de Lyon confirma la révocation du sursis, seul point sur lequel le requérant avait fait appel.

13. Le 6 décembre 1988, le tribunal de grande instance de Lyon condamna le requérant à quatorze mois d'emprisonnement et à l'interdiction définitive du territoire français pour infraction à la législation sur les stupéfiants.

14. Le 15 avril 1989, le requérant épousa une ressortissante française. Le mariage fut dissous le 28 janvier 1993. Il est le père d'une fille née en 1983.

15. Le 27 avril 1989, la cour d'appel de Lyon porta la peine à quatre ans d'emprisonnement et confirma l'interdiction définitive du territoire pour infraction à la législation sur les stupéfiants. Elle releva notamment que, lors de son interpellation, le requérant se présentait au domicile d'une prostituée droguée avec un sachet contenant cent grammes d'héroïne qualifiée «de bonne qualité» par le laboratoire de police. Par ailleurs, elle estima que le requérant ne pouvait nier avoir servi d'intermédiaire entre un fournisseur et sa principale cliente et avoir de ce fait détenu, transporté et participé à des transactions portant sur de l'héroïne; que la balance de précision et le lactose découverts à son domicile confortaient la part qu'il prenait dans ces transactions.

La cour d'appel souligna par ailleurs qu'à l'époque des faits le requérant subissait une période d'emprisonnement en semi-liberté et qu'il préférait jouer les intermédiaires entre un fournisseur de drogue et ses clients que d'aller à son travail qu'il avait abandonné depuis un mois. Elle estima que «le comportement de ce ressortissant étranger, préjudiciable à la santé et à la sécurité publique, [était] incompatible avec son maintien sur le territoire français».

16. Le 7 juin 1990, le requérant fut déclaré déchu de son pourvoi par la Cour de cassation.

17. Le 22 octobre 1992, le tribunal correctionnel de Lyon jugea quinze personnes pour infractions à la législation sur les stupéfiants.

Il releva que la perquisition opérée au domicile du requérant avait amené la découverte de quatre sachets plastiques transparents comportant des traces de poudre blanche, une pochette d'allumettes sur laquelle figuraient de nombreux comptes, vingt seringues, une cuillère à dos noirci, ainsi que deux cartes d'identité et un permis de conduire falsifiés. Recoupant différents témoignages, y compris celui de l'épouse du requérant, les résultats d'écoutes téléphoniques et de filatures, le tribunal conclut que le requérant jouait un rôle essentiel, en tant que fournisseur dans ce trafic.

Il condamna le requérant à six ans de prison pour infraction à la législation sur les stupéfiants, trois mois pour falsification de documents administratifs et deux mois pour séjour sur le territoire national en infraction à une interdiction de séjour.

18. En 1994, une hépatite chronique active fut diagnostiquée chez le requérant.

19. Par un arrêt du 6 juin 1996, la cour d'appel de Lyon rejeta la demande en relèvement d'interdiction du territoire présentée par le requérant. Elle observa que le requérant avait fait l'objet de cinq condamnations, entre le 13 avril 1982 et le 22 octobre 1992, à des peines allant de deux mois à six ans d'emprisonnement, que les faits ayant abouti à la condamnation du 27 avril 1989 portaient sur des livraisons d'héroïne, dont une de cent grammes d'héroïne de très bonne qualité, et avaient été commis alors que le requérant purgeait une peine sous le régime de la semi-liberté. Elle souligna par ailleurs que la réalité du mariage du requérant avec une ressortissante française n'était établie par aucun commencement de preuve et que la mesure d'éloignement prononcée n'apportait pas une atteinte disproportionnée aux droits protégés par l'article 8 de la Convention.

20. Le 8 décembre 1997, le ministre de l'Intérieur prit un arrêté d'expulsion à l'encontre du requérant. Le recours exercé par celui-ci devant le tribunal administratif de Lyon fut rejeté le 16 décembre 1998.

21. Le 9 août 1999, le requérant fut libéré de prison et placé en rétention administrative en vue de son éloignement du territoire.

22. Le 11 août 1999, le préfet prit une décision de renvoi du requérant vers l'Algérie.

23. Le 13 août 1999, le requérant déposa une requête auprès du tribunal administratif tendant à l'annulation et au sursis à l'exécution de cette décision, assortie d'une demande tendant à la suspension de son exécution.

24. Le 16 août 1999, le tribunal administratif rejeta la demande de suspension en estimant :

«il ne résulte pas du dossier et notamment du certificat médical produit par [le requérant] que son état de santé nécessite impérativement dans l'immédiat un traitement contre l'hépatite C par deux produits associés qui ne sont pas disponibles actuellement en Algérie, que par suite, [le requérant] n'est pas fondé à demander la suspension de l'exécution de la décision du préfet de l'Isère prescrivant de le reconduire à destination de ce pays.»

25. Le 16 août 1999, le requérant présenta une demande d'asile qui fut rejetée le 18 août 1999 par l'Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA) au motif que «sa demande, déposée tardivement, ne comport[ait] aucun élément caractérisé et personnalisé permettant d'établir le bien-fondé de ses craintes de persécution vis-à-vis des autorités algériennes actuelles».

26. Un médecin inspecteur de santé publique de la Direction départementale des affaires sanitaires et sociales (DDASS) du Rhône adressa deux lettres au préfet de la région Rhône-Alpes respectivement les 13 et 18 août 1999. Dans le premier de ces documents, le médecin indiquait notamment :

«J'observe que M. Aoulmi n'a pas produit de document médical postérieur au mois de janvier 1998, qu'il n'a pas sollicité de visite de médecin depuis son admission au centre de rétention et qu'il ne suit actuellement aucun traitement. Je suis ainsi fondé à estimer que son état de santé actuel ne présente pas un caractère préoccupant immédiat.

Le certificat médical mentionne que l'état de santé de M. Aoulmi pourrait justifier un traitement associant interféron et ribavirine; (...)

J'ai pris l'attache du laboratoire (...) qui fabrique la ribavirine. Selon les informations qui m'ont été données la ribavirine n'est pas commercialisée en Algérie à ce jour. Le médicament peut être importé avec l'autorisation du ministère algérien de la santé sur la demande de la pharmacie centrale du centre hospitalier d'Alger. Les démarches visant à permettre l'exportation de la molécule vers l'Algérie sont en cours. (...)

27. Dans sa seconde lettre, le même médecin disait ceci :

«Vous avez bien voulu me transmettre pour avis un second certificat médical relatif à l'état de santé de M. Aoulmi Rachid établi au centre hospitalier Lyon-sud le 13 juillet 1999.

En complément du certificat précédent que vous aviez porté à ma connaissance, ce second certificat atteste que l'affection dont M. Aoulmi Rachid est atteint relève d'un traitement associé par interféron et ribavirine. Les mentions du certificat relatives à la

disponibilité de la ribavirine en Algérie ne correspondent pas à celles qui m'ont été données oralement par le laboratoire (...)

Je précise que la ribavirine est disponible en France en autorisation temporaire d'utilisation (ATU) dans les seules pharmacies hospitalières et que l'autorisation de mise sur le marché (AMM) serait prochainement donnée.»

28. Le 19 août 1999, le requérant fut embarqué sur un bateau à destination de l'Algérie.

29. Le 13 décembre 2000, le tribunal administratif de Lyon annula la décision de reconduite à la frontière prise par le préfet le 11 août 1999. Il estima :

«Considérant qu'il ressort des pièces du dossier, et notamment du certificat médical du service d'hospitalisation et antenne de soins en milieu pénitentiaire daté du 13 juillet 1999, produit par le requérant, que celui-ci est porteur d'une hépatite C; que son état de santé nécessite impérativement un traitement par deux produits associés, l'interféron et la ribavirine, qui n'étaient pas disponibles en Algérie à la date de la décision attaquée; que, par suite, eu égard aux conséquences d'une exceptionnelle gravité que pourrait entraîner la mesure prise à son encontre, la décision du préfet de l'Isère désignant l'Algérie comme pays vers lequel M. Aoulmi doit être reconduit en exécution de l'arrêté d'expulsion dont il a fait l'objet le 10 avril 1998, doit être annulée;»

Ce jugement est définitif.

30. Le 17 juin 2003, l'avocat du requérant indiqua que celui-ci avait des difficultés pour se faire établir un passeport. Il joignit à cette lettre une attestation dans ce sens du chef de la Daira de Béjaïa en date du 5 février 2003.

31. Le 13 octobre 2003, l'avocat du requérant expliqua que celui-ci ne pouvait rentrer en France du fait que les autorités algériennes ne lui délivraient pas de passeport et que les autorités françaises ne lui délivraient pas de laissez-passer. Il ajoutait que, d'après les nouvelles qu'il avait eues par l'intermédiaire de la famille de l'intéressé, l'état de santé de celui-ci, qui ne bénéficiait pas des soins médicaux nécessaires, continuait de se dégrader.

32. Par une lettre du 5 novembre 2003, il adressa à la Cour la copie d'un refus de visa établi par le consulat général de France à Alger le 13 octobre 2003.

33. D'après un certificat médical établi par un médecin algérien le 31 juillet 2005, le requérant présentait les affections suivantes :

«maladie ulcéreuse ne répondant qu'à l'oméprazole,

gastropathie érythémateuse, TFI et constipation chronique,

hépatite virale C chronique traitée à l'interféron en France il y a une dizaine d'années sans aucun suivi ni contrôle depuis une dizaine d'années.»

## B. La procédure

34. Le 11 août 1999, le président de la troisième section a décidé d'indiquer au Gouvernement, en application de l'article 39 du règlement intérieur de la Cour, qu'il serait souhaitable, dans l'intérêt des parties et du bon déroulement de la procédure devant la Cour, de ne pas expulser le requérant vers l'Algérie avant la réunion de la chambre compétente, le 24 août 1999. En application de l'article 49 § 2 a) du même règlement, le Gouvernement a également été invité à fournir des informations notamment sur les soins accessibles en Algérie.

35. Les autorités compétentes ont décidé de surseoir à l'exécution de la mesure d'éloignement jusqu'au 16 août 1999, afin qu'une expertise médicale puisse être pratiquée (paragraphe 27 ci-dessus).

36. Le 19 août 1999, le requérant a été éloigné vers l'Algérie.

37. Le 20 août 1999, le Gouvernement a présenté ses réponses aux questions posées.

38. Le représentant du requérant a soumis les siennes le 24 septembre 1999.

39. Le 9 novembre 1999, la Cour a décidé d'inviter le Gouvernement à présenter des observations sur la recevabilité et le bien-fondé de la requête ainsi que sur le fait que le requérant avait été expulsé malgré l'application de l'article 39 du règlement de la Cour.

40. Le Gouvernement a déposé ses observations le 3 février 2000 et le représentant du requérant y a répondu le 23 mars 2000.

41. Le 9 septembre 2003, la Cour a décidé d'ajourner l'examen de l'affaire dans l'attente de l'arrêt de la Grande Chambre dans l'affaire *Mamatkoulou et Askarov c. Turquie* ([GC], n<sup>os</sup> 46827/99 et 46951/99, CEDH 2005-I).

42. Le 10 mai 2005, la Cour a invité les parties à fournir des indications sur l'état de santé du requérant, sur sa situation administrative, sur les suites données au jugement du tribunal administratif en date du 13 décembre 2000. Elles ont également été invitées à se prononcer à nouveau, au vu de l'arrêt *Mamatkoulou et Askarov* précité rendu le 4 février 2005, sur une éventuelle violation de l'article 34 de la Convention.

43. Les parties ont présenté leurs observations le 26 septembre 2005.

## II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES ET INTERNATIONAUX PERTINENTS

44. L'article L. 630-1, alinéa 1, du code de la santé publique, tel que rédigé au moment des faits, prévoyait :

« Sans préjudice de l'application des articles 23 et suivants de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945, les tribunaux pourront prononcer l'interdiction du territoire français, pour une durée de deux à cinq ans, contre tout étranger condamné pour les



délits prévus par les articles L. 626, L. 627-2, L. 628, L. 628-4 et L. 630. Ils pourront prononcer l'interdiction définitive du territoire français contre tout étranger condamné pour les délits prévus à l'article L. 627.

L'interdiction du territoire entraîne de plein droit la reconduite du condamné à la frontière à l'expiration de sa peine. (...)»

45. L'ancien article L. 627 du code de la santé publique disposait :

«Seront punis d'un emprisonnement de deux ans à dix ans et d'une amende de 5 000 F à 50 000 000 F, ou de l'une de ces deux peines seulement, ceux qui auront contrevenu aux dispositions des règlements d'administration publique prévus à l'article précédent et concernant les substances ou plantes vénéneuses classées comme stupéfiants par voie réglementaire. Lorsque le délit aura consisté dans l'importation, la production, la fabrication ou l'exportation illicite desdites substances ou plantes, la peine d'emprisonnement sera de dix à vingt ans (...)

La tentative de l'une des infractions réprimées par l'alinéa précédent sera punie comme le délit consommé. Il en sera de même de l'association ou de l'entente en vue de commettre ces infractions. (...)

Seront également punis d'un emprisonnement de deux à dix ans et d'une amende de 5 000 F à 50 000 000 F, ou de l'une de ces deux peines seulement :

1. Ceux qui auront facilité à autrui l'usage desdites substances ou plantes, à titre onéreux ou à titre gratuit, soit en se procurant dans ce but un local, soit par tout autre moyen. (...)

Lorsque l'usage desdites substances aura été facilité à un ou des mineurs de moins de vingt et un ans (...) la peine d'emprisonnement sera de cinq à dix ans. (...)»

46. Pour ce qui concerne le respect de l'article 34 de la Convention, voir l'arrêt *Mamatkoulov et Askarov* précité, §§ 39-53.

## EN DROIT

(...)

### IV. SUR LA VIOLATION DE L'ARTICLE 34 DE LA CONVENTION

92. La Cour constate par ailleurs que le gouvernement défendeur ne s'est pas conformé aux indications qu'elle a données en vertu de l'article 39 de son règlement. Cela pose la question de savoir s'il y a eu violation de l'article 34 de la Convention, compte tenu de la violation alléguée de l'article 3.

L'article 34 de la Convention dispose :

«La Cour peut être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus

dans la Convention ou ses Protocoles. Les Hautes Parties contractantes s'engagent à n'entraver par aucune mesure l'exercice efficace de ce droit.»

L'article 39 du règlement de la Cour dispose :

« 1. La chambre ou, le cas échéant, son président peuvent, soit à la demande d'une partie ou de toute autre personne intéressée, soit d'office, indiquer aux parties toute mesure provisoire qu'ils estiment devoir être adoptée dans l'intérêt des parties ou du bon déroulement de la procédure.

2. Le Comité des Ministres en est informé.

3. La chambre peut inviter les parties à lui fournir des informations sur toute question relative à la mise en œuvre des mesures provisoires recommandées par elle.»

### A. Thèses des parties

93. Le conseil du requérant souligne que, depuis le renvoi de celui-ci vers l'Algérie, il n'a pu entrer en contact avec lui. Il en infère que l'exercice du recours devant la Cour est très difficile.

Selon lui, en expulsant le requérant le 19 août 1999, alors que la Cour devait examiner la requête le 24 août suivant, le Gouvernement a violé le droit à un recours efficace tel que protégé par l'article 34 de la Convention.

94. Dans ses observations complémentaires, le représentant du requérant se réfère à l'arrêt *Mamatkoulou et Askarov* précité.

95. Il rappelle que dans cet arrêt la Cour a estimé que l'inobservation d'une mesure provisoire par un Etat contractant constitue une violation de l'article 34 de la Convention.

96. Il estime qu'il est clairement établi qu'en l'espèce l'Etat français n'a pas respecté les mesures provisoires qui lui avaient été demandées et que cette attitude constitue bien une violation de l'article 34 de la Convention.

97. Le Gouvernement souligne qu'il a pris en compte, dans toute la mesure du possible, la demande faite par la Cour en application de l'article 39 de son règlement et qu'à la suite de celle-ci l'éloignement du requérant a été différé afin de permettre un réexamen de sa situation.

Il ajoute qu'à l'occasion de l'examen supplémentaire auquel il a été procédé, il a été constaté qu'aucune raison liée à l'état de santé du requérant ne s'opposait à la mesure d'éloignement. Il insiste sur le fait que le requérant ne prenait aucun traitement médical et que celui qui était considéré comme souhaitable pour l'avenir par les médecins était non disponible à cette époque, aussi bien en France qu'en Algérie.

98. Il rappelle par ailleurs que cette demande, selon les termes mêmes du règlement de la Cour, n'est qu'une indication donnée à l'Etat et non une injonction juridiquement contraignante à son égard.

99. Le Gouvernement, qui se réfère à l'arrêt *Cruz Varas et autres c. Suède* (20 mars 1991, série A n° 201), estime que la mise à exécution de la

mesure d'éloignement n'a porté aucune atteinte au droit dont le requérant disposait aux termes de l'article 34 de la Convention de présenter une requête individuelle à la Cour sans que l'Etat n'entrave par aucune mesure l'exercice efficace de ce droit de recours.

100. Dans ses observations complémentaires, il rappelle que l'expulsion du requérant a eu lieu avant le prononcé de l'arrêt *Mamatkoulov et Askarov* et estime que la Cour doit se prononcer en se référant au contexte juridique en vigueur au moment de l'intervention de la mesure litigieuse.

## **B. Appréciation de la Cour**

101. La Cour rappelle qu'elle s'est prononcée le 4 février 2005, par un arrêt rendu par la Grande Chambre, sur les conséquences, au regard de l'article 34 de la Convention, du fait pour un gouvernement défendeur de ne pas s'être conformé aux mesures que la Cour a indiquées en vertu de l'article 39 de son règlement (*Mamatkoulov et Askarov*, précité, §§ 99-129).

102. Elle a dit que l'engagement de ne pas entraver l'exercice efficace du droit de recours interdit les ingérences dans l'exercice du droit pour l'individu de porter et défendre effectivement sa cause devant la Cour.

103. Ainsi, dans des affaires telles que la présente, où l'existence d'un risque de préjudice irréparable à la jouissance par le requérant de l'un des droits qui relèvent du noyau dur des droits protégés par la Convention est alléguée de manière plausible, une mesure provisoire a pour but de maintenir le *statu quo* en attendant que la Cour se prononce sur la justification de la mesure. Dès lors qu'elle vise à prolonger l'existence de la question qui forme l'objet de la requête, la mesure provisoire touche au fond du grief tiré de la Convention. Par sa requête, le requérant cherche à protéger d'un dommage irréparable le droit énoncé dans la Convention qu'il invoque. En conséquence, le requérant demande une mesure provisoire, et la Cour l'accorde, en vue de faciliter «l'exercice efficace» du droit de recours individuel garanti par l'article 34 de la Convention, c'est-à-dire de préserver l'objet de la requête lorsqu'elle estime qu'il y a un risque que celui-ci subisse un dommage irréparable en raison d'une action ou omission de l'Etat défendeur (*Mamatkoulov et Askarov*, précité, § 108).

104. En l'espèce le requérant ayant été expulsé vers l'Algérie par la France, le niveau de protection que la Cour pouvait garantir s'agissant des droits énoncés à l'article 3 de la Convention a été amoindri de manière irréversible. De plus, l'avocat du requérant ayant perdu tout contact avec celui-ci depuis son expulsion, l'administration des preuves à l'appui des allégations du requérant s'est révélée plus complexe.

105. La Cour a souligné que le système de protection tel qu'il fonctionne actuellement a été modifié par le Protocole n° 11: le droit de recours individuel ne dépend plus d'une déclaration éventuelle des Etats contractants. Ainsi, l'individu s'est vu reconnaître au plan international un véritable droit d'action pour faire valoir des droits et libertés qu'il tient directement de la Convention. Elle a estimé qu'au vu des principes généraux de droit international, du droit des traités et de la jurisprudence internationale, l'interprétation de la portée des mesures provisoires ne peut être dissociée de la procédure au cours de laquelle elles sont prévues et de la décision sur le fond qu'elles visent à protéger.

106. Elle a conclu que de ce fait, on peut dire que, quel que soit le système juridique considéré, toute bonne administration de la justice implique que ne soient pas accomplis, tant qu'une procédure est en cours, des actes de caractère irréparable.

107. De même, dans le système de la Convention, les mesures provisoires, telles qu'elles ont été constamment appliquées en pratique, se révèlent d'une importance fondamentale pour éviter des situations irréversibles qui empêcheraient la Cour de procéder dans de bonnes conditions à un examen de la requête et, le cas échéant, d'assurer au requérant la jouissance pratique et effective du droit protégé par la Convention qu'il invoque. Dès lors, dans ces conditions, l'inobservation par un Etat défendeur de mesures provisoires met en péril l'efficacité du droit de recours individuel, tel que garanti par l'article 34, ainsi que l'engagement formel de l'Etat, en vertu de l'article 1, de sauvegarder les droits et libertés énoncés dans la Convention.

108. Une indication de mesures provisoires donnée par la Cour, comme en l'espèce, permet à celle-ci non seulement d'examiner efficacement une requête mais aussi de s'assurer de l'effectivité de la protection prévue par la Convention à l'égard du requérant, et ultérieurement au Comité des Ministres de surveiller l'exécution de l'arrêt définitif. Une telle mesure permet ainsi à l'Etat concerné de s'acquitter de son obligation de se conformer à l'arrêt définitif de la Cour, lequel est juridiquement contraignant en vertu de l'article 46 de la Convention (*Mamatkoulou et Askarov*, précité, § 125).

109. La Cour rappelle que, dans son arrêt *Mamatkoulou et Askarov*, elle a admis qu'il est dans l'intérêt de la sécurité juridique et de la prévisibilité qu'elle ne s'écarte pas sans motif valable de ses propres précédents.

Elle a toutefois également réitéré qu'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 (*Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978, § 31, série A n° 26).

110. La Cour estime que dans la présente affaire le renvoi du requérant vers l'Algérie a gêné l'examen, de manière appropriée, des griefs du requérant conformément à sa pratique constante dans des affaires similaires et, en fin de compte, l'a empêchée de le protéger en cas de besoin des violations potentielles de la Convention. La conséquence de cet empêchement est que le requérant a été entravé dans l'exercice effectif de son droit de recours individuel, garanti par l'article 34 de la Convention.

111. La Cour rappelle qu'en vertu de l'article 34 de la Convention les Etats contractants s'engagent à s'abstenir de tout acte ou à se garder de toute omission qui entraverait l'exercice effectif du droit de recours d'un requérant.

Elle souligne que, même si, à l'époque où le requérant a été expulsé dans la présente affaire, la force obligatoire des mesures prises en application de l'article 39 de son règlement n'avait pas été affirmée explicitement, il n'en demeure pas moins que l'article 34 de la Convention et les obligations en découlant s'imposaient déjà aux Etats contractants.

112. Compte tenu des éléments en sa possession, la Cour conclut qu'en ne se conformant pas aux mesures provisoires indiquées en vertu de l'article 39 de son règlement, la France n'a pas respecté les obligations qui lui incombent en l'espèce au regard de l'article 34 de la Convention.

(...)

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

(...)

4. *Dit* que la France a failli à ses obligations au titre de l'article 34 de la Convention;

(...)

Fait en français, puis communiqué par écrit le 17 janvier 2006, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Michael O'Boyle  
Greffier

Nicolas Bratza  
Président



AOULMI v. FRANCE  
(*Application no. 50278/99*)

FOURTH SECTION

JUDGMENT OF 17 JANUARY 2006<sup>1</sup>

---

1. Translation; original French. Extracts.





SUMMARY<sup>1</sup>**Failure to comply with an interim measure indicated under Rule 39 of the Rules of Court****Article 34**

*Hindrance of exercise of the right of application – Failure to comply with an interim measure indicated under Rule 39 of the Rules of Court – Effective exercise of the right of individual application – States’ obligations under Article 34 – Expulsion despite application of Rule 39 of the Rules of Court*

\*  
\*   \*

The applicant, an Algerian national, moved to France with his parents at the age of four. He has a daughter born in 1983 and was married to a French national between 1989 and 1993. In the 1980s and 1990s the applicant was convicted of various offences including drug trafficking, and an order was made for his permanent exclusion from French territory. He was diagnosed with chronic active hepatitis in 1994. An application by the applicant for the exclusion order to be lifted was dismissed in June 1996.

On 11 August 1999 the prefect ordered the applicant’s removal to Algeria. The applicant sought a stay of execution of that order but was unsuccessful. He was also refused asylum.

On 11 August 1999 the President of a Chamber of the Court decided to indicate to the French Government, in accordance with Rule 39 of the Rules of Court, that it was desirable in the interests of the parties and the proper conduct of the proceedings before the Court not to expel the applicant before the meeting of the appropriate Chamber on 24 August. The French authorities decided to stay the execution of the removal order until 16 August 1999 so that an expert medical opinion could be obtained. On 19 August 1999 the applicant was expelled to Algeria.

In December 2000 the administrative court set aside the order of 11 August 1999, in view of the “exceptionally serious consequences” the applicant’s removal might entail for his state of health, which as a matter of necessity required treatment with two drugs that were not available in Algeria on the date of the removal order. The administrative court’s judgment was irrevocable.

The applicant’s lawyer stated in 2003 that his client was unable to return to France owing to administrative barriers on both sides of the Mediterranean, and that, according to information he had received through the applicant’s family, his health was continuing to decline and he had not been receiving the necessary medical treatment.

---

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

*Held*

Article 34: The respondent Government had failed to comply with the indications given by the Court under Rule 39. This raised the question whether there had been a violation of Article 34 of the Convention, taking into account the breach of Article 3 alleged by the applicant.

The consequences of a respondent State's failure to comply with measures indicated by the Court under Rule 39 had been examined in the *Mamatkulov and Askarov v. Turkey* judgment of 4 February 2005.

The Court had stated in that judgment that the undertaking not to hinder the effective exercise of the right of individual application precluded any interference with the individual's right to present and pursue his complaint before it effectively. In the present case, the applicant's expulsion to Algeria despite the measure indicated under Rule 39 had meant that the level of protection that the Court was able to afford the rights set forth in Article 3 had been irreversibly reduced. In addition, as the applicant's lawyer had lost all contact with him since his expulsion, the gathering of evidence in support of the applicant's allegations had proved more complex.

The applicant's removal to Algeria had prevented the Court from conducting a proper examination of his complaints and ultimately from protecting him, if need be, against potential violations of the Convention. As a result, the applicant had been hindered in the effective exercise of his right of individual application guaranteed by Article 34.

Although it had not been expressly stated at the time of the applicant's expulsion that measures taken in accordance with Rule 39 were binding, Contracting States were nevertheless already bound by Article 34 and the obligations deriving from it. By failing to comply with the indications given under Rule 39 of the Rules of Court, France had been in breach of its obligations under Article 34 of the Convention in the present case.

*Conclusion:* failure by the respondent State to comply with its obligations under Article 34 (unanimously).

**Case-law cited by the Court**

*Tyrer v. the United Kingdom*, 25 April 1978, Series A no. 26

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

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

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

Nicolas Bratza, *President*,  
Josep Casadevall,  
Jean-Paul Costa,  
Giovanni Bonello,  
Stanislav Pavlovski,  
Lech Garlicki,  
Javier Borrego Borrego, *judges*,  
and Michael O’Boyle, *Section Registrar*,

Having deliberated in private on 10 May and 13 December 2005,

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

**PROCEDURE**

1. The case originated in an application (no. 50278/99) against the French Republic lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by an Algerian national, Mr Rachid Aoulmi (“the applicant”), on 11 August 1999.

2. The applicant was represented by Mr J. Debray, a lawyer practising in Lyons. The French Government (“the Government”) were represented by their Agent, Mrs E. Belliard, Director of Legal Affairs at the Ministry of Foreign Affairs.

3. The applicant alleged that his proposed removal to Algeria would put him at risk of treatment prohibited by Article 3 of the Convention and would interfere with his family life within the meaning of Article 8.

4. The application was allocated to the Court’s Third Section (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 decided to apply Rule 39 of the Rules of Court, indicating to the Government that it was desirable in the interests of the parties and the proper conduct of the proceedings not to expel the applicant pending the Court’s decision.

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

7. By a decision of 10 May 2005, the Chamber declared the application admissible.

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

## THE FACTS

### I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

9. The applicant was born in 1956 in Algeria, where he currently lives.

#### A. The facts

10. The applicant arrived in France with his parents in 1960. He has six brothers and sisters, all of whom were born in France and have French nationality.

11. On 13 April 1982 he was convicted of burglary and handling stolen goods by the Lyons Criminal Court. He was given an eight-month suspended prison sentence and was ordered to pay a fine of 1,200 French francs (FRF).

12. On 24 April 1984 he was sentenced by the Lyons *tribunal de grande instance* to six months' imprisonment for burglary. The court also activated the suspended sentence he had been given previously. On 28 June 1984 the Lyons Court of Appeal upheld the activation of the suspended sentence, which was the only point on which the applicant had appealed.

13. On 6 December 1988 the Lyons *tribunal de grande instance* sentenced the applicant to fourteen months' imprisonment and ordered his permanent exclusion from French territory for offences under the legislation on dangerous drugs.

14. On 15 April 1989 the applicant married a French national. The marriage was dissolved on 28 January 1993. He has one daughter, who was born in 1983.

15. On 27 April 1989 the Lyons Court of Appeal raised the sentence to four years' imprisonment and upheld the permanent exclusion order for offences under the legislation on dangerous drugs. It noted in particular that the applicant had been arrested on his arrival at the home of a drug-addicted prostitute and had been in possession of a small bag containing 100 grams of heroin, which the police laboratory described as being "of good quality". The court moreover considered that the applicant could not have been unaware that he had been acting as intermediary between a supplier and his principal client and accordingly that he had possessed, transported and dealt in heroin. It concluded that his role in such deals

had been confirmed by the discovery at his home of precision scales and lactose.

The Court of Appeal further found that, at the material time, the applicant had been on day release from prison and that he had preferred to act as intermediary between a drug supplier and his clients rather than doing a job that he had abandoned for the past month. It held that “the conduct of this foreign national, who present[ed] a risk to public safety and health, [was] incompatible with his continued presence in France”.

16. On 7 June 1990 the Court of Cassation declared that his right to appeal on points of law was forfeit.

17. On 22 October 1992 the Lyons Criminal Court tried fifteen individuals on drugs offences.

It noted that during a search of the applicant’s home investigators had found four small transparent plastic bags containing traces of white powder, a book of matches on which a number of accounts were noted, twenty syringes and a spoon with a blackened underside, two forged identity cards and a forged driving licence. On the basis of various statements, including that of the applicant’s wife, and the results of telephone tapping and shadowing, the court concluded that the applicant had played a key role as a supplier in the drug trafficking.

The court ordered the applicant to serve prison sentences of six years for the drugs offence, three months for forgery of administrative documents and two months for residing in France in breach of an exclusion order.

18. In 1994 the applicant was diagnosed as suffering from active chronic hepatitis.

19. In a judgment of 6 June 1996, the Lyons Court of Appeal dismissed an application by the applicant for the lifting of the exclusion order. It noted that the applicant had had five convictions between 13 April 1982 and 22 October 1992, with prison sentences ranging from two months to six years, and that the offences of which he had been convicted on 27 April 1989 concerned heroin deliveries, including one of 100 grams of very high-quality heroin, and had been committed while he was on day release from prison. The court also found that the authenticity of the applicant’s marriage to a French national had not been confirmed by the slightest evidence, and that the order for his removal did not constitute a disproportionate interference with his rights under Article 8 of the Convention.

20. On 8 December 1997 the Minister of the Interior issued a deportation order in respect of the applicant. An appeal by the applicant to the Lyons Administrative Court was dismissed on 16 December 1998.

21. On 9 August 1999 the applicant was released from prison and taken into administrative detention pending his removal from France.

22. On 11 August 1999 the prefect ordered the applicant's removal to Algeria.

23. On 13 August 1999 the applicant lodged an application with the Administrative Court seeking the annulment and stay of execution of that order, together with a request for its immediate suspension.

24. On 16 August 1999 the Administrative Court dismissed the request for immediate suspension, finding that

“it is not apparent from the evidence, and in particular from the medical certificate produced by [the applicant], that his state of health entails a short-term imperative need for the treatment of hepatitis C with two associated drugs that are not currently available in Algeria; accordingly, [the applicant] is not justified in seeking the suspension of execution of the decision taken by the prefect of the *département* of Isère ordering his removal to that country”.

25. On 16 August 1999 the applicant applied for asylum, which was denied on 18 August 1999 by the OFPRA (French authority for the protection of refugees and stateless persons) on the ground that “his application, which was not lodged in a timely manner, [did] not contain any established or individual elements to substantiate the merits of his fears of persecution by the current Algerian authorities”.

26. A doctor serving as a public-health inspector for the health and social services department for the *département* of Rhône sent two letters to the prefect of the Rhône-Alpes region on 13 and 18 August 1999. In the first of those letters the doctor stated, *inter alia*:

“I observe that Mr Aoulmi has not produced any medical documents subsequent to January 1998, that he has not asked to see a doctor since his arrival at the detention centre and that he is not currently undergoing any treatment. I am thus entitled to consider that his current state of health is of no immediate cause for concern.

The medical certificate mentions that Mr Aoulmi's state of health may justify treatment involving a combination of interferon and ribavirin; ...

I have contacted the laboratory ... which produces ribavirin. According to the information I received, ribavirin is not yet available on the Algerian market. The drug may be imported with the authorisation of the Algerian Ministry of Health further to a request by the central pharmacy of Algiers Hospital. A procedure has been initiated with a view to exporting the molecule to Algeria. ...”

27. In his second letter the doctor indicated:

“I refer to the second medical certificate that you sent to me, for my opinion, concerning the state of health of Mr Rachid Aoulmi, issued by Lyon-Sud Hospital on 13 July 1999.

Supplementing the previous certificate that you brought to my attention, this second certificate confirms that Mr Rachid Aoulmi's medical condition may be treated with a combination of interferon and ribavirin. The indications on the certificate concerning the availability of ribavirin in Algeria do not correspond to those given to me verbally by the laboratory ...

I should point out that ribavirin is available in France under temporary authorisation (ATU – *autorisation temporaire d'utilisation*) for use in hospital pharmacies alone and that the marketing authorisation (AMM – *autorisation de mise sur le marché*) is to be issued shortly.”

28. On 19 August 1999 the applicant was put on a boat for Algeria.

29. On 13 December 2000 the Lyons Administrative Court set aside the prefect’s removal order of 11 August 1999, holding as follows:

“It is apparent from the evidence and in particular from the medical certificate issued by the prison hospital and health-care service on 13 July 1999, as produced by the applicant, that he suffers from hepatitis C. His state of health is such that he requires imperative treatment with two associated drugs, interferon and ribavirin, which were not available in Algeria on the date of the impugned decision. Accordingly, having regard to the exceptionally serious consequences that the measure taken against him may entail, the decision by the prefect of the *département* of Isère whereby Algeria was designated as the country to which Mr Aoulmi was to be removed in execution of the deportation order issued against him on 10 April 1988 must be set aside.”

That judgment was irrevocable.

30. On 17 June 2003 the applicant’s lawyer indicated that his client had encountered difficulties in obtaining a passport. The lawyer enclosed with his letter an attestation to that effect issued on 5 February 2003 by the chief of Bejaia district.

31. On 13 October 2003 the applicant’s lawyer explained that his client could not return to France because the Algerian authorities would not issue him with a passport and he could not obtain a *laissez-passer* from the French authorities. He added that, according to the information he had received through the applicant’s family, his health was continuing to decline and he had not been receiving the necessary medical treatment.

32. In a letter of 5 November 2003 he provided the Court with a copy of the visa refusal issued by the French Consulate-General in Algiers on 13 October 2003.

33. According to a medical certificate issued by an Algerian doctor on 31 July 2005, the applicant is suffering from the following complaints:

“ulcer-related condition, only treatable with omeprazole,  
erythematous gastropathy, intestinal functional disorder and chronic constipation,  
chronic viral hepatitis type C, for which interferon was prescribed in France some ten years ago and which has not been treated or checked for about ten years.”

## **B. Procedure**

34. On 11 August 1999 the President of the Third Section decided to indicate to the Government, pursuant to Rule 39 of the Rules of Court, that it was desirable in the interests of the parties and the proper conduct of the proceedings before the Court not to expel the applicant to Algeria prior to the forthcoming meeting of the appropriate Chamber on

24 August 1999. Under Rule 49 § 2 (a) the Government were also requested to submit information, in particular concerning treatment available in Algeria.

35. The competent authorities decided to stay the execution of the removal until 16 August 1999 in order to obtain an expert medical opinion (see paragraph 27 above).

36. On 19 August 1999 the applicant was removed to Algeria.

37. On 20 August 1999 the Government submitted answers to the questions put to them.

38. The applicant's representative submitted his answers on 24 September 1999.

39. On 9 November 1999 the Court decided to request the Government to submit their observations on the admissibility and merits of the application, and on the fact that the applicant had been expelled notwithstanding the application of Rule 39.

40. The Government submitted their observations on 3 February 2000 and those of the applicant's representative were submitted on 23 March 2000.

41. On 9 September 2003 the Court decided to adjourn its examination of the case pending the Grand Chamber judgment in *Mamatkulov and Askarov v. Turkey* ([GC], nos. 46827/99 and 46951/99, ECHR 2005-I).

42. On 10 May 2005 the Court requested the parties to provide information about the applicant's state of health, his administrative situation, and any action taken further to the Administrative Court's judgment of 13 December 2000. They were also requested to address once again the possibility of a breach of Article 34 of the Convention, in the light of the *Mamatkulov and Askarov* judgment (cited above), which had been delivered on 4 February 2005.

43. The parties submitted their observations on 26 September 2005.

## II. RELEVANT DOMESTIC AND INTERNATIONAL LAW AND PRACTICE

44. Article L. 630-1, sub-paragraph 1, of the Public Health Code, as worded at the material time, provided:

“Without prejudice to the application of Articles 23 et seq. of Ordinance no. 45-2658 of 2 November 1945, the courts may make an order excluding an alien convicted of an offence under Articles L. 626, L. 627-2, L. 628, L. 628-4 or L. 630 from French territory for between two and five years. They may make an order permanently excluding an alien convicted of an offence under Article L. 627.

An exclusion order shall automatically entail removal of the convicted person at the end of his sentence. ...”



45. Former Article L. 627 of the Public Health Code provided:

“Anyone who has contravened the provisions of the public-administration regulations laid down in the preceding Article concerning toxic plants or substances classified under the regulations as narcotics shall be liable on conviction to between two and ten years’ imprisonment and a fine of between FRF 5,000 and FRF 50,000,000, or one only of those penalties. The sentence for offences of importing, producing, manufacturing or unlawfully exporting the said substances or plants shall be between ten and twenty years’ imprisonment ...

Penalties for attempts to commit any of the offences referred to in the preceding paragraph shall be the same as for the completed offence. A like rule shall apply to criminal association or conspiracy to commit such offences. ...

The following persons also shall be liable to imprisonment of between two and ten years and a fine of between FRF 5,000 and FRF 50,000,000, or to one only of those penalties:

(1) Anyone who has facilitated the use by another of the said substances or plants by procuring premises or by any other means, and whether or not for consideration. ...

Where the person whose use of the said substances has been facilitated is a minor under 21 ... the term of imprisonment shall be between five and ten years. ...”

46. As regards the question of compliance with Article 34 of the Convention, see *Mamatkulov and Askarov*, cited above, §§ 39-53.

## THE LAW

...

### IV. VIOLATION OF ARTICLE 34 OF THE CONVENTION

92. The Court observes that the respondent Government failed to comply with the indications it had given to them under Rule 39 of the Rules of Court. This raises the question as to whether there has been a violation of Article 34 of the Convention, taking into account the alleged breach of Article 3.

Article 34 of the Convention provides:

“The Court may receive applications from any person, non-governmental organisation or group of individuals claiming to be the victim of a violation by one of the High Contracting Parties of the rights set forth in the Convention or the Protocols thereto. The High Contracting Parties undertake not to hinder in any way the effective exercise of this right.”

Rule 39 of the Rules of Court provides:

“1. The Chamber or, where appropriate, its President may, at the request of a party or of any other person concerned, or of its own motion, indicate to the parties any interim measure which it considers should be adopted in the interests of the parties or of the proper conduct of the proceedings before it.

2. Notice of these measures shall be given to the Committee of Ministers.
3. The Chamber may request information from the parties on any matter connected with the implementation of any interim measure it has indicated.”

### **A. The parties’ submissions**

93. Counsel for the applicant pointed out that he had not been able to make contact with his client since his removal to Algeria. He explained that this had hindered the exercise of the applicant’s right of petition before the Court.

In counsel’s view, by expelling the applicant on 19 August 1999, when the Court was about to examine his application on 24 August, the Government had breached his right to an effective remedy as guaranteed by Article 34 of the Convention.

94. In his further observations, the applicant’s representative referred to *Mamatkulov and Askarov* (cited above).

95. He observed that in that judgment the Court had concluded that the failure by a Contracting State to comply with an interim measure amounted to a breach of Article 34 of the Convention.

96. He considered that it had been clearly established that in the present case the respondent State had not complied with the interim measures indicated to them, and that such an attitude undoubtedly constituted a violation of Article 34 of the Convention.

97. The Government maintained that they had used their best endeavours to take into account the request made by the Court under Rule 39 and that the applicant’s removal had accordingly been postponed to allow a re-examination of his situation.

They added that the fresh examination had shown that there were no grounds relating to the applicant’s health that stood in the way of his removal. They stressed that the applicant had not been taking medication and that the only treatment considered desirable by doctors for the future was not currently available in France or Algeria.

98. They further contended that the Court’s request, according to the very wording of its Rules, was simply an indication given to the State and not a legally binding order for action on its part.

99. The Government, referring to the Court’s judgment in *Cruz Varas and Others v. Sweden* (20 March 1991, Series A no. 201), considered that the applicant’s removal had not interfered with his right under Article 34 of the Convention to lodge an individual application with the Court without the effective exercise of that right being hindered in any way by the State.

100. In their further observations they pointed out that the applicant’s expulsion had taken place before the delivery of the *Mamatkulov and Askarov*

judgment and submitted that the Court was required to reach its findings with reference to the applicable legal context at the time of the impugned measure.

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

101. The Court observes that, in a judgment delivered by the Grand Chamber on 4 February 2005, it ruled on the consequences, in the light of Article 34 of the Convention, of a respondent Government's failure to comply with measures indicated by the Court under Rule 39 (see *Mamatkulov and Askarov*, cited above, §§ 99-129).

102. The Court reiterated that the undertaking not to hinder the effective exercise of the right of individual application precluded any interference with the individual's right to present and pursue his complaint before the Court effectively.

103. Thus, in cases such as the present one where there is plausibly asserted to be a risk of irreparable damage to the enjoyment by the applicant of one of the core rights under the Convention, the object of an interim measure is to maintain the status quo pending the Court's determination of the justification for the measure. As such, being intended to ensure the continued existence of the matter that is the subject of the application, the interim measure goes to the substance of the Convention complaint. The result that the applicant wishes to achieve through the application is the preservation of the asserted Convention right before irreparable damage is done to it. Consequently, the interim measure is sought by the applicant, and granted by the Court, in order to facilitate the "effective exercise" of the right of individual petition under Article 34 of the Convention in the sense of preserving the subject matter of the application when that is judged to be at risk of irreparable damage through the acts or omissions of the respondent State (*ibid.*, § 108).

104. In the present case, as the applicant was expelled by France to Algeria, the level of protection that the Court was able to afford the rights which he was asserting under Article 3 of the Convention was irreversibly reduced. In addition, as the applicant's lawyer has lost all contact with him since his expulsion, the gathering of evidence in support of the applicant's allegations has proved more complex.

105. The Court further pointed out in *Mamatkulov and Askarov* that the system of protection, as it now operated, had been modified by Protocol No. 11 and that the right of individual application was no longer dependent on a declaration by the Contracting States. Thus, individuals now enjoyed at the international level a real right of action to assert the

rights and freedoms to which they were directly entitled under the Convention. It considered that in the light of the general principles of international law, the law of treaties and international case-law, the interpretation of the scope of interim measures could not be dissociated from the proceedings to which they related or the decision on the merits they sought to protect.

106. It concluded that, as a result, it could be said that, whatever the legal system in question, the proper administration of justice required that no irreparable action be taken while proceedings were pending.

107. Likewise, under the Convention system, interim measures, as they have consistently been applied in practice, play a vital role in avoiding irreversible situations that would prevent the Court from properly examining the application and, where appropriate, securing to the applicant the practical and effective benefit of the Convention rights asserted. Accordingly, in these conditions a failure by a respondent State to comply with interim measures will undermine the effectiveness of the right of individual application guaranteed by Article 34 and the State's formal undertaking in Article 1 to protect the rights and freedoms set forth in the Convention.

108. Indications of interim measures given by the Court, as in the present case, permit it not only to carry out an effective examination of the application but also to ensure that the protection afforded to the applicant by the Convention is effective; such indications also subsequently allow the Committee of Ministers to supervise execution of the final judgment. Such measures thus enable the State concerned to discharge its obligation to comply with the final judgment of the Court, which is legally binding by virtue of Article 46 of the Convention (*ibid.*, § 125).

109. The Court points out that in *Mamatkulov and Askarov* it accepted that in the interests of legal certainty and foreseeability it should not depart, without good reason, from its own precedents.

It also reiterated, however, that it was of crucial importance that the Convention be interpreted and applied in a manner which rendered its rights practical and effective, not theoretical and illusory. It added that the Convention was a living instrument which had to be interpreted in the light of present-day conditions (see *Tyrer v. the United Kingdom*, 25 April 1978, § 31, Series A no. 26).

110. The Court considers that, in the present case, it was prevented by the applicant's expulsion to Algeria from conducting a proper examination of his complaints in accordance with its settled practice in similar cases and ultimately from protecting him, if need be, against potential violations of the Convention. As a result, the applicant has been hindered in the effective exercise of his right of individual application guaranteed by Article 34 of the Convention.

111. The Court reiterates that by virtue of Article 34 of the Convention Contracting States undertake to refrain from any act or omission that may hinder the effective exercise of an individual applicant's right of application.

It stresses that, in the present case, even though the binding nature of measures adopted under Rule 39 had not yet been expressly asserted at the time of the applicant's expulsion, Contracting States were nevertheless already required to comply with Article 34 and fulfil their ensuing obligations.

112. Having regard to the material before it, the Court concludes that, by failing to comply with the interim measures indicated under Rule 39 of the Rules of Court, France is in breach of its obligations in the present case under Article 34 of the Convention.

...

FOR THESE REASONS, THE COURT UNANIMOUSLY

...

4. *Holds* that France has failed to comply with its obligations under Article 34 of the Convention;

...

Done in French, and notified in writing on 17 January 2006, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Michael O'Boyle  
Registrar

Nicolas Bratza  
President



DANELL AND OTHERS v. SWEDEN  
(*Application no. 54695/00*)

SECOND SECTION

JUDGMENT OF 17 JANUARY 2006<sup>1</sup>  
(Friendly settlement)

---

1. English original.





SUMMARY<sup>1</sup>**Revision of an international agreement and *ex gratia* payment to applicants who were unable to have their complaint examined by a domestic court****Article 37 § 1**

*Friendly settlement – Revision of an international agreement and ex gratia payment to applicants who were unable to have their complaint examined by a domestic court – Matter resolved*

\*  
\*   \*   \*

The applicants, who held private fishing rights, requested the Finnish-Swedish Frontier Rivers Commission to grant them an exemption for the 1999 season from certain fishing restrictions. The request was granted in part and only to the professional fishermen among the applicants. Under the 1971 Frontier Rivers Agreement between Sweden and Finland, no appeal lay against the commission's decision. Relying on Articles 6 § 1 and 13, the applicants complained to the Court that the commission could not be considered to be an independent and impartial tribunal, that they had been refused access to a court and that they had been denied the right to an effective remedy. The Court declared the application admissible.

*Held*

Article 37 § 1: The Court received a formal declaration signed by the parties accepting a friendly settlement of the case. The Government agreed to pay the applicants 750,000 Swedish kronor (approximately 80,000 euros). They also informed the Court that a new agreement revising the 1971 Frontier Rivers Agreement would come into force once approved by the respective parliaments of Sweden and Finland. The new commission would not in the future be empowered to grant exemptions from fishing provisions, and issues of this kind would be dealt with by the domestic authorities and the courts in the two States.

*Conclusion:* struck out of the list (unanimously).

---

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



**In the case of Danell and Others v. Sweden,**

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

Jean-Paul Costa, *President*,  
 Ireneu Cabral Barreto,  
 Rıza Türmen,  
 Volodymyr Butkevych,  
 Mindia Ugrekheldze,  
 Elisabet Fura-Sandström,  
 Danutė Jočienė, *judges*,  
 and Sally Dollé, *Section Registrar*,

Having deliberated in private on 13 December 2005,

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

**PROCEDURE**

1. The case originated in an application (no. 54695/00) 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 fifteen Swedish nationals, Mr Paul Danell, Mr Sven Danell, Mr Per Grape, Mr Bengt-Olov Innala, Mr Krister Innala, Mr Olle Innala, Mr Olov Innala, Mr Tage Innala, Mr Albin Luthström, Mr Arne Luthström, Mr Bertil Luthström, Mr Sune Luthström, Mr Rolf Styrefors, Mr Lennart Svedlund and Mr Stig Söderholm (“the applicants”), on 23 November 1999. Eight of them were professional fishermen and all of them held private fishing rights (*rätt till enskilt fiske*) in the coastal areas of Haparanda. They live in the north of Sweden close to the border with Finland.

Mr Albin Luthström died on 5 December 2003. His widow, Mrs Sinikka Luthström, pursued the application on his behalf.

2. The applicants were represented by Mrs U. Sundin Bonnedahl, a lawyer practising in Umeå. The Swedish Government (“the Government”) were represented by their Agent, Mrs I. Kalmerborn, of the Ministry of Foreign Affairs.

3. The applicants, who held private fishing rights in the Torne River Fishing Area, complained under Article 6 § 1 of the Convention that the Finnish-Swedish Frontier Rivers Commission, which had refused to grant them exemptions from a prohibition against certain types of fishing, could not be considered an independent and impartial tribunal and that, since no appeal lay against its decision, they had been denied access to a court. On the same grounds, they argued that they had been denied the right to an effective remedy under Article 13 of the Convention.

4. On 22 March 2005, after receiving the parties’ observations, the Court declared the application admissible and invited the Finnish

Government to submit their comments under Rule 44 § 2 (a) of the Rules of Court.

5. On 6 July 2005 the Registrar received from the Swedish Government a formal declaration, signed by both their Agent and by counsel for the applicants, agreeing to a friendly settlement of the case. On 27 September 2005 the Registrar received a letter from the Agent confirming that the Government had approved the settlement.

## THE FACTS

6. On 16 September 1971 Sweden and Finland concluded the Frontier Rivers Agreement (“the Agreement”) under which an inter-State body, the Finnish-Swedish Frontier Rivers Commission (*finsk-svenska gränsälvskommissionen* – “the Commission”), was established in order to oversee implementation of the Agreement with respect to certain matters, including fishing, in the frontier area between the two countries covering, *inter alia*, the Torne River in the coastal area of Haparanda. The Agreement was incorporated into Swedish national law by means of the Law of 1971 concerning the Frontier Rivers Agreement of 16 September 1971 between Sweden and Finland (*lag 1971:850 med anledning av gränsälvsoverenskommelsen den 16 september 1971 mellan Sverige och Finland*). To the extent that the Agreement did not include specific provisions, the relevant national law in force within each of the States was to apply (Chapter 1, Article 8).

7. In 1997 the Swedish government issued an ordinance concerning fishing in the Torne River Fishing Area (*förordning om fisket i Torne älvs fiskeområde*, FIFS 1997:12), according to which the fishing of salmon and trout within the frontier area was prohibited between 1 May and 5 July each year, as was fishing with stationary equipment (*fasta redskap*) for other fish. Under Article 22 of the Statute on fishing in the Torne River Fishing Area (*Stadgan för fisket i Torne älvs fiskeområde*, Appendix B to the Agreement), the Commission was, subject to certain conditions, authorised by the government to grant exemptions from the above prohibition for persons holding private fishing rights in the area.

8. For the 1999 season the applicants, who held private fishing rights in the Torne River Fishing Area, requested the Commission to grant them an exemption from the above prohibitions. On 31 May 1999 the Commission granted the eight professional fishermen authorisation to catch fish, other than trout and salmon, with stationary equipment, but rejected the remainder of the request.

9. According to Chapter 8, Article 17, of the Agreement, no appeal lay against the Commission’s decision on a request for exemption, which came into force immediately.

10. Notwithstanding the above, the applicants appealed to the National Fishery Board (*Fiskeriverket*) and to the Environmental Court of Appeal (*Miljööverdomstolen*), both of which found, by decisions of 9 July 1999 and 5 October 2000 respectively, that they did not have jurisdiction to deal with the matter. Concurrently with this, the applicants also appealed to the County Administrative Court (*länsrätten*) of northern Sweden. That court referred the appeal to the Commission but, on 17 May 2000, the latter remitted the appeal to the County Administrative Court without taking any measures.

On 17 April 2001 the County Administrative Court dismissed the appeal on the following grounds. Reiterating the reasoning of the Environmental Court of Appeal, the County Administrative Court agreed that the determination of the applicants' right to dispensation was covered by Article 6 of the Convention and that they therefore had a right of access to a tribunal. The Commission, however, could not be regarded as a tribunal. The County Administrative Court concluded that it was not empowered to review an appeal against the Commission's decision. It stated, *inter alia*, that:

“The County Administrative Court notes that the Finnish-Swedish Frontier Rivers Commission is a special inter-State body which, in the County Administrative Court's opinion, cannot be equated with the County Administrative Board or the National Fishery Board. Thus, the County Administrative Court considers that the national rules concerning possible appeals against decisions by the County Administrative Board or the National Fishery Board do not empower the County Administrative Court to consider the appeal against the decision of the Finnish-Swedish Frontier Rivers Commission.”

11. The applicants appealed against the decision before the Administrative Court of Appeal (*kammarrätten*) of Sundsvall which, on 19 December 2002, dismissed the appeal. While it agreed that the applicants had the right to have their complaint examined by an impartial and independent tribunal and that the Commission did not fulfil this requirement, the court found that – as long as the Agreement was in force and in the absence of an appropriate agreement between Finland and Sweden – no Swedish court could be considered competent to examine the applicants' complaint.

The applicants appealed to the Supreme Administrative Court which, to the Court's knowledge, has not yet delivered its decision.

## THE LAW

12. The applicants complained under Article 6 § 1 of the Convention that the Commission could not be considered an independent and impartial tribunal and that, since no appeal lay against its decision, they

had been refused access to a court. On the same grounds they argued that they had been denied the right to an effective remedy under Article 13 of the Convention.

13. On 6 July 2005 the Court received a letter of the same date from the Government's Agent, to which was attached the following declaration, signed on 23 and 30 June 2005 respectively by the Agent and counsel for the applicants:

“SETTLEMENT

On 22 March 2005, the European Court of Human Rights (‘the Court’) declared admissible application no. 54695/00 lodged against Sweden on 23 November 1999 by fifteen Swedish nationals: Messrs Paul Danell, Sven Danell, Per Grape, Bengt-Olov Innala, Krister Innala, Olle Innala, Olov Innala, Tage Innala, Albin Luthström, Arne Luthström, Bertil Luthström, Sune Luthström, Rolf Styrefors, Lennart Svedlund and Stig Söderholm. Mr Albin Luthström died on 5 December 2003 and the application on his part was pursued by his sole legal successor, his wife Sinikka Luthström. She and the other fourteen people are hereinafter referred to as ‘the applicants’.

The Swedish Government (‘the Government’) and the applicants have now reached the following friendly settlement on the basis of respect for human rights, as defined in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, in order to terminate the proceedings before the Court.

a) The Government will pay, *ex gratia*, the sum of SEK 750,000 (seven hundred and fifty thousand [Swedish kronor]) to the applicants. The amount will be paid to their counsel, Ms Ulrika Sundin Bonnedahl, who has been authorised by the applicants to receive payment on their behalf. Execution of payment will take place when the Government has received the Court’s judgment striking the case out of its list of cases.

b) The applicants declare that they have no further claims on the Swedish State based on the facts of the above application.

c) The Government and the applicants undertake not to request the reference of the case to the Grand Chamber under Article 43 § 1 of the Convention after the delivery of the Court’s judgment.

This settlement is dependent upon the formal approval of the Government at a Cabinet meeting.”

14. In her letter of 6 July 2005, the Government’s Agent further stated:

“In view of the friendly settlement reached, I hereby respectfully request, on behalf of the Government, that the Court suspend the written proceedings until further notice with regard to the merits of the application and the question of just satisfaction.

Finally, I would like to submit some information concerning the development of the negotiations between Finland and Sweden aiming at revising the 1971 Frontier Rivers Agreement, which were referred to in the Government’s observations of 23 October 2003 (para. 22). The negotiations were concluded in October 2004 and the Swedish Government decided on 4 November 2004 to sign the revised agreement. The agreement has been signed by both Finland and Sweden. It has not yet entered into force. This cannot occur until it has been approved by the parliaments in the two States.

The Government's decision and the signed agreement are enclosed as Appendices 3 and 4. It transpires from Article 33 of the agreement that the 1971 agreement will cease to apply upon the entry into force of the new agreement. Furthermore, according to Article 8, a new Frontier Rivers Commission of a different character than the present one will be established. The new Commission's tasks and powers are listed in Articles 10 and 11. Unlike the present Commission, the new Commission will not be empowered to take decisions in individual cases. This means, for example, that it will not be able to grant exemptions from fishing provisions. Issues of that kind will instead be dealt with by domestic authorities and courts in the two States. The new Commission will only be entitled to submit its opinion in such cases (see Article 11.3)."

15. On 8 July 2005 the Registrar received from the Agent of the Finnish Government their observations under Article 36 § 2 of the Convention and Rule 44 § 2 (a) of the Rules of Court.

16. On 27 September 2005 the Registrar received a further letter from the Agent of the Swedish Government, dated 20 September 2005, confirming that the Government had approved the settlement on 15 September 2005 and would effect the *ex gratia* payment when the case had been struck out of the list of cases.

17. The Court takes note of the agreement reached between the parties (Article 39 of the Convention) and of the information provided by the Government regarding the revised Frontier Rivers Agreement signed by Finland and Sweden. It is satisfied that the settlement is based on respect for human rights as defined in the Convention or its Protocols (Article 37 § 1 *in fine* and Rule 62 § 3).

18. Accordingly, the case should be struck out of the list.

## FOR THESE REASONS, THE COURT UNANIMOUSLY

1. *Decides* to strike the case out of the list;
2. *Takes note* of the parties' undertaking not to request a rehearing of the case before the Grand Chamber.

Done in English, and notified in writing on 17 January 2006, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Sally Dollé  
Registrar

Jean-Paul Costa  
President





DANELL ET AUTRES c. SUÈDE  
(*Requête n° 54695/00*)

DEUXIÈME SECTION

ARRÊT DU 17 JANVIER 2006<sup>1</sup>  
(Règlement amiable)

---

1. Traduction; original anglais.



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Révision d'un accord international et versement à titre gracieux à des requérants privés de la possibilité de faire examiner leur grief par les juridictions internes****Article 37 § 1**

*Règlement amiable – Révision d'un accord international et versement à titre gracieux à des requérants privés de la possibilité de faire examiner leur grief par les juridictions internes – Litige résolu*

\*  
\*   \*

Les requérants, qui détenaient des droits de pêche privés, avaient demandé à la Commission finno-suédoise des eaux frontalières de leur accorder une dérogation à certaines restrictions sur la pêche pour la saison 1999. La dérogation ne fut accordée qu'en partie, et seulement à ceux des requérants qui étaient pêcheurs professionnels. En vertu de l'Accord suédo-finlandais de 1971 sur les eaux frontalières, la décision de la Commission n'était pas susceptible de recours. Invoquant les articles 6 § 1 et 13, les requérants saisirent la Cour, estimant que la Commission ne pouvait être considérée comme un tribunal indépendant et impartial et qu'ils avaient été privés du droit d'accès à un tribunal et du droit à un recours effectif. La Cour déclara la requête recevable.

Article 37 § 1: la Cour a reçu une déclaration formelle signée des parties, par laquelle un règlement amiable de l'affaire était accepté. Le Gouvernement a consenti à verser aux requérants 750 000 couronnes suédoises (environ 80 000 euros). Il a également informé la Cour qu'un nouvel accord révisant l'Accord de 1971 sur les eaux frontalières entrerait en vigueur une fois approuvé par le Parlement suédois et le Parlement finlandais. La nouvelle commission ne sera plus habilitée à accorder des dérogations aux dispositions sur la pêche: ce type de questions sera traité par les autorités et juridictions internes des deux États.

*Conclusion*: radiation du rôle (unanimité).

---

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



**En l'affaire Danell et autres c. Suède,**

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

Jean-Paul Costa, *président*,

Ireneu Cabral Barreto,

Rıza Türmen,

Volodymyr Butkevych,

Mindia Ugrekheldze,

Elisabet Fura-Sandström,

Danutė Jočienė, *juges*,

et de Sally Dollé, *greffière de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 13 décembre 2005,

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

**PROCÉDURE**

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 54695/00) dirigée contre le Royaume de Suède et dont quinze ressortissants de cet Etat, MM. Paul Danell, Sven Danell, Per Grape, Bengt-Olov Innala, Krister Innala, Olle Innala, Olov Innala, Tage Innala, Albin Luthström, Arne Luthström, Bertil Luthström, Sune Luthström, Rolf Styrefors, Lennart Svedlund et Stig Söderholm («les requérants»), ont saisi la Cour le 23 novembre 1999 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales («la Convention»). Huit d'entre eux étaient pêcheurs de profession. Tous détenaient des droits de pêche privés (*rätt till enskilt fiske*) dans la zone côtière de Haparanda. Ils résidaient dans le nord de la Suède, près de la frontière finlandaise.

M. Albin Luthström est décédé le 5 décembre 2003. Sa veuve, M<sup>me</sup> Sinikka Luthström, a poursuivi la requête en son nom.

2. Les requérants sont représentés par M<sup>c</sup> U. Sundin Bonnedahl, avocate à Umeå. Le gouvernement suédois («le Gouvernement») est représenté par son agent, M<sup>me</sup> I. Kalmerborn, du ministère des Affaires étrangères.

3. Invoquant l'article 6 § 1 de la Convention, les requérants, détenteurs de droits de pêche privés dans la zone de pêche de la rivière Torne, alléguaient que la Commission finno-suédoise des eaux frontalières, qui avait refusé de leur accorder une dérogation à l'interdiction de certains types de pêche, ne pouvait être considérée comme un tribunal indépendant et impartial et que, sa décision étant insusceptible de recours, ils avaient été privés du droit d'accès à un tribunal. Pour les mêmes motifs, ils estimaient avoir été privés du droit à un recours effectif garanti par l'article 13 de la Convention.

4. Le 22 mars 2005, après avoir recueilli les observations des parties, la Cour a déclaré la requête recevable et, conformément à l'article 44 § 2 a) de son règlement, a invité le gouvernement finlandais à présenter des observations.

5. Le 6 juillet 2005, la greffière a reçu du gouvernement suédois une déclaration formelle signée de l'agente du Gouvernement et du conseil des requérants, par laquelle il était convenu d'un règlement amiable de l'affaire. Le 27 septembre 2005, elle a reçu de l'agente du Gouvernement une lettre confirmant que celui-ci avait approuvé le règlement.

## EN FAIT

6. Le 16 septembre 1971, la Suède et la Finlande conclurent un Accord sur les eaux frontalières («l'Accord»), qui établissait un organe transfrontalier, la Commission finno-suédoise des eaux frontalières (*finsk-svenska gränsälvskommissionen* – «la Commission»), chargé de surveiller l'application de l'Accord dans certains domaines, parmi lesquels la pêche, dans la zone frontalière entre les deux pays. Cette zone comprend notamment la zone côtière de Haparanda, que traverse la rivière Torne. L'Accord fut transposé dans la législation nationale suédoise par la loi de 1971 relative à l'Accord suédo-finlandais du 16 septembre 1971 sur les eaux frontalières (*lag 1971:850 med anledning av gränsälvöverenskommelsen den 16 september 1971 mellan Sverige och Finland*). En l'absence de dispositions particulières dans l'Accord, la loi nationale en vigueur dans chacun des deux Etats devait s'appliquer (chapitre 1, article 8).

7. En 1997, le gouvernement suédois promulgua une ordonnance relative à la pêche dans la zone de pêche de la rivière Torne (*förordning om fisket i Torne älvs fiskeområde*, FIFS 1997:12), en vertu de laquelle la pêche du saumon et de la truite dans la zone frontalière était interdite du 1<sup>er</sup> mai au 5 juillet de chaque année, de même que la pêche aux engins fixes (*fasta redskap*) d'autres poissons. En vertu de l'article 22 du règlement sur la pêche dans la zone de pêche de la rivière Torne (*Stadgan för fisket i Torne älvs fiskeområde*, annexe B à l'Accord), la Commission était autorisée par le gouvernement, sous certaines conditions, à accorder des dérogations à cette interdiction aux personnes détenant des droits de pêche privés dans cette zone.

8. Pour la saison 1999, les requérants, qui détenaient des droits de pêche privés dans la zone de pêche de la rivière Torne, demandèrent à la Commission de leur accorder une dérogation aux interdictions susmentionnées. Le 31 mai 1999, la Commission délivra aux huit pêcheurs professionnels l'autorisation de capturer des poissons autres que la truite et le saumon à l'aide d'engins fixes, mais rejeta la demande pour le surplus.

9. En vertu de l'article 17 du chapitre 8 de l'Accord, les décisions de la Commission relatives aux demandes de dérogation sont insusceptibles de recours et sont immédiatement applicables.

10. Les requérants déposèrent malgré tout un recours auprès de l'Office national des pêches (*Fiskeriverket*) et de la chambre des affaires environnementales de la cour d'appel (*Miljööverdomstolen*), qui estimèrent l'un comme l'autre, par des décisions du 9 juillet 1999 et du 5 octobre 2000 respectivement, qu'ils n'étaient pas compétents pour connaître de cette affaire. Concurrément, les requérants contestèrent également la décision devant le tribunal administratif départemental (*länsrätten*) de Suède septentrionale, qui transmit leur recours à la Commission. Le 17 mai 2000, celle-ci retourna le recours au tribunal administratif départemental sans prendre aucune mesure.

Le 17 avril 2001, le tribunal administratif départemental rejeta le recours, pour les motifs exposés ci-après. Reprenant le raisonnement de la chambre des affaires environnementales de la cour d'appel, il convint que la décision relative au droit des requérants à une dérogation relevait de l'article 6 de la Convention, et que les intéressés devaient donc bénéficier d'un droit d'accès à un tribunal. Toutefois, la Commission ne pouvait être considérée comme un tribunal, et lui-même n'était pas compétent pour connaître d'un recours contre une décision rendue par elle. Il déclara, notamment :

«Le tribunal administratif départemental estime que la Commission finno-suédoise des eaux frontalières, qui est un organe interétatique spécial, ne peut être assimilé ni à la préfecture ni à l'Office national des pêches. Il considère donc que les règles nationales régissant les recours contre les décisions de la préfecture ou de l'Office national des pêches ne l'habilitent pas à connaître du recours contre la décision de cet organe.»

11. Les requérants contestèrent cette décision devant la cour administrative d'appel (*kammarrätten*) de Sundsvall, qui les débouta le 19 décembre 2002. Tout en convenant qu'ils avaient droit à voir leur grief examiné par un tribunal impartial et indépendant et que la Commission ne répondait pas à ce critère, la cour estima que, tant que l'Accord était en vigueur et en l'absence de convention appropriée entre la Finlande et la Suède, aucune juridiction suédoise n'était compétente pour examiner le grief des requérants. Ceux-ci portèrent l'affaire devant la Cour administrative suprême qui, à la connaissance de la Cour, n'a pas encore rendu sa décision.

## EN DROIT

12. Invoquant l'article 6 § 1 de la Convention, les requérants alléguaient que la Commission ne pouvait être considérée comme un tribunal indépendant et impartial et que, sa décision ne pouvant faire

l'objet d'aucun recours, ils avaient été privés d'accès à un tribunal. Pour les mêmes motifs, ils estimaient avoir été privés du droit à un recours effectif garanti par l'article 13 de la Convention.

13. Le 6 juillet 2005, la Cour a reçu une lettre de l'agente du Gouvernement, datée du même jour, à laquelle était jointe la déclaration ci-après, signée le 23 et le 30 juin 2005 respectivement par l'agente du Gouvernement et par le conseil des requérants :

«RÈGLEMENT

Le 22 mars 2005, la Cour européenne des droits de l'homme («la Cour») a déclaré recevable la requête n° 54695/00 introduite contre la Suède le 23 novembre 1999 par quinze ressortissants suédois: MM. Paul Danell, Sven Danell, Per Grape, Bengt-Olov Innala, Krister Innala, Olle Innala, Olov Innala, Tage Innala, Albin Luthström, Arne Luthström, Bertil Luthström, Sune Luthström, Rolf Styrefors, Lennart Svedlund et Stig Söderholm. M. Albin Luthström étant décédé le 5 décembre 2003, sa requête a été poursuivie par sa veuve et seule ayant cause, M<sup>me</sup> Sinikka Luthström. Cette personne et les quatorze autres sont dénommées ci-après «les requérants».

En vue de mettre fin à la procédure devant la Cour, le gouvernement suédois («le Gouvernement») et les requérants sont parvenus au règlement amiable ci-après exposé, qui s'inspire du respect des droits de l'homme tels que les reconnaît la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

a) Le Gouvernement versera aux requérants, à titre gracieux, la somme de 750 000 SEK (sept cent cinquante mille [couronnes suédoises]). Le paiement sera fait entre les mains de leur conseil, M<sup>e</sup> Ulrika Sundin Bonnedahl, que les requérants ont autorisée à percevoir le versement en leur nom, dès réception par le Gouvernement de l'arrêt de la Cour ayant l'affaire du rôle.

b) Les requérants déclarent ne plus avoir de prétentions à faire valoir contre l'Etat suédois au titre des faits présentés dans la requête susmentionnée.

c) Le Gouvernement et les requérants s'engagent à ne pas demander le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre en vertu de l'article 43 § 1 de la Convention lorsque la Cour aura rendu son arrêt.

Le présent règlement prendra effet une fois qu'il aura été officiellement approuvé par le gouvernement en conseil des ministres.»

14. Dans sa lettre du 6 juillet 2005, l'agente du Gouvernement ajoute :

«Eu égard au règlement amiable obtenu, j'ai l'honneur, au nom du Gouvernement, de demander à la Cour, par la présente lettre, la suspension jusqu'à nouvel ordre de la procédure écrite relative au fond de la requête et à la question de la satisfaction équitable.

Enfin, je communique à la Cour les informations suivantes sur l'évolution des négociations entre la Finlande et la Suède en vue de la révision de l'Accord de 1971 sur les eaux frontalières (voir les observations du Gouvernement en date du 23 octobre 2003, paragraphe 22) : les négociations ont abouti en octobre 2004, et le gouvernement suédois a décidé, le 4 novembre 2004, de signer l'accord révisé. La Suède et la Finlande



ont signé l'accord. Celui-ci n'est pas encore entré en vigueur ; il faut encore pour cela qu'il soit approuvé par les parlements respectifs des deux Etats.

La décision du Gouvernement et l'accord signé se trouvent ci-joints (annexes 3 et 4). Selon l'article 33 de cet accord, l'accord de 1971 cessera de s'appliquer à l'entrée en vigueur du nouvel instrument. En outre, conformément à l'article 8, une nouvelle commission des eaux frontalières différente de la commission actuelle sera mise en place. Ses fonctions et pouvoirs sont énumérés aux articles 10 et 11. A la différence de la commission actuelle, la nouvelle commission ne sera pas habilitée à prendre des décisions sur des cas individuels, ce qui signifie par exemple qu'elle ne pourra pas accorder de dérogations aux dispositions sur la pêche. Les questions de ce type seront traitées par les autorités et juridictions internes des deux Etats, et la nouvelle commission ne donnera qu'un avis consultatif (voir l'article 11 § 3).»

15. Le 8 juillet 2005, la greffière a reçu de l'agent du gouvernement finlandais les observations présentées par la Finlande en vertu de l'article 36 § 2 de la Convention et de l'article 44 § 2 a) du règlement.

16. Le 27 septembre 2005, la greffière a reçu une nouvelle lettre de l'agente du gouvernement suédois, datée du 20 septembre 2005, confirmant que le Gouvernement avait approuvé le règlement le 15 septembre 2005 et effectuerait le paiement à titre gracieux lorsque l'affaire aurait été rayée du rôle.

17. La Cour prend acte du règlement amiable auquel sont parvenues les parties (article 39 de la Convention) et des informations communiquées par le Gouvernement s'agissant de l'Accord sur les eaux frontalières révisé et signé par la Finlande et la Suède. Elle considère que ce règlement s'inspire du respect des droits de l'homme garantis par la Convention et ses Protocoles (articles 37 § 1 *in fine* de la Convention et 62 § 3 du règlement).

18. Partant, il convient de rayer l'affaire du rôle.

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

1. *Décide* de rayer l'affaire du rôle ;
2. *Prend acte* de l'engagement des parties de ne pas demander le renvoi de l'affaire à la Grande Chambre.

Fait en anglais, puis communiqué par écrit le 17 janvier 2006, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Sally Dollé  
Greffière

Jean-Paul Costa  
Président



ELLI POLUHAS DÖDSBO v. SWEDEN  
(*Application no. 61564/00*)

SECOND SECTION

JUDGMENT OF 17 JANUARY 2006<sup>1</sup>

---

1. English original.



SUMMARY<sup>1</sup>**Widow not permitted to transfer late husband's ashes from one family burial plot to another****Article 8**

*Family life – Private life – Widow not permitted to transfer late husband's ashes from one family burial plot to another – Interference – Necessary in a democratic society – Protection of morals – Protection of the rights of others – Sanctity of graves – Wide margin of appreciation – Proportionality – Burial at initial location seemingly in accordance with wishes of deceased – Widow not precluded from being buried with her late husband – Relevant and sufficient reasons given by the domestic authorities*

\*  
\*   \*

The application was introduced by Mrs Elli Poluha and pursued by her estate (*dödsbo*) on her death. Until 1980 Mrs Poluha, her husband and their children lived in Fagersta. Following her husband's death in 1963, his ashes were buried in a family grave at a local cemetery. In 1980 Mrs Poluha moved to another town to be closer to her children. In 1996 she requested the cemetery authorities to allow the transfer of her husband's urn to her family burial plot in Stockholm, where her parents had been buried and where she herself intended to be buried after her death (Stockholm is 180 kilometres from Fagersta). She submitted in addition that she had no connection to Fagersta any more, that all her children agreed to the transfer of the ashes and that her husband would not have objected either. Her request was refused in deference to the notion of "a peaceful rest" under the Funeral Act. She unsuccessfully challenged this refusal before the courts. Following her death in 2003, she was buried in the family burial plot in Stockholm. Under domestic law, when a person dies his or her wishes concerning cremation and burial should, as far as possible, be followed. Once remains or ashes have been buried, moving them from one place to another is in principle not allowed. However, permission to do so may be granted if special reasons exist and if the proposed new location has been clearly stated. In several judgments rendered in 1994, the Supreme Administrative Court interpreted the notion of "special reasons" restrictively.

*Held*

Article 8: Assuming that there had been an interference with Mrs Poluha's rights under this Article, the Court had to determine whether it had been "necessary in a democratic society" for the prevention of disorder, for the protection of morals, and/or for the protection of the rights of others. This assessment entailed weighing the individual's interest in having the ashes transferred against

---

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

society's role in ensuring the sanctity of graves. This was such an important and sensitive issue that the States should be afforded a wide margin of appreciation. In the present case, on the one hand, the removal of the urn had appeared, in practical terms, to be quite easy and no public-health interests had seemed to be involved. On the other hand, there were no indications that Mrs Poluha's husband had not been buried in accordance with his own wishes. In principle, it had to be assumed that account had been taken of any such wish when the burial took place. Moreover, at the relevant time, although having no connection to Stockholm, Mrs Poluha's husband, herself, or both of them together, could have chosen that he be buried with his in-laws in the family burial plot in Stockholm, established in 1945. Instead, when Mrs Poluha's husband had died in 1963, the family burial plot in Fagersta had been established and he had been buried there, in the town where he had lived for twenty-five years. Lastly, nothing had prevented Mrs Poluha from having her final resting place in the same burial ground as her husband, albeit in Fagersta, the town where she had continued to live until 1980, seventeen years after her husband's death. In sum, the authorities had taken all relevant circumstances into consideration and weighed them carefully against each other; the reasons given by them for refusing the transfer of the urn had been relevant and sufficient; and the national authorities had acted within the wide margin of appreciation afforded to them in such matters.

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

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

*X v. Germany*, no. 8741/79, Commission decision of 10 March 1981, Decisions and Reports 24

*Pannullo and Forte v. France*, no. 37794/97, ECHR 2001-X

*Pretty v. the United Kingdom*, no. 2346/02, ECHR 2002-III

**In the case of Elli Poluhas Dödsbo v. Sweden,**

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

Jean-Paul Costa, *President*,  
András Baka,  
Rıza Türmen,  
Karel Jungwiert,  
Mindia Ugrekhelidze,  
Antonella Mularoni,  
Elisabet Fura-Sandström, *judges*,

and Sally Dollé, *Section Registrar*,

Having deliberated in private on 13 December 2005,

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

**PROCEDURE**

1. The case originated in an application (no. 61564/00) 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 a Swedish national, Mrs Elli Poluha (“the applicant”), on 11 August 2000.

2. The applicant was born in 1913. She died on 21 February 2003. Her five children and sole heirs decided to pursue the application. They were represented by Mr S.S. Poluha. The respondent Government were represented by their Agent, Mrs E. Jagander of the Ministry of Foreign Affairs.

3. The applicant, relying on Article 8 of the Convention, complained of the refusal of the authorities and the County Administrative Court to allow her to transfer the urn containing her husband’s ashes to the family burial plot in Stockholm.

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

5. By a decision of 31 August 2004, the Chamber declared the application partly admissible.

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

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).

## THE FACTS

### I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

8. In 1938 the applicant married an Austrian national of Ukrainian origin who had entered Sweden that same year. Five children were born of the marriage. The family lived in Fagersta, where the applicant's husband worked as a sales manager until his death on 11 May 1963. His ashes were buried in a family grave at a cemetery in Fagersta. The grave has room for at least eight other urns. The contract on the burial plot is to expire on 31 December 2019, but will automatically be renewed for twenty-five years when a new burial takes place there. Moreover, the person in possession of the right to the burial plot when the contract is about to expire is entitled to renew it.

9. In 1980 the applicant moved to Västerås to be closer to her children. The distance between Fagersta and Västerås is 70 kilometres.

10. On 15 August 1996 the applicant requested the cemetery authorities (*Västanfors-Västervåla Kyrkogårdsförvaltning*) to allow the transfer of her husband's urn to her family burial plot in Stockholm, which had been established in 1945 and had room for thirty-two urns. The applicant's parents were buried there and the applicant intended to be buried there after her death. Stockholm is situated 180 kilometres from Fagersta. The applicant submitted in addition that she had no connection to Fagersta any more, that all her children agreed to the removal and that she was sure her husband would not have objected to the transfer.

11. By a decision of 16 September 1996, her request was refused by the authorities in deference to the notion of "a peaceful rest" under the Funeral Act (*Begravningslagen*, 1990:1144).

12. On appeal, the County Administrative Board in Västmanland (*Länsstyrelsen i Västmanlands Län*) upheld the refusal.

13. The applicant appealed to the County Administrative Court in Västmanland (*Länsrätten i Västmanlands Län*) which, by a decision of 5 September 1997, found against her. It stated as follows:

"Pursuant to Chapter 1, section 6, of the Funeral Act, remains or ashes which have been buried in a cemetery may not be removed from a burial plot in order to be buried in another burial plot. However, permission may be granted if there are special reasons therefor and the place to which the remains or ashes are to be removed has been determined.

According to the explanatory notes to the Act (Prop. 1990/91:10, pp. 35-37), the decision on a request for the removal of remains or ashes shall be restrictive, having regard to the deceased's right to a peaceful rest. Determination [of such a request] should be guided by the wishes expressed by the deceased whilst alive. As a general rule, it must be assumed that such a wish, if expressed, was taken into account when the burial took place. The paramount condition for allowing a transfer is obviously that it would not contravene the wishes expressed by the deceased when alive. Moreover,



some connection between the deceased and the intended destination would usually be required.

In the present case [the applicant's husband] worked as a sales manager at the Fagersta factory until 1958. He died on 11 May 1963, and the urn containing his ashes was placed in grave no. 208/017, quarter no. 208, in Västerfors. [The applicant's husband] came from Ukraine and had a Catholic Church tradition. It appears that he did not express any wishes about his burial when he was alive.

The County Administrative Court makes the following assessment:

Making an overall assessment, the County Administrative Court finds that [the applicant's husband] did not have a closer natural connection to Stockholm than he had to Fagersta. No other reasons have been submitted which could justify the disturbance of the peace of the grave after thirty-four years."

14. The applicant's request for leave to appeal was refused by the Administrative Court of Appeal in Stockholm (*Kammarrätten i Stockholm*) on 29 October 1997, and by the Supreme Administrative Court (*Regeringsrätten*) on 22 February 2000.

15. The applicant died on 21 February 2003. In accordance with her wishes, she was buried in her family burial plot in Stockholm.

## II. RELEVANT DOMESTIC LAW AND PRACTICE

16. Domestic provisions of relevance to the present case are to be found in the Funeral Act 1990 (*Begravningslagen* – "the Act"), which came into force on 1 April 1991. Previously, they were contained in the Funeral Service Act 1957 (*Lagen om jordfästning m.m.*).

It is mainly the parishes of the Church of Sweden which are responsible for burial grounds (Chapter 2, section 1, of the Act) and for decisions concerning, *inter alia*, graves and burials. It is also in the first instance for the church authorities to determine requests to move the remains or ashes of a deceased person (Chapters 5, 6 and 7 of the Act). A decision may be appealed to the county administrative board (Chapter 11, section 6, of the Act). Further appeals lie with the competent administrative court of appeal and, subject to the granting of leave to appeal, with the Supreme Administrative Court (Chapter 11, section 7, of the Act).

When a person dies, his or her wishes concerning cremation and burial should, as far as possible, be followed (Chapter 5, section 1 of the Act). This was also the rule under the Funeral Service Act 1957, the legislation applicable at the time of the applicant's husband's death. If there is a dispute between the survivors about where the burial should take place, it is for the county administrative board to decide (Chapter 5, section 4, of the Act).

Once remains or ashes have been buried, moving them from one place to another is in principle not allowed. However, permission to move

remains or ashes may be granted if special reasons exist and if the place to which they will be moved has been clearly stated (Chapter 6, section 1, of the Act). However, the grave must not be opened in such a way that the remains or ashes are damaged (Chapter 2, section 13, of the Act).

The provisions of Chapter 6, section 1, of the Act are based on respect for the sanctity of the grave. This is also why the provisions regarding the removal of remains and ashes are restrictive; a deceased's grave must be left in peace and may only be disturbed under special circumstances. According to the explanatory notes to the Act (Government Bill 1990/91:10, p. 35), the removal of remains or ashes may be permitted if a mistake occurred at the time of burial, if the remains of a husband, wife, parent or young child are to be brought together or, in some cases, if a refugee or immigrant wishes to take the remains of a deceased relative back to his or her country of origin. The deceased's own wishes should serve as guidance for the transfer decision. When such wishes are not known, regard should be had to the deceased's attachment to the place where he or she is buried. As a rule, removal should not be permitted if the deceased is buried in a place where he or she was active for a large part of his or her life. If, however, the cemetery is situated in a place where the deceased lived only temporarily, removal may be permitted.

In addition, the deceased should have had some connection with the place to which the remains are to be removed. According to the explanatory notes (*ibid.*, pp. 36-37), examples of such a connection could be that the deceased grew up in that place, had relatives or a family grave there, or perhaps had a holiday home there. As regards husbands and wives, it may be permitted to move one of the deceased's remains to bring them together in a common grave, especially if the one who died last cannot, for some reason, be buried in the same place as the first. Particular regard may be had to the wishes of the last survivor concerning the common burial place.

17. In 1994 the Supreme Administrative Court ruled on several cases concerning the interpretation of Chapter 6, section 1, of the Act (*Regeringsrättens Årsbok* 1994 ref. 93 I-IV). These judgments reveal a restrictive interpretation. For instance, the fact that the surviving relatives have moved, that there is a long distance between the burial place and their new home, or that public transport to a burial place may be lacking, are not considered to be sufficient grounds for a transfer. In three cases the Supreme Administrative Court, referring to the explanatory notes to the Act and the reasons stated in the requests, found that those reasons were not sufficient to permit removal of the deceased's remains or ashes. These cases concerned, respectively, a fiancée who wanted to move her fiancé's remains, a husband who wanted to move his wife's remains, and a daughter who wanted to move her father's remains. In another case, however, which concerned a mother's

request to move her child's remains to her husband's burial place, the Supreme Administrative Court found that there were sufficient reasons to allow the transfer.

In the case concerning a daughter's request to move her father's remains, the former wanted to bury the latter in the same cemetery as the one in which her recently deceased mother had chosen to be buried. The Supreme Administrative Court noted that the complainant's father had lived and worked in Malmö, and was buried there in his grandfather's family grave. Having regard to the father's connection to Malmö, the Supreme Administrative Court found no reason to presume that his burial there had been a mistake, and it held that there were no other sufficient reasons, after thirty years, to permit the removal of the remains.

## THE LAW

### ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 8 OF THE CONVENTION

18. The applicant complained that the refusal to allow her to transfer the urn containing her husband's ashes to the family burial plot in Stockholm was in breach of Article 8 of the Convention, the relevant parts of which provide:

“1. Everyone has the right to respect for his private and family life ...

2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society ... for the prevention of disorder ..., for the protection of ... morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.”

19. The Government did not dispute that the refusal to grant permission to remove the urn from one burial place to another involved an interference with the applicant's private life. They maintained, however, that the interference was in accordance with the law, that it served legitimate aims and that it was justified under Article 8 § 2 of the Convention.

20. As to the legitimate aims, the Government observed that the principle of the sanctity of graves had a long-standing tradition and was founded on respect for the deceased, which was common to all mankind and existed in most cultures. Thus, the strict approach taken by the law, and by the public authorities in its application, served to prevent disorder and to protect morals in society at large. In addition, the Government submitted that this restrictive approach was also important in order to prevent conflicts on the subject arising amongst relatives. Moreover, cemeteries and burial places should not be regarded as temporary repositories for the deceased's remains or ashes. In other words, it could

be said that what was at stake was the right of the living to be assured that, after death, their remains would be treated with respect. Thus, in the present case, the interference also served to protect the rights of others.

21. As to the issue of necessity, the Government submitted that States should be afforded a wide margin of appreciation in cases of this kind, where the authorities and the courts had to balance the interests of the person requesting the removal with society's role in ensuring that graves were not disturbed. In addition, in the present case there were no indications that the applicant's husband had not been buried in accordance with his wishes; he was buried in the region where he had lived and worked for twenty-five years; he had settled in Fagersta with his wife at the start of their marriage and raised five children there; the burial site was a family grave, large enough for his entire family, eventually. It should also be noted that, after her husband's death in 1963, the applicant continued to live in Fagersta until 1980. Moreover, there was no obstacle to the applicant having her final resting place in the same cemetery as that of her husband.

22. The applicant disagreed with the Government and maintained that the burial plot in Stockholm was the "real" family burial plot, as shown, *inter alia*, by the fact that the contract on it was irrevocable, whereas that in Fagersta was only temporary. In addition, the applicant's children had a connection with Stockholm but not with Fagersta any longer.

23. The Court reiterates that the concepts of "private and family life" are broad terms not susceptible to exhaustive definition (see, for example, *Pretty v. the United Kingdom*, no. 2346/02, § 61, ECHR 2002-III, and *Pannullo and Forte v. France*, no. 37794/97, § 35, ECHR 2001-X). It notes the findings of the Commission that an applicant's wish to have his ashes spread over his own land fell within the sphere of private life (see *X v. Germany*, no. 8741/79, Commission decision of 10 March 1981, Decisions and Reports 24, p. 137). However, in that case, the Commission also found, given the personal choices involved, that not every regulation on burials constituted an interference with the exercise of this right, and thus it declared the application inadmissible.

24. In the present case, the Government have not disputed that the refusal to allow the removal of the urn involved an interference with the applicant's private life. The Court does not consider it necessary to determine whether such a refusal involves the notions of "family life" or "private life", cited in Article 8 of the Convention, but will proceed on the assumption that there has been an interference, within the meaning of Article 8 § 1 of the Convention.

25. Accordingly, it must be determined whether that interference was justified under Article 8 § 2, or more specifically whether the domestic authorities and courts were entitled to consider that the refusal to allow the removal of the urn was "necessary in a democratic society" for the

prevention of disorder, for the protection of morals, and/or for the protection of the rights of others. This assessment entails weighing the individual's interest in having a burial transfer against society's role in ensuring the sanctity of graves. In the Court's view, this is such an important and sensitive issue that the States should be afforded a wide margin of appreciation.

26. In the present case, on the one hand, the removal of the urn appears, in practical terms, to be quite easy and no public-health interests seem to be involved. On the other hand, there are no indications that the applicant's husband was not buried in accordance with his wishes, on the contrary. In principle, it must be assumed that account was taken of any such wish when the burial took place. Moreover, at the relevant time, although he had no connection to Stockholm, the applicant's husband or the applicant herself, or both together, could have chosen that he be buried with his in-laws in the family burial plot in Stockholm, established in 1945. Instead, when the applicant's husband died in 1963, the family burial plot in Fagersta was established and he was buried there, in the town where he had lived for twenty-five years, since his arrival in Sweden, and where he had worked and raised his family.

27. Finally, nothing prevented the applicant from having her final resting place in the same burial ground as her husband, albeit in Fagersta, the town where she continued to live until 1980, seventeen years after her husband's death.

28. The Court finds that the Swedish authorities took all relevant circumstances into consideration and weighed them carefully against each other; the reasons given by them for refusing the transfer of the urn were relevant and sufficient; and the national authorities acted within the wide margin of appreciation afforded to them in such matters.

29. Accordingly, there has been no violation of the applicant's rights under Article 8 of the Convention.

## FOR THESE REASONS, THE COURT

*Holds*, by four votes to three, that there has been no violation of Article 8 of the Convention.

Done in English, and notified in writing on 17 January 2006, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Sally Dollé  
Registrar

Jean-Paul Costa  
President

In accordance with Article 45 § 2 of the Convention and Rule 74 § 2 of the Rules of Court, the joint dissenting opinion of Judges Türmen, Ugrekhelidze and Mularoni is annexed to this judgment.

J-P.C.  
S.D.

## JOINT DISSENTING OPINION OF JUDGES TÜRMEŇ, UGREKHELIDZE AND MULARONI

We regret we are unable to agree with the majority that there has been no violation of the applicant's rights under Article 8 of the Convention.

According to domestic provisions, permission to move remains or ashes may be granted if special reasons exist and if the place to which they will be moved has clearly been stated. Nevertheless, the grave must not be opened in such a way that the remains or ashes are damaged.

According to the explanatory notes to the Funeral Act 1990, the removal of remains or ashes may be permitted if the remains of spouses are to be brought together. It may be permitted to move one of the deceased's remains to bring them together in a common grave, especially if the one who died last cannot, for some reason, be buried in the same place as the first. Particular regard may be had to the wishes of the last survivor concerning the common burial place (see paragraph 16 of the judgment).

The Government did not dispute that the refusal to grant permission to remove the urn from one burial place to another involved an interference with the applicant's private life. They maintained, however, that the interference was in accordance with the law, that it served legitimate aims and that it was justified under Article 8 § 2 of the Convention.

As to the legitimate aims relied on by the Government (see paragraph 20 of the judgment), we are firmly convinced that the principle of the sanctity of graves is a very important one and must be respected. However, we have difficulty in seeing how the removal of the urn of the applicant's husband from a burial plot in Fagersta to the family burial plot in Stockholm could infringe that principle. The requested removal would have taken place from one sacred place to another, without any risk of disorder or outrage to morals. No conflict amongst the relatives arose, both the applicant and her five children and sole heirs having agreed to the removal. Although we agree that the removal of remains or ashes should be strictly regulated so as to ensure their respect, nothing in the circumstances of the case could make us believe that the applicant and her children regarded cemeteries and burial places as temporary repositories for the deceased's ashes. Regard for the sanctity of graves and respect for the deceased can be shown in many ways, including by visiting graves or placing flowers on them. We consequently doubt that it could be said that the interference with the applicant's rights under Article 8 pursued a legitimate aim.

However, even assuming that the interference with the applicant's rights under Article 8 could be said to pursue one or more legitimate aims, we consider unconvincing the Government's arguments (see

paragraph 21 of the judgment) and those of the majority (see paragraphs 26 and 27) concerning the “necessity of the interference in a democratic society”.

As the majority highlights, the removal of the urn appears, in practical terms, to be quite easy and no public-health interests seem to be involved: such matters were never raised by the domestic authorities. The applicant’s husband died thirty-four years before the 5 September 1997 decision of the County Administrative Court in Västmanland, and his remains were in an urn.

It is true that there are no indications that the applicant’s husband was not buried in accordance with his wishes. However, it is also true that he did not express any wish as to his resting place, and the Funeral Act 1990 provides for particular regard to be had for the wishes of the last surviving spouse concerning the common burial place.

When her husband died in May 1963, the applicant and her children were living in Fagersta. It is for us perfectly understandable that the applicant should have decided at that time to have her husband buried in the town where she and her children lived, since it would make it easier for the whole family to visit the cemetery. In 1980, when the children had grown up, the applicant moved to Västeras to be closer to them. In 1996, having decided to be buried after her death in the family burial plot in Stockholm, she asked the cemetery authorities and then the national courts to allow the transfer of her husband’s urn to her family burial plot in Stockholm, specifying that she had no connection to Fagersta anymore, that all her children agreed to the removal and that her husband would not have objected to the transfer.

In addition, the burial plot in Stockholm is a family plot and the contract on it is irrevocable, whereas that in Fagersta is only temporary.

In view of all these considerations, we are of the opinion that the applicant’s interest in moving the ashes of her spouse to the family grave in Stockholm weighs more heavily than the public interest relied on by the Government.

We therefore conclude that, even assuming that the interference with the applicant’s rights under Article 8 pursued legitimate aims, it was not necessary in a democratic society. We consequently consider that there has been a violation of Article 8 of the Convention.



ELLI POLUHAS DÖDSBO c. SUÈDE  
(*Requête n° 61564/00*)

DEUXIÈME SECTION

ARRÊT DU 17 JANVIER 2006<sup>1</sup>

---

1. Traduction; original anglais.



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Refus d'autoriser une veuve à transférer les cendres de son mari défunt d'une concession funéraire familiale à une autre****Article 8**

*Vie familiale – Vie privée – Refus d'autoriser une veuve à transférer les cendres de son mari défunt d'une concession funéraire familiale à une autre – Ingérence – Nécessaire, dans une société démocratique – Protection de la morale – Protection des droits d'autrui – Caractère sacré des tombes – Ample marge d'appréciation – Proportionnalité – Inhumation à l'endroit initial apparemment conforme aux vœux du défunt – Nul obstacle à l'inhumation de la veuve auprès de son défunt mari – Raisons pertinentes et suffisantes invoquées par les autorités internes*

\*  
\* \*

La requête a été introduite par M<sup>me</sup> Poluha et poursuivie à sa mort par ses héritiers. M<sup>me</sup> Poluha vivait avec sa famille à Fagersta. Son mari décéda en 1963 et ses cendres furent inhumées dans une concession familiale dans un cimetière de l'endroit. En 1980, M<sup>me</sup> Poluha s'installa dans une autre ville pour se rapprocher de ses enfants, qui avaient déménagé dans l'intervalle. En 1996, elle demanda aux autorités qui gèrent les cimetières l'autorisation de transférer l'urne de son mari dans la concession que sa famille détenait depuis 1945 à Stockholm, à 180 km de Fagersta. Les parents de la requérante y étaient enterrés; l'intéressée avait exprimé le vœu d'y être inhumée elle aussi. Elle expliqua en outre qu'elle n'avait plus aucun lien avec Fagersta, que ses enfants étaient tous d'accord avec l'idée de déplacer l'urne de leur père, et que son mari ne s'y serait pas opposé. Sa demande fut rejetée par respect pour le droit de «reposer en paix» garanti par la loi sur les funérailles. L'intéressée contesta en vain ce refus en justice. A sa mort en 2003, elle fut ensevelie dans le tombeau de sa famille à Stockholm.

En droit interne, les volontés qu'une personne a exprimées concernant sa crémation et son enterrement doivent dans la mesure du possible être respectées. Une fois la dépouille ou les cendres inhumées, elles ne peuvent en principe être déplacées. L'autorisation d'un transfert peut toutefois être accordée s'il existe à cela des raisons particulières et si le lieu de destination a été clairement défini. Dans plusieurs arrêts rendus en 1994, la Cour administrative suprême s'est livrée à une interprétation restrictive de la notion de «raisons particulières».

Article 8: partant de l'hypothèse qu'il y a eu ingérence dans les droits de la requérante au titre de cet article, la Cour doit déterminer si cette ingérence était «nécessaire, dans une société démocratique» pour la défense de l'ordre, la protection de la morale et/ou des droits d'autrui. Cette appréciation implique la mise en balance de l'intérêt d'un particulier au transfert de cendres et celui de la

---

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

société au respect du caractère sacré de la tombe. Cette question est si importante et sensible que les Etats doivent se voir reconnaître une ample marge d'appréciation. En l'espèce, d'une part, le transfert de l'urne semble, en pratique, être relativement facile et aucun intérêt de santé publique ne paraît être en jeu. D'autre part, rien ne montre que le mari de la requérante n'ait pas été enterré conformément à ses vœux. Il faut en principe supposer qu'un tel vœu a été pris en compte au moment de l'enterrement. En outre, à l'époque pertinente, même si le mari de la requérante n'avait aucun lien avec Stockholm, lui-même, la requérante ou les deux ensemble auraient pu décider qu'il serait enterré avec sa belle-famille dans la concession située à Stockholm, détenue par la famille depuis 1945. Au lieu de cela, lorsque le mari décéda, en 1963, la famille acquit une concession à Fagersta et il y fut enterré. C'était la ville où il avait vécu vingt-cinq ans. Enfin, rien n'empêchait la requérante de reposer dans la même tombe que son mari, même si cela devait être à Fagersta, la ville où elle était demeurée jusqu'en 1980, soit pendant dix-sept ans après le décès de son conjoint. En somme, les autorités suédoises ont tenu compte de toutes les circonstances significatives et les ont soigneusement mises en balance. Pour refuser le transfert de l'urne, elles ont invoqué des raisons pertinentes et suffisantes. Elles ont agi dans les limites de l'ample marge d'appréciation qui était la leur en la matière.

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

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

*X c. Allemagne*, n° 8741/79, décision de la Commission du 10 mars 1981, Décisions et rapports 24

*Pannullo et Forte c. France*, n° 37794/97, CEDH 2001-X

*Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, CEDH 2002-III

**En l'affaire Elli Poluhas Dödsbo c. Suède,**

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

Jean-Paul Costa, *président*,  
András Baka,  
Rıza Türmen,  
Karel Jungwiert,  
Míndia Ugrekhelidze,  
Antonella Mularoni,  
Elisabet Fura-Sandström, *juges*,

et de Sally Dollé, *greffière de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 13 décembre 2005,  
Rend l'arrêt que voici, adopté à cette date :

**PROCÉDURE**

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 61564/00) dirigée contre le Royaume de Suède et dont une ressortissante de cet Etat, M<sup>me</sup> Elli Poluha («la requérante»), a saisi la Cour le 11 août 2000 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales («la Convention»).

2. La requérante est née en 1913 et décédée le 21 février 2003. Ses cinq enfants, qui sont ses seuls héritiers, ont décidé de maintenir la requête. Ils sont représentés devant la Cour par M. S.S. Poluha. Le gouvernement défendeur est représenté par son agent, M<sup>me</sup> E. Jagander, du ministère des Affaires étrangères.

3. La requérante se plaignait, sur le terrain de l'article 8 de la Convention, du refus des autorités et du tribunal administratif départemental de l'autoriser à transférer l'urne contenant les cendres de son mari dans la concession de sa famille à Stockholm.

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

5. Par une décision du 31 août 2004, la chambre a déclaré la requête partiellement recevable.

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

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

## EN FAIT

### I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

8. En 1938, la requérante épousa un ressortissant autrichien d'origine ukrainienne, qui était arrivé en Suède la même année. Cinq enfants naquirent de cette union. La famille vécut à Fagersta, où le mari de la requérante travailla comme directeur commercial jusqu'à son décès, le 11 mai 1963. Les cendres du défunt furent placées dans un tombeau familial situé dans un cimetière de Fagersta. Le tombeau peut accueillir au moins huit autres urnes. Le contrat de concession doit expirer le 31 décembre 2019 mais sera automatiquement prorogé de vingt-cinq ans si un nouvel enterrement a lieu en cet endroit. Par ailleurs, la personne qui possédera le titre sur la concession au moment de l'expiration du contrat aura la possibilité de le reconduire.

9. En 1980, la requérante s'installa à Västerås, à 70 kilomètres de Fagersta, pour se rapprocher de ses enfants, qui avaient déménagé dans l'intervalle.

10. Le 15 août 1996, elle demanda aux organismes qui gèrent les cimetières (*Västanfors-Västeråla Kyrkogårdsförvaltning*) l'autorisation de transférer l'urne de son mari dans la concession, pouvant abriter trente-deux urnes, que sa famille détenait depuis 1945 à Stockholm, à 180 kilomètres de Fagersta. Les parents de la requérante y étaient enterrés; l'intéressée avait exprimé le vœu d'y être inhumée elle aussi. Elle expliqua en outre qu'elle n'avait plus aucun lien avec Fagersta, que ses enfants étaient tous d'accord avec l'idée de déplacer l'urne de leur père, et qu'elle était convaincue que son mari ne s'y serait pas opposé.

11. Le 16 septembre 1996, sa demande fut rejetée au motif que le droit de «reposer en paix», garanti par la loi sur les funérailles (*Begravningslagen*, 1990:1144), devait être respecté.

12. La requérante forma un recours devant la préfecture de Västmanland (*Länsstyrelsen i Västmanlands Län*), qui confirma le refus.

13. Elle saisit alors le tribunal administratif départemental de Västmanland (*Länsrätten i Västmanlands Län*) qui, par une décision du 5 septembre 1997, la débouta en ces termes :

«Selon l'article 6 du chapitre 1 de la loi sur les funérailles, la dépouille ou les cendres déposées dans un cimetière ne peuvent être retirées d'un tombeau pour être déposées dans un autre. Il peut toutefois être dérogé à cette règle si des raisons particulières le justifient et si le lieu où la dépouille ou les cendres doivent être emportées est précisé.

D'après les travaux préparatoires à la loi (Prop. 1990/91:10, pp. 35-37), la décision concernant une demande de transfert d'une dépouille ou de cendres est soumise à des conditions strictes, eu égard au respect du droit du défunt de reposer en paix. Le vœu exprimé par le défunt de son vivant doit guider [une telle décision]. En règle générale, on partira du principe que le vœu, si le défunt en avait exprimé un, a été pris en compte

au moment de l'enterrement. Pour pouvoir être autorisé, un transfert doit avant tout ne pas aller à l'encontre de la volonté exprimée par le défunt de son vivant. En outre, on peut d'ordinaire exiger que le défunt ait eu un certain lien avec l'endroit vers lequel il est envisagé de déplacer sa dépouille ou ses cendres.

En l'espèce, [le mari de la requérante] fut employé comme directeur commercial à l'usine de Fagersta jusqu'en 1958. Il décéda le 11 mai 1963, et l'urne contenant ses cendres fut placée dans le tombeau n° 208/017, secteur n° 208, à Västerfors. [Le mari de la requérante] était originaire d'Ukraine et de tradition catholique. Il n'avait apparemment pas exprimé de vœux concernant son enterrement.

Le tribunal administratif départemental décide ce qui suit :

Compte tenu de l'ensemble des circonstances, [le mari de la requérante] n'avait pas de liens naturels plus étroits avec Stockholm qu'avec Fagersta. Aucune autre raison justifiant de troubler la paix du tombeau au bout de trente-quatre années n'a été avancée.»

14. La requérante demanda à la cour administrative d'appel de Stockholm (*Kammarrätten i Stockholm*), puis à la Cour administrative suprême (*Regeringsrätten*) l'autorisation de les saisir. Elles la lui refusèrent respectivement le 29 octobre 1997 et le 22 février 2000.

15. L'intéressée décéda le 21 février 2003. Conformément à ses volontés, elle fut ensevelie dans le tombeau de sa famille à Stockholm.

## II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

16. Les dispositions internes pertinentes en l'espèce figurent dans la loi de 1990 sur les funérailles (*Begravningslagen*, ci-après «la loi»), entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 1991. Le droit applicable auparavant était la loi de 1957 sur les services funéraires (*Lagen om jordfästning m.m.*).

Ce sont principalement les paroisses de l'Église de Suède qui gèrent les cimetières (chapitre 2, article 1, de la loi); elles prennent les décisions relatives entre autres aux tombes et à l'inhumation. Il revient aussi en premier lieu aux autorités ecclésiastiques de statuer sur les demandes de transfert de la dépouille ou des cendres d'un défunt (chapitres 5, 6 et 7 de la loi). Leurs décisions sont susceptibles d'un recours devant la préfecture (chapitre 11, article 6, de la loi). Les recours ultérieurs doivent être portés devant la cour administrative d'appel compétente et, moyennant autorisation, devant la Cour administrative suprême (chapitre 11, article 7, de la loi).

Les volontés qu'une personne a exprimées concernant sa crémation et son enterrement doivent dans la mesure du possible être respectées (chapitre 5, article 1, de la loi). La loi de 1957, qui était applicable lorsque le mari de la requérante est décédé, renfermait une règle analogue. En cas de litige entre les survivants quant au lieu de

l'inhumation, c'est la préfecture qui tranche (chapitre 5, article 4, de la loi).

Une fois la dépouille ou les cendres inhumées, elles ne peuvent en principe être déplacées. L'autorisation d'un transfert peut toutefois être accordée s'il existe à cela des raisons particulières et si le lieu de destination a été clairement défini (chapitre 6, article 1, de la loi). Le tombeau ne doit alors pas être ouvert d'une façon qui endommagerait la dépouille ou les cendres (chapitre 2, article 13, de la loi).

Le texte de l'article 1 du chapitre 6 de la loi est fondé sur le respect du caractère sacré de la tombe. C'est également pourquoi les dispositions concernant le transfert de la dépouille ou des cendres sont restrictives; le tombeau d'un défunt doit demeurer en paix et ne peut être dérangé que dans des circonstances particulières. Selon les travaux préparatoires à la loi (projet de loi 1990/91:10, p. 35), le transfert de la dépouille ou des cendres peut être autorisé si une erreur a été commise au moment de l'inhumation, si le mari et la femme ou bien les parents et leur jeune enfant doivent être réunis ou, dans certains cas, s'il y a lieu de permettre à un réfugié ou un immigré de rapatrier dans son pays d'origine la dépouille ou les cendres d'un proche. La décision de transfert doit s'appuyer sur les volontés exprimées par le défunt. Lorsque ces volontés ne sont pas connues, il faut prendre en compte les liens du défunt avec le lieu où il est enterré. En règle générale, le transfert ne doit pas être autorisé si le défunt est enterré dans un endroit où il a passé une grande partie de sa vie active. Si, au contraire, le tombeau se situe dans un lieu où le défunt n'a vécu que temporairement, le transfert peut être autorisé.

En outre, le défunt doit avoir un lien avec l'endroit où l'on envisage de transporter sa dépouille ou ses cendres. Selon les travaux préparatoires (*ibidem*, pp. 36-37), tel est le cas, par exemple, si le défunt avait grandi dans le lieu en question, s'il y avait de la famille, si un tombeau familial ou encore une résidence secondaire s'y trouvait. S'agissant d'un couple, on peut autoriser le déplacement de la dépouille ou des cendres du conjoint décédé en premier afin que mari et femme soient réunis dans un même tombeau, en particulier lorsque celui qui est décédé en dernier ne peut, pour une raison donnée, être enterré au même endroit que son conjoint. Il faut notamment tenir compte, à cet égard, des vœux exprimés par le dernier décédé quant à un lieu commun d'enterrement.

17. En 1994, la Cour administrative suprême a statué sur plusieurs affaires concernant l'interprétation de l'article 1 du chapitre 6 de la loi (RÅ 1994 ref. 93 I-IV). Il ressort de ses arrêts qu'elle se livre à une interprétation restrictive. Ainsi, le fait que les proches survivants ont déménagé, que le tombeau se trouve loin de leur nouveau domicile ou qu'ils ne disposent pas de transports publics pour se rendre au cimetière ne sont pas jugés des motifs suffisants pour justifier le transfert de la dépouille ou des cendres. Dans trois affaires, la Cour administrative



suprême a conclu, sur la base des travaux préparatoires à la loi et des arguments formulés dans les demandes, que les motifs invoqués ne suffisaient pas à justifier l'autorisation de transfert. Ces affaires concernaient respectivement une fiancée, un mari et une fille voulant faire déplacer le cercueil de leur fiancé, épouse ou père. Par contre, dans une autre affaire, portant sur la demande d'une mère de transférer le cercueil de son enfant dans le cimetière où son défunt mari se trouvait inhumé, la Cour administrative suprême a estimé qu'il existait des raisons suffisantes pour autoriser le transfert de la dépouille de l'enfant.

Dans l'une des affaires susmentionnées, la demanderesse souhaitait faire déplacer le cercueil de son père pour l'enterrer dans le même cimetière que celui choisi par sa mère, récemment décédée. La Cour administrative suprême releva que le père de la demanderesse avait vécu et travaillé à Malmö et s'y trouvait enterré dans le tombeau familial de son grand-père. Compte tenu des liens du père avec cette ville, la cour estima qu'il n'y avait pas lieu de supposer qu'une erreur avait été commise au moment de l'inhumation et jugea qu'aucune autre raison ne suffisait à justifier le transfert de la dépouille trente ans après le décès.

## EN DROIT

### SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION

18. La requérante allègue que le refus de l'autoriser à transférer l'urne contenant les cendres de son mari dans la concession de sa famille à Stockholm est contraire à l'article 8 de la Convention, aux termes duquel :

«1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale (...)

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire (...) à la défense de l'ordre (...) à la protection (...) de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.»

19. Le Gouvernement ne conteste pas que le refus d'autoriser le transfert de l'urne d'un cimetière à un autre a constitué une ingérence dans la vie privée de la requérante. Il soutient toutefois que l'ingérence était prévue par la loi, qu'elle poursuivait des buts légitimes et était justifiée au regard de l'article 8 § 2 de la Convention.

20. En ce qui concerne les buts légitimes, le Gouvernement remarque que le principe du caractère sacré de la tombe correspond à une tradition ancienne, fondée sur la vénération des défunts, une valeur universelle observée dans la plupart des cultures. Ainsi, le caractère restrictif de la

loi et son application stricte par les autorités publiques auraient pour but de prévenir les troubles et de protéger la morale de la société dans son ensemble. Pour le Gouvernement, pareille démarche restrictive est aussi un bon moyen d'empêcher que cette question ne soit à l'origine de conflits entre proches. En outre, les cimetières et autres lieux d'inhumation ne devraient pas être considérés comme des lieux temporaires de dépôt de la dépouille ou des cendres d'un défunt. Autrement dit, ce qui serait en jeu serait le droit des personnes en vie de se voir assurées qu'après leur décès leur dépouille sera traitée avec respect. Par conséquent, l'atteinte portée au droit de la requérante en l'espèce aurait également servi à protéger les droits d'autrui.

21. Quant à la question de la nécessité de l'atteinte, le Gouvernement considère que les Etats doivent jouir d'une grande marge d'appréciation dans une situation comme celle-ci, où les autorités et les tribunaux doivent mettre en balance l'intérêt de l'individu au changement de cimetière et le rôle de la société consistant à veiller à ce que les tombes ne soient pas dérangées. Qui plus est, rien ne laisserait penser qu'en l'espèce le mari de la requérante n'ait pas été inhumé conformément à ses vœux. En effet, il a été enterré dans la région où il avait vécu et travaillé pendant vingt-cinq ans; il s'était installé à Fagersta avec son épouse après leur mariage; il y avait élevé cinq enfants, son tombeau était un tombeau familial, assez grand pour accueillir, le cas échéant, sa famille entière. Le Gouvernement observe également qu'après le décès de son mari en 1963 la requérante est demeurée à Fagersta jusqu'en 1980. De surcroît, rien, en l'espèce, n'aurait empêché qu'Elli Poluha fût enterrée dans le même cimetière que son mari.

22. La requérante combat les arguments du Gouvernement et soutient que la concession de Stockholm est la «véritable» concession familiale, ce qui ressortirait notamment du fait qu'elle est perpétuelle alors que la concession de Fagersta ne serait que temporaire. En outre, les enfants de la requérante auraient des liens avec Stockholm mais plus avec Fagersta.

23. La Cour rappelle que les notions de vie privée et de vie familiale sont des notions larges qui ne peuvent faire l'objet d'une définition exhaustive (voir, par exemple, *Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, § 61, CEDH 2002-III, et *Pannullo et Forte c. France*, n° 37794/97, § 35, CEDH 2001-X). Elle se réfère à la décision de la Commission européenne des droits de l'homme selon laquelle le vœu du requérant de voir ses cendres dispersées sur sa propriété relevait de la première notion (*X c. Allemagne*, n° 8741/79, décision de la Commission du 10 mars 1981, Décisions et rapports 24, p. 137). Toutefois, dans cette affaire, la Commission conclut que, compte tenu des choix personnels en cause, toute réglementation des inhumations ne pouvait être considérée comme constitutive d'une

ingérence dans l'exercice de ce droit, et déclara donc la requête irrecevable.

24. En l'espèce, le Gouvernement ne conteste pas que le refus d'autoriser le transfert de l'urne s'analyse en une atteinte à la vie privée de la requérante. La Cour estime qu'il n'est pas nécessaire de déterminer si un tel refus se rapporte à la notion de vie privée ou à la notion de vie familiale, telles qu'énoncées à l'article 8 de la Convention, mais part de l'hypothèse qu'il y a eu ingérence au regard de l'article 8 § 1.

25. Dès lors, il convient de déterminer si cette ingérence était justifiée sous l'angle de l'article 8 § 2 ou, plus précisément, si les autorités et les juridictions internes pouvaient légitimement considérer que le refus de transférer l'urne était «nécessaire, dans une société démocratique» pour la défense de l'ordre, la protection de la morale et/ou des droits d'autrui. Cette appréciation implique la mise en balance de l'intérêt d'un particulier au transfert d'une dépouille ou de cendres et celui de la société au respect du caractère sacré de la tombe. La Cour estime que cette question est si importante et sensible que les États doivent se voir reconnaître une ample marge d'appréciation.

26. Dans la présente affaire, d'une part, le transfert de l'urne semble, en pratique, être relativement facile et aucun intérêt de santé publique ne paraît être en jeu. D'autre part, rien ne montre que le mari de la requérante n'ait pas été enterré conformément à ses vœux, au contraire. Il faut en principe supposer qu'un tel vœu a été pris en compte au moment de l'enterrement. En outre, à l'époque pertinente, même si le mari de la requérante n'avait aucun lien avec Stockholm, lui-même, la requérante ou les deux ensemble auraient pu décider qu'il serait enterré avec sa belle-famille dans la concession située à Stockholm, détenue par la famille depuis 1945. Au lieu de cela, lorsque le mari décéda, en 1963, la famille acquit une concession à Fagersta et il y fut enterré. C'était la ville où il avait vécu vingt-cinq ans, depuis son arrivée en Suède, et où il avait travaillé et élevé ses enfants.

27. Enfin, rien n'empêchait la requérante de reposer dans la même tombe que son mari, même si cela devait être à Fagersta, la ville où elle était demeurée jusqu'en 1980, soit pendant dix-sept ans après le décès de son conjoint.

28. La Cour conclut que les autorités suédoises ont tenu compte de toutes les circonstances significatives et les ont soigneusement mises en balance. Pour refuser le transfert de l'urne, elles ont invoqué des raisons pertinentes et suffisantes. Elles ont agi dans les limites de l'ample marge d'appréciation qui était la leur en la matière.

29. Partant, il n'y a pas eu violation des droits de la requérante au titre de l'article 8 de la Convention.

**PAR CES MOTIFS, LA COUR**

*Dit*, par quatre voix contre trois, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention.

Fait en anglais, puis communiqué par écrit le 17 janvier 2006, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Sally Dollé  
Greffière

Jean-Paul 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 dissidente commune aux juges Türmen, Ugrehelidze et Mularoni.

J-P.C.  
S.D.

## OPINION DISSIDENTE COMMUNE AUX JUGES TÜRMEŒ, UGREKHELIDZE ET MULARONI

*(Traduction)*

Nous regrettons de ne pouvoir nous rallier à l'avis de la majorité selon lequel il n'y a pas eu violation des droits de la requérante au titre de l'article 8 de la Convention.

En vertu de la législation interne, l'autorisation de transférer une dépouille ou des cendres peut être accordée s'il existe à cela des raisons particulières et si le lieu de destination a été clairement défini. Le tombeau ne doit alors pas être ouvert d'une façon qui endommagerait la dépouille ou les cendres.

Selon les travaux préparatoires à la loi de 1990 sur les funérailles, le transfert de la dépouille ou des cendres peut être autorisé si un homme et son épouse doivent être réunis, en particulier lorsque celui qui est décédé en dernier ne peut, pour une raison donnée, être enterré au même endroit que son conjoint. Il faut notamment tenir compte, à cet égard, des vœux exprimés par le dernier décédé quant à un lieu commun d'enterrement (paragraphe 16 de l'arrêt).

Le Gouvernement ne conteste pas que le refus d'autoriser le transfert de l'urne dans un autre cimetière a constitué une atteinte à la vie privée de la requérante. Il soutient toutefois que l'atteinte était prévue par la loi, qu'elle servait des buts légitimes et était justifiée au regard de l'article 8 § 2 de la Convention.

Quant aux buts légitimes invoqués par le Gouvernement (paragraphe 20 de l'arrêt), nous sommes profondément convaincus que le principe du caractère sacré de la tombe est d'une importance majeure et doit être respecté. Toutefois, nous avons peine à voir en quoi le transfert de l'urne du mari de la requérante de la concession de Fagersta à la concession familiale à Stockholm pouvait porter atteinte à ce principe. Le transfert demandé se serait fait d'un lieu sacré à un autre lieu sacré, sans risque d'atteinte à l'ordre ou à la morale. Il n'y avait aucun conflit familial, la requérante et ses cinq enfants, les seuls héritiers, étant d'accord pour un transfert. Même si nous souscrivons à l'idée que le transfert de la dépouille ou des cendres doit être strictement réglementé pour que leur respect soit garanti, rien dans les circonstances de l'espèce ne nous donne à penser que la requérante et ses enfants considéraient les cimetières et les tombeaux comme des lieux temporaires de dépôt pour les cendres du défunt. Le caractère sacré de la tombe et le respect dû aux défunts peut se manifester sous différentes formes, par exemple une visite sur la tombe ou le dépôt de fleurs. Dès lors, on ne peut guère dire selon nous que l'atteinte aux droits de la requérante au titre de l'article 8 poursuivait un but légitime.

Cela étant, même à supposer que l'atteinte aux droits de la requérante au regard de l'article 8 puisse passer pour avoir poursuivi un ou plusieurs buts légitimes, les arguments du Gouvernement (paragraphe 21 de l'arrêt) et de la majorité (paragraphe 26 et 27 de l'arrêt) concernant la «nécessité de l'ingérence dans une société démocratique» ne nous paraissent pas convaincants.

Comme la majorité le souligne, le transfert de l'urne paraît, d'un point de vue pratique, être relativement facile et aucun intérêt de santé publique ne semble être en jeu; les autorités internes n'ont en effet jamais invoqué de telles raisons, le mari de la requérante étant décédé trente-quatre ans avant que le tribunal administratif départemental ne rendît sa décision, le 5 septembre 1997, et les cendres du défunt se trouvant dans une urne.

Il est vrai que rien n'indique que le mari de la requérante n'ait pas été enterré conformément à ses vœux. Néanmoins, il est également vrai que la requérante n'a exprimé aucun souhait quant au lieu de repos de son mari et la loi de 1990 sur les funérailles prévoit qu'une attention particulière doit être accordée aux vœux de l'époux survivant quant au lieu d'inhumation commun.

La requérante et ses enfants vivaient à Fagersta lorsque le mari décéda, en mai 1963. Nous comprenons sans peine que la requérante ait décidé à l'époque de faire enterrer son mari dans la ville où elle et ses enfants demeuraient, dans la mesure où il était aisé pour toute la famille de se rendre au cimetière. Les enfants ayant grandi, la requérante s'installa en 1980 à Västeras pour s'en rapprocher. En 1996, ayant choisi d'être enterrée dans la concession familiale de Stockholm, elle demanda aux organismes qui gèrent les cimetières, puis aux juridictions internes, d'autoriser le transfert de l'urne de son mari dans cette concession, en précisant qu'elle n'avait plus de liens avec Fagersta, que tous ses enfants étaient d'accord avec le transfert et que son mari ne s'y serait pas opposé.

En outre, la concession de Stockholm est une concession familiale, le contrat en est irrévocable, alors qu'à Fagersta il n'est que temporaire.

Compte tenu de ce qui précède, nous considérons que l'intérêt de la requérante à voir les cendres de son époux transférées dans la tombe familiale à Stockholm devait l'emporter sur l'intérêt public invoqué par le Gouvernement.

Nous concluons donc que, même à supposer que l'atteinte aux droits de la requérante au titre de l'article 8 poursuivît des buts légitimes, elle n'était pas nécessaire, dans une société démocratique. Dès lors, nous estimons qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention.

RODRIGUES DA SILVA AND HOOGKAMER  
v. THE NETHERLANDS  
(*Application no. 50435/99*)

SECOND SECTION

JUDGMENT OF 31 JANUARY 2006<sup>1</sup>

---

1. English original.





SUMMARY<sup>1</sup>**Refusal to allow unlawfully resident foreigner to remain in the Netherlands in order to share in the care of her Dutch child born there****Article 8**

*Private and family life – Positive obligations – Refusal to allow unlawfully resident foreigner to remain in the Netherlands in order to share in the care of her Dutch child born there – Failure to abide by immigration rules – Illegal residence at the time of the child’s birth – Economic well-being of the country – Interests of the child – Close ties between child and mother – Young age of the child – Impossibility for foreign mother having no parental authority to take her child abroad – Impossibility for foreign mother to maintain regular contact with her child if expelled to her country of origin – Excessive formalism – Failure to strike a fair balance between different interests at stake*

\*  
\*   \*

The first applicant, a Brazilian national, entered the Netherlands in 1994 and began cohabiting with a Dutch national without seeking a residence permit. A daughter, Rachael (the second applicant), was born to them in 1996. In 1997 the couple split up. Parental authority over Rachael was awarded to her father. The courts based their decisions on an expert report which stated that it would be a traumatic experience for the child to be uprooted from the Netherlands and separated from her father and paternal grandparents. The first applicant unsuccessfully sought a residence permit. According to the authorities, as she was working illegally and did not pay taxes or social security contributions, the interests of the economic well-being of the country outweighed her right to reside in the Netherlands. In 1999 the police ordered her to leave the country within two weeks, but she remained in the Netherlands.

*Held*

Article 8: The question to be examined was whether the authorities had a positive obligation to allow the first applicant to reside in the Netherlands, thus enabling the applicants to maintain and develop family life within Dutch territory. At the time the final decision on her application for a residence permit was taken, the first applicant no longer had parental authority over Rachael. Therefore, if she were to return to Brazil she would have to leave her daughter behind in the Netherlands. From a very young age, Rachael had been raised jointly by her mother and her paternal grandparents, with her father playing a less prominent role. The expulsion of her mother to Brazil would render it impossible for the applicants to maintain regular contact. It was true that the first applicant had not attempted to regularise her stay in the Netherlands until more than three

---

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

years after her arrival in that country and that her stay there had been illegal throughout. Although her cavalier attitude to Dutch immigration rules was a matter for serious reproach, this case fell to be distinguished from others in which the Court had considered that the persons concerned could not at any time have reasonably expected to be able to continue family life in the host country. In view of the far-reaching consequences which expulsion would have on the first applicant's responsibilities as a mother as well as on her family life with her young daughter, and taking into account that it was clearly in Rachael's best interests for the first applicant to stay in the Netherlands, the Court considered that in the particular circumstances of the case the economic well-being of the country did not outweigh the applicants' rights under Article 8, despite the fact that the first applicant had been residing illegally in the Netherlands at the time of Rachael's birth. Indeed, by attaching paramount importance to the latter element, the authorities could be considered to have indulged in excessive formalism; hence, a fair balance had not been struck between the different interests at stake.

*Conclusion:* violation (unanimously).

Article 41: The finding of a violation was held to constitute sufficient just satisfaction for the non-pecuniary damage sustained. The Court awarded an amount for costs and expenses incurred at the domestic level.

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

*Berrehab v. the Netherlands*, 21 June 1988, Series A no. 138

*Gül v. Switzerland*, 19 February 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-I

*Ahmut v. the Netherlands*, 28 November 1996, *Reports* 1996-VI

*Mitchell v. the United Kingdom* (dec.), no. 40447/98, 24 November 1998

*Ajayi and Others v. the United Kingdom* (dec.), no. 27663/95, 22 June 1999

*Calz v. the Netherlands*, no. 29192/95, ECHR 2000-VIII

*Solomon v. the Netherlands* (dec.), no. 44328/98, 5 September 2000

*Chandra and Others v. the Netherlands* (dec.), no. 53102/99, 13 May 2003

**In the case of Rodrigues da Silva and Hoogkamer v. the Netherlands,**

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

Jean-Paul Costa, *President*,

András Baka,

Corneliu Birsan,

Karel Jungwiert,

Volodymyr Butkevych,

Wilhelmina Thomassen,

Antonella Mularoni, *judges*,

and Sally Dollé, *Section Registrar*,

Having deliberated in private on 14 September 2004 and on 5 January 2006,

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

**PROCEDURE**

1. The case originated in an application (no. 50435/99) against the Kingdom of the Netherlands lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by a Brazilian national, Ms Solange Rodrigues da Silva, and her daughter, Ms Rachael Hoogkamer, who is a Netherlands national (“the applicants”), on 9 July 1999. Rachael Hoogkamer was represented by her father, Mr Daniël Hoogkamer, who exercises parental authority (*ouderlijk gezag*) over her.

2. The applicants, who had been granted legal aid, were represented by Ms G. van Atten, a lawyer practising in Amsterdam. The Netherlands Government (“the Government”) were represented by their Agents, Mr R.A.A. Böcker and Ms J. Schukking, of the Ministry of Foreign Affairs.

3. The applicants alleged that the Government’s refusal to allow the first applicant to reside in the Netherlands breached their right to respect for their family life as guaranteed by Article 8 of the Convention.

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

5. By a decision of 14 September 2004, the Chamber declared the application admissible.

6. The Chamber having decided, after consulting the parties, that no hearing on the merits was required (Rule 59 § 3 *in fine*), the parties were given the opportunity to reply in writing to each other’s observations. Neither party availed itself of this opportunity.

7. On 1 November 2004 the Court changed the composition of its Sections (Rule 25 § 1), but this case remained with the Chamber constituted within the former Second Section.

## THE FACTS

### I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

8. The first applicant was born in 1972 and lives in Amsterdam. The second applicant was born in 1996 and lives in Amsterdam and Uithoorn.

9. The first applicant came to the Netherlands in June 1994, leaving her two sons from a previous relationship, Jean (born in 1990) and Carlos (born in 1992), with her parents. In the Netherlands she lived with her partner Mr Hoogkamer, who was in paid employment at that time. The first applicant submitted that they had looked into applying for a residence permit allowing her to reside in the Netherlands with her partner, but that, owing to the unavailability of documents concerning Mr Hoogkamer's income, such an application had never actually been made.

10. In April 1995 the first applicant's son Carlos joined his mother and Mr Hoogkamer. Her other son Jean remained in Brazil with his grandparents.

11. On 3 February 1996 Rachael, the second applicant, was born to the first applicant and Mr Hoogkamer. The first applicant was invested *ipso jure* with parental authority (*ouderlijk gezag*) over Rachael. Rachael was recognised (*erkenning*) by Mr Hoogkamer on 28 March 1996, as a result of which she obtained Dutch nationality.

12. The first applicant and Mr Hoogkamer split up in January 1997. Rachael stayed with her father, who subsequently applied to the Amsterdam District Court (*kantonrechter*) seeking to be awarded parental authority over Rachael. The District Court granted the application on 20 February 1997. The first applicant subsequently appealed to the Amsterdam Regional Court (*arrondissementsrechtbank*) against that decision. The Regional Court requested the Child Care and Protection Board (*Raad voor de Kinderbescherming*) to examine which attribution of parental authority would be in Rachael's best interests.

13. On 12 August 1997 the first applicant applied for a residence permit which would allow her to reside in the Netherlands, either – depending on the outcome of the proceedings concerning parental authority – with her daughter Rachael, or in order to have access to her. She also made an application on behalf of her son Carlos.

14. The Child Care and Protection Board found, in its report of 26 August 1997, that parental authority should remain with

Mr Hoogkamer. In view of the likelihood of the first applicant having to return to Brazil, awarding her parental authority over Rachael could lead to a break-off in contact between Rachael and her father and also between Rachael and her paternal grandparents, who were very important to her. It was felt that this would be a traumatic experience for Rachael, who had her roots in the Netherlands and whose bonding with all the persons concerned had taken place in that country.

15. In a decision of 26 November 1997, the Amsterdam Regional Court nevertheless quashed the decision of the District Court and awarded the first applicant parental authority over Rachael. Mr Hoogkamer lodged an appeal on points of law with the Supreme Court (*Hoge Raad*).

16. On 12 January 1998 the Deputy Minister of Justice (*Staatssecretaris van Justitie*) rejected the first applicant's application for a residence permit. The first applicant lodged an objection (*bezwaar*) against this decision. At the hearing on this objection before an official committee (*ambtelijke commissie*) on 27 May 1998, it was stated on behalf of the first applicant that she worked (illegally, as she was not in possession of a residence permit allowing her to do so) from Monday to Thursday and that on those days Rachael stayed either with her father or with her grandparents. Rachael stayed with her mother on the remaining days of the week.

17. On 12 June 1998 the Deputy Minister of Justice dismissed the objection, holding that, even if account was taken of Rachael's right to reside in the Netherlands and to be brought up and educated there, the interests of the economic well-being of the country outweighed the interests of the first applicant. Although the first applicant did not claim welfare benefits, she did not pay taxes or social security contributions either, and there were sufficient numbers of nationals of European Union member States or aliens residing lawfully in the Netherlands available to fill the post she was occupying. The general interest also prevailed over Mr Hoogkamer's interest in being able to lead his family life with Rachael in the Netherlands. In this context it was noted that, at the time Mr Hoogkamer started his relationship with the first applicant, the latter had not been entitled to reside in the Netherlands. He had thus accepted that family life with Rachael might have to be enjoyed elsewhere or in a different manner. It was further noted that Mr Hoogkamer did not make a substantial financial contribution to Rachael's care and upbringing since he only took care of those expenses on the days Rachael stayed with him and, as he was in receipt of welfare benefits, those costs were borne by public funds.

18. The first applicant lodged an appeal against this decision with the Regional Court of The Hague, sitting in Haarlem.

19. On 30 October 1998 the Supreme Court quashed the Amsterdam Regional Court's decision of 26 November 1997 in the proceedings

concerning parental authority and referred the case to the Amsterdam Court of Appeal (*gerechtshof*).

20. The Regional Court of The Hague, sitting in Haarlem, dismissed the appeal against the refusal to grant the first applicant a residence permit. In its decision of 12 February 1999, the Regional Court held that Article 8 of the Convention did not oblige national authorities to ensure that Rachael's parents would not have to choose between leaving Rachael with her father in the Netherlands or letting her go to Brazil with her mother. Both these options were considered to be feasible. According to the Regional Court, the fact that Rachael would have to be without either her father or her mother was, strictly speaking, the result of the parents' choice to conceive a child at a time when the first applicant was not allowed to reside in the Netherlands. No further appeal lay against this decision.

21. On 28 June 1999 a hearing took place before the Amsterdam Court of Appeal in the proceedings concerning parental authority, during which an officer of the Child Care and Protection Board told the court that the Board's report of 26 August 1997 remained pertinent and that it was in Rachael's best interests for the status quo – with Mr Hoogkamer having parental authority over her – to be maintained. In its decision of 15 July 1999 the Amsterdam Court of Appeal upheld the decision of the Amsterdam District Court of 20 February 1997 awarding parental authority over Rachael to Mr Hoogkamer. The Court of Appeal accepted that Mr Hoogkamer, supported by Rachael's grandparents, was sufficiently capable of providing Rachael with the necessary upbringing and care, and that he was indeed doing so in practice. It was of the opinion that the submissions made by the first applicant in support of her argument that Rachael's interests would be better served if parental authority were awarded to her – even if this meant Rachael living in Brazil without contact with her father and grandparents – were of insufficient weight compared to the possibilities the father had to offer and was offering. The first applicant lodged an appeal on points of law against this decision, which was dismissed by the Supreme Court on 27 October 2000.

22. Despite having received a letter dated 8 July 1999 from the local police informing her that she had to leave the Netherlands within two weeks, the first applicant remains in the Netherlands. She works from Monday to Friday. Rachael stays with her at the weekend and with her paternal grandparents during the week. This arrangement is confirmed in a letter dated 20 March 2002 written by Rachael's grandparents to the applicants' legal representative:

“The access arrangement we have concluded with [the first applicant], the mother of our granddaughter Rachael Hoogkamer, is fully satisfactory for all parties. According to the arrangement, Rachael stays with us during the week. On Friday evening we take her

to her mother and collect her again late on Sunday afternoon. No disagreement whatsoever has arisen on this point in the past years. We further confirm that the weekend visits of our granddaughter to her mother pass off in a very pleasant fashion and that she enjoys telling us about them. In other words, the close contact with her mother has a beneficial effect on our granddaughter.”

23. In January 2002 the first applicant applied for a residence permit allowing her to reside in the Netherlands with her new Dutch partner. In this application the first applicant indicated that Rachael was being brought up partly by her grandparents and partly by her new family. The application was rejected on 18 April 2002 as the first applicant was not in possession of the required temporary residence permit (*machtiging tot voorlopig verblijf*). The first applicant did not challenge this decision.

24. The second son of the first applicant, Jean, has been living with his mother in the Netherlands since February 2002.

## II. RELEVANT DOMESTIC LAW AND PRACTICE

25. Parental authority comprises the duty and the right of a parent to care for and bring up his or her child (Article 247 § 1 of the Civil Code (*Burgerlijk Wetboek*)). The parent invested with parental authority is the child’s statutory representative (*wettelijk vertegenwoordiger*) and administers the child’s possessions (Article 245 § 4 of the Civil Code).

26. At the material time, the admission, residence and expulsion of aliens were regulated by the Aliens Act 1965 (*Vreemdelingenwet 1965*). On 1 April 2001 a new Aliens Act came into force, but this has no bearing on the present case.

27. The government pursues a restrictive immigration policy due to the population and employment situation in the Netherlands. Aliens are eligible for admission only on the basis of obligations arising out of international agreements, or if their presence serves an essential national interest, or on compelling humanitarian grounds.

28. The admission policy for family reunion purposes was laid down in the Aliens Act Implementation Guidelines 1994 (*Vreemdelingencirculaire 1994*). These provided that the spouse, the partner, a minor child born of the marriage or relationship and actually belonging to the family unit (*gezin*), and a minor child born outside the marriage but actually belonging to the family unit could be eligible for family reunion if certain conditions (relating to public order, accommodation and livelihood) were met. In the context of family reunion with other family members (so-called extended family reunion), such other members actually belonging to the family unit might also be eligible if they would otherwise suffer disproportionate hardship.

29. The phrase “actually belonging to the family unit” (*feitelijk behoren tot het gezin*) used in Netherlands law only partly overlaps with the term

“family life” in Article 8 of the Convention. The alien in question must belong to the family unit with which he or she intends to live in the Netherlands in order to qualify for admission. If it is concluded that the requirement of “actually belonging to the family unit” has not been met, an independent investigation is then carried out to ascertain whether the concept of family life within the meaning of Article 8 of the Convention applies and, if so, whether this provision obliges the State to allow the person concerned to live in the Netherlands, having regard to the specific circumstances of the case.

## THE LAW

### I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 8 OF THE CONVENTION

#### A. The parties’ submissions

##### 1. *The applicants*

30. The applicants complained that the refusal to grant the first applicant a residence permit constituted a breach of their right to respect for their family life. They relied on Article 8 of the Convention, the relevant parts of which provide:

“1. Everyone has the right to respect for his ... family life ...

2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of ... the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.”

31. The applicants argued that if paramount importance was attached to the fact that the first applicant was not lawfully resident in the Netherlands, the balancing exercise which had to be carried out by the domestic authorities was reduced to unacceptable proportions. Rachael – who was an independent party to the present proceedings – had her own, individual, interests which also required consideration: it could not and should not be held against her that she had been conceived while her mother was not lawfully resident.

32. In the view of the applicants, the present case could be compared with that of *Sen v. the Netherlands* (no. 31465/96, 21 December 2001), which concerned a young girl who, like the first applicant, had not previously been lawfully resident in the Netherlands. In that case the Court had considered that the parents’ strong ties with the Netherlands constituted an essential element to be taken into account in the balancing exercise. Rachael also had very strong ties with the Netherlands. In addition, just



as in *Sen*, there existed a major obstacle in the instant case to family life being developed in Brazil. Since the first applicant was not entrusted with parental authority over Rachael, she did not have the power to make decisions relating to her daughter's place of residence – and Rachael's father had always maintained that he would not give permission for Rachael to leave for Brazil. If the first applicant were forced to leave Rachael behind in the Netherlands, the latter would be without the close proximity and care of her mother – elements of essential importance to a young girl. The applicants emphasised that an annual visit to the Netherlands by the mother would not even come close to securing Rachael's interests.

33. Finally, it was the applicants' distinct impression, obtained in the course of the proceedings concerning parental authority, that it was precisely in order to avoid a situation whereby the Netherlands national Rachael would accompany her mother when the latter left for Brazil that parental authority had been awarded to her father, despite the fact that he did not, and still does not, play a significant role in her care and upbringing. There was no other identifiable reason why the father, who was not the parent looking after Rachael, should have been entrusted with parental authority rather than the mother, who was.

## 2. *The Government*

34. The Government stressed that the family life relied on by the applicants had developed while the first applicant was living in the Netherlands illegally. In their opinion, this constituted a decisive difference compared with the situation in *Berrehab v. the Netherlands* (21 June 1988, Series A no. 138), since that case related to a refusal to allow continued residence, whereas in the present case the first applicant had not previously resided lawfully in the Netherlands. This was mainly the result of the first applicant's own actions, or lack thereof: neither she nor her partner Mr Hoogkamer had made any serious effort to legalise her residence on the basis of the fact that from June 1994 to January 1997 they had been in a lasting relationship with each other, which would have made lawful residence in the Netherlands possible.

35. The Government further submitted that Rachael's father had long since ceased to play a prominent part in her daily care and upbringing. This being so, the parents might have agreed that Rachael would be cared for by the first applicant and would accompany her to Brazil. Since Rachael had only been three years old at the time of the contested decision, she did not have such deep roots in the Netherlands that she would have been unable to adapt to life in Brazil, especially as her half-brothers, along with her mother, might be assumed to provide her with a familiar and supportive environment there. Even if Rachael were to live

with her grandparents in the Netherlands, the first applicant would be able to maintain family ties to some extent, since she had the right to visit the Netherlands for short periods. In this context the Government pointed to the fact that even now the first applicant was not living with Rachael all of the time.

36. The Government concluded that Rachael having to forsake family life with either her father or her mother did not give rise to a positive obligation on their part to admit the first applicant, since this state of affairs had come about as a direct result of Rachael's parents' deliberate decision to enter into a relationship and develop family life with each other and the daughter born of their relationship, even though the mother had no right to reside in the Netherlands.

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

37. The Court observes at the outset that there can be no doubt that there is family life within the meaning of Article 8 of the Convention between the first applicant and her daughter Rachael, the second applicant: Rachael was born from a genuine relationship, in which her parents cohabited as if they were married.

38. Next, it observes that the present case concerns the refusal of the domestic authorities to allow the first applicant to reside in the Netherlands; although she has been living in that country since 1994, her stay there has at no time been lawful. Therefore, the impugned decision did not constitute interference with the applicants' exercise of the right to respect for their family life on account of the withdrawal of a residence status entitling the first applicant to remain in the Netherlands. Rather, the question to be examined in the present case is whether the Netherlands authorities were under a duty to allow the first applicant to reside in the Netherlands, thus enabling the applicants to maintain and develop family life in their territory. For this reason the Court agrees with the parties that this case is to be seen as one involving an allegation of failure on the part of the respondent State to comply with a positive obligation (see *Ahmut v. the Netherlands*, 28 November 1996, § 63, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-VI).

39. The Court reiterates that in the context of both positive and negative obligations the State must strike a fair balance between the competing interests of the individual and of the community as a whole. However, in both contexts the State enjoys a certain margin of appreciation. Moreover, Article 8 does not entail a general obligation for a State to respect immigrants' choice of the country of their residence and to authorise family reunion in its territory. Nevertheless, in a case which concerns family life as well as immigration, the extent of a State's

obligations to admit to its territory relatives of persons residing there will vary according to the particular circumstances of the persons involved and the general interest (see *Gül v. Switzerland*, 19 February 1996, § 38, *Reports* 1996-I). Factors to be taken into account in this context are the extent to which family life is effectively ruptured, the extent of the ties in the Contracting State, whether there are insurmountable obstacles to the family living in the country of origin of one or more of them and whether there are factors of immigration control (for example, a history of breaches of immigration law) or considerations of public order weighing in favour of exclusion (see *Solomon v. the Netherlands* (dec.), no. 44328/98, 5 September 2000). Another important consideration will also be whether family life was created at a time when the persons involved were aware that the immigration status of one of them was such that the persistence of that family life within the host State would from the outset be precarious. The Court has previously held that where this is the case it is likely only to be in the most exceptional circumstances that the removal of the non-national family member will constitute a violation of Article 8 (see *Mitchell v. the United Kingdom* (dec.), no. 40447/98, 24 November 1998, and *Ajayi and Others v. the United Kingdom* (dec.), no. 27663/95, 22 June 1999).

40. Turning to the circumstances of the present case, the Court notes that the first applicant moved from her native Brazil to the Netherlands in 1994 at the age of 22. Even though she has now been living in the latter country for a considerable time, she must still have links with Brazil, where she presumably grew up and underwent her schooling.

41. However, if the first applicant were to return to Brazil she would have to leave her daughter Rachael behind in the Netherlands. The Court observes in this connection that at the time the final decision on her application for a residence permit was taken on 12 February 1999, the first applicant no longer had parental authority over Rachael, the Supreme Court having quashed the decision of the Amsterdam Regional Court which had awarded her such authority (see paragraphs 19 and 20 above). It was Rachael's father, Mr Hoogkamer, to whom parental authority was subsequently, and finally, attributed. In its assessment of this issue, the Amsterdam Court of Appeal had regard to a report which had been drawn up by the Child Care and Protection Board in August 1997 – prior to the final decision in the residence proceedings – according to which it would be traumatic for Rachael if she had to leave the Netherlands in view, *inter alia*, of the strong bond she had with her paternal grandparents (see paragraph 14 above). Parental authority having been awarded to Mr Hoogkamer, the first applicant is thus simply not able to take Rachael with her without his permission which, as has not been disputed by the Government, will not be forthcoming.

In these circumstances, the Court considers that the Government's claim that the first applicant and Mr Hoogkamer might have agreed that Rachael would move to Brazil with her mother is untenable, bearing in mind that it was the Dutch courts, following the advice of the Dutch child welfare authorities, who concluded that it was in Rachael's best interests to stay in the Netherlands.

42. The Court further notes that, from a very young age, Rachael has been raised jointly by the first applicant and her paternal grandparents, with her father playing a less prominent role. She spends three to four days a week with her mother (see paragraphs 16 and 22 above), and, as confirmed by her grandparents (see paragraph 22 above), has very close ties with her. The refusal of a residence permit and the expulsion of the first applicant to Brazil would in effect break those ties as it would be impossible for them to maintain regular contact. This would be all the more serious given that Rachael was only three years old at the time of the final decision and needed to remain in contact with her mother (see *Berrehab*, cited above, § 29).

43. Whilst it does not appear that the first applicant has been convicted of any criminal offences (see *Berrehab*, cited above, § 29, and *Ciliz v. the Netherlands*, no. 29192/95, § 69, ECHR 2000-VIII), she did not attempt to regularise her stay in the Netherlands until more than three years after first arriving in that country (see paragraphs 9 and 13 above) and her stay there has been illegal throughout. The Court reiterates that persons who, without complying with the regulations in force, confront the authorities of a Contracting State with their presence in the country as a *fait accompli* do not, in general, have any entitlement to expect that a right of residence will be conferred upon them (see *Chandra and Others v. the Netherlands* (dec.), no. 53102/99, 13 May 2003). Nevertheless, the Court finds relevant that in the present case the Government indicated that lawful residence in the Netherlands would have been possible on the basis of the fact that the first applicant and Mr Hoogkamer had a lasting relationship between June 1994 and January 1997 (see paragraph 34 above). Although there is no doubt that a serious reproach may be made of the first applicant's cavalier attitude to Dutch immigration rules, this case should be distinguished from others in which the Court considered that the persons concerned could not at any time have reasonably expected to be able to continue family life in the host country (see, for example, *Solomon*, cited above).

44. In view of the far-reaching consequences which an expulsion would have on the responsibilities which the first applicant has as a mother, as well as on her family life with her young daughter, and taking into account that it is clearly in Rachael's best interests for the first applicant to stay in the Netherlands, the Court considers that in the particular circumstances of the case the economic well-being of the country does not outweigh the

applicants' rights under Article 8, despite the fact that the first applicant was residing illegally in the Netherlands at the time of Rachael's birth. Indeed, by attaching such paramount importance to this latter element, the authorities may be considered to have indulged in excessive formalism.

The Court concludes that a fair balance was not struck between the different interests at stake and that, accordingly, there has been a violation of Article 8 of the Convention.

## II. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

45. 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

46. The applicants submitted no claims in respect of pecuniary damage, but sought compensation for non-pecuniary damage relating to the stress and fear they had suffered as a result of the uncertainty surrounding the first applicant's residence status in the Netherlands. They claimed 10,000 euros (EUR) under this head.

47. The Government argued, firstly, that the applicants had not submitted any documents attesting to their suffering from the psychological condition of stress. Secondly, they were of the view that any uncertainty the applicants experienced as a consequence of their considered decision to remain in the Netherlands illegally was a circumstance that could not be imputed to the State.

48. The Court considers that the present judgment constitutes in itself sufficient just satisfaction with regard to the non-pecuniary damage alleged (see *Mehemi v. France*, 26 September 1997, § 41, *Reports* 1997-VI).

### B. Costs and expenses

49. The applicants claimed a total of EUR 145.30 for the costs and expenses the first applicant had incurred in the domestic court proceedings relating to her application for a residence permit: EUR 50 for court fees, and EUR 95.30 for the mandatory personal contribution (*eigen bijdrage*) she had to pay her lawyer.

50. The Government submitted that they had no observations to make in relation to this claim.

51. The Court finds the claim reasonable, and consequently allows it in full.

**C. Default interest**

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

**FOR THESE REASONS, THE COURT UNANIMOUSLY**

1. *Holds* that there has been a violation of Article 8 of the Convention;
2. *Holds* that the finding of a violation constitutes in itself sufficient just satisfaction for the non-pecuniary damage sustained by the applicants;
3. *Holds*
  - (a) that the respondent State is to pay the first applicant, within three months from the date on which the judgment becomes final in accordance with Article 44 § 2 of the Convention, EUR 145.30 (one hundred and forty-five euros thirty cents) in respect of costs and expenses, 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;
4. *Dismisses* the remainder of the applicants' claim for just satisfaction.

Done in English, and notified in writing on 31 January 2006, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Sally Dollé  
Registrar

Jean-Paul Costa  
President

RODRIGUES DA SILVA ET HOOGKAMER c. PAYS-BAS  
*(Requête n° 50435/99)*

DEUXIÈME SECTION

ARRÊT DU 31 JANVIER 2006<sup>1</sup>

---

1. Traduction; original anglais.





SOMMAIRE<sup>1</sup>**Refus d'autoriser à demeurer aux Pays-Bas pour prendre part à l'éducation de sa fille, néerlandaise, née dans ce pays une étrangère résidant illégalement sur le territoire néerlandais****Article 8**

*Vie privée et familiale – Obligations positives – Refus d'autoriser à demeurer aux Pays-Bas pour prendre part à l'éducation de sa fille, néerlandaise, née dans ce pays une étrangère résidant illégalement sur le territoire néerlandais – Non-respect des règles en matière d'immigration – Résidence illégale à l'époque de la naissance de l'enfant – Bien-être économique du pays – Intérêts de l'enfant – Liens étroits entre l'enfant et la mère – Jeune âge de l'enfant – Impossibilité pour la mère de nationalité étrangère n'ayant pas l'autorité parentale d'emmener son enfant à l'étranger – Impossibilité pour la mère, de nationalité étrangère, de maintenir des contacts réguliers avec son enfant en cas d'expulsion vers son pays d'origine – Formalisme excessif – Non-établissement d'un juste équilibre entre les différents intérêts en jeu*

\*

\* \*

La première requérante, de nationalité brésilienne, entra aux Pays-Bas en 1994 et se mit en ménage avec un ressortissant néerlandais sans solliciter de permis de séjour. En 1996, le couple eut une fille, Rachael (la seconde requérante). En 1997, les parents de l'enfant se séparèrent. L'autorité parentale sur Rachael fut en définitive attribuée au père, sur la base d'une expertise d'après laquelle il serait traumatisant pour l'enfant de devoir quitter les Pays-Bas et d'être séparée de son père et de ses grands-parents paternels. La première requérante sollicita alors en vain un permis de séjour. Les autorités estimèrent que dès lors qu'elle travaillait illégalement et ne payait ni impôts ni cotisations sociales les intérêts du bien-être économique du pays l'emportaient sur son droit à résider aux Pays-Bas. En 1999, la police enjoignit à la première requérante de quitter le pays dans les deux semaines, mais l'intéressée demeura aux Pays-Bas.

Article 8: la question à examiner consiste à savoir si les autorités néerlandaises avaient l'obligation d'autoriser la première requérante à séjourner aux Pays-Bas pour permettre aux requérantes de maintenir et développer leur vie familiale sur le territoire néerlandais. A l'époque de la décision définitive rendue sur sa demande de permis de séjour, la première requérante n'avait plus l'autorité parentale sur Rachael. Dans ces conditions, si la première requérante devait regagner le Brésil, elle devrait laisser sa fille aux Pays-Bas. Depuis sa petite enfance, Rachael est élevée conjointement par sa mère et par ses grands-parents paternels, son père ne jouant à cet égard qu'un rôle plus effacé. L'expulsion de sa mère vers le Brésil entraînerait de fait la rupture de ces liens, dès lors qu'il serait

---

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

impossible aux intéressées de maintenir des contacts réguliers. La première requérante n'a cherché à régulariser son séjour aux Pays-Bas que plus de trois ans après être arrivée pour la première fois dans ce pays et elle a toujours séjourné illégalement sur le territoire néerlandais. S'il ne fait aucun doute qu'un reproche sérieux peut lui être adressé pour son attitude cavalière à l'égard des règles néerlandaises en matière d'immigration, la présente espèce doit être distinguée d'autres affaires dans lesquelles la Cour a considéré que les personnes concernées ne pouvaient à aucun moment raisonnablement s'attendre à pouvoir continuer leur vie familiale dans le pays hôte. Eu égard aux lourdes conséquences qu'une expulsion aurait sur les responsabilités qui pèsent sur la première requérante en sa qualité de mère, ainsi que sur sa vie familiale avec Rachael, et vu qu'il est manifestement dans l'intérêt de cette dernière que sa mère demeure aux Pays-Bas, la Cour estime que dans les circonstances particulières de l'espèce le bien-être économique du pays ne l'emporte pas sur les droits découlant pour les requérantes de l'article 8, nonobstant le fait que la première requérante résidait illégalement aux Pays-Bas à l'époque de la naissance de Rachael. De fait, en accordant une importance capitale à ce dernier élément, les autorités peuvent être considérées comme ayant fait preuve d'un formalisme excessif. Dès lors, il n'a pas été ménagé un juste équilibre entre les différents intérêts en jeu.

*Conclusion* : violation (unanimité).

Article 41 : le constat d'une violation représente en soi une satisfaction équitable suffisante pour tout dommage moral pouvant avoir été subi par les intéressées. La Cour leur alloue une certaine somme pour les frais et dépens exposés par elles dans le cadre de la procédure interne.

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

- Berrehab c. Pays-Bas*, 21 juin 1988, série A n° 138  
*Gül c. Suisse*, 19 février 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-I  
*Ahmut c. Pays-Bas*, 28 novembre 1996, *Recueil* 1996-VI  
*Mitchell c. Royaume-Uni* (déc.), n° 40447/98, 24 novembre 1998  
*Ajayi et autres c. Royaume-Uni* (déc.), n° 27663/95, 22 juin 1999  
*Çalız c. Pays-Bas*, n° 29192/95, CEDH 2000-VIII  
*Solomon c. Pays-Bas* (déc.), n° 44328/98, 5 septembre 2000  
*Chandra et autres c. Pays-Bas* (déc.), n° 53102/99, 13 mai 2003

**En l'affaire Rodrigues da Silva et Hoogkamer c. Pays-Bas,**

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

Jean-Paul Costa, *président*,

András Baka,

Corneliu Birsan,

Karel Jungwiert,

Volodymyr Butkevych,

Wilhelmina Thomassen,

Antonella Mularoni, *juges*,

et de Sally Dollé, *greffière de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 14 septembre 2004 et  
le 5 janvier 2006,

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

**PROCÉDURE**

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 50435/99) dirigée contre le Royaume des Pays-Bas et dont une ressortissante brésilienne, M<sup>me</sup> Solange Rodrigues da Silva, et sa fille, Rachael Hoogkamer, ressortissante néerlandaise, ci-après désignées comme « les requérantes », ont saisi la Cour le 9 juillet 1999 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »). Rachael Hoogkamer a été représentée par son père, M. Daniël Hoogkamer, qui exerce sur elle l'autorité parentale (*ouderlijk gezag*).

2. Les requérantes, qui se sont vu accorder le bénéfice de l'assistance judiciaire, ont été représentées par M<sup>e</sup> G. van Atten, avocate inscrite au barreau d'Amsterdam. Le gouvernement néerlandais (« le Gouvernement ») a été représenté par ses agents, M. R.A.A. Böcker et M<sup>me</sup> J. Schukking, du ministère des Affaires étrangères.

3. Les requérantes alléguaient que le refus par le Gouvernement d'autoriser la première requérante à résider aux Pays-Bas violait leur droit au respect de leur vie familiale, au sens de l'article 8 de la Convention.

4. La requête a été attribuée à la deuxième section de la Cour (article 52 § 1 du règlement). Au sein de ladite section a alors été constituée, conformément à l'article 26 § 1 du règlement, la chambre appelée à connaître de l'affaire (article 27 § 1 de la Convention).

5. Par une décision du 14 septembre 2004, la chambre a déclaré la requête recevable.

6. La chambre ayant décidé, après consultation des parties, que la tenue d'une audience sur le fond ne s'imposait pas (article 59 § 3 *in fine*

du règlement), les parties se sont vu donner l'occasion de répondre par écrit aux observations l'une de l'autre. Ni le Gouvernement ni les requérantes n'ont fait usage de cette possibilité.

7. Le 1<sup>er</sup> novembre 2004, la Cour a modifié la composition de ses sections (article 25 § 1 du règlement), mais l'affaire est demeurée attribuée à la chambre qui avait été constituée au sein de l'ancienne deuxième section.

## EN FAIT

### I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

8. La première requérante est née en 1972; elle réside à Amsterdam. La seconde requérante est née en 1996; elle réside à Amsterdam et à Uithoorn.

9. La première requérante arriva aux Pays-Bas en juin 1994, laissant aux soins de ses parents les deux fils qu'elle avait eus d'une relation antérieure, Jean (né en 1990) et Carlos (né en 1992). Elle noua une relation et se mit en ménage avec M. Hoogkamer, qui exerçait à l'époque un emploi rémunéré. A ses dires, elle envisagea la possibilité de solliciter un permis de séjour afin de pouvoir demeurer aux Pays-Bas avec son compagnon, mais, devant l'impossibilité d'obtenir les documents nécessaires concernant les revenus de ce dernier, elle n'introduisit jamais pareille demande.

10. En avril 1995, Carlos vint rejoindre sa mère et M. Hoogkamer. Jean resta au Brésil avec ses grands-parents.

11. Le 3 février 1996, la première requérante donna naissance à Rachael, la seconde requérante, issue de sa relation avec M. Hoogkamer. Elle fut investie *ipso jure* de l'autorité parentale (*ouderlijk gezag*) sur l'enfant. Celle-ci fut reconnue (*erkend*) par M. Hoogkamer le 28 mars 1996, en vertu de quoi elle obtint la nationalité néerlandaise.

12. La première requérante et M. Hoogkamer se séparèrent en janvier 1997. Rachael demeura auprès de son père, qui demanda par la suite au juge cantonal (*kantonrechter*) d'Amsterdam de lui accorder l'autorité parentale sur sa fille. Le juge cantonal fit droit à la requête le 20 février 1997. La première requérante interjeta appel de la décision devant le tribunal d'arrondissement (*arrondissementsrechtbank*) d'Amsterdam. Celui-ci invita le Conseil pour la protection de l'enfance (*Raad voor de Kinderbescherming*) à se pencher sur la question de savoir à qui l'autorité parentale devait être attribuée pour servir au mieux les intérêts de Rachael.

13. Le 12 août 1997, la première requérante sollicita un permis de séjour afin de pouvoir demeurer aux Pays-Bas soit – en fonction de l'issue

de la procédure concernant l'autorité parentale – avec sa fille Rachael, soit en bénéficiant d'un droit de visite. Elle introduisit également une demande au nom de son fils Carlos.

14. Dans son rapport daté du 26 août 1997, le Conseil pour la protection de l'enfance conclut que l'autorité parentale devait demeurer conférée à M. Hoogkamer. Il considéra que, compte tenu de la probabilité que la première requérante dût retourner au Brésil, l'attribution à l'intéressée de l'autorité parentale sur Rachael risquait de mener à une rupture des contacts entre Rachael et son père, de même qu'entre Rachael et ses grands-parents paternels, qui représentaient beaucoup pour elle. Le Conseil pour la protection de l'enfance estima que cela constituerait une expérience traumatisante pour Rachael, qui avait ses racines aux Pays-Bas et dont les liens avec l'ensemble des personnes concernées s'étaient tissés dans ce pays.

15. Par une décision du 26 novembre 1997, le tribunal d'arrondissement d'Amsterdam n'en annula pas moins la décision du juge cantonal et accorda à la première requérante l'autorité parentale sur Rachael. M. Hoogkamer forma alors un pourvoi devant la Cour de cassation (*Hoge Raad*).

16. Le 12 janvier 1998, le secrétaire d'Etat à la Justice (*Staatssecretaris van Justitie*) rejeta la demande de permis de séjour qu'avait formée la première requérante. Celle-ci déposa une réclamation (*bezwaar*) contre la décision. Cette réclamation fut examinée par une commission administrative (*ambtelijke commissie*) le 27 mai 1998. Au cours de l'audience, le représentant de la première requérante déclara que sa cliente travaillait (illégalement, dès lors qu'elle ne possédait pas un permis de séjour qui l'aurait autorisée à exercer une activité rémunérée) du lundi au jeudi et que pendant cette partie de la semaine Rachael séjournait soit chez son père, soit chez ses grands-parents. La fillette restait avec sa mère les autres jours de la semaine.

17. Le 12 juin 1998, le secrétaire d'Etat à la Justice rejeta la réclamation, estimant que même si l'on tenait compte du droit de Rachael à résider aux Pays-Bas et à y être élevée et éduquée, les intérêts du bien-être économique du pays l'emportaient sur les intérêts de la première requérante. Il releva que si la première requérante ne revendiquait pas un droit à percevoir des prestations sociales elle ne payait ni impôts ni cotisations sociales, et qu'il existait un nombre suffisant de ressortissants des Etats membres de l'Union européenne ou d'étrangers résidant légalement aux Pays-Bas disponibles pour occuper l'emploi qu'elle exerçait. Le secrétaire d'Etat estima par ailleurs que l'intérêt général prévalait également sur l'intérêt de M. Hoogkamer à pouvoir mener sa vie de famille avec Rachael aux Pays-Bas. Il releva à cet égard qu'à l'époque où M. Hoogkamer avait entamé sa relation avec la première requérante cette dernière n'était pas autorisée à résider aux

Pays-Bas. M. Hoogkamer avait ainsi accepté que sa vie de famille avec Rachael pût devoir être menée ailleurs ou d'une autre manière. Le secrétaire d'Etat précisa qu'au demeurant M. Hoogkamer ne versait pas une contribution financière substantielle pour l'entretien et l'éducation de Rachael, dans la mesure où il ne prenait en charge que les frais qu'entraînait la présence de l'enfant les jours où elle restait chez lui et que, dès lors qu'il percevait des prestations sociales, ces frais étaient en réalité couverts par des fonds publics.

18. La première requérante attaqua la décision du secrétaire d'Etat devant le tribunal d'arrondissement de La Haye siégeant à Haarlem.

19. Le 30 octobre 1998, la Cour de cassation annula la décision rendue par le tribunal d'arrondissement le 26 novembre 1997 dans la procédure concernant l'attribution de l'autorité parentale et renvoya l'affaire à la cour d'appel (*gerechtshof*) d'Amsterdam.

20. Par une décision du 12 février 1999, le tribunal d'arrondissement de La Haye siégeant à Haarlem débouta la première requérante de son recours contre la décision lui ayant refusé l'octroi d'un permis de séjour. Il considéra que l'article 8 de la Convention n'obligeait pas les autorités nationales à veiller à ce que les parents de Rachael n'eussent pas à choisir entre laisser Rachael vivre avec son père aux Pays-Bas ou la laisser gagner le Brésil avec sa mère. Le tribunal jugea ces options également acceptables. Il estima que le fait que Rachael devrait se passer soit de son père, soit de sa mère était en réalité le résultat du choix qu'avaient fait ses parents de concevoir un enfant à une époque où la première requérante n'était pas autorisée à résider aux Pays-Bas. La décision du tribunal d'arrondissement était sans appel.

21. Le 28 juin 1999, une audience se tint devant la cour d'appel d'Amsterdam dans la procédure relative à la question de l'autorité parentale. Un agent du Conseil pour la protection de l'enfance y déclara que le rapport du conseil en date du 26 août 1997 demeurait d'actualité et que, dans l'intérêt de Rachael, il fallait maintenir le *statu quo* et laisser l'autorité parentale à M. Hoogkamer. Dans sa décision du 15 juillet 1999, la cour d'appel d'Amsterdam confirma la décision rendue par le juge cantonal le 20 février 1997, laquelle avait accordé l'autorité parentale sur Rachael à M. Hoogkamer. Elle admit qu'avec le soutien de ses parents à lui M. Hoogkamer était suffisamment capable d'assumer ses obligations d'éducation, de garde et de surveillance envers Rachael, ajoutant qu'il le démontrait déjà en pratique. Elle estima que les observations formulées par la première requérante à l'appui de son argument selon lequel les intérêts de Rachael seraient mieux servis si l'autorité parentale sur l'enfant lui était attribuée à elle – même si cela devait signifier le départ de Rachael pour le Brésil et la rupture de ses contacts avec son père et ses grands-parents – ne pesaient pas d'un poids suffisant comparé aux possibilités que le père pouvait offrir et offrait en pratique à l'enfant. La

première requérante attaqua cette décision par la voie d'un pourvoi, que la Cour de cassation rejeta le 27 octobre 2000.

22. Ignorant une lettre de la police locale datée du 8 juillet 1999 qui l'avisait qu'elle devait quitter le territoire néerlandais dans les deux semaines, la première requérante demeura aux Pays-Bas. D'après les éléments du dossier, elle travaille du lundi au vendredi. Rachael réside avec elle les week-ends et avec ses grands-parents paternels pendant la semaine. Cet arrangement se trouve confirmé dans une lettre datée du 20 mars 2002 écrite par les grands-parents de l'enfant au représentant en justice des requérantes :

« Les modalités du droit de visite sur lesquelles nous nous sommes mis d'accord avec [la première requérante], la mère de notre petite-fille Rachael Hoogkamer, sont pleinement satisfaisantes pour l'ensemble des parties. En vertu de ces modalités, Rachael séjourne chez nous la semaine. Le vendredi soir, nous l'emmenons chez sa mère, où nous allons la rechercher le dimanche après-midi. Ce système n'a jamais soulevé la moindre difficulté au cours des dernières années. Nous confirmons par ailleurs que les visites que rend notre petite-fille le week-end à sa mère se passent de manière très plaisante, et notre petite-fille a grand plaisir à nous raconter ses week-ends. En d'autres termes, le contact étroit que notre petite-fille entretient avec sa mère a sur elle un effet bénéfique. »

23. En janvier 2002, la première requérante sollicita un permis de séjour afin de pouvoir demeurer aux Pays-Bas avec son nouveau partenaire néerlandais. Dans sa demande, elle précisait que Rachael était élevée en partie par ses grands-parents et en partie par sa nouvelle famille. La demande fut rejetée le 18 avril 2002, au motif que la première requérante n'était pas en possession d'une autorisation de séjour temporaire (*machtiging tot voorlopig verblijf*). La première requérante n'interjeta pas appel de la décision.

24. Le second fils de la première requérante, Jean, vit avec sa mère aux Pays-Bas depuis février 2002.

## II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

25. L'autorité parentale englobe le devoir et le droit pour un parent de s'occuper de son enfant et de l'élever (article 247 § 1 du code civil (*Burgerlijk Wetboek*)). Le parent investi de l'autorité parentale est le représentant légal (*wettelijk vertegenwoordiger*) de l'enfant et l'administrateur de ses biens (article 245 § 4 du code civil).

26. A l'époque des faits, l'admission, le séjour et l'expulsion des étrangers étaient régis par la loi de 1965 sur les étrangers (*Vreemdelingenwet*). Le 1<sup>er</sup> avril 2001 une nouvelle loi sur les étrangers est entrée en vigueur, mais sans incidence sur la présente espèce.

27. En raison de la situation démographique et de la situation sur le marché de l'emploi au niveau national, le gouvernement néerlandais

mène une politique d'immigration restrictive. Les étrangers ne peuvent être admis à séjourner sur le territoire néerlandais que sur la base d'obligations résultant d'accords internationaux ou si leur présence sert un intérêt néerlandais essentiel ou s'il existe des raisons impérieuses d'ordre humanitaire.

28. La politique d'admission aux fins de regroupement familial a été définie dans la circulaire de 1994 sur les étrangers (*Vreemdelingencirculaire*). Cette circulaire prévoit que le conjoint, le partenaire, un enfant mineur né du mariage ou de la relation et qui fait effectivement partie de la cellule familiale (*gezin*) et un enfant mineur né en dehors du mariage mais qui fait effectivement partie de la cellule familiale sont éligibles au regroupement familial si certaines conditions (touchant à l'ordre public, au logement et aux moyens de subsistance) sont remplies. D'autres personnes faisant effectivement partie de la cellule familiale peuvent également être éligibles au regroupement familial (regroupement familial étendu) si le refus de pareil regroupement est de nature à leur causer une épreuve disproportionnée.

29. L'expression « faisant effectivement partie de la cellule familiale » (*feitelijk behoren tot het gezin*) utilisée en droit néerlandais ne recouvre que partiellement la notion de « vie familiale » qui figure à l'article 8 de la Convention. L'étranger concerné doit faire partie de la cellule familiale au sein de laquelle il entend vivre aux Pays-Bas pour pouvoir obtenir son admission. Si l'autorité compétente conclut que la condition d'appartenance effective à la cellule familiale n'est pas remplie, une enquête indépendante est alors menée aux fins de vérification du point de savoir si la notion de « vie familiale » au sens de l'article 8 de la Convention s'applique et, dans l'affirmative, si cette disposition oblige l'Etat à permettre à la personne concernée de vivre aux Pays-Bas compte tenu des circonstances particulières de l'espèce.

## EN DROIT

### I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION

#### A. Thèses des parties

##### 1. Les requérantes

30. Les requérantes soutiennent que le refus d'accorder à la première requérante un permis de séjour s'analyse en une violation de leur droit au respect de leur vie familiale. Elles invoquent l'article 8 de la Convention qui, en ses parties pertinentes, est ainsi libellé :



« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie (...) familiale (...)

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire (...) au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

31. Les requérantes plaident qu'attacher une importance capitale au caractère illégal du séjour de la première requérante sur le territoire néerlandais, c'est réduire dans des proportions inacceptables l'exercice de mise en balance devant être effectué par les autorités internes. Elles considèrent que Rachael – partie indépendante dans la présente procédure – a ses propres intérêts personnels, qui méritent eux aussi d'être pris en compte : il ne devrait pas pouvoir lui être reproché d'avoir été conçue pendant le séjour illégal de sa mère.

32. Les requérantes estiment que la présente espèce peut se comparer à l'affaire *Şen c. Pays-Bas* (n° 31465/96, 21 décembre 2001), qui concernait une jeune fille qui, comme la première requérante, avait tout d'abord séjourné de manière illégale aux Pays-Bas. Dans ladite affaire, la Cour avait considéré que la force des liens des parents avec les Pays-Bas constituait un élément essentiel à prendre en compte dans l'exercice de mise en balance. Les requérantes font valoir que Rachael a, elle aussi, de forts liens avec les Pays-Bas. De surcroît, exactement comme dans l'affaire *Şen*, il existerait en l'espèce un obstacle majeur au développement d'une vie familiale au Brésil : la première requérante n'étant pas investie de l'autorité parentale sur Rachael, elle n'aurait pas le pouvoir de prendre des décisions concernant le lieu de résidence de sa fille, et le père de Rachael aurait toujours affirmé qu'il ne permettrait pas à son enfant d'aller vivre au Brésil. Si la première requérante devait être contrainte d'abandonner Rachael aux Pays-Bas, l'enfant se retrouverait privée de la proximité de sa mère, élément qui revêtirait une importance essentielle pour une jeune fille. Les requérantes soulignent qu'une visite annuelle de la mère aux Pays-Bas ne permettrait pas, loin de là, à la première requérante de s'occuper correctement des intérêts de Rachael.

33. Enfin, les requérantes affirment avoir nettement l'impression, née de la procédure relative à l'autorité parentale, que c'est précisément pour éviter une situation dans laquelle Rachael, ressortissante néerlandaise, serait amenée à partir pour le Brésil que l'autorité parentale a été accordée au père, nonobstant le fait qu'il ne jouait pas – et la situation n'aurait du reste pas changé à cet égard – un rôle significatif dans l'éducation de sa fille. Il n'y aurait aucune autre raison identifiable de nature à expliquer pourquoi le père, qui ne s'occupait pas de Rachael, a été investi de l'autorité parentale, alors que la mère, elle, s'occupait de l'enfant.

## 2. Le Gouvernement

34. Le Gouvernement souligne que la vie familiale invoquée par les requérantes s'est développée alors que la première requérante résidait illégalement aux Pays-Bas. Il estime que cela constitue une différence décisive par rapport à l'affaire *Berrehab c. Pays-Bas* (21 juin 1988, série A n° 138), où il s'agissait d'un refus de prolonger un permis de séjour, alors qu'en l'espèce la première requérante n'aurait jamais résidé légalement aux Pays-Bas. Cette illégalité résulterait principalement des actes ou omissions de la première requérante : ni elle ni son compagnon de l'époque, M. Hoogkamer, ne se seraient réellement efforcés de régulariser sa situation, alors que de juin 1994 à janvier 1997 ils auraient eu une relation durable, sur la base de laquelle l'octroi d'un permis de séjour régulier aux Pays-Bas aurait été possible.

35. Le Gouvernement soutient par ailleurs que le père de Rachael a depuis longtemps cessé de jouer un rôle important dans l'éducation quotidienne de sa fille. Cela étant, les parents auraient pu se mettre d'accord pour que Rachael soit éduquée par la première requérante et qu'elle l'accompagne au Brésil. Le Gouvernement fait observer que dès lors que Rachael n'avait que trois ans à l'époque de la décision contestée, elle n'avait pas des racines à ce point profondes aux Pays-Bas qu'elle aurait été incapable de s'adapter à la vie au Brésil, d'autant que l'on peut présumer que ses demi-frères et sa mère lui auraient fourni l'environnement familial et le soutien nécessaires dans ce pays. Le Gouvernement considère que même si Rachael devait vivre avec ses grands-parents aux Pays-Bas la première requérante, vu qu'elle aurait le droit de faire de courts séjours aux Pays-Bas, serait en mesure de maintenir des liens familiaux avec sa fille. Le Gouvernement souligne à cet égard qu'actuellement non plus la première requérante ne vit pas tout le temps avec Rachael.

36. Le Gouvernement conclut que l'obligation pour Rachael de renoncer à sa vie familiale soit avec son père, soit avec sa mère ne ferait pas naître dans le chef des autorités une obligation positive d'admettre la première requérante à séjourner sur le territoire néerlandais, la situation étant le résultat direct de la décision délibérée des parents de Rachael de nouer une relation et d'entamer une vie de famille l'un avec l'autre et avec la fille née de leur relation alors même que la mère n'avait pas le droit de séjourner aux Pays-Bas.

## B. Appréciation de la Cour

37. La Cour observe d'emblée qu'il ne peut y avoir aucun doute qu'il existe une vie familiale, au sens de l'article 8 de la Convention, entre la première requérante et sa fille Rachael, la seconde requérante : Rachael

est née d'une relation authentique, dans le cadre de laquelle ses parents cohabitaient comme s'ils étaient mariés.

38. La Cour note par ailleurs que la présente espèce concerne le refus par les autorités internes d'autoriser la première requérante à résider aux Pays-Bas ; bien que l'intéressée vive dans le pays depuis 1994, son séjour n'y a à aucun moment été régulier. Dans ces conditions, la décision incriminée ne peut s'analyser en une atteinte au droit des requérantes au respect de leur vie familiale résultant du retrait d'un statut de résident qui autoriserait la première requérante à demeurer aux Pays-Bas. La question à examiner en l'espèce consiste plutôt à savoir si les autorités néerlandaises avaient l'obligation d'autoriser la première requérante à séjourner aux Pays-Bas pour permettre aux requérantes de maintenir et développer leur vie familiale sur le territoire néerlandais. Pour ce motif, la Cour admet avec les parties que la présente espèce doit être considérée comme relative à une allégation de manquement de la part de l'Etat défendeur à une obligation positive (*Ahmut c. Pays-Bas*, 28 novembre 1996, § 63, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-VI).

39. La Cour rappelle que, dans le contexte des obligations positives comme dans celui des obligations négatives, l'Etat doit ménager un juste équilibre entre les intérêts concurrents de l'individu et de la communauté dans son ensemble. Dans un cas comme dans l'autre, toutefois, l'Etat jouit d'une certaine marge d'appréciation. De surcroît, l'article 8 n'emporte pas une obligation générale pour un Etat de respecter le choix par des immigrants de leur pays de résidence et d'autoriser le regroupement familial sur le territoire de ce pays. Cela dit, dans une affaire qui concerne la vie familiale aussi bien que l'immigration, l'étendue des obligations pour l'Etat d'admettre sur son territoire des proches de personnes qui y résident varie en fonction de la situation particulière des personnes concernées et de l'intérêt général (*Gül c. Suisse*, 19 février 1996, § 38, *Recueil* 1996-I). Les facteurs à prendre en considération dans ce contexte sont la mesure dans laquelle il y a effectivement entrave à la vie familiale, l'étendue des liens que les personnes concernées ont avec l'Etat contractant en cause, la question de savoir s'il existe ou non des obstacles insurmontables à ce que la famille vive dans le pays d'origine d'une ou plusieurs des personnes concernées et celle de savoir s'il existe des éléments touchant au contrôle de l'immigration (par exemple, des précédents d'infractions aux lois sur l'immigration) ou des considérations d'ordre public pesant en faveur d'une exclusion (*Solomon c. Pays-Bas* (déc.), n° 44328/98, 5 septembre 2000). Un autre point important est celui de savoir si la vie familiale en cause s'est développée à une époque où les personnes concernées savaient que la situation au regard des règles d'immigration de l'une d'elles était telle qu'il était clair immédiatement que le maintien de cette vie familiale au sein de l'Etat

hôte revêtirait d'emblée un caractère précaire. La Cour a précédemment jugé que lorsque tel est le cas ce n'est que dans des circonstances particulièrement exceptionnelles que le renvoi du membre de la famille n'ayant pas la nationalité de l'Etat hôte constitue une violation de l'article 8 (*Mitchell c. Royaume-Uni* (déc.), n° 40447/98, 24 novembre 1998, et *Ajayi et autres c. Royaume-Uni* (déc.), n° 27663/95, 22 juin 1999).

40. Se tournant vers les circonstances de la présente espèce, la Cour relève que la première requérante quitta son Brésil natal pour gagner les Pays-Bas en 1994, à l'âge de vingt-deux ans. Même si elle réside dans ce pays depuis fort longtemps, elle doit toujours avoir des liens avec le Brésil, où elle a vraisemblablement été élevée et scolarisée.

41. Cela étant, si la première requérante devait retourner au Brésil, elle devrait laisser sa fille Rachael aux Pays-Bas. La Cour observe à cet égard qu'à l'époque (le 12 février 1999) de la décision définitive rendue sur sa demande de permis de séjour la première requérante n'avait plus l'autorité parentale sur Rachael, la Cour de cassation ayant annulé la décision du tribunal d'arrondissement d'Amsterdam qui l'avait investie de cette autorité (paragraphes 19 et 20 ci-dessus). C'est à M. Hoogkamer, le père de Rachael, que l'autorité parentale fut finalement attribuée. Pour statuer sur cette question, la cour d'appel d'Amsterdam tint compte d'un rapport qui avait été établi par le Conseil pour la protection de l'enfance en août 1997 – avant que ne soit rendue la décision définitive dans la procédure relative à la demande de permis de séjour – d'après lequel le fait de devoir quitter les Pays-Bas serait traumatisant pour Rachael, compte tenu notamment de l'étroitesse de ses liens avec ses grands-parents paternels (paragraphe 14 ci-dessus). Dans la mesure où l'autorité parentale a été attribuée à M. Hoogkamer, la première requérante n'est donc tout simplement pas en mesure d'emmener Rachael avec elle sans la permission de son père, qui, cela n'est pas contesté par le Gouvernement, n'est pas d'accord pour que sa fille parte vivre au Brésil.

Dans ces conditions, la Cour considère que l'argument du Gouvernement selon lequel la première requérante et M. Hoogkamer auraient pu se mettre d'accord pour que Rachael aille vivre au Brésil avec sa mère ne tient pas, d'autant que les juridictions néerlandaises, suivant l'avis des autorités néerlandaises de protection de l'enfance, avaient conclu qu'il était dans l'intérêt de Rachael qu'elle demeure aux Pays-Bas.

42. La Cour note de surcroît que, depuis sa petite enfance, Rachael est élevée conjointement par la première requérante et par ses grands-parents paternels, son père ne jouant à cet égard qu'un rôle plus effacé. Elle passe trois à quatre jours par semaine avec sa mère (paragraphes 16 et 22 ci-dessus), avec laquelle, comme l'ont confirmé ses grands-parents

(paragraphe 22 ci-dessus), elle a des liens très étroits. Le refus d'un permis de séjour et l'expulsion de la première requérante vers le Brésil entraîneraient de fait la rupture de ces liens, dès lors qu'il serait impossible aux intéressés de maintenir des contacts réguliers. Cela serait d'autant plus grave que Rachael, qui avait trois ans à l'époque de la décision définitive, a besoin de demeurer en contact avec sa mère (*Berrehab*, précité, § 29).

43. Si la première requérante n'a semble-t-il jamais été condamnée pour la moindre infraction pénale (*Berrehab*, précité, § 29, et *Cilz c. Pays-Bas*, n° 29192/95, § 69, CEDH 2000-VIII), elle n'a cherché à régulariser son séjour aux Pays-Bas que plus de trois ans après être arrivée pour la première fois dans ce pays (paragraphe 9 et 13 ci-dessus), et elle a toujours séjourné illégalement sur le territoire néerlandais. La Cour réaffirme que les personnes qui, sans se conformer aux règlements en vigueur, mettent par leur présence sur le territoire d'un Etat contractant les autorités de ce pays devant un fait accompli, ne peuvent d'une manière générale invoquer une espérance légitime qu'un droit de séjour leur sera accordé (*Chandra et autres c. Pays-Bas* (déc.), n° 53102/99, 13 mai 2003). Cela dit, la Cour estime pertinent en l'espèce que le Gouvernement a indiqué qu'un séjour régulier de la première requérante aux Pays-Bas aurait été possible à l'époque (de juin 1994 à janvier 1997) sur la base de la relation durable que la première requérante entretenait avec M. Hoogkamer (paragraphe 34 ci-dessus). S'il ne fait aucun doute qu'un reproche sérieux peut être adressé à la première requérante pour son attitude cavalière à l'égard des règles néerlandaises en matière d'immigration, la présente espèce doit être distinguée d'autres affaires dans lesquelles la Cour a considéré que les personnes concernées ne pouvaient à aucun moment raisonnablement s'attendre à pouvoir continuer leur vie familiale dans le pays hôte (voir, par exemple, *Solomon*, décision précitée).

44. Eu égard aux lourdes conséquences qu'une expulsion aurait sur les responsabilités qui pèsent sur la première requérante en sa qualité de mère, ainsi que sur sa vie familiale avec Rachael, et vu qu'il est manifestement dans l'intérêt de cette dernière que sa mère demeure aux Pays-Bas, la Cour estime que dans les circonstances particulières de l'espèce le bien-être économique du pays ne l'emporte pas sur les droits découlant pour les requérantes de l'article 8, nonobstant le fait que la première requérante résidait illégalement aux Pays-Bas à l'époque de la naissance de Rachael. De fait, en accordant une importance capitale à ce dernier élément, les autorités peuvent être considérées comme ayant fait preuve d'un formalisme excessif.

Aussi la Cour conclut-elle qu'un juste équilibre n'a pas été ménagé entre les différents intérêts en jeu et qu'il y a donc eu violation de l'article 8 de la Convention.

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

45. L'article 41 de la Convention est ainsi libellé :

« Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses Protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable. »

### A. Dommage

46. Les requérantes ne réclament rien pour dommage matériel mais sollicitent une indemnité pour le dommage moral censé être résulté de la tension et de l'angoisse qu'elles disent avoir éprouvées du fait de l'incertitude entourant la situation de la première requérante au regard du droit néerlandais régissant les conditions de séjour des étrangers. Elles demandent 10 000 euros (EUR) à ce titre.

47. Le Gouvernement plaide, premièrement, que les requérantes n'ont soumis aucun document attestant la réalité des souffrances psychologiques qu'elles allèguent. Il estime, deuxièmement, que l'incertitude que les requérantes ont pu éprouver du fait de la décision délibérée de la première requérante de demeurer illégalement aux Pays-Bas est un élément qui ne peut être imputé à l'Etat défendeur.

48. La Cour considère que le présent arrêt constitue en soi une satisfaction équitable suffisante pour tout dommage moral pouvant avoir été subi par les intéressées (*Mehemi c. France*, 26 septembre 1997, § 41, *Recueil* 1997-VI).

### B. Frais et dépens

49. Les requérantes réclament au total 145,30 EUR pour les frais exposés par la première requérante dans le cadre de la procédure interne relative à sa demande de permis de séjour soit 50 EUR pour dépens et 95,30 EUR pour la contribution personnelle obligatoire (*eigen bijdrage*) qu'elle a dû verser à son avocate.

50. Le Gouvernement déclare n'avoir aucune observation à formuler au sujet de cette demande.

51. La Cour juge la demande raisonnable et l'accueille donc en entier.

### C. Intérêts moratoires

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

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

1. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention;
2. *Dit* que le constat d'une violation représente en soi une satisfaction équitable suffisante pour tout dommage moral pouvant avoir été subi par les requérantes;
3. *Dit*
  - a) que l'Etat défendeur doit verser à la première requérante, dans les trois mois à compter de la date à laquelle l'arrêt sera devenu définitif en vertu de l'article 44 § 2 de la Convention, 145,30 EUR (cent quarante-cinq euros trente centimes) pour frais et dépens, plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt ou de taxe;
  - b) qu'à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement, ce montant sera à majorer d'un intérêt simple à un taux égal à celui de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne applicable pendant cette période, augmenté de trois points de pourcentage;
4. *Rejette* pour le surplus la demande de satisfaction équitable des requérantes.

Fait en anglais, puis communiqué par écrit le 31 janvier 2006, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Sally Dollé  
Greffière

Jean-Paul Costa  
Président





GINIEWSKI c. FRANCE  
(Requête n° 64016/00)

DEUXIÈME SECTION

ARRÊT DU 31 JANVIER 2006<sup>1</sup>

---

1. Texte français original.



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Condamnation d'un auteur pour diffamation de la communauté chrétienne****Article 10**

*Liberté d'expression – Condamnation d'un auteur pour diffamation de la communauté chrétienne – Protection de la réputation d'autrui – Protection des droits d'autrui – Nécessaire dans une société démocratique – Critique de la position du pape – Absence d'attaque contre des convictions religieuses – Contribution à un débat d'intérêt général – Débat sur les faits constituant les crimes contre l'humanité – Nature et sévérité de la peine – Obligation de publier un communiqué sur la condamnation*

\*  
\*   \*

Le requérant, journaliste, sociologue et historien, signa un article dans un quotidien au sujet de l'encyclique «Splendeur de la vérité» du pape Jean-Paul II. Une association, l'Alliance générale contre le racisme et pour le respect de l'identité française et chrétienne, se plaignit que l'article diffamait la communauté chrétienne. Les juges lui donnèrent gain de cause, estimant que certains passages de l'article portaient atteinte à l'honneur et à la considération des chrétiens et plus spécialement de la communauté catholique. Le requérant fut déclaré coupable du délit de diffamation publique envers un groupe de personnes en raison de leur appartenance à une religion. Il fut condamné à verser à l'association plaignante un franc français à titre de dommages et intérêts et à publier un communiqué sur l'arrêt de condamnation dans un journal d'audience nationale.

Article 10: la condamnation était prévue par la loi de 1881 sur la liberté de la presse et visait la protection «de la réputation ou des droits d'autrui». Quant à sa nécessité dans une société démocratique, la Cour estime qu'elle ne répondait pas à un «besoin social impérieux». Si l'article du requérant critiquait une encyclique papale et donc la position du pape, une telle analyse ne saurait être étendue à l'ensemble de la chrétienté qui comporte des courants divers, dont plusieurs rejettent l'autorité papale. Surtout le requérant a voulu élaborer une thèse sur la portée d'un dogme et sur ses liens possibles avec les origines de l'Holocauste. Il a ainsi apporté une contribution, par définition discutable, à un très vaste débat d'idées déjà engagé, sans ouvrir une polémique gratuite ou éloignée de la réalité des réflexions contemporaines. En envisageant les conséquences dommageables d'une doctrine, le texte du requérant participait donc à la réflexion sur les diverses causes possibles de l'extermination des juifs en Europe, question relevant incontestablement de l'intérêt général dans une société démocratique. Dans ce domaine, les restrictions à la liberté d'expression appellent une

---

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

interprétation étroite. En effet, si en l'espèce la question soulevée concerne une doctrine défendue par l'Église catholique, et donc un sujet d'ordre religieux, l'analyse de l'article montre qu'il ne s'agit pas d'un texte comportant des attaques contre des convictions religieuses en tant que telles, mais d'une réflexion que le requérant a voulu exprimer en qualité de journaliste et historien. Dans une société démocratique il est primordial que le débat engagé, relatif à l'origine de faits d'une particulière gravité constituant des crimes contre l'humanité, puisse se dérouler librement. L'article rédigé par le requérant n'a aucun caractère « gratuitement offensant » ni injurieux, n'incite ni à l'irrespect ni à la haine, et ne vient en aucune manière contester la réalité de faits historiques clairement établis. Le requérant a fait l'objet d'une relaxe pénale et a été condamné au civil notamment à publier un communiqué dans un journal d'audience nationale. Dans cette affaire-ci, la mention de l'existence du délit de diffamation dans le communiqué revêt un caractère dissuasif certain et la sanction paraît disproportionnée compte tenu de l'importance du débat auquel le requérant a voulu légitimement participer.

*Conclusion* : violation (unanimité).

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

- Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, série A n° 24  
*Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, 20 septembre 1994, série A n° 295-A  
*Jersild c. Danemark*, 23 septembre 1994, série A n° 298  
*Wingrove c. Royaume-Uni*, 25 novembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-V  
*De Haes et Gijssels c. Belgique*, 24 février 1997, *Recueil* 1997-I  
*Lehideux et Isorni c. France*, 23 septembre 1998, *Recueil* 1998-VII  
*Mancini c. Italie*, n° 44955/98, CEDH 2001-IX  
*Andrea Corsi c. Italie*, n° 42210/98, 4 juillet 2002  
*Willekens c. Belgique*, n° 50859/99, 24 avril 2003  
*Garaudy c. France* (déc.), n° 65831/01, CEDH 2003-IX  
*Murphy c. Irlande*, n° 44179/98, CEDH 2003-IX  
*Andrea Corsi c. Italie* (révision), n° 42210/98, 2 octobre 2003  
*Gündüz c. Turquie*, n° 35071/97, CEDH 2003-XI  
*Chauvy et autres c. France*, n° 64915/01, CEDH 2004-VI  
*Pedersen et Baadsgaard c. Danemark* [GC], n° 49017/99, CEDH 2004-XI  
*İ.A. c. Turquie*, n° 42571/98, CEDH 2005-VIII

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

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

András Baka, *président*,

Jean-Paul Costa,

Rıza Türmen,

Karel Jungwiert,

Mindia Ugrekhelidze,

Antonella Mularoni,

Elisabet Fura-Sandström, *juges*,

et de Sally Dollé, *greffière de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 7 juin 2005 et  
10 janvier 2006,

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

**PROCÉDURE**

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 64016/00) dirigée contre la République française et dont un ressortissant autrichien, M. Paul Giniewski («le requérant»), a saisi la Cour le 13 décembre 2000 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales («la Convention»).

2. Le requérant est représenté par la société civile professionnelle Arnaud Lyon-Caen, Françoise Fabiani, Frédéric Thiriez, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation. Le gouvernement français («le Gouvernement») est représenté par son agent, M<sup>me</sup> E. Belliard, directrice des affaires juridiques au ministère des Affaires étrangères.

3. Le gouvernement de l'Autriche, que la greffière avait informé de son droit d'intervenir (articles 36 § 1 de la Convention et 44 § 1 a) du règlement), a indiqué, par une lettre du 29 juin 2005, qu'il n'entendait pas se prévaloir de ce droit.

4. Le requérant alléguait qu'une atteinte avait été portée à son droit à la liberté d'expression au sens de l'article 10 de la Convention.

5. 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.

6. Les 1<sup>er</sup> novembre 2001 et 1<sup>er</sup> novembre 2004, la Cour a modifié la composition de ses sections (article 25 § 1 du règlement). La présente requête a été attribuée à la deuxième section ainsi remaniée (article 52 § 1).

7. Par une décision du 7 juin 2005, la chambre a déclaré la requête recevable.

8. Tant le requérant que le Gouvernement ont déposé des observations sur le fond de l'affaire (article 59 § 1 du règlement).

9. Par des lettres du 15 juin 2005 transmises par l'intermédiaire du greffe aux parties, la Cour a invité ces dernières à lui soumettre, si elles le souhaitaient, des informations et observations complémentaires. Elle a également invité le représentant du requérant à transmettre ses demandes de satisfaction équitable au titre de l'article 41 de la Convention dans un délai échéant le 9 septembre 2005.

10. Le 20 septembre 2005, sans qu'une demande de prorogation du délai imparti ne soit parvenue à la Cour, le requérant présenta des observations complémentaires et ses demandes de satisfaction équitable. Celles-ci ayant été déposées en dehors du délai imparti, le président de la chambre décida, en vertu de l'article 38 § 1 du règlement, de ne pas les verser au dossier.

## EN FAIT

### I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

#### A. La procédure

11. Le requérant est né en 1926 et réside à Paris. Il explique qu'il est journaliste, sociologue et historien. Il indique que, dans l'ensemble de ses œuvres, il s'efforce de défendre le rapprochement entre juifs et chrétiens.

12. Les faits de la cause, tels qu'ils ont été exposés par les parties, peuvent se résumer comme suit.

13. Dans le numéro du 4 janvier 1994, le journal *Le quotidien de Paris* fit paraître un article signé par le requérant et intitulé «L'obscurité de l'erreur» à propos de l'encyclique papale «Splendeur de la vérité» publiée fin 1993 («*Veritatis Splendor*»).

14. Par un acte du 18 mars 1994, l'association Alliance générale contre le racisme et pour le respect de l'identité française et chrétienne (AGRIF) fit citer directement devant le tribunal correctionnel de Paris M. P. Tesson, directeur de publication du journal, le requérant et la SARL *Le quotidien de Paris* respectivement en qualité d'auteur, de complice et de civilement responsable, pour y répondre du délit de diffamation raciale envers la communauté chrétienne, prévu et réprimé par l'article 32 alinéa 2 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, pour la publication de l'article précité, retenu plus spécialement en raison des passages suivants :

«L'Eglise catholique s'auto-institue seule détentrice de la vérité divine (...). Elle proclame fortement l'accomplissement de l'ancienne alliance dans la nouvelle, la supériorité de cette dernière (...)

(...) De nombreux chrétiens ont reconnu que l'anti-judaïsme scripturaire et la doctrine de «l'accomplissement» de l'ancienne par la nouvelle Alliance, conduisent à l'antisémitisme et ont formé le terrain où ont germé l'idée et l'accomplissement d'Auschwitz.»

15. Par un jugement rendu le 4 octobre 1994, le tribunal correctionnel rejeta les exceptions de nullité soulevées par le requérant et, notamment, renvoya l'affaire. Par un jugement rendu le 8 mars 1995, le tribunal correctionnel déclara constitué le délit de diffamation publique envers un groupe de personnes en raison de son appartenance à une religion, en l'espèce la communauté des chrétiens. Le directeur de publication et le requérant furent condamnés chacun à une peine de 6 000 francs français (FRF) d'amende.

16. Déclarant recevable la constitution de partie civile de l'AGRIF, le tribunal condamna solidairement le directeur de publication et le requérant à verser à cette association 1 FRF à titre de dommages et intérêts ainsi que 7 000 FRF par application de l'article 475-1 du code de procédure pénale. De plus, le tribunal ordonna la publication de sa décision, aux frais des prévenus, dans la limite de 10 000 FRF, dans un journal d'audience nationale. Dans son jugement, le tribunal releva notamment :

«Il est reproché à l'Eglise catholique, présentée comme détenant exclusivement et abusivement la vérité divine, de proclamer son attachement à la doctrine de l'accomplissement de l'ancienne alliance dans la nouvelle alliance, doctrine affirmée de nouveau dans l'encyclique «Splendeur de la vérité». Il est ajouté que l'antijudaïsme scripturaire et cette doctrine de l'accomplissement «conduisent à l'antisémitisme et ont formé le terrain où ont germé l'idée et l'accomplissement d'Auschwitz».

Ainsi, selon l'auteur du texte, non seulement l'idée, mais l'accomplissement même des massacres et des horreurs commis à Auschwitz, symbole des camps d'extermination nazis, se situent dans le prolongement direct de ce qui constitue l'un des fondements de la doctrine de la foi catholique, à savoir la doctrine de l'accomplissement de l'ancienne alliance dans la nouvelle, et engagerait donc directement la responsabilité des catholiques et d'une façon générale celle des chrétiens.

Une telle affirmation porte à l'évidence atteinte à l'honneur et à la considération des chrétiens et plus spécialement de la communauté catholique, et entre dans les prévisions de l'article 32 alinéa 2 de la loi du 29 juillet 1881.

(...) le lien de causalité entre l'appartenance à une religion et le fait imputé par le propos litigieux existe bien en l'espèce: c'est parce qu'ils appartiennent à une religion qui aurait manifesté un antisémitisme historique et parce qu'ils reconnaissent la valeur de l'encyclique du Pape et de la doctrine de l'accomplissement qui y est affirmée, qu'il est imputé aux chrétiens et aux catholiques d'avoir une part de responsabilité dans les massacres d'Auschwitz.

(...) Si le prévenu était en droit de dénoncer l'antisémitisme chrétien historique et de mettre en garde le lecteur contre toute nouvelle manifestation ou résurgence de ce sentiment, en rappelant que dans l'Histoire, les Eglises chrétiennes ont parfois accepté

et même encouragé l'idée de «l'enseignement du mépris» à l'égard du peuple juif, présenté comme le peuple déicide, rien ne l'autorisait pour autant, à l'occasion de la parution de la nouvelle encyclique du Pape réaffirmant la doctrine de «l'accomplissement», à utiliser des termes outranciers et, par le procédé de l'amalgame, à rendre responsable la communauté catholique des massacres nazis commis à Auschwitz.

En effet, les témoins entendus à l'audience au titre de la bonne foi et à la demande du prévenu, ont tous affirmé que le nazisme, doctrine raciste et biologique, était totalement étranger à l'antisémitisme historique des chrétiens et à la doctrine de «l'accomplissement» qui est la réalisation dans toute sa plénitude de la loi de l'ancienne alliance de Dieu avec son peuple dans la nouvelle alliance née du sacrifice du Christ.

Enfin, l'amalgame réalisé entre d'une part, l'antisémitisme chrétien et l'encyclique «Splendeur de la Vérité», que Monsieur Giniewski s'est d'ailleurs abstenu de commenter à l'audience, et d'autre part, la persécution des Juifs à Auschwitz, traduit une animosité personnelle du prévenu et un ressentiment à l'égard de la communauté chrétienne exclusifs de toute bonne foi, les propos poursuivis se situant bien au-delà de la discussion théorique et théologique.

A cet égard, le Tribunal relève l'emploi délibéré du même mot «accomplissement» pour désigner l'organisation des massacres d'Auschwitz et la doctrine réaffirmée par le Pape dans son encyclique.

Il résulte de l'ensemble de ces éléments que la preuve de la bonne foi du prévenu n'est pas rapportée.»

17. Le requérant interjeta appel. Par un arrêt rendu le 9 novembre 1995, la cour d'appel de Paris confirma, en tant qu'il concernait le requérant, le jugement rendu le 4 octobre 1994, et infirma le jugement rendu le 8 mars 1995. La cour d'appel relaxa le requérant des fins de la poursuite et débouta la partie civile de ses demandes à son encontre. Elle considéra notamment que :

«(...) dans son article, Paul Giniewski reproche en substance à l'Encyclique «Splendeur de la Vérité» de consacrer, parmi les principes théologiques, la doctrine de «l'accomplissement» de l'ancienne Alliance par la nouvelle, doctrine qui lui paraît comporter des ferments d'antisémitisme; que cette critique est exprimée sans ambiguïté dans l'avant-dernier alinéa de l'article (...)

(...) le sens du propos de Paul Giniewski peut se résumer ainsi: certains principes de la religion catholique teintés d'antisémitisme ont favorisé l'Holocauste;

(...) la cour est pleinement consciente des réactions que peut susciter un tel article au sein de la communauté catholique, même si l'auteur affirme traduire l'opinion de «nombreux chrétiens»;

(...) toutefois, (...) en critiquant de manière aussi vigoureuse l'Encyclique «Splendeur de la Vérité», Paul Giniewski soulève un débat à la fois théologique et historique sur la portée de certains principes religieux et sur les racines de l'Holocauste; que la thèse soutenue par cet auteur, parce qu'elle relève exclusivement du débat doctrinal, ne constitue pas, sur le plan juridique, un fait précis susceptible de caractériser une diffamation (...)



18. L'AGRIF se pourvut en cassation. Par un arrêt rendu le 28 avril 1998, la Cour de cassation cassa l'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris, «mais seulement en ses dispositions concernant l'action civile, toutes autres dispositions étant expressément maintenues». Elle renvoya la cause et les parties devant la cour d'appel d'Orléans. La Cour de cassation précisa :

«(...) qu'en statuant ainsi, alors que les propos incriminés imputaient à la communauté catholique une incitation à l'antisémitisme et la responsabilité des massacres commis à Auschwitz, la cour d'appel n'a pas donné une base légale à sa décision;

Que la cassation est encourue, mais seulement sur l'action civile (...)

19. Par un arrêt rendu le 14 décembre 1998, la cour d'appel d'Orléans, statuant sur les intérêts civils et faisant sienne l'analyse de la Cour de cassation, confirma les jugements des 4 octobre 1994 et 8 mars 1995 en ce qu'ils concernaient le requérant. La cour d'appel alloua à l'AGRIF une nouvelle indemnité de 10 000 FRF sur le fondement de l'article 475-1 du code de procédure pénale. Elle ordonna également la publication, dans un journal d'audience nationale au choix de la partie civile et aux frais du prévenu, dans la limite de 10 000 FRF, du communiqué suivant :

«Par arrêt du 14 décembre 1998, la cour d'appel d'Orléans a condamné Paul GINIEWSKI, journaliste, à verser à l'Alliance Générale contre le Racisme et pour le Respect de l'Identité Française et Chrétienne (AGRIF) 1 FRANC (1) à titre de dommages-intérêts après avoir constitué le délit de diffamation publique envers un groupe de personnes en raison de leur appartenance à une religion, en l'espèce la communauté des chrétiens pour avoir publié (...) un article intitulé «A propos de l'Encyclique «Splendeur de la vérité», l'obscurité de l'erreur.»

20. Dans son arrêt, la cour d'appel releva notamment :

«(...) c'est à tort que le prévenu dénie avoir reproché aux catholiques et plus généralement aux chrétiens d'être responsables des massacres nazis; qu'il importe peu en effet que cette responsabilité s'analyse à plus ou moins long terme compte tenu de l'emploi de l'expression «formé le terrain»;

Qu'après analyse des documents communiqués ni le Pape ni l'Eglise de France n'impliquent la responsabilité directe des catholiques dans l'extermination perpétrée à Auschwitz;

Qu'ainsi, en raison de leur appartenance religieuse, les chrétiens sont bien victimes du délit de diffamation;

(...) la virulence du ton général de l'article, le parallèle dans le passage retenu entre la «doctrine de l'accomplissement» et «l'accomplissement d'Auschwitz», l'emploi même de ce dernier vocable qui évoque à lui seul et le génocide et l'extermination des opposants au régime nazi excluent la bonne foi de l'auteur (...)

21. Le requérant se pourvut en cassation. Dans le cadre du moyen unique développé à l'appui de son pourvoi, il invoqua l'article 10 de la Convention et soutint que ses propos, objectifs et sincères, étaient

dénués de tout caractère inutilement polémique et malveillant, et n'avaient donc pas manqué aux exigences de la bonne foi.

22. Le 14 juin 2000, la Cour de cassation rejeta le pourvoi par un arrêt ainsi motivé :

« (...) les énonciations de l'arrêt attaqué et l'examen des pièces de procédure mettent la Cour de cassation en mesure de s'assurer que la cour d'appel, par des motifs exempts d'insuffisance et de contradiction, et répondant aux conclusions dont elle était saisie, a, après avoir analysé les circonstances particulières invoquées par le prévenu, exclu celui-ci du bénéfice du fait justificatif de bonne foi (...) »

## B. L'article

23. Le texte publié était le suivant :

« A propos de l'encyclique « Splendeur de la vérité »

L'obscurité de l'erreur...

La nouvelle encyclique de Jean-Paul II, « la Splendeur de la vérité », a pour sujet le fondement de la théologie morale selon l'enseignement catholique. Elle veut fournir au fidèle les réponses à la question posée par un jeune homme à Jésus dans une parabole du Nouveau Testament : « Que dois-je faire pour obtenir la vie éternelle ? »

Malheureusement, du point de vue des autres religions et du point de vue juif, le texte papal s'appuie sur deux ordres d'affirmations :

1. L'Eglise catholique s'auto-institue seule détentrice de la vérité divine et s'arroge le « devoir » de diffuser sa doctrine comme seule universelle.

2. Elle proclame fortement l'accomplissement de « l'ancienne » Alliance dans la nouvelle, la supériorité de cette dernière, doctrine qui prolonge « l'enseignement du mépris » des juifs, jadis dénoncée par Jules Isaac en tant que fondatrice de l'antisémitisme.

Selon Jean-Paul II, l'interprétation authentique de « la parole de Dieu, écrite et transmise, a été confiée au seul magistère vivant de l'Eglise », qui est, par conséquent, fondée à déclarer incompatibles telles affirmations théologiques, voire « philosophiques avec la vérité révélée ». C'est l'Eglise catholique qui posséderait « une lumière et une force capables de résoudre même les questions les plus discutées et les plus complexes ».

Les non-catholiques sont regardés avec condescendance : « Tout ce qui, chez eux, peut se trouver de bon et de vrai, l'Eglise le considère comme une préparation évangélique. »

Le dépassement du patrimoine religieux juif est affirmé avec la même arrogance.

La loi, que l'Eglise appelle « ancienne » n'est qu'une préfiguration de la perfection chrétienne. Le Décalogue de Moïse est « promesse et signe de l'Alliance nouvelle ». Jésus est le « nouveau Moïse ». La loi de Moïse n'est que « la figure de la vraie loi », « le prototype de la vérité ». Moïse est descendu du Sinaï portant « des tables de pierre » dans ses mains. Les apôtres ont apporté « l'esprit saint dans leurs cœurs ». La loi chrétienne est « écrite non avec de l'encre, non sur des tables de pierre, mais sur des tables de chair, sur les cœurs ». Les prescriptions données par Dieu dans l'ancienne Alliance sont « parvenues à leur perfection dans la nouvelle ».

Car la loi ancienne est inefficace. Elle a, certes, un rôle pédagogique. Mais la «justice» qu'elle exige, elle ne peut la donner à personne : seule la loi nouvelle confère la grâce, elle «ne se contente pas de dire ce qui doit se faire», mais elle donne aussi la force de «faire la vérité».

On retrouve là les idées déjà développées, en 1992, dans le volumineux «Catéchisme de l'Eglise catholique». Et comme dans ce regrettable catéchisme, quelques flèches sont également décochées, selon la tradition catholique, aux pharisiens. On demande aux fidèles une «grande vigilance», «afin de ne pas se laisser gagner par l'attitude pharisaïque», qui consiste, en notre temps, à adapter la norme morale aux capacités et intérêts de l'individu, c'est-à-dire à refuser le concept même de norme morale.

On doit se demander comment les catholiques, comment les autorités religieuses catholiques «encaisseraient» une agression juive équivalente contre la nouvelle Alliance.

On doit aussi se demander comment le pape polonais estime compatible son encyclique avec l'exhortation des «Dix points de Seelisberg», et avec l'exigence envisagée dans la première version du schéma sur les Juifs de Vatican II, demandant aux chrétiens de ne rien enseigner qui vilipende les juifs et leurs doctrines.

De nombreux chrétiens ont reconnu que l'anti-judaïsme scripturaire et la «doctrine de l'accomplissement» de l'ancienne par la nouvelle Alliance, conduisent à l'antisémitisme et ont formé le terrain où ont germé l'idée et l'accomplissement d'Auschwitz.

En 1993, on n'en tient aucun compte au Saint-Siège. Pour proclamer la splendeur de la vérité, on y persévère dans l'obscurité et l'erreur.»

### **C. Le contexte général**

24. Les propos du requérant s'inscrivent dans le cadre d'un débat d'idées récurrent, auquel participent historiens, théologiens et autorités religieuses. Les deux derniers papes eux-mêmes, Jean-Paul II et Benoît XVI, ainsi que les autorités de l'Eglise catholique, se sont exprimés sur la possibilité que la façon dont les juifs sont présentés par le Nouveau Testament ait contribué à créer une hostilité à leur égard. Il est fait référence en particulier à la «Déclaration de repentance de l'Eglise de France», du 30 septembre 1997, qui souligne la responsabilité historique de l'Eglise de France envers le peuple juif, au discours prononcé le 31 octobre 1997 par Jean-Paul II lors d'un colloque sur les «Racines de l'antijudaïsme en milieu chrétien», ou, plus récemment, à l'ouvrage «Le peuple juif et ses saintes écritures dans la Bible chrétienne», publié en 2001 par la Commission biblique pontificale sous la direction du cardinal Joseph Ratzinger; ce dernier, dans la préface, écrit notamment, à propos de la Shoah, que «ce qui doit résulter de ce qui s'est passé, c'est un nouveau respect pour l'interprétation juive de l'Ancien Testament».

## II. LE DROIT INTERNE PERTINENT

25. Les articles pertinents de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse disposent :

### Article 29

«Toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé est une diffamation. La publication directe ou par voie de reproduction de cette allégation ou de cette imputation est punissable, même si elle est faite sous forme dubitative ou si elle vise une personne ou un corps non expressément nommés, mais dont l'identification est rendue possible par les termes des discours, cris, menaces, écrits ou imprimés, placards ou affiches incriminés.

Toute expression outrageante, termes de mépris ou invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait est une injure.»

### Article 32

**(avant modification par l'ordonnance n° 2000-916 du 19 septembre 2000 art. 3 (JORF 22 septembre 2000 en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2002))**

«La diffamation commise envers les particuliers par l'un des moyens énoncés en l'article 23 sera punie d'une amende de 80 000 F.

La diffamation commise par les mêmes moyens envers une personne ou un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée sera punie d'un an d'emprisonnement et de 300 000 F d'amende ou de l'une de ces deux peines seulement.

En cas de condamnation pour l'un des faits prévus par l'alinéa précédent, le tribunal pourra en outre ordonner :

1° L'affichage ou la diffusion de la décision prononcée dans les conditions prévues par l'article 131-35 du code pénal.»

## EN DROIT

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

26. Le requérant allègue que sa condamnation, fondée sur les articles 29 et 32 alinéa 2 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, a entraîné une violation de l'article 10 de la Convention, ainsi libellé dans sa partie pertinente :

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

2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui

constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, (...) à la protection de la réputation ou des droits d'autrui (...)

## A. Thèses des parties

### 1. Le requérant

27. Le requérant estime que sa condamnation pour la publication de l'article litigieux constitue une ingérence illégitime dans son droit à la liberté d'expression. Il s'oppose à l'interprétation de son article telle qu'elle ressort des décisions des juridictions internes. Selon lui, le texte dénonçait l'attitude de l'Eglise catholique en tant qu'elle « s'auto-institue seule détentrice de la vérité divine ». Il a ensuite voulu démontrer que la doctrine de suprématie qui s'incarne à travers la primauté conférée à la nouvelle Alliance, parce qu'elle a pour corollaire la dévalorisation de l'ancienne Alliance passée entre Dieu et le peuple juif, a jeté l'opprobre sur ce dernier et a été le ferment de l'antisémitisme sans lequel il n'aurait pu y avoir Auschwitz. L'article litigieux n'affirme pas que la doctrine de l'Eglise catholique est intrinsèquement antisémite, mais que « l'antijudaïsme scripturaire » conduit à l'antisémitisme, ce qui est une nuance non négligeable. L'on ne saurait donc reprocher au requérant, sans opérer de raccourci relevant de la caricature et du simplisme, d'avoir imputé à l'Eglise catholique d'être responsable des crimes perpétrés à Auschwitz. Il ajoute que les juridictions internes auraient opéré une extrapolation systématique de ses propos en les étendant à l'ensemble de la chrétienté, alors qu'ils ne font état que de l'Eglise catholique.

28. Le requérant conteste ensuite l'affirmation selon laquelle, sous prétexte que l'article litigieux porte sur une question sensible d'ordre religieux, sa liberté d'expression peut être plus étroitement encadrée. Il estime que les circonstances de la présente affaire sont éloignées de celles analysées par la Cour dans les arrêts *Wingrove c. Royaume-Uni* (25 novembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-V) et *Otto-Preminger-Institut c. Autriche* (20 septembre 1994, série A n° 295-A). En l'espèce, il ne s'agit pas d'apprécier la forme de son article mais uniquement l'idée qu'il a exposée, sans animosité ni volonté de nuire. Il précise qu'en sa qualité d'historien et de journaliste émérite il entendait exclusivement contribuer à la réflexion sur la genèse de l'antisémitisme et de l'extermination des juifs et donc participer à une controverse d'intérêt général. S'il conçoit que sa thèse n'est pas partagée par tous, y compris par l'AGRIF, il pense cependant que son article a contribué à un débat essentiel. Conscient que son discours ait pu heurter ou choquer certains, il n'en considère pas moins qu'eu égard aux éléments ci-dessus il ne devait pas faire l'objet d'une condamnation, cette dernière n'étant pas « nécessaire dans une société démocratique ».

29. Enfin, la question du montant des sanctions pécuniaires n'est pas l'objet du présent débat qui porte fondamentalement sur une contestation du principe même de sa condamnation.

## 2. *Le Gouvernement*

30. Le Gouvernement ne conteste pas que la condamnation du requérant constitue une «ingérence» dans l'exercice de son droit à la liberté d'expression et que cette ingérence est «prévues par la loi», à savoir les articles 29 et 32 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

31. Le Gouvernement considère toutefois que le grief tiré de l'article 10 de la Convention est dénué de fondement.

32. Avant tout, l'ingérence précitée poursuivait un des buts légitimes prévus au paragraphe 2 de l'article 10 de la Convention, à savoir la protection de la réputation ou des droits d'autrui, la condamnation du requérant visant à protéger les chrétiens contre la diffamation.

33. Surtout, l'ingérence était, selon le Gouvernement, «nécessaire dans une société démocratique». En effet, la condamnation du requérant répondait aux critères de nécessité et de proportionnalité dégagés par la Cour dans sa jurisprudence, eu égard à la marge d'appréciation dont doivent bénéficier les autorités nationales en la matière.

34. A cet égard, le Gouvernement considère d'abord que les motifs sur lesquels se sont fondées les juridictions nationales sont «pertinents et suffisants», la condamnation du requérant ayant été prononcée à la suite d'une analyse approfondie et minutieuse des propos incriminés.

35. Quant au caractère proportionné de la condamnation par rapport au but légitime poursuivi, le Gouvernement expose que les propos du requérant visaient un groupe important de personnes, la communauté chrétienne, par le biais d'un journal à diffusion nationale, et revêtaient une particulière gravité. De plus, si le Gouvernement reconnaît le caractère en principe réduit de la marge d'appréciation des Etats en matière de liberté d'expression s'agissant de discours politiques ou de questions sérieuses d'intérêt général, il estime cependant que cette même marge d'appréciation peut s'avérer plus étendue en matière d'attaques contre des convictions religieuses (notamment *Wingrove*, précité). Il s'ensuit que le requérant aurait dû prendre davantage de précaution dans la rédaction de son article. Cela serait d'autant plus vrai que le passage incriminé ne constitue pas un jugement de valeur, mais évoque un fait dont la matérialité pouvait se prouver ou se réfuter. En effet, l'article affirme clairement la responsabilité de l'Eglise catholique, et donc de ceux qui y adhèrent, dans l'extermination des juifs par le régime nazi. Le requérant n'a donc pas exprimé une opinion mais a imputé un fait «à la charge» de la communauté chrétienne.

36. A titre subsidiaire, le Gouvernement estime que les propos du requérant, s'ils devaient être interprétés comme constituant un jugement de valeur, ont dépassé le stade de la participation, même polémique, à un débat historique, et représentent un amalgame calomnieux aboutissant à imputer à l'Église catholique une responsabilité dans l'un des plus grands crimes de l'Histoire.

37. Le Gouvernement souligne enfin le faible montant pécuniaire de la sanction prononcée à l'égard du requérant et conclut que les juridictions internes ont pris soin de ménager un juste équilibre entre la liberté d'expression, d'une part, et le respect des droits d'autrui, d'autre part.

## **B. Appréciation de la Cour**

38. La condamnation litigieuse s'analyse sans conteste en une «ingérence» dans l'exercice par le requérant de son droit à la liberté d'expression. Pareille immixtion enfreint la Convention si elle ne remplit pas les exigences du paragraphe 2 de l'article 10. Il y a donc lieu de déterminer si elle était «prévues par la loi», inspirée par un ou plusieurs des buts légitimes mentionnés audit paragraphe et «nécessaire, dans une société démocratique», pour les atteindre.

### *1. «Prévues par la loi»*

39. Les parties s'accordent à considérer que l'ingérence était «prévues par la loi», à savoir les articles 29 et 32 alinéa 2 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, tels qu'ils étaient libellés à l'époque des faits (paragraphe 25 ci-dessus). La Cour partage cette opinion.

### *2. But légitime*

40. La Cour relève que l'ingérence avait pour objectif la protection contre la diffamation d'un groupe de personnes à raison de leur appartenance à une religion déterminée, en l'espèce la communauté chrétienne. Ce but correspond à celui de la protection «de la réputation ou des droits d'autrui» au sens du paragraphe 2 de l'article 10 de la Convention. Il cadre aussi parfaitement avec l'objectif de protection de la liberté religieuse offerte par l'article 9 (voir, *mutatis mutandis*, *Wingrove*, précité, § 48).

41. Le point de savoir s'il y avait un réel besoin de protection de la communauté des chrétiens comme l'ont affirmé les juridictions internes et le Gouvernement, ou si, comme le soutient le requérant, l'article litigieux se limite à une critique de la seule Église catholique, et de l'encyclique papale «Splendeur de la vérité», relève de l'analyse des

motifs invoqués par les autorités nationales pour justifier l'ingérence et donc de la condition de «nécessité dans une société démocratique» examinée ci-dessous.

42. Par conséquent, l'ingérence contestée avait un but légitime au regard du paragraphe 2 de l'article 10 de la Convention.

3. «Nécessaire dans une société démocratique»

43. Ainsi que la Cour l'a déclaré à plusieurs reprises, la liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels de toute société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. Sous réserve du paragraphe 2 de l'article 10, elle vaut non seulement pour les «informations» ou «idées» accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent (*Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, § 49, série A n° 24). Ainsi que le reconnaît le paragraphe 2 de l'article 10, l'exercice de cette liberté comporte toutefois des devoirs et responsabilités. Parmi eux – dans le contexte des opinions et croyances religieuses – peut légitimement être comprise une obligation d'éviter des expressions qui sont gratuitement offensantes pour autrui et constituent donc une atteinte à ses droits et qui, dès lors, ne contribuent à aucune forme de débat public capable de favoriser le progrès dans les affaires du genre humain (voir, *mutatis mutandis*, les arrêts *Otto-Preminger-Institut*, précité, § 49, *Wingrove*, précité, § 52, et *Gündüz c. Turquie*, n° 35071/97, § 37, CEDH 2003-XI).

44. En examinant si les restrictions aux droits et libertés garantis par la Convention peuvent passer pour «nécessaires dans une société démocratique», la Cour a maintes fois déclaré que les Etats contractants jouissent d'une marge d'appréciation certaine mais pas illimitée (*Wingrove*, précité, § 53). Le manque d'une conception uniforme, parmi les pays européens, des exigences afférentes à la protection des droits d'autrui s'agissant des attaques contre des convictions religieuses, élargit la marge d'appréciation des Etats contractants, lorsqu'ils réglementent la liberté d'expression dans des domaines susceptibles d'offenser des convictions personnelles intimes relevant de la morale ou de la religion (*Otto-Preminger-Institut*, précité, § 50, *Wingrove*, précité, § 58, et *Murphy c. Irlande*, n° 44179/98, § 67, CEDH 2003-IX). C'est au demeurant à la Cour européenne de se prononcer en dernière analyse sur la compatibilité de la restriction avec la Convention et elle le fait en appréciant, dans les circonstances de la cause, notamment, si l'ingérence correspond à un «besoin social impérieux», si elle est «proportionnée au but légitime visé» (voir, *mutatis mutandis*, *Wingrove*, précité, § 53).

45. En l'espèce, la Cour note d'emblée, comme la cour d'appel de Paris, dont l'arrêt a été en partie cassé, que l'article du requérant



reproche en substance à l'encyclique «Splendeur de la vérité» de consacrer, parmi les principes théologiques, la doctrine dite de «l'accomplissement» de l'ancienne Alliance par la nouvelle, et la supériorité de cette dernière. Or, selon l'article litigieux, cette doctrine comporte des ferments d'antisémitisme qui ont favorisé la conception et l'accomplissement de l'Holocauste.

46. Selon les juridictions nationales, et notamment la cour d'appel d'Orléans, dont l'arrêt a été confirmé par la Cour de cassation, cela revient à reprocher «aux catholiques et plus généralement aux chrétiens d'être responsables des massacres nazis». Il s'ensuit, toujours selon la cour d'appel, qu'en raison de leur appartenance religieuse les chrétiens sont donc victimes du délit de diffamation.

47. La Cour ne saurait souscrire à cette thèse.

48. Elle observe d'abord que l'action en diffamation intentée contre le requérant a été formée par une association, l'Alliance générale contre le racisme et pour le respect de l'identité française et chrétienne. Il n'appartient pas à la Cour de se prononcer sur la représentativité de ce groupement, ni sur sa vocation à défendre l'Eglise catholique ou la chrétienté en général. Ce n'est pas non plus le rôle de la Cour, qui se substituerait aux juridictions nationales, d'apprécier si l'article en cause portait directement atteinte à l'association plaignante ou aux intérêts qu'elle entend défendre.

49. La Cour relève ensuite que, si l'article du requérant critiquait une encyclique papale et donc la position du pape, une telle analyse ne saurait être étendue à l'ensemble de la chrétienté qui, comme le rappelle le requérant, comporte divers courants différents, dont plusieurs rejettent l'autorité papale.

50. La Cour considère surtout que le requérant a voulu élaborer une thèse sur la portée d'un dogme et sur ses liens possibles avec les origines de l'Holocauste. Le requérant a ainsi apporté une contribution, par définition discutable, à un très vaste débat d'idées déjà engagé (paragraphe 24 ci-dessus), sans ouvrir une polémique gratuite ou éloignée de la réalité des réflexions contemporaines.

51. En envisageant les conséquences dommageables d'une doctrine, le texte litigieux participait donc à la réflexion sur les diverses causes possibles de l'extermination des juifs en Europe, question relevant incontestablement de l'intérêt général dans une société démocratique. Dans ce domaine, les restrictions à la liberté d'expression appellent une interprétation étroite. En effet, si en l'espèce la question soulevée concerne une doctrine défendue par l'Eglise catholique, et donc un sujet d'ordre religieux, l'analyse de l'article litigieux montre qu'il ne s'agit pas d'un texte comportant des attaques contre des convictions religieuses en tant que telles, mais d'une réflexion que le requérant a voulu exprimer en qualité de journaliste et historien. A cet égard, la Cour considère qu'il est

primordial dans une société démocratique que le débat engagé, relatif à l'origine de faits d'une particulière gravité constituant des crimes contre l'humanité, puisse se dérouler librement (voir, *mutatis mutandis*, *Lehideux et Isorni c. France*, 23 septembre 1998, §§ 54-55, *Recueil* 1998-VII). Elle a par ailleurs eu l'occasion de noter que «la recherche de la vérité historique fait partie intégrante de la liberté d'expression», et «qu'il ne lui revient pas d'arbitrer» une question historique de fond (*Chauvy et autres c. France*, n° 64915/01, § 69, CEDH 2004-VI).

52. Si, comme le requérant le reconnaît lui-même, le texte publié contient des conclusions et des formulations qui peuvent heurter, choquer ou même inquiéter certains, la Cour a affirmé à plusieurs reprises que de telles idées ne perdent pas, en tant que telles, le bénéfice de la liberté d'expression (voir, notamment, *De Haes et Gijssels c. Belgique*, 24 février 1997, § 46, *Recueil* 1997-I). L'article rédigé par le requérant n'a d'ailleurs aucun caractère «gratuitement offensant» (*Otto-Preminger-Institut*, précité, § 49), ni injurieux (voir, *a contrario*, l'arrêt *İ.A. c. Turquie*, n° 42571/98, § 29, CEDH 2005-VIII), et il n'incite ni à l'irrespect ni à la haine. En outre, il ne vient en aucune manière contester la réalité de faits historiques clairement établis (voir, *a contrario*, *Garaudy c. France* (déc.), n° 65831/01, CEDH 2003-IX).

53. Compte tenu de ce qui précède, les motifs avancés à l'appui de la condamnation du requérant ne suffisent pas pour convaincre la Cour que l'ingérence dans l'exercice du droit de l'intéressé à la liberté d'expression était «nécessaire dans une société démocratique»; en particulier, la condamnation de celui-ci du chef de diffamation publique envers la communauté des chrétiens ne répondait pas à un «besoin social impérieux».

54. Quant à la proportionnalité de l'ingérence litigieuse par rapport au but légitime poursuivi compte tenu des sanctions infligées, la Cour rappelle que la nature et la lourdeur des peines infligées sont des éléments à prendre en considération (voir, par exemple, *Pedersen et Baadsgaard c. Danemark* [GC], n° 49017/99, § 93, CEDH 2004-XI). 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 ou les auteurs de participer à la discussion de questions présentant un intérêt général légitime (voir, *mutatis mutandis*, *Jersild c. Danemark*, 23 septembre 1994, § 35, série A n° 298).

55. En l'espèce, le requérant a fait l'objet d'une relaxe pénale. Au civil, il a été condamné à payer 1 FRF de dommages et intérêts à l'association demanderesse, et surtout à la publication d'un communiqué à ses frais dans un journal d'audience nationale. Or, si en principe une telle publication n'apparaît pas comme une mesure par trop restrictive de la liberté d'expression (*Chauvy et autres*, précité, § 78), dans la présente affaire la mention de l'existence du délit de diffamation dans le

communiqué revêt un caractère dissuasif certain et la sanction ainsi infligée paraît disproportionnée, compte tenu de l'importance du débat auquel le requérant a voulu légitimement participer et sur l'intérêt duquel il est inutile de revenir (paragraphe 50-51 ci-dessus).

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

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

57. 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.»

58. La Cour note que le requérant n'a présenté, après la décision sur la recevabilité, aucune demande de satisfaction équitable dans le délai impart.

59. Selon sa jurisprudence constante (voir, notamment, *Andrea Corsi c. Italie*, n° 42210/98, 4 juillet 2002, *Andrea Corsi c. Italie* (révision), n° 42210/98, 2 octobre 2003, *Willekens c. Belgique*, n° 50859/99, 24 avril 2003, et *Mancini c. Italie*, n° 44955/98, CEDH 2001-IX), la Cour n'octroie aucune somme à titre de satisfaction équitable dès lors que les prétentions chiffrées et les justificatifs nécessaires n'ont pas été soumis dans le délai impart à cet effet par l'article 60 § 1 du règlement.

60. Dans ces circonstances, la Cour estime que le requérant n'a pas satisfait aux obligations qui lui incombaient aux termes de l'article 60 du règlement. Aucune demande de satisfaction équitable n'ayant été valablement formulée, la Cour considère qu'il n'y a pas lieu d'octroyer au requérant une indemnité à ce titre.

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

1. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 10 de la Convention;
2. *Dit* qu'il n'y a pas lieu d'appliquer l'article 41 de la Convention.

Fait en français, puis communiqué par écrit le 31 janvier 2006, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Sally Dollé  
Greffière

András Baka  
Président



GINIEWSKI v. FRANCE  
(*Application no. 64016/00*)

SECOND SECTION

JUDGMENT OF 31 JANUARY 2006<sup>1</sup>

---

1. Translation; original French.



SUMMARY<sup>1</sup>**Conviction of author for defamation of the Christian community****Article 10**

*Freedom of expression – Conviction of author for defamation of the Christian community – Protection of the reputation of others – Protection of the rights of others – Necessary in a democratic society – Criticism of the Pope’s position – Absence of attack on religious beliefs – Contribution to a debate of public interest – Debate on acts amounting to crimes against humanity – Nature and severity of the sentence – Obligation to publish a statement on the conviction*

\*  
\* \* \*

The applicant, a journalist, sociologist and historian, wrote an article in a daily newspaper on Pope John Paul II’s encyclical “The Splendour of Truth”. An association called the “General Alliance against Racism and for Respect for the French and Christian Identity” complained that the article defamed the Christian community. The courts allowed the civil claim lodged by the association, finding that some passages in the article undermined the honour and character of Christians and, more specifically, the Catholic community. The applicant was found guilty of publicly defaming a group of persons on the basis of their religion. He was ordered to pay the association one French franc in damages, and to publish a statement concerning his conviction in a national newspaper.

*Held*

Article 10: The interference was provided for by the 1881 Freedom of the Press Act and corresponded to the aim of protecting “the reputation or rights of others”. As to whether it had been necessary in a democratic society, the Court considered that the conviction had not corresponded to a “pressing social need”. Although the article by the applicant had criticised a papal encyclical and hence the Pope’s position, the analysis it contained could not be extended to Christianity as a whole, which was made up of various strands, several of which rejected Papal authority. The applicant had sought primarily to develop an argument about the scope of a particular doctrine and its possible links with the origins of the Holocaust. In so doing he had made a contribution, which by definition was open to discussion, to a wide-ranging and ongoing debate, without sparking off any controversy that was gratuitous or detached from the reality of contemporary thought. By considering the detrimental effects of a particular doctrine, the article in question had contributed to discussion of the various possible reasons behind the extermination of the Jews in Europe, a question of indisputable public interest in a democratic society. In such matters restrictions on freedom of expression were to

---

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

be strictly construed. Although the issue raised in the present case concerned a doctrine upheld by the Catholic Church, and hence a religious matter, an analysis of the article in question showed that it did not contain attacks on religious beliefs as such, but a view which the applicant had wished to express as a journalist and historian. It was essential in a democratic society that a debate on the causes of acts of particular gravity amounting to crimes against humanity should be able to take place freely. The article written by the applicant had, moreover, not been “gratuitously offensive” or insulting, and had not incited disrespect or hatred. Nor had it cast doubt in any way on clearly established historical facts. The applicant had been acquitted in criminal proceedings and had been ordered in civil proceedings, *inter alia*, to publish a statement in a national newspaper. In this instance, the fact that the statement which he had been required to publish had mentioned the criminal offence of defamation undoubtedly had a deterrent effect, and the sanction appeared disproportionate in view of the importance of the debate in which the applicant had legitimately sought to take part.

*Conclusion:* violation (unanimously).

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

*Handyside v. the United Kingdom*, 7 December 1976, Series A no. 24  
*Otto-Preminger-Institut v. Austria*, 20 September 1994, Series A no. 295-A  
*Jersild v. Denmark*, 23 September 1994, Series A no. 298  
*Wingrove v. the United Kingdom*, 25 November 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-V  
*De Haes and Gijssels v. Belgium*, 24 February 1997, *Reports* 1997-I  
*Lehideux and Isorni v. France*, 23 September 1998, *Reports* 1998-VII  
*Mancini v. Italy*, no. 44955/98, ECHR 2001-IX  
*Andrea Corsi v. Italy*, no. 42210/98, 4 July 2002  
*Willekens v. Belgium*, no. 50859/99, 24 April 2003  
*Garaudy v. France* (dec.), no. 65831/01, ECHR 2003-IX  
*Murphy v. Ireland*, no. 44179/98, ECHR 2003-IX  
*Andrea Corsi v. Italy* (revision), no. 42210/98, 2 October 2003  
*Gündüz v. Turkey*, no. 35071/97, ECHR 2003-XI  
*Chauvy and Others v. France*, no. 64915/01, ECHR 2004-VI  
*Pedersen and Baadsgaard v. Denmark* [GC], no. 49017/99, ECHR 2004-XI  
*İ.A. v. Turkey*, no. 42571/98, ECHR 2005-VIII



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

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

András Baka, *President*,  
Jean-Paul Costa,  
Rıza Türmen,  
Karel Jungwiert,  
Mindia Ugrekhelidze,  
Antonella Mularoni,  
Elisabet Fura-Sandström, *judges*,

and Sally Dollé, *Section Registrar*,

Having deliberated in private on 7 June 2005 and 10 January 2006,

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

**PROCEDURE**

1. The case originated in an application (no. 64016/00) against the French Republic lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by an Austrian national, Mr Paul Giniewski (“the applicant”), on 13 December 2000.

2. The applicant was represented by Arnaud Lyon-Caen, Françoise Fabiani, Frédéric Thiriez, a law firm authorised to practise in the *Conseil d’Etat* and the Court of Cassation. The French Government (“the Government”) were represented by their Agent, Mrs E. Belliard, Director of Legal Affairs at the Ministry of Foreign Affairs.

3. The Government of Austria, having been informed by the Registrar of their right to intervene (Article 36 § 1 of the Convention and Rule 44 § 1 (a) of the Rules of Court), indicated in a letter of 29 June 2005 that they did not intend to avail themselves of that right.

4. The applicant alleged that there had been a violation of his right to freedom of expression within the meaning of Article 10 of the Convention.

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

6. On 1 November 2001 and 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).

7. By a decision of 7 June 2005, the Chamber declared the application admissible.

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

9. By letters of 15 June 2005, transmitted through the Registry, the Court requested the parties to submit, if they so wished, supplementary information and observations. It also asked the applicant's representative to submit his claims for just satisfaction under Article 41 of the Convention by 9 September 2005.

10. On 20 September 2005, no request for an extension of the time allowed having been received by the Court, the applicant filed further observations and his claims for just satisfaction. As these had been filed outside the time-limit, the President of the Chamber decided, under Rule 38 § 1, not to include them in the case file.

## THE FACTS

### I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

#### A. The proceedings

11. The applicant was born in 1926 and lives in Paris. He explained that he sought in all of his work to promote a rapprochement between Jews and Christians.

12. The facts of the case, as submitted by the parties, may be summarised as follows.

13. In its issue of 4 January 1994, the newspaper *Le quotidien de Paris* published an article written by the applicant, entitled "The obscurity of error" concerning the papal encyclical "The Splendour of Truth" ("*Veritatis Splendor*"), which had been published at the end of 1993.

14. On 18 March 1994 the association General Alliance against Racism and for Respect for the French and Christian Identity (*Alliance générale contre le racisme et pour le respect de l'identité française et chrétienne* (AGRIF)) brought proceedings before the Paris Criminal Court against Mr P. Tesson, publishing director of the newspaper, the applicant and the newspaper *Le quotidien de Paris*, as author, accomplice and the entity civilly liable respectively, alleging that, through publication of the above-mentioned article, they had made racially defamatory statements against the Christian community, an offence punishable under section 32, second paragraph, of the Freedom of the Press Act of 29 July 1881. In particular, they referred to the following passages:

"The Catholic Church sets itself up as the sole keeper of divine truth ... It strongly proclaims the fulfilment of the Old Covenant in the New, and the superiority of the latter ...

... Many Christians have acknowledged that scriptural anti-Judaism and the doctrine of the 'fulfilment' [*accomplissement*] of the Old Covenant in the New led to anti-Semitism and prepared the ground in which the idea and implementation [*accomplissement*] of Auschwitz took seed."

15. By a judgment of 4 October 1994, the Criminal Court dismissed the objections of invalidity raised by the applicant and, *inter alia*, committed the case for trial. By a judgment of 8 March 1995, the Criminal Court found established the offence of publicly defaming a group of persons on the ground of membership of a religion, in this case the Christian community. The publishing director and the applicant were both ordered to pay a fine of 6,000 French francs (FRF).

16. The Criminal Court found the AGRIF's civil application admissible and ordered the publishing director and the applicant, jointly and severally, to pay the association one franc in damages and FRF 7,000 in application of Article 475-1 of the Code of Criminal Procedure. In addition, the court ordered that its decision be published, at the defendants' expense up to FRF 10,000, in a national newspaper. In its judgment, it stated, *inter alia*:

“The Catholic Church, which is described as holding, exclusively and in error, divine truth, is accused of proclaiming its attachment to the doctrine of the fulfilment of the Old Covenant in the New Covenant, a doctrine that was reaffirmed in the encyclical ‘The Splendour of Truth’. It is also stated that anti-Judaism in the Scriptures and this doctrine of fulfilment ‘led to anti-Semitism and prepared the ground in which the idea and implementation of Auschwitz took seed’.

Thus, according to the author of the text, not only the idea, but even the implementation of the massacres and horrors committed at Auschwitz, the symbol of the Nazi extermination camps, was a direct extension of one of the core doctrines of the Catholic faith, namely the doctrine of the fulfilment of the Old Covenant in the New, and thus directly engages the responsibility of Catholics and, more generally, Christians.

Such a statement clearly undermines the honour and character of Christians and, more specifically, the Catholic community, and is covered by the provisions of section 32, second paragraph, of the [Freedom of the Press Act] of 29 July 1881.

... the causal link between membership of a religion and the events imputed by the impugned remarks is certainly present in this case: it is because they adhere to a religion that has allegedly displayed anti-Semitism in its past and because they acknowledge the status of the papal encyclical and the doctrine of fulfilment asserted in it that Christians and Catholics are accused of bearing some responsibility for the Auschwitz massacres.

... Even if the defendant was entitled to condemn Christianity's historical anti-Semitism and to alert the reader to any new expression or resurgence of that sentiment, by pointing out that, historically, the various Christian churches have sometimes accepted or even encouraged the idea of ‘the teaching of contempt’ with regard to the Jewish people, who are described as decidual, he nevertheless had no right, when the new papal encyclical was published reaffirming the doctrine of ‘fulfilment’, to use extreme terms and, through a process of generalisation, to hold the Catholic community responsible for the Nazi massacres at Auschwitz.

The witnesses questioned at the hearing, at the defendant's request and in support of his allegation of good faith, all claimed that Nazism, a racist and biological doctrine, was totally unconnected to the historical anti-Semitism of Christians and the doctrine of

‘fulfilment’, which concerns the full realisation of the law of God’s old alliance with his people in the new alliance born of Christ’s sacrifice.

Finally, the confusion made between, on the one hand, Christian anti-Semitism and the encyclical ‘The Splendour of Truth’, which Mr Giniewski furthermore refrained from commenting on during the hearing, and, on the other hand, the persecution of the Jews in Auschwitz, reflects personal animosity on the part of the defendant and resentment towards the Christian community which lack good faith, since the disputed statements go well beyond theoretical and theological discussion.

In this regard, the Court notes the deliberate use of the same word ‘*accomplissement*’ to describe the organisation of the massacres in Auschwitz and the doctrine reaffirmed by the Pope in his encyclical.

It follows from these elements as a whole that proof of the defendant’s good faith has not been provided.”

17. The applicant appealed. In a judgment of 9 November 1995, the Paris Court of Appeal upheld, in so far as it concerned the applicant, the judgment of 4 October 1994 and overturned the judgment of 8 March 1995. The Court of Appeal acquitted the applicant and dismissed the civil party’s claims against him. In particular, it held that:

“... in his article, Paul Giniewski criticises the encyclical ‘The Splendour of Truth’ for, in essence, enshrining within the body of theological principles the doctrine of the ‘fulfilment’ of the Old Covenant in the New, a doctrine he considered to contain the seeds of anti-Semitism; this criticism is expressed unambiguously in the penultimate paragraph of the article ...;

... the contention in Paul Giniewski’s statements may be summarised as follows: certain principles of the Catholic religion are tainted with anti-Semitism and contributed to the Holocaust;

... the Court is fully aware of the reactions such an article could evoke within the Catholic community, even if the author claims to be reflecting the opinion of ‘many Christians’;

... nonetheless, ... in criticising the encyclical ‘The Splendour of Truth’ so strongly, Paul Giniewski opened a discussion that was both theological and historical on the scope of certain religious principles and on the origins of the Holocaust; given that it concerns exclusively doctrinal debate, the argument put forward by this author is not, as a matter of law, a specific fact that could amount to defamation ...”

18. The AGRIF appealed on points of law. In a judgment of 28 April 1998, the Court of Cassation quashed the judgment of the Paris Court of Appeal, “but only in so far as it concerned the civil action, all other provisions being expressly upheld”. It remitted the case to the Orléans Court of Appeal. The Court of Cassation stated:

“... by ruling in this way, although the impugned statements imputed incitement to anti-Semitism and responsibility for the massacres committed at Auschwitz to the Catholic community, the Court of Appeal did not give a legal basis to its decision;

The judgment falls to be quashed, but only in respect of the civil action ...”

19. In a judgment of 14 December 1998, the Orléans Court of Appeal, ruling on the civil claims and following the Court of Cassation's analysis, upheld the judgments of 4 October 1994 and 8 March 1995 in so far as they concerned the applicant. The Court of Appeal made a new award of FRF 10,000 to the AGRIF on the basis of Article 475-1 of the Code of Criminal Procedure. It also ordered that the following statement be published, at the defendant's expense, in a national newspaper of the civil party's choice:

"By a judgment of 14 December 1998, the Orléans Court of Appeal ordered Paul GINIEWSKI, journalist, to pay the General Alliance against Racism and for Respect for the French and Christian Identity (AGRIF) 1 FRANC (one) in damages, on the ground that he had committed the offence of public defamation against a group of persons on account of their membership of a religion, in the instant case the Christian community, through his publication of ... an article entitled 'As regards the Encyclical "The Splendour of Truth", The obscurity of error'".

20. In its judgment, the Court of Appeal noted, *inter alia*:

"... The defendant is wrong in denying that he accused Catholics and, more generally, Christians of being responsible for the Nazi massacres; it is of little importance that this responsibility is viewed in a more or less long-term perspective, given the use of the expression 'prepared the ground';

It emerges, after analysis of the documents submitted, that neither the Pope nor the [Catholic] Church of France alleges the direct responsibility of Catholics in the extermination at Auschwitz;

Thus, on account of their membership of a religion, Christians are indeed victims of the offence of defamation;

... the virulence of the article's general tone, the parallel made between the 'doctrine of fulfilment' and the 'implementation of Auschwitz' and even the use of this last word, which is sufficient in itself to evoke both genocide and the extermination of opponents of the Nazi regime, rule out the possibility of the author's good faith ..."

21. The applicant appealed on points of law. As part of the single argument set out in support of his appeal, he referred to Article 10 of the Convention and claimed that his objective and sincere statements had not been unnecessarily polemical and malicious and that they had not therefore failed to meet the requirements of good faith.

22. On 14 June 2000 the Court of Cassation dismissed the appeal on points of law on the following grounds:

"... the Court of Cassation is satisfied from the wording of the judgment appealed against and analysis of the evidence in the case file that the Court of Appeal, in ruling that the defendant was excluded from the benefit of a finding of good faith, relied on grounds which were sufficient and free of contradictions, answered the submissions made to it and analysed the particular circumstances relied on by the defendant ..."

## B. The article

### 23. The published article read:

“As regards the encyclical ‘The Splendour of Truth’

The obscurity of error...

John Paul II’s new encyclical, ‘The Splendour of Truth’, concerns the basis of moral theology from the perspective of Catholic teaching. It is intended to provide the faithful with answers to the questions put to Jesus by a young man in a New Testament parable: What good thing shall I do, that I may have eternal life?

Unfortunately, from the point of view of other religions and from the Jewish perspective, the Pope’s text is based on two types of assertion:

1. The Catholic Church sets itself up as the sole keeper of divine truth and assumes the ‘duty’ of disseminating its doctrine as the sole universal teaching.
2. It strongly proclaims the fulfilment of the Old Covenant in the New and the superiority of the latter, a doctrine which propagates ‘the teaching of contempt’ for the Jews, long since condemned by Jules Isaac as an element in the development of anti-Semitism.

According to John Paul II, ‘the task of authentically interpreting the word of God ... has been entrusted only to those charged with the Church’s living Magisterium’, which is consequently empowered to state that some theological and even philosophical affirmations are ‘incompatible with revealed truth’. The Catholic Church is said to possess ‘a light and a power capable of answering even the most controversial and complex questions’.

Non-Catholics are viewed with disdain: ‘... whatever goodness and truth is found in them is considered by the Church as a preparation for the Gospel.’

The passing away of Jewish religious tradition is asserted with the same arrogance.

The Law, which the Church labels ‘old’, merely prefigures Christian perfection. The Mosaic Decalogue is ‘a promise and sign of the New Covenant’. Jesus is the ‘new Moses’. The Law of Moses is only a ‘figure of the true law’, ‘an image of the truth’. Moses came down from Mount Sinai carrying ‘tablets of stone’ in his hands. The apostles carried ‘the Holy Spirit in their hearts’. Christian law is ‘written not with ink but with the Spirit of the living God, not on tablets of stone but on tablets of human hearts’. The prescriptions imparted by God in the Old Covenant ‘attained their perfection in the New’.

For the old law was incomplete. Admittedly, it had a pedagogical function. But it was unable to give the ‘righteousness’ it demanded: only the new law gives grace, it ‘is not content to say what must be done’, but also gives the power to ‘do what is true’.

We find here ideas which were already explored in the voluminous ‘Catechism of the Catholic Church’ of 1992. As in that unfortunate catechism, a few arrows are also fired, in line with Catholic tradition, at the Pharisees. The faithful are called to take ‘great care ... not to allow themselves to be tainted by the attitude of the Pharisee’, which, in our day, is expressed in adapting the moral norm to one’s own capacities and personal interests, that is, in rejecting the very idea of a moral norm.

One must wonder how Catholics and the Catholic religious authorities would ‘appreciate’ an equivalent Jewish attack on the New Covenant.

One must also wonder how the Polish pontiff reconciles his encyclical with the exhortation in the ‘Ten Points of Seelisberg’ and with the requirement envisaged in the first draft of the declaration on the Jews at Vatican II, calling on Christians not to teach anything that would vilify the Jews and their doctrine.

Many Christians have acknowledged that scriptural anti-Judaism and the doctrine of the ‘fulfilment’ [*accomplissement*] of the Old Covenant in the New led to anti-Semitism and prepared the ground in which the idea and implementation [*accomplissement*] of Auschwitz took seed.

No consideration is given to this by the Holy See in 1993. In proclaiming the splendour of truth, it perseveres in obscurity and error.”

### C. The general context

24. The applicant’s statements contribute to a recurrent debate of ideas between historians, theologians and religious authorities. The two most recent Popes, John Paul II and Benedict XVI, as well as the hierarchy of the Catholic Church, have discussed the possibility that the manner in which the Jews are presented in the New Testament contributed to creating hostility against them. In particular, reference is made to the “Declaration of Repentance of the Church of France” of 30 September 1997, which emphasises the Church of France’s historical responsibility towards the Jewish people; the speech given on 31 October 1997 by John Paul II during a colloquy on the “Roots of Anti-Judaism in the Christian Environment”; or, more recently, the book *The Jewish People and their Sacred Scriptures in the Christian Bible*, published in 2001 by the Pontifical Biblical Commission under the direction of Cardinal Joseph Ratzinger – in its preface, the latter writes with regard to the Shoah that “in the light of what has happened, what ought to emerge now is a new respect for the Jewish interpretation of the Old Testament”.

## II. RELEVANT DOMESTIC LAW

25. The relevant sections of the Freedom of the Press Act of 29 July 1881 provide as follows:

### Section 29

“It shall be defamatory to make any statement or allegation of a fact that damages the honour or reputation of the person or body of whom the fact is alleged. The direct publication or reproduction of such a statement or allegation shall be an offence, even if expressed in tentative terms or if made about a person or body not expressly named but identifiable by the terms of the impugned speeches, shouts, threats, written or printed matter, placards or posters.

It shall be an insult to use any abusive or contemptuous language or invective not containing an allegation of fact.”

**Section 32**

**(Prior to amendment by Order no. 2000-916 of 19 September 2000, Article 3  
(Official Gazette of 22 September 2000, in force from 1 January 2002))**

“Defamation of an individual by one of the means set forth in section 23 shall be punishable by a fine of FRF 80,000.

Defamation by the same means of a person or group of people on the ground of their origin or their membership or non-membership of a specific ethnic group, nation, race or religion shall be punishable by a term of imprisonment of one year and a fine of FRF 300,000 or one of those penalties only.

Where a conviction is secured for one of the offences listed in the preceding paragraph the court may also order:

1. the decision to be posted up or displayed in accordance with Article 131-35 of the Criminal Code.”

## THE LAW

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

26. The applicant alleged that his conviction under sections 29 and 32, second paragraph, of the Freedom of the Press Act of 29 July 1881 had given rise to a violation of Article 10 of the Convention, the relevant parts of which provide:

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

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

#### **A. The parties’ submissions**

##### *1. The applicant*

27. The applicant considered that his conviction for the publication of the impugned article amounted to an unlawful interference with his right to freedom of expression. He disagreed with the interpretation given to his article in the decisions of the domestic courts. In his view, the text criticised the attitude of the Catholic Church as the self-proclaimed “sole keeper of divine truth”. He had subsequently wished to demonstrate that the doctrine of supremacy expressed through the



primacy given to the New Covenant, in that its consequence had been the belittling of the Old Covenant passed between God and the Jewish people, had cast opprobrium on the latter group and had contained the seeds of the anti-Semitism without which Auschwitz could not have occurred. The impugned article did not claim that the Catholic Church's doctrine was intrinsically anti-Semitic, but that "scriptural anti-Judaism" had led to anti-Semitism, a not insignificant nuance. Short of resorting to a caricatured and simplistic summary, the applicant could not therefore be accused of having imputed responsibility for the crimes committed at Auschwitz to the Catholic Church. He added that the domestic courts had systematically extrapolated his statements to Christianity as a whole, even though they had referred only to the Catholic Church.

28. The applicant further challenged the claim that, since the impugned article concerned a sensitive religious matter, his freedom of expression could be subjected to stricter control. He considered that the circumstances of his case were different from those analysed by the Court in its judgments in *Wingrove v. the United Kingdom* (25 November 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-V) and *Otto-Preminger-Institut v. Austria* (20 September 1994, Series A no. 295-A). In the instant case, the issue was not one of assessing the form of his article but only the idea, which had been set out in it without animosity or a desire to harm. He stated that, in his capacity as a historian and experienced journalist, he had sought only to contribute to the discussion on the origins of anti-Semitism and the extermination of the Jews, and thus to take part in a public debate. While he accepted that his point of view was not shared by all, including the AGRIF, he nonetheless considered that his article had contributed to an essential debate. While he was aware that his text could have offended or shocked some readers, he nevertheless considered that, having regard to the factors outlined above, he should not have been convicted, as this had not been "necessary in a democratic society".

29. Finally, the matter of the pecuniary penalties was not the subject matter of these proceedings, which essentially concerned a dispute regarding the very principle of his conviction.

## 2. *The Government*

30. The Government did not deny that the applicant's conviction constituted an "interference" in the exercise of his right of freedom of expression, and that that interference was "prescribed by law", namely sections 29 and 32 of the Freedom of the Press Act of 29 July 1881.

31. Nonetheless, the Government considered that the complaint under Article 10 of the Convention was unfounded.

32. In the first place, the interference in question pursued one of the legitimate aims provided for in paragraph 2 of Article 10 of the Convention, namely the protection of the reputation or rights of others, in that the applicant's conviction was intended to protect Christians from defamation.

33. In particular, the Government submitted that the interference was "necessary in a democratic society". The applicant's conviction satisfied the criteria of necessity and proportionality which emerged from the Court's case-law, having regard to the margin of appreciation which was to be allowed to the national authorities in this matter.

34. In this connection, the Government considered, firstly, that the grounds on which the domestic courts had based their decisions had been "relevant and sufficient", since the applicant's conviction had been pronounced following a thorough and careful analysis of the disputed statements.

35. As to the proportionality of the conviction in relation to the legitimate aim pursued, the Government submitted that the applicant's statements had been directed against a large group of people, namely the Christian community, through a national newspaper, and were of a particularly serious nature. In addition, although the Government recognised that, in principle, the States' margin of appreciation was limited in cases concerning freedom of expression with regard to political speech or matters of serious public concern, they nevertheless considered that this same margin of appreciation could prove wider in relation to attacks on religious convictions (they referred, in particular, to *Wingrove*, cited above). It followed that the applicant should have taken greater care in wording his article. This was all the more so in that the impugned passage did not constitute a value judgment but referred to a fact, the truth of which could be proved or disproved. The article clearly affirmed the responsibility of the Catholic Church, and therefore of its members, in the extermination of the Jews by the Nazi regime. Thus, the applicant had not expressed an opinion but had "laid a charge" against the Christian community.

36. In the alternative, the Government considered that the applicant's statements, if they were to be construed as constituting a value judgment, had gone beyond the stage of participation, however controversial, in a historical debate, and represented a defamatory confusion, consisting in attributing to the Catholic Church part of the responsibility for one of the most heinous crimes in history.

37. Finally, the Government emphasised the limited pecuniary nature of the penalty imposed on the applicant and concluded that the domestic courts had been careful to strike a fair balance between, on the one hand, freedom of expression and, on the other, respect for the rights of others.

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

38. The impugned conviction undoubtedly amounted to an “interference” in the exercise of the applicant’s freedom of expression. Such an interference infringes the Convention if it does not satisfy the requirements of paragraph 2 of Article 10. It should therefore be determined whether it was “prescribed by law”, whether it pursued one or more of the legitimate aims set out in that paragraph and whether it was “necessary in a democratic society” to achieve those aims.

### *1. “Prescribed by law”*

39. It was common ground that the interference was “prescribed by law”, namely by sections 29 and 32, second paragraph, of the Freedom of the Press Act of 29 July 1881, as worded at the material time (see paragraph 25 above). The Court is of the same opinion.

### *2. Legitimate aim*

40. The Court notes that the aim of this interference was to protect a group of persons from defamation on account of their membership of a specific religion, in this case the Christian community. This aim corresponds to that of the protection of “the reputation or rights of others” within the meaning of paragraph 2 of Article 10 of the Convention. It is also fully consonant with the aim of the protections afforded by Article 9 to religious freedom (see, *mutatis mutandis*, *Wingrove*, cited above, § 48).

41. Whether or not there was a real need for protection of the Christian community, as asserted by the domestic courts and the Government, or whether, as the applicant argues, the impugned article is confined to criticism of the Catholic Church alone, and of the papal encyclical “The Splendour of Truth”, requires an analysis of the grounds relied on by the domestic authorities to justify the interference and therefore of the requirement that it be “necessary in a democratic society”, examined below.

42. Consequently, the contested interference pursued a legitimate aim in the light of paragraph 2 of Article 10 of the Convention.

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

43. As the Court has stated on many occasions, freedom of expression constitutes one of the essential foundations of a democratic society and one of the basic conditions for its progress and for each individual’s self-fulfilment. Subject to paragraph 2 of Article 10, it is applicable not only to “information” or “ideas” that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend,

shock or disturb (see *Handyside v. the United Kingdom*, 7 December 1976, § 49, Series A no. 24). As paragraph 2 of Article 10 recognises, however, the exercise of that freedom carries with it duties and responsibilities. Amongst them – in the context of religious opinions and beliefs – may legitimately be included an obligation to avoid as far as possible expressions that are gratuitously offensive to others and thus an infringement of their rights, and which therefore do not contribute to any form of public debate capable of furthering progress in human affairs (see, *mutatis mutandis*, *Otto-Preminger-Institut*, cited above, § 49; *Wingrove*, cited above, § 52; and *Gündüz v. Turkey*, no. 35071/97, § 37, ECHR 2003-XI).

44. In examining whether restrictions on the rights and freedoms guaranteed by the Convention can be considered “necessary in a democratic society”, the Court has consistently held that the Contracting States enjoy a certain but not unlimited margin of appreciation (see *Wingrove*, cited above, § 53). The absence of a uniform European conception of the requirements of the protection of the rights of others in relation to attacks on their religious convictions broadens the Contracting States’ margin of appreciation when regulating freedom of expression in relation to matters liable to offend intimate personal convictions within the sphere of morals or religion (see *Otto-Preminger-Institut*, cited above, § 50; *Wingrove*, cited above, § 58; and *Murphy v. Ireland*, no. 44179/98, § 67, ECHR 2003-IX). It is, in any event, for the European Court to give a final ruling on the restriction’s compatibility with the Convention and it will do so by assessing in the circumstances of a particular case, *inter alia*, whether the interference corresponded to a “pressing social need” and whether it was “proportionate to the legitimate aim pursued” (see, *mutatis mutandis*, *Wingrove*, cited above, § 53).

45. In the instant case, the Court notes at the outset, like the Paris Court of Appeal, whose judgment was partially quashed, that the applicant’s article essentially accuses the encyclical “The Splendour of Truth” of enshrining among theological principles the so-called doctrine of the “fulfilment” of the Old Covenant in the New, and the superiority of the latter. According to the impugned article, this doctrine contains the seeds of the anti-Semitism which fostered the idea and implementation of the Holocaust.

46. According to the domestic courts, especially the Orléans Court of Appeal, whose judgment was upheld by the Court of Cassation, this amounts to accusing “Catholics and, more generally, Christians of being responsible for the Nazi massacres”. It followed, again according to the Court of Appeal, that Christians were therefore victims of the offence of defamation on account of their religious beliefs.

47. The Court cannot accept these arguments.

48. It notes, firstly, that the action for defamation brought against the applicant was lodged by an association, the General Alliance against Racism and for Respect for the French and Christian Identity. It is not for the Court to comment on whether this group is representative, nor on its task of defending the Catholic Church or Christianity in general. Nor is it the role of the Court, short of taking the place of the domestic courts, to evaluate whether the article in question directly undermined the complainant association or the interests it seeks to defend.

49. The Court further observes that, although the applicant's article criticises a papal encyclical and hence the Pope's position, the analysis it contains cannot be extended to Christianity as a whole, which, as pointed out by the applicant, is made up of various strands, several of which reject papal authority.

50. The Court considers, in particular, that the applicant sought primarily to develop an argument about the scope of a specific doctrine and its possible links with the origins of the Holocaust. In so doing he had made a contribution, which by definition was open to discussion, to a wide-ranging and ongoing debate (see paragraph 24 above), without sparking off any controversy that was gratuitous or detached from the reality of contemporary thought.

51. By considering the detrimental effects of a particular doctrine, the article in question contributed to a discussion of the various possible reasons behind the extermination of the Jews in Europe, a question of indisputable public interest in a democratic society. In such matters, restrictions on freedom of expression are to be strictly construed. Although the issue raised in the present case concerns a doctrine upheld by the Catholic Church, and hence a religious matter, an analysis of the article in question shows that it does not contain attacks on religious beliefs as such, but a view which the applicant wishes to express as a journalist and historian. In that connection, the Court considers it essential in a democratic society that a debate on the causes of acts of particular gravity amounting to crimes against humanity should be able to take place freely (see, *mutatis mutandis*, *Lehideux and Isorni v. France*, 23 September 1998, §§ 54-55, *Reports* 1998-VII). Furthermore, it has already had occasion to note that "it is an integral part of freedom of expression to seek historical truth", and that "it is not its role to arbitrate" the underlying historical issues (see *Chauvy and Others v. France*, no. 64915/01, § 69, ECHR 2004-VI).

52. While the published text, as the applicant himself acknowledges, contains conclusions and phrases which may offend, shock or disturb some people, the Court has reiterated on several occasions that such views do not in themselves preclude the enjoyment of freedom of expression (see, in particular, *De Haes and Gijssels v. Belgium*, 24 February 1997, § 46, *Reports* 1997-I). Moreover, the article in question is not "gratuitously offensive"

(see *Otto-Preminger-Institut*, cited above, § 49), or insulting (contrast *I.A. v. Turkey*, no. 42571/98, § 29, ECHR 2005-VIII), and does not incite disrespect or hatred. Nor does it cast doubt in any way on clearly established historical facts (contrast *Garaudy v. France* (dec.), no. 65831/01, ECHR 2003-IX).

53. In these circumstances, the reasons given by the French courts in support of the applicant's conviction cannot be regarded as sufficient to convince the Court that the interference in the exercise of the applicant's right to freedom of expression was "necessary in a democratic society"; in particular, his conviction on a charge of public defamation towards the Christian community did not meet a "pressing social need".

54. As to the proportionality of the interference in issue to the legitimate aim pursued, the Court reiterates that the nature and severity of the penalties imposed are also factors to be taken into account (see, for example, *Pedersen and Baadsgaard v. Denmark* [GC], no. 49017/99, § 93, ECHR 2004-XI). The Court must also exercise caution when the measures taken or penalties imposed by the national authority are such as to dissuade the press from taking part in the discussion of matters of legitimate public interest (see, *mutatis mutandis*, *Jersild v. Denmark*, 23 September 1994, § 35, Series A no. 298).

55. In the instant case, the applicant was acquitted in the criminal proceedings. In the civil action, he was ordered to pay FRF 1 in damages to the complainant association and, in particular, to publish a notice of the ruling in a national newspaper at his own expense. While the publication of such a notice does not in principle appear to constitute an excessive restriction on freedom of expression (see *Chauvy and Others*, cited above, § 78), in the instant case the fact that it mentioned the criminal offence of defamation undoubtedly had a deterrent effect and the sanction thus imposed appears disproportionate in view of the importance and interest of the debate in which the applicant legitimately sought to take part (see paragraphs 50-51 above).

56. Consequently, there has been a violation of Article 10 of the Convention.

## II. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

57. Under Article 41 of the Convention,

"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."

58. The Court notes that the applicant did not submit any claim for just satisfaction within the time allowed after the decision on admissibility.

59. According to its settled case-law (see, in particular, *Andrea Corsi v. Italy*, no. 42210/98, 4 July 2002; *Andrea Corsi v. Italy* (revision), no. 42210/98, 2 October 2003; *Willekens v. Belgium*, no. 50859/99, 24 April 2003; and *Mancini v. Italy*, no. 44955/98, ECHR 2001-IX), the Court does not make any award by way of just satisfaction where quantified claims and the relevant documentation have not been submitted within the time-limit fixed for that purpose by Rule 60 § 1 of the Rules of Court.

60. In these circumstances, the Court considers that the applicant has failed to comply with his obligations under Rule 60. As no valid claim for just satisfaction has been submitted, the Court considers that no award should be made in this respect.

#### FOR THESE REASONS, THE COURT UNANIMOUSLY

1. *Holds* that there has been a violation of Article 10 of the Convention;
2. *Holds* that it is not necessary to apply Article 41 of the Convention.

Done in French, and notified in writing on 31 January 2006, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Sally Dollé  
Registrar

András Baka  
President





İÇYER v. TURKEY  
(Application no. 18888/02)

THIRD SECTION<sup>1</sup>

DECISION OF 12 JANUARY 2006<sup>2</sup>

---

1. Sitting as a Chamber composed of Boštjan M. Zupančič, *President*, John Hedigan, Lucius Caflisch, Rıza Türmen, Corneliu Bîrsan, Alvina Gyulumyan, Renate Jaeger, *judges*, and Vincent Berger, *Section Registrar*.

2. English original.



SUMMARY<sup>1</sup>**Introduction of new domestic remedy to tackle systemic problem of inadequate redress for internally displaced persons****Article 35 § 1**

*Exhaustion of domestic remedies – Effective domestic remedy – Introduction of new domestic remedy to tackle systemic problem of inadequate redress for internally displaced persons – Effectiveness – Substantial number of sample decisions demonstrating availability of remedy in practice – Adversarial proceedings – Compensation commissions not “tribunals” – Reference date for determination of remedies requiring exhaustion – Remedy introduced after the application had been lodged – Factors favouring departure from general rule – Measure introduced specifically to redress structural problem identified by the European Court*

\*  
\*   \*

The applicant claimed he had been forcibly evicted from his village in south-east Turkey by the security forces in 1994 and that all his property had been destroyed. He and his family moved to Istanbul. In 2002 he lodged an application with the Court complaining under Article 8 of the Convention and Article 1 of Protocol No. 1 of the authorities’ refusal to allow him to return to his home and land. In July 2004 new legislation in the form of the Law on compensation for losses resulting from terrorism and the fight against terrorism (“the Compensation Law”) was introduced to enable persons displaced as a result of terrorism or anti-terrorist activities to make a claim to a compensation commission in respect of any damage they had sustained. The Government argued that the applicant was required to make use of that domestic remedy.

*Held*

Article 35 § 1: It was noted at the outset that there was nothing to prevent the applicant from returning to his village and that the new legislation enabled anyone who had suffered damage as a result of terrorism or of measures taken to combat terrorism to claim compensation. A claim could be substantiated by means of any information or document. After determining the damage, the compensation commission would prepare a friendly-settlement declaration and make an offer to the claimant, who could either accept or reject it. In the latter eventuality, the claimant could seek a remedy in the ordinary courts. As regards the effectiveness of this remedy, it was noted that compensation commissions were operational in seventy-six provinces, including those at the epicentre of the internal displacement phenomenon, and that some 170,000 people had already made use of the remedy. A substantial number of examples of successful claims made under the Compensation Law had been furnished by the Government. Accordingly, the

---

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

remedy was available not only in theory but also in practice. Although the applicant had questioned the composition of the compensation commissions and the lack of adversarial proceedings, the Court found that the commissions did not assume the task of a “tribunal” but merely served to determine the damage and to make offers of a friendly-settlement, so there was no reason to call into question their effectiveness on this ground. Further, under the legislation, compensation could be claimed for damage to property, for a wide range of economic activities and, indirectly, for non-pecuniary damage. Although the assessment of whether domestic remedies have been exhausted was normally made with reference to the date the application was lodged, an exception could be made where justified by the circumstances. Several factors justified making an exception in the applicant’s case: the Compensation Law covered the type of damage suffered, it had been enacted in order to remedy at the domestic level Convention grievances such as those alleged by the applicant, and it afforded an accessible remedy with reasonable prospects of success. Moreover, the Court had in a previous case identified the problem of internally displaced persons as being a structural problem in Turkey and the measures needed to put an end to the problem had been indicated to the authorities. The authorities of the respondent State had since taken several measures, including the enactment of the Compensation Law, with a view to redressing the Convention grievances of those concerned. The Government could accordingly be deemed to have fulfilled their duty to review the systemic situation and to introduce an effective remedy. The applicant was therefore required by Article 35 § 1 of the Convention to lodge a claim under the Compensation Law for compensation for the damage he had sustained: non-exhaustion of domestic remedies.

### Case-law cited by the Court

- Akdivar and Others v. Turkey*, 16 September 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-IV  
*Menteş and Others v. Turkey*, 28 November 1997, *Reports* 1997-VIII  
*Kudła v. Poland* [GC], no. 30210/96, ECHR 2000-XI  
*Baumann v. France*, no. 33592/96, 22 May 2001  
*Brusco v. Italy* (dec.), no. 69789/01, ECHR 2001-IX  
*Nogolica v. Croatia* (dec.), no. 77784/01, ECHR 2002-VIII  
*Andrášik and Others v. Slovakia* (dec.), nos. 57984/00, 60226/00, 60237/00, 60242/00, 60679/00, 60680/00 and 68563/01, ECHR 2002-IX  
*Broniowski v. Poland* [GC], no. 31443/96, ECHR 2004-V  
*Doğan and Others v. Turkey*, nos. 8803-8811/02, 8813/02 and 8815-8819/02, ECHR 2004-VI  
*Xenides-Arestis v. Turkey*, no. 46347/99, 2 September 2004  
*Charzyński v. Poland* (dec.), no. 15212/03, ECHR 2005-V  
*Tadeusz Michalak v. Poland* (dec.), no. 24549/03, 1 March 2005  
*Broniowski v. Poland* (friendly settlement) [GC], no. 31443/96, ECHR 2005-IX

...

## THE FACTS

1. The applicant, Mr Aydın İçyer, is a Turkish national who was born in 1946 and lives in Istanbul. He is represented before the Court by Mr M. A. Kırdök and Mr Ö. Kılıç, lawyers practising in Istanbul.

### A. The circumstances of the case

2. The facts of the case, as submitted by the parties, may be summarised as follows.

#### *1. The applicant's version of the facts*

3. Until October 1994 the applicant lived in Eğrikavak, a village of the Ovacık district in Tunceli, where he owns property.

4. On 3 October 1994 the inhabitants of Eğrikavak were forcibly evicted from their village by the security forces on account of the disturbances in the region. The security forces also destroyed the applicant's property. The applicant and his family then moved to Istanbul.

5. On 4 October 1994 the applicant lodged a petition with the public prosecutor's office in Ovacık, complaining that his house had been burned down by the security forces on 3 October 1994.

6. On 9 December 1994 the Ovacık public prosecutor declined jurisdiction and sent the case file to the office of the Administrative Council in Ovacık, in accordance with Article 4 (b) of Decree no. 285 and the Law on the prosecution of civil servants (*Memurin Muhakematı Kanunu*).

7. On 25 October 1995 the Administrative Council sent a letter to the applicant stating that there would be no investigation into his allegations, as the perpetrators of the acts complained of could not be identified. With reference to a letter from the Ovacık district gendarmerie command of 1 November 1994, the Administrative Council also noted that no houses had been burned down by the security forces in the region.

8. On 26 October 2001 the applicant filed petitions with the governor's office in Tunceli and the district governor's office in Ovacık, requesting permission to return to his village.

9. On 31 October 2001 the state of emergency office attached to the Ovacık district governor's office stated the following in response to the petition submitted by the applicant:

"Your petition requesting permission to return to your village has been received by the district governor's office and will be considered under the 'Return to Village and Rehabilitation Project'."

## 2. *The Government's version of the facts*

10. The applicant was a resident of Eğrikavak village. The official records indicated that the inhabitants of Eğrikavak had evacuated their village on account of intense terrorist activities in the region and threats issued by the PKK (Workers' Party of Kurdistan) terrorist organisation against the villagers. The security forces had not forced the applicant or his fellow villagers to leave their village.

11. Currently there was no obstacle preventing villagers from returning to their homes. Persons who had left their village as a result of terrorism had already started returning and resuming their activities there, as demonstrated by the fact that 110 petitioners to the Diyarbakır Compensation Commission had indicated that their current address was in their respective villages (see paragraph 43 below).

12. On 14 July 2004 the Law on compensation for losses resulting from terrorism and the fight against terrorism was passed by the Grand National Assembly and came into force on 27 July 2004. That Law provided a sufficient remedy for redressing the Convention grievances of persons who were denied access to their possessions in their villages.

13. To that end, damage assessment and compensation commissions were set up in seventy-six provinces. Persons who had sustained damage as a result of terrorism or of measures taken by the authorities to combat terrorism could lodge a compensation claim with the relevant commission.

14. The number of persons applying to these commissions had already reached approximately 170,000. A further 800 persons, whose applications were pending before the Court, had also applied to the compensation commissions (see paragraph 43 below). Many villagers had already been awarded compensation for the damage they had sustained (see paragraphs 28-40 below).

## **B. Documents submitted by the parties**

### 1. *The documents submitted by the applicant*

**(a) List of household goods and animals owned by the applicant, undersigned by the latter and the village headman (*muhtar*), dated 9 August 2001**

15. According to this document, at the time of the burning down of his house and the eviction of the inhabitants from Eğrikavak, the applicant owned three hundred sheep, one hundred goats, one horse, six hundred trees, one TV set, one refrigerator, one bed and fifty kitchen utensils.

**(b) Photocopy of the relevant page of the village land registrar, signed by the muhtar**

16. It appears from this document that the applicant owns five plots of land in Eğrikavak.

**(c) Report of 14 January 1998 of the Grand National Assembly's commission of inquiry on the measures to be taken to address the problems of the persons displaced following the evacuation of settlement units in east and south-east Anatolia**

17. This report was prepared by a commission of inquiry composed of ten members of parliament. According to the report, in 1993 and 1994 the inhabitants of 905 villages and 2,523 hamlets were evicted and forced to move to other regions of the country. The number of people evicted from 183 villages and 823 hamlets in the province of Tunceli, which includes the village of Eğrikavak, was estimated at around 40,933. A detailed account of this report can be found in the Court's judgment in *Doğan and Others v. Turkey* (nos. 8803-8811/02, 8813/02 and 8815-8819/02, §§ 31-35, ECHR 2004-VI).

**(d) Interim Resolution ResDH(2002)98 of the Committee of Ministers of the Council of Europe on action of the security forces in Turkey**

18. This resolution gives a detailed account of the abuses by members of the Turkish security forces and urges the Turkish government to take the necessary administrative, judicial and legislative measures to halt human rights violations (see *Doğan and Others*, cited above, § 36).

**(e) Report on internal displacement in Turkey prepared by the Turkish Economic and Social Studies Foundation (*Türkiye Ekonomik ve Sosyal Araştırmalar Vakfı* – “the TESEV”), released on 28 October 2005**

19. This report (“the TESEV report”) was prepared by a working and monitoring group composed of five scholars and experts commissioned by the TESEV. It contains the findings of the working and monitoring group subsequent to field researches conducted in Diyarbakır, Batman, Hakkâri and Istanbul. The TESEV report examines the problems arising from the implementation of Law no. 5233 on compensation for losses resulting from terrorism and the fight against terrorism. It also aims to make policy proposals to the government, national and international bodies and NGOs.

20. According to the TESEV report, there are serious problems concerning the return of internally displaced persons (“IDPs”) to their villages. Firstly, IDPs are unable to fund their travel and removal expenses back to their villages from the cities. Secondly, the infrastructure of the villages is not in good shape. Most villages have no

electricity, water, mains or health services. Thirdly, IDPs are still worried about insufficient security in their former places of residence on account of intimidation by the PKK, military operations and clashes, or possible pressure exerted on them by the State authorities to agree to become village guards. Finally, non-governmental organisations point to the presence of land mines which cause the death or injury of people living in the region.

21. The TESEV report welcomes the enactment of Law no. 5233 and considers it a positive step towards redressing the human rights violations caused by the forced displacements. However, it is unclear whether persons who left the country can benefit from the Law in question. It would appear that the majority of IDPs misconceive the rights contained in the Law. Although Law no. 5233 provides a remedy in cases of death or injury, most IDPs consider that the Law is confined to cases of forced evacuation from villages. Furthermore, since Law no. 5233 includes the term “terrorism” in its title, IDPs generally think that they might be considered terrorists if they lodged an application under the Law and complained about the State. Some IDPs think that the remedy envisaged by the Law falls far short of meeting their needs since it does not offer sufficient compensation and there is no possibility of bringing the perpetrators of unlawful acts to justice. Moreover, Law no. 5233 does not contain a right to compensation for non-pecuniary damage. IDPs therefore prefer to lodge an application with the European Court of Human Rights.

22. As regards the implementation of Law no. 5233, there are three major problems. Firstly, the members of the compensation commissions have a very limited margin of appreciation in rendering decisions. Secondly, even if they act in good faith, the members of the compensation commissions, who are civil servants, are unwilling to take any risks and therefore expect the government to demonstrate a clear political will in implementing the Law. Thirdly, some of the commission members seem to be prejudiced against IDPs, seeing them as opportunists and/or PKK sympathisers who want to take advantage of the Law.

23. The fact that the burden of proof was on the victims to prove their claims used to be a major problem. However, since the adoption of decision no. 9239 by the Council of Ministers on 15 September 2005, claimants can substantiate their allegations by means of any information or document.

24. Concerning the composition of the compensation commissions, it was noted that the majority of their members are civil servants. Accordingly, in the eyes of the victims there are doubts about their independence and impartiality.

25. It was recommended that the Law should stay in force for another year so that justice could be done and the process of redress achieve its aim.



26. Consequently, the TESEV report makes a number of other recommendations with a view to tackling the problems of IDPs and to establishing peace and security in south-east Turkey.

**(f) Other documents**

27. The documents listed below concern the inability of the administrative and judicial authorities to visit or to conduct on-site inspections in the villages of Ovacık on account of the lack of security in the area:

- (i) letter of 18 October 1994 from the judge of the Ovacık Court of First Instance to the Ovacık district governor;
- (ii) letter of 25 October 1994 from the director of the Tunceli Land Registry to the Ovacık Court of First Instance;
- (iii) letter of 6 November 1994 from the Ovacık district gendarmerie commander to the Ovacık district governor;
- (iv) petition of 18 October 1994 filed by a resident of the village of Yazıören with the Ovacık Court of First Instance;
- (v) letter of 22 November 1994 from the Tunceli governor to the Ovacık Court of First Instance;
- (vi) supplementary decision of 22 November 1994 issued by the Ovacık Court of First Instance.

*2. The documents submitted by the Government*

**(a) Decisions pertaining to the implementation of the Law on compensation for losses resulting from terrorism and the fight against terrorism**

28. The Government claimed that the damage assessment and compensation commissions (“the compensation commissions”) established to provide an effective domestic remedy for the grievances of persons who were affected either by terrorism or the acts of the security forces in combating terrorism were fully operational. In this connection, they furnished the Court with copies of decisions and declarations issued by these bodies with a view to demonstrating the effectiveness of the new remedy provided by the Law on compensation for losses resulting from terrorism and the fight against terrorism.

*(i) Decisions concerning awards of compensation to persons who could not gain access to their possessions*

29. The Government submitted copies of 440 decisions issued by the compensation commissions set up in Tunceli and Diyarbakır. These decisions exclusively concern awards of compensation to persons who had sustained damage as a result of their inability to gain access to their homes and land in villages in the Tunceli and Diyarbakır provinces.

30. In a decision of 29 September 2005, the Tunceli Compensation Commission awarded compensation to twenty-four persons. For example, in the case of Cafer Biçici (application no. 6607), the compensation commission found that the claimant had been unable to gain access to his possessions in the village of Boydaş of the Hozat district in Tunceli for seven years between 1994 and 2001. Relying on expert opinions, the compensation commission considered that the claimant should be awarded 5,404 new Turkish liras (TRY) for damage caused to his immovable property, TRY 1,100 for his poplar trees, TRY 1,060 for his land and fruit trees and TRY 7,420 for deprivation of income from agriculture for seven years ( $7 \times 1,060 = 7,420$ ). Thus, the compensation commission decided to award the claimant a total amount of TRY 14,000 (approximately 8,725 euros (EUR)) to compensate the damage sustained.

31. In the case of Hüseyin Biçici (application no. 10436), the compensation commission awarded the claimant TRY 26,600 (approximately EUR 16,580) for the damage he had sustained on account of his inability to gain access to his possessions in Boydaş. On the basis of the expert opinions and investigations, the compensation commission found that the claimant had sustained damage in the amounts of TRY 7,720 for his immovable property (house, barn, etc.) and TRY 18,900 for deprivation of income from agriculture for seven years between 1994 and 2001 ( $7 \times 2,700 = 18,900$ ). Likewise, in the case of Hüsnü Özkay (decision no. 2005/4-564 of 9 September 2005), the Diyarbakır Compensation Commission awarded the claimant TRY 27,520 (approximately EUR 23,000) for the damage he had sustained as a result of his inability to return to his village since 1993. This amount consisted of compensation of TRY 15,269 for the destruction of Mr Özkay's house, TRY 8,950 for his barn, TRY 7,700 for his inability to cultivate his land, and TRY 5,250 for his vineyard. The compensation commission issued similar decisions with similar conclusions in respect of the applications of twenty-two other claimants. It sent the claimants friendly-settlement declarations specifying the amounts to be paid.

32. By a decision of 1 August 2005, the Diyarbakır Compensation Commission no. 4 decided to award TRY 50,246 (approximately EUR 31,365) to Mustafa Narin, who had been unable to gain access to his possessions since 1993 in the village of Şaklat of the Kocaköy district in Diyarbakır province. Subsequent to the determination of the damage and the decision to award the aforementioned amount, the compensation commission sent the claimant a friendly-settlement declaration. The Diyarbakır Compensation Commission issued similar decisions with similar conclusions in respect of 415 other applications lodged by persons who had sustained damage as a result of their inability to gain access to their possessions in villages in Diyarbakır province.

(ii) *Decisions concerning awards of compensation to persons who had sustained damage to property*

33. The Government also submitted a number of decisions issued by the Şırnak, Diyarbakır, Batman and Hakkâri Compensation Commissions. These decisions concern the award of compensation to persons who had sustained damage to their property as a result of terrorist acts.

34. In a decision of 14 June 2005, the Şırnak Compensation Commission decided to award TRY 8,000 (approximately EUR 5,000) to Kemal Ecer, whose house in the village of Oymakaya of the Beytüşşebap district in Şırnak province had been burned down by a group of terrorists.

35. In an application lodged by Abdullah Salman, Mehmet Salman and İsmail Tekin, the Diyarbakır Compensation Commission decided to award TRY 1,692 (approximately EUR 1,056) to the claimants on account of the damage caused to their fruit trees in the course of an anti-terrorist operation by the security forces in Diyarbakır.

36. As regards the application lodged by Adil Erdoğan, the Bitlis Compensation Commission decided to award TRY 466.88 (approximately EUR 300) for the death of the claimant's cow during a clash between the village guards and PKK terrorists in the village of Kavakdibi in Bitlis province.

37. By a decision of 20 June 2005, the Diyarbakır Compensation Commission decided to award TRY 25,000 (approximately EUR 15,600) to İ. Burhan Aslan on account of the burning down of his tractor by members of the PKK in the village of Ağıllı of the Bismil district in Diyarbakır province.

(iii) *Decisions concerning awards of compensation for death or injury*

38. The compensation commissions also issued a number of decisions awarding compensation to persons who were injured or whose relatives were killed during terrorist incidents.

39. For example, in a decision of 20 June 2005, the Tunceli Compensation Commission decided to award compensation to Hasan Dalkılıç, Mevlüt Cantürk, Sinan Yıldırım, Dilber Karik Dal, Hıdır Yadigaroğulları and Ali Kes on account of the killing of their relatives during terrorist incidents. The compensation commission awarded a fixed amount of TRY 14,035 (approximately EUR 8,760) to each of the claimants. They all signed the friendly-settlement declarations sent by the compensation commission.

40. On 8 June 2005 the Tunceli Compensation Commission decided to award TRY 1,294.95 to İsmail Baştimur on account of the injuries he had suffered as a result of the explosion of a mine. It also awarded TRY 8,421 to Alişan Bulut, who was injured and became disabled as a result of a terrorist attack.

**(b) Decisions of the Supreme Administrative Court (*Danıştay*)**

41. The Government submitted a copy of three judgments given by the Supreme Administrative Court. In an appeal lodged with the latter court (decision no. 2000/5120, file no. 1999/2162, 11 October 2000) against the judgment of the Erzurum Administrative Court, the appellant, Mr Ömer Akakuş, alleged that he had left his village in the province of Ağrı on account of terrorist incidents and of the lack of security and that he had sustained damage because he had not been able to use his property since 1993. The Supreme Administrative Court found for the appellant and set aside the first-instance court's judgment, noting that the appellant had left his village owing to terrorist incidents and not at the request or on the instructions of the authorities. On that account, it considered that, even if the damage sustained by the appellant could not be ascribed to the authorities and although there was no "causal link", the authorities were liable since they had failed to prevent terrorist incidents and maintain security.

42. The Supreme Administrative Court delivered judgments with similar conclusions in the cases of Muammer and Burhan Gürtürk (decisions nos. 2001/4431-35, files nos. 2000/4372 and 2000/4997, 5 December 2001).

**(c) List of persons who lodged an application with the Court and the Diyarbakır Compensation Commission**

43. According to this list, 800 persons, whose applications are pending before the Court, have also applied to the Diyarbakır Compensation Commission and claimed compensation for the damage they incurred as a result of their inability to gain access to their possessions in their villages. In their petitions to the commission, 110 persons, whose names appear on this list, indicated their address as being in their village.

**C. Relevant domestic law and practice**

*1. Law no. 5233 of 27 July 2004*

44. On 14 July 2004 Law no. 5233, entitled "Law on compensation for losses resulting from terrorism and the fight against terrorism" ("the Compensation Law"), was passed by the Grand National Assembly and came into force on 27 July 2004. On 28 December 2005 the Grand National Assembly enacted Law no. 5442 and amended several provisions of the Compensation Law. This Law lays down the principles and procedure for compensating damage sustained by persons as a result of terrorist acts or of measures taken by the authorities to combat terrorism. In particular, it aims to indemnify the material damage

sustained by natural or legal persons who have migrated or have been displaced due to terrorism or anti-terrorist activities. It also aims to compensate partially the damage sustained by civil servants who cannot be considered as part of the internally displaced population or migrants, but who have been affected by terrorism or by anti-terrorist activities carried out by the security forces.

45. Section 7 of the Compensation Law reads:

“The kinds of damage to be compensated by this Law, through friendly settlement, are as follows:

(a) all types of damage caused to livestock, trees, agricultural products and any movable or immovable property;

(b) damage resulting from injury, physical disability and death and expenditure incurred for medical treatment and funeral expenses;

(c) material damage sustained by those who could not gain access to their property because of the acts carried out within the context of the fight against terrorism.”

46. The damage incurred and the compensation payable under section 7 are determined by damage assessment and compensation commissions (“compensation commissions”). In this connection section 4 provides:

“Damage assessment and compensation commissions shall be established in provinces within a period of ten days from receipt of applications made under this Law.

The commission shall be composed of a chairman and six members. The chairman of the commission shall be the deputy governor designated by the governor; and the members shall be appointed by the governor from among the public employees working in that particular province and shall be experts on finance, public works and housing, agriculture and rural affairs, health, industry and commerce; and a lawyer appointed from among Bar members by the relevant Bar association.

The commission must be quorate when it convenes and its decisions shall be taken by an absolute majority of the number of participants at the meeting. The working principles and procedures of the commission shall be laid down by a regulation.”

47. In accordance with section 5, the compensation commissions’ duties mainly involve the determination of the damage sustained by claimants and the preparation of friendly-settlement declarations (*sulhname*) for payment of compensation in cash or in kind. In this respect prior aid received from public funds is deducted from the amount to be paid to the claimants. In case of disagreement about the terms of the friendly-settlement declaration, the compensation commission prepares a protocol of non-agreement to be sent to the complainant.

48. Under section 6, anyone who has incurred damage as a result of terrorism or of measures taken by the authorities to combat terrorism can lodge an application for compensation with the relevant commission.

The application must be lodged within sixty days of the date on which knowledge was obtained of the incident causing damage and, in any event, within one year of the impugned incident. The compensation commission must reach a decision within a maximum period of six months after the application is lodged. Where necessary, this period can be extended by the governor for another three months.

49. Under section 8, in determining the compensation payable, the compensation commissions will take into account the damage declared by the claimants, the information to be provided by the legal, administrative and military authorities, the circumstances of the incident causing the damage and, if applicable, the negligence of the claimants. In accordance with an amendment introduced by the Council of Ministers on 15 September 2005, the claimants can substantiate their allegations by means of any information or document. The commissions determine the amount of compensation on the basis of equity and current economic conditions. An expert opinion can also be obtained with a view to determining whether compensation should be awarded.

50. Under section 12, following the determination of the amount of compensation payable, the compensation commission prepares a friendly-settlement declaration which it serves on the claimant, appended to a letter stating that he or she must get in touch with the commission in order to sign the declaration within thirty days of receipt and that failure to appear will be deemed to be a refusal by the claimant, in which case, he or she will have to apply to the courts for compensation. Should the claimant accept the terms of the settlement declaration prepared by the commission, the declaration must be signed by the claimant or his or her representative and by the president of the commission. If the claimant refuses to sign the declaration or is deemed to have refused the terms of the declaration, a protocol of non-agreement must be prepared and sent to the claimant, following which the claimant can bring an action for compensation in the courts.

51. Section 13 provides that, after the parties have signed the friendly-settlement declaration and the governor has approved it, the amount of compensation specified in the friendly-settlement declaration shall be paid within three months from an appropriation earmarked in the budget of the Ministry of the Interior. Following payment of the compensation, the State has a right to bring proceedings against the perpetrators of the acts which caused the damage in question.

52. Finally, section 14 provides that the compensation commissions are subject to the supervision of the Ministry of the Interior and the relevant governor.

2. *Regulation on compensation for losses resulting from terrorism and the fight against terrorism*

53. On 20 October 2004 Regulation no. 25619 was issued by the Council of Ministers for the implementation of the Compensation Law. This regulation sets out the duties of the compensation commissions and the procedure to be followed by and before the commissions and for the assessment and payment of compensation for damage to life, physical integrity and property.

3. *Other domestic legislation*

54. Other domestic legislation relevant at the material time and background information can be found in the Court's judgment in *Doğan and Others* (cited above, §§ 68-88).

## COMPLAINTS

55. The applicant complained of the refusal of the authorities to allow him to return to his home and land. He alleged violations of Articles 1, 6, 7, 8, 13, 14 and 17 of the Convention and Article 1 of Protocol No. 1.

## THE LAW

### **A. Complaints under Article 8 of the Convention and Article 1 of Protocol No. 1**

56. The applicant complained that the refusal of the authorities to allow him to return to his home and land had given rise to breaches of Article 8 of the Convention and Article 1 of Protocol No. 1, the relevant parts of which read as follows:

#### **Article 8 of the Convention**

- “1. Everyone has the right to respect for his private and family life [and] his home ...
2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.”

#### **Article 1 of Protocol No. 1**

“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.”

*1. The parties' submissions*

**(a) The Government's submissions**

57. The Government raised an objection as to the Court's jurisdiction, arguing that the applicant had failed to exhaust domestic remedies and to comply with the six-month rule as required by Article 35 § 1 of the Convention.

58. They submitted that the applicant had failed to exhaust domestic remedies as he had not availed himself of the new remedy provided by the Compensation Law of 27 July 2004. In that connection they claimed that the mechanism which had been set up subsequent to the Court's judgment of 29 June 2004 in *Doğan and Others* was capable of providing redress in respect of the applicant's complaints and offered a reasonable prospect of success.

59. Following the entry into force of the new Law, compensation commissions had been set up in seventy-six provinces. In a period of less than one year, 170,000 applications had been lodged with the compensation commissions, a fact which clearly demonstrated that the newly established domestic remedy was accessible to all and that the public trusted its good functioning. The compensation commissions continued to receive applications from claimants, and the Law would be amended so as to extend the time-limit for lodging an application by one more year, namely, until 27 July 2006. The awards made by the compensation commissions also proved that the remedy in question was an effective one and ensured success (see paragraphs 28-40 above).

60. The Government averred that currently there was no obstacle preventing the applicant from returning to his village and that he could seek compensation under the new Law for the damage he had sustained on account of his inability to gain access to his possessions in his village. In the Government's opinion, complaints such as those raised by the applicant in the instant case should in principle be redressed under domestic law. That being so, the new Compensation Law, which had been inspired by the guiding principles laid down by the Court in *Doğan and Others*, had been enacted to enable the Turkish authorities to remedy at domestic level the Convention grievances of persons who had sustained damage as a result of terrorism or of the acts of the security forces in combating terrorism. It further aimed at alleviating the workload of the Court by reducing the number of applications lodged with it.



61. Consequently, the Government asked the Court to acknowledge the existence at domestic level of an effective remedy in respect of “return-to-village applications” and to reject the present application for non-exhaustion of domestic remedies within the meaning of Article 35 §§ 1 and 4 of the Convention.

62. The Government submitted, in the alternative, that there existed administrative, criminal and civil-law remedies capable of affording redress for the applicant’s complaints and leading to an award of compensation (see *Doğan and Others*, cited above, §§ 94-97). They maintained that the applicant had also failed to comply with the six-month rule under Article 35 § 1 of the Convention since the alleged incident had taken place in 1994 and the applicant had applied to the authorities in 2001.

**(b) The applicant’s submissions**

63. The applicant disputed the Government’s submissions and alleged that the new remedy introduced by the Compensation Law of 27 July 2004 could not be regarded as effective.

64. The applicant challenged, primarily, the composition of the compensation commissions. Referring to the Court’s considerations in its admissibility decision in *Xenides-Arestis v. Turkey* ((dec.), no. 46347/99, 2 September 2004), the applicant claimed that the compensation commissions could not be regarded as “national authorities” capable of providing an effective remedy within the meaning of Article 13 of the Convention. In this respect he pointed out that these commissions were composed of six civil servants who were appointed by a provincial governor and a lawyer appointed by the Bar association of each province. Thus, in his opinion, there were insufficient guarantees that the members of the compensation commissions would act impartially and independently of their hierarchical superiors.

65. The applicant maintained that the proceedings before the compensation commissions were not of an adversarial nature, given that the friendly-settlement declarations prepared by the commissions were subject to the approval of the governor or of the Minister of the Interior. The commissions did not communicate to the complainant the documents submitted by the authorities and therefore deprived the claimant of the opportunity of bringing counter-evidence to prove his or her claim. Furthermore, section 8 of the Compensation Law referred only to negligence on the part of the claimant and did not take into account fault or negligence on the part of the authorities in determining the damage sustained by the claimant.

66. The applicant also pointed out that section 7 of the Compensation Law did not cover all types of damage and gave a narrow interpretation of

the concept of “possessions”, which had been defined by the Court to cover the income derived from pasture, grazing and forest land as well as stockbreeding and tree-felling (see *Doğan and Others*, cited above, § 139). Nor did the Compensation Law extend to non-pecuniary damage sustained by internally displaced persons, but merely envisaged pecuniary damage. Even assuming that non-pecuniary damage could be claimed before the administrative courts, that did not provide an effective remedy owing to the statutory time-limit laid down under the administrative law, namely that a claim had to be lodged with the administrative courts within one year of the act complained of.

67. The applicant further asserted that his application should not be declared inadmissible in the light of the new preliminary objection raised by the Government given that, at the time he had lodged it with the Court, his application had met all the admissibility conditions. The Government’s objection on grounds of non-exhaustion of domestic remedies had already been examined and dismissed by the Court in *Doğan and Others* (cited above, § 110), which raised similar issues to his application. In the aforementioned “pilot judgement”, the Court had identified the presence of a systemic and structural problem which had affected at least 380,000 persons and had led to the submission of approximately 1,500 applications to the Court. In that connection the applicant submitted that the Court’s approach to the problem should be the same as the one adopted in *Broniowski v. Poland* ((friendly settlement) [GC], no. 31443/96, §§ 35-36, ECHR 2005-IX). Accordingly, the applicant submitted that the most effective solution in his case and in other “return-to-village applications” would be to reach a friendly settlement with the assistance of the Court.

68. Finally, the applicant alleged that the administrative, criminal and civil remedies referred to by the Government were ineffective and did not provide any prospect of success for his complaints. He also claimed to have complied with the six-month rule since the acts complained of in the present case amounted to a continuing situation.

## 2. *The Court’s assessment*

### (a) **General principles**

69. The Court reiterates that the purpose of the exhaustion rule, contained in Article 35 § 1 of the Convention, is to afford the Contracting States the opportunity of preventing or putting right the violations alleged against them before those allegations are submitted to the Court. Accordingly, this rule requires applicants to use the remedies provided by the national legal system first, thus dispensing States from answering before the European Court for their acts. Yet, the rule is based on the assumption that the domestic system provides an effective remedy in

respect of the alleged breach (see, for example, *Kudła v. Poland* [GC], no. 30210/96, § 152, ECHR 2000-XI, cited in both *Charzyński v. Poland* (dec.), no. 15212/03, ECHR 2005-V, and *Tadeusz Michalak v. Poland* (dec.), no. 24549/03, 1 March 2005).

70. In this respect, the burden of proof is primarily on the Government claiming non-exhaustion to satisfy the Court that an effective remedy was available in theory and in practice at the relevant time; that is to say, that the remedy was accessible, was capable of providing redress in respect of the applicant's complaints and offered reasonable prospects of success. However, once this burden of proof has been discharged, it falls to the applicant to establish that the remedy advanced by the Government was in fact exercised or was for some reason inadequate and ineffective in the particular circumstances of the case or that there existed special circumstances absolving him or her from the requirement (see *Akdivar and Others v. Turkey*, 16 September 1996, §§ 65-69, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-IV, and *Menteş and Others v. Turkey*, 28 November 1997, § 57, *Reports* 1997-VIII).

71. Nevertheless, according to the "generally recognised principles of international law", there may be special circumstances which absolve the applicant from the obligation to exhaust the domestic remedies at his disposal. However, the existence of mere doubts as to the prospects of success of a particular remedy which is not obviously futile is not a valid reason for failing to exhaust domestic remedies (see *Brusco v. Italy* (dec.), no. 69789/01, ECHR 2001-IX).

72. The assessment of whether domestic remedies have been exhausted is normally carried out with reference to the date on which the application was lodged with the Court. However, as the Court has held on many occasions, this rule is subject to exceptions, which may be justified by the particular circumstances of each case (see *Baumann v. France*, no. 33592/96, § 47, 22 May 2001, and *Brusco*, cited above). In particular, the Court has previously departed from this general rule in cases against Italy, Croatia, Slovakia and Poland concerning remedies in respect of the excessive length of proceedings (see *Brusco*, cited above; *Nogolica v. Croatia* (dec.), no. 77784/01, ECHR 2002-VIII; *Andrášik and Others v. Slovakia* (dec.), nos. 57984/00, 60226/00, 60237/00, 60242/00, 60679/00, 60680/00 and 68563/01, ECHR 2002-IX; and *Charzyński* and *Tadeusz Michalak*, both cited above).

**(b) Application of the general principles to the present case**

73. The Court observes that it has already examined the Government's objections concerning the non-exhaustion of the administrative, criminal and civil remedies and six-month rule in respect of the "return-to-village cases" in its pilot judgment in *Doğan and Others*

(cited above, §§ 102-14) and has rejected them. It finds no particular circumstances in the instant case which would require it to depart from its findings in the aforementioned case and therefore dismisses them in the instant case as well.

74. Accordingly, the Court must confine its examination to the new remedy introduced by the Compensation Law of 27 July 2004 and must determine whether the Government's objection that the applicant has failed to exercise this particular domestic remedy is well-founded.

75. In this connection the Court observes at the outset that the applicant can at present return to his village without any hindrance by the authorities (see paragraph 60 above). Indeed, this has not been disputed by the applicant. Turning to the new remedy in question, it notes that under section 6 of the Compensation Law persons who have sustained damage as a result of terrorism or of measures taken by the authorities to combat terrorism are entitled to lodge a claim with the relevant compensation commission (see paragraph 48 above). Such claims can be substantiated by means of any information or document (see paragraph 49 above). Section 7 lists the types of damage to be compensated and covers the damage sustained by persons who could not gain access to their property, like the applicant in the present case, as a result of the acts carried out by the authorities (see paragraph 45 above). After determining the damage incurred by the claimant, the compensation commission prepares a friendly-settlement declaration and makes an offer to the claimant (see paragraph 50 above). Should the claimant accept the offer, he or she signs the declaration and the Ministry of the Interior pays the amount of compensation specified in it (see paragraphs 50 and 51 above). However, the claimant may refuse the amount proposed by the compensation commission and seek a remedy in the ordinary courts (*ibid.*).

76. In the light of the above, it appears that the applicant is entitled to claim compensation under the new Law for the damage he allegedly sustained as a result of the authorities' refusal to allow him to gain access to his possessions for a substantial period of time.

77. As regards the effectiveness of the remedy in question, the Court notes that the compensation commissions seem to be operational in seventy-six provinces, including Tunceli and Diyarbakır, which can be considered the epicentre of the internal displacement phenomenon, and that there are already 170,000 persons seeking a remedy before these commissions (see paragraph 14 above). It can be seen from a substantial number of sample decisions furnished by the Government that persons who have sustained damage in cases of denial of access to property, damage to their property or death or injury can successfully claim compensation by using the remedy offered by the Compensation Law (see paragraphs 28-40 above). Thus, these decisions demonstrate

that the remedy in question is available not only in theory but also in practice.

78. However, relying on the Court's findings in *Xenides-Arestis* (cited above), the applicant challenged the composition of the compensation commissions and argued that the proceedings before them were not adversarial in nature. The Court considers that the circumstances of the present case differ from those in *Xenides-Arestis*. In the latter case the reason that led the Court to express concern about the composition of the compensation commission was that the majority of its members were living in houses owned or built on property owned by Greek Cypriots and that there was therefore a potential conflict of interest which could unduly affect the decisions of the compensation commission.

79. In the instant case the Court does not find any evidence on which to call into question the composition of the compensation commissions and the proceedings before them. These bodies do not assume the task of a "tribunal" and do not therefore need to provide adversarial proceedings for the purposes of Article 6 of the Convention. Having regard to the duties conferred on them and to their individual members, who sit on account of their expertise in various fields, the compensation commissions merely serve to enable the authorities to determine the damage sustained by individuals and to make a friendly-settlement offer either in kind or in cash.

80. With regard to the alleged narrow interpretation by the compensation commissions of the concept of "possessions" under Article 1 of Protocol No. 1, the Court notes that the decisions of the compensation commissions demonstrate that compensation can be obtained not only for damage to property but also for deprivation of a wide range of economic activities, such as loss of income derived from agriculture, tree-felling or stockbreeding (see paragraphs 29-32 above).

81. Furthermore, while it is true that the Compensation Law refers only to the possibility of claiming compensation for material damage (see paragraph 44 above), it appears that section 12 opens the way for seeking compensation for non-pecuniary damage in the administrative courts (see paragraph 50 above).

82. In view of the foregoing, the Court is not persuaded by the applicant's arguments and considers that the provisions of the Compensation Law are capable of providing adequate redress for the Convention grievances of persons who were denied access to their possessions in their places of residence and, accordingly, satisfy the "effectiveness" test established in *Doğan and Others*.

83. As to the applicant's contention that he should not be required to exercise the new remedy afforded by the Compensation Law, which came into force after he had lodged the present application with the Court, the Court acknowledges that, as stated above (see paragraph 72), the

assessment of whether domestic remedies have been exhausted is normally made with reference to the date of the introduction of the application. However, in exceptional cases the Court may adopt a different position and depart from this rule if the circumstances of those cases justify such a departure (see *Charzyński and Tadeusz Michalak*, both cited above). The Court considers that there are several factors which favour an exception from this rule in the present case as well. As noted earlier, section 7(c) of the Compensation Law covers the type of damage sustained by the applicant and entitles him to claim compensation. It also appears that the Compensation Law was enacted to remedy at domestic level the Convention grievances of persons whose applications pending before the Court raise similar issues to those in *Doğan and Others* (see paragraph 60 above). Furthermore, recent practice of the compensation commissions indicates that the new remedy is accessible and provides reasonable prospects of success (see paragraphs 28-40 above).

84. Moreover, as pointed out by the applicant (see paragraph 67 above), the most appropriate strategy to be followed in situations where the Court points to structural or general deficiencies in national law or practice is to ask the respondent State to review, and where necessary set up, effective remedies in order to avoid repetitive cases being brought before the Court (see *Broniowski v. Poland* [GC], no. 31443/96, § 191, ECHR 2004-V). Once such a defect has been identified, it falls to the national authorities, under the supervision of the Committee of Ministers of the Council of Europe, to take, retroactively if appropriate, the necessary remedial measures in accordance with the subsidiary character of the Convention, so that the Court does not have to repeat its finding in a lengthy series of comparable cases (*ibid.*, § 193). Otherwise, in the long run, that situation might undermine the effective operation of the human rights protection mechanism set up by the Convention.

85. Thus, the Court notes that in its judgment in *Doğan and Others* it has already identified the presence of a structural problem with regard to internally displaced persons and indicated possible measures to be taken in order to put an end to the systemic situation in Turkey. Subsequent to the aforementioned judgment, the authorities of the respondent State have taken several measures, including enacting the Compensation Law of 27 July 2004, with a view to redressing the Convention grievances of persons who were denied access to their possessions in their villages. Accordingly, the Government can be deemed to have fulfilled their duty to review the systemic situation in issue and to introduce an effective remedy.

86. In the light of the foregoing, the Court considers that the applicant should be required by Article 35 § 1 of the Convention to lodge an application with the relevant compensation commission under the Law of 27 July 2004 and to claim compensation for the damage he sustained as a result of his inability to gain access to his possessions. Furthermore, it

finds no exceptional circumstances capable of exempting him from the obligation to exhaust domestic remedies.

87. It follows that these complaints must be rejected under Article 35 §§ 1 and 4 of the Convention for non-exhaustion of domestic remedies.

### **B. Complaint under Article 13 of the Convention**

88. The applicant complained that there was no effective domestic remedy capable of providing redress for his Convention grievances. He relied on Article 13 of the Convention, which provides:

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

89. The Government disputed the above allegation, arguing that there were effective domestic remedies of which the applicant had failed to avail himself.

90. The Court has already found that the Compensation Law does provide the applicant with an effective remedy in respect of his complaint concerning the alleged denial of access to his property. That finding is also valid in the context of the complaint under Article 13 of the Convention.

91. It follows that this complaint is manifestly ill-founded and must be rejected in accordance with Article 35 §§ 3 and 4 of the Convention.

### **C. Complaints under Articles 1, 7, 14 and 17 of the Convention**

92. The applicant further complained that his rights guaranteed under Articles 1, 7, 14 and 17 of the Convention had been breached on account of the refusal of the authorities to allow him to gain access to his possessions.

93. The Government did not address these issues beyond denying the factual basis of the substantive complaints.

94. The Court notes that in its pilot judgment in *Doğan and Others* (cited above, §§ 118-33) it has examined complaints similar to those raised by the applicant in the instant case and has found them unsubstantiated. It finds no particular circumstances in the instant case which would require it to depart from its findings in the aforementioned case.

95. It follows that these complaints are manifestly ill-founded and must be rejected in accordance with Article 35 § 3 of the Convention.

For these reasons, the Court unanimously

*Declares* the application inadmissible.





İÇYER c. TURQUIE  
(Requête n° 18888/02)

TROISIÈME SECTION<sup>1</sup>

DÉCISION DU 12 JANVIER 2006<sup>2</sup>

- 
1. Siégeant en une chambre composée de Boštjan M. Zupančič, *président*, John Hedigan, Lucius Caflisch, Rıza Türmen, Corneliu Bîrsan, Alvina Gyulumyan, Renate Jaeger, *juges*, et de Vincent Berger, *greffier de section*.
  2. Traduction; original anglais.



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Introduction d'un nouveau recours interne pour résoudre le problème systémique que constitue l'insuffisance du redressement offert aux personnes déplacées à l'intérieur du pays****Article 35 § 1**

*Épuisement des voies de recours internes – Recours interne effectif – Introduction d'un nouveau recours interne pour résoudre le problème systémique que constitue l'insuffisance du redressement offert aux personnes déplacées à l'intérieur du pays – Effectivité – Grand nombre d'exemples de décisions démontrant l'accessibilité du recours en pratique – Procédure contradictoire – Commissions et non tribunaux d'indemnisation – Date de référence pour déterminer les recours à utiliser – Recours adopté après l'introduction de la requête – Facteurs incitant à s'écarter de la règle générale – Mesure introduite spécifiquement pour redresser le problème structurel identifié par la Cour européenne*

\*  
\*   \*

Le requérant allègue que les forces de sécurité le chassèrent par la force en 1994 de son village, situé dans le Sud-Est de la Turquie, et que tous ses biens furent détruits. Il partit avec sa famille s'installer à Istanbul. Il soumit en 2002 une requête à la Cour pour se plaindre, sous l'angle de l'article 8 de la Convention et de l'article 1 du Protocole n° 1, du refus des autorités de le laisser regagner son village et ses terres. En juillet 2004 fut adoptée une nouvelle législation, la loi sur l'indemnisation des dommages résultant d'actes de terrorisme ou de mesures de lutte contre le terrorisme («la loi d'indemnisation»), afin de permettre aux personnes déplacées en raison du terrorisme ou de mesures prises pour combattre le terrorisme de présenter une demande de dédommagement pour le préjudice subi auprès d'une commission d'indemnisation. Le Gouvernement soutient que le requérant était tenu de se prévaloir de ce recours interne.

Article 35 § 1: la Cour observe d'emblée que rien n'empêche le requérant de regagner son village et que la nouvelle loi permet à toute personne ayant subi un préjudice à cause du terrorisme ou de mesures prises pour lutter contre le terrorisme de déposer une demande d'indemnisation. Pareille demande peut être étayée par toute information ou tout document. Après évaluation du préjudice, la commission d'indemnisation établit une déclaration de règlement amiable et adresse une offre au demandeur. Si celui-ci la refuse, il peut chercher à obtenir un redressement auprès des juridictions de droit commun. Concernant le caractère effectif du recours en question, la Cour observe que les commissions d'indemnisation sont opérationnelles dans soixante-seize départements, dont ceux formant l'épicentre du phénomène de déplacement interne, et que 170 000 per-

---

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

sonnes ont déjà saisi ces organes. Le Gouvernement a présenté un grand nombre d'exemples de cas où des personnes sont parvenues à obtenir réparation au moyen du recours offert par la loi d'indemnisation. Cela démontre que ledit recours est disponible tant en théorie qu'en pratique. Le requérant ayant critiqué la composition des commissions d'indemnisation et argué que celles-ci ne suivent pas une procédure de caractère contradictoire, la Cour constate que ces organes n'assument pas la fonction de «tribunal» mais ne servent qu'à déterminer le préjudice et à présenter des propositions de règlement amiable, et qu'il n'y a donc aucun motif de mettre en cause leur effectivité de ce chef. De plus, la loi permet de demander réparation non seulement pour un dommage causé à des biens mais également pour la privation d'un large éventail d'activités économiques et, indirectement, pour un préjudice moral. Bien que l'épuisement des voies de recours internes s'apprécie normalement à la date d'introduction de la requête, la Cour peut s'écarter de cette règle si les circonstances le justifient. Or dans la présente affaire plusieurs éléments militent en faveur d'une exception à cette règle. En effet, la loi d'indemnisation couvre le type de dommage subi par le requérant, elle a été adoptée pour redresser au niveau interne les griefs fondés sur la Convention tels que ceux allégués par le requérant et elle propose un recours accessible et offrant des perspectives raisonnables de succès. De plus, dans un précédent arrêt, la Cour a déjà constaté l'existence en Turquie d'un problème structurel ayant trait aux personnes déplacées et indiqué aux autorités les mesures pouvant être adoptées afin de mettre un terme à la situation. A la suite de cet arrêt, les autorités de l'Etat défendeur ont pris diverses mesures, dont l'adoption de la loi d'indemnisation, en vue de redresser les griefs fondés sur la Convention émanant des personnes concernées. Dès lors, le Gouvernement peut passer pour avoir satisfait à son obligation de se pencher sur la situation systémique en cause et d'instaurer un recours effectif. Par conséquent, la Cour estime que l'article 35 § 1 de la Convention impose au requérant de saisir la commission d'indemnisation compétente pour demander réparation du dommage qu'il a subi : non-épuisement des voies de recours internes.

### Jurisprudence citée par la Cour

- Akdivar et autres c. Turquie*, 16 septembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-IV  
*Menteş et autres c. Turquie*, 28 novembre 1997, *Recueil* 1997-VIII  
*Kudla c. Pologne* [GC], n° 30210/96, CEDH 2000-XI  
*Baumann c. France*, n° 33592/96, 22 mai 2001  
*Brusco c. Italie* (déc.), n° 69789/01, CEDH 2001-IX  
*Nogolica c. Croatie* (déc.), n° 77784/01, CEDH 2002-VIII  
*Andrášik et autres c. Slovaquie* (déc.), n°s 57984/00, 60226/00, 60237/00, 60242/00, 60679/00, 60680/00 et 68563/01, CEDH 2002-IX  
*Broniowski c. Pologne* [GC], n° 31443/96, CEDH 2004-V  
*Doğan et autres c. Turquie*, n°s 8803-8811/02, 8813/02 et 8815-8819/02, CEDH 2004-VI  
*Xenides-Arestis c. Turquie*, n° 46347/99, 2 septembre 2004  
*Charzyński c. Pologne* (déc.), n° 15212/03, CEDH 2005-V  
*Tadeusz Michalak c. Pologne* (déc.), n° 24549/03, 1<sup>er</sup> mars 2005  
*Broniowski c. Pologne* (règlement amiable) [GC], n° 31443/96, CEDH 2005-IX

(...)

## EN FAIT

1. Le requérant, M. Aydın İçyer, est un ressortissant turc né en 1946 et résidant à Istanbul. Il est représenté devant la Cour par M<sup>e</sup> M.A. Kırdök et M<sup>e</sup> Ö. Kılıç, avocats à Istanbul.

### A. Les circonstances de l'espèce

2. Les faits de la cause, tels qu'ils ont été exposés par les parties, peuvent se résumer comme suit.

#### 1. La version des faits émanant du requérant

3. Jusqu'en octobre 1994, le requérant vivait à Eğrikavak, un village situé dans la sous-préfecture d'Ovacık (département de Tunceli), où il possède des biens.

4. Le 3 octobre 1994, des membres des forces de sécurité expulsèrent par la force les habitants d'Eğrikavak de leur village en raison des troubles que connaissait la région. Ils détruisirent aussi les biens du requérant. Celui-ci partit avec sa famille s'installer à Istanbul.

5. Le 4 octobre 1994, le requérant déposa auprès du parquet d'Ovacık une plainte au sujet de la destruction de sa maison, incendiée par les forces de sécurité le 3 octobre 1994.

6. Le 9 décembre 1994, le procureur d'Ovacık se déclara incompétent et transmit le dossier au bureau du conseil administratif d'Ovacık, conformément à l'article 4 b) du décret n° 285 et à la loi sur les poursuites contre les fonctionnaires (*Memurin Muhakematı Kanunu*).

7. Le 25 octobre 1995, le conseil administratif adressa une lettre au requérant pour l'informer qu'il n'y aurait pas d'enquête sur ses allégations étant donné que les auteurs des actes dénoncés n'avaient pu être identifiés. Faisant référence à une lettre du 1<sup>er</sup> novembre 1994 du commandement de la gendarmerie de la sous-préfecture d'Ovacık, le conseil administratif notait aussi qu'aucune maison n'avait été incendiée par les forces de sécurité dans la région.

8. Le 26 octobre 2001, le requérant soumit à la préfecture de Tunceli et à la sous-préfecture d'Ovacık des demandes en vue d'obtenir l'autorisation de rentrer dans son village.

9. Le 31 octobre 2001, le bureau chargé des questions d'état d'urgence auprès de la sous-préfecture d'Ovacık répondit au requérant par la déclaration suivante :

«Votre demande en vue d'obtenir l'autorisation de rentrer dans votre village est arrivée à la sous-préfecture et sera examinée dans le cadre du projet «retour au village et réhabilitation».»

## 2. *La version des faits émanant du Gouvernement*

10. Le requérant habitait dans le village d'Eğrikavak. Les procès-verbaux officiels indiquent que les habitants de ce village l'ont évacué en raison des intenses activités terroristes qui avaient lieu dans la région et des menaces proférées par le PKK (Parti des travailleurs du Kurdistan), une organisation terroriste, à l'encontre des villageois. Les forces de sécurité n'ont pas contraint le requérant ou les autres habitants à quitter leur village.

11. Rien ne s'oppose actuellement au retour des villageois chez eux. Des personnes ayant quitté leur village à cause du terrorisme ont déjà commencé à y rentrer et à y reprendre leurs activités, comme le montre le fait que 110 personnes ayant soumis des demandes à la commission d'indemnisation de Diyarbakır ont indiqué leur village comme adresse (paragraphe 43 ci-dessous).

12. Le 14 juillet 2004, la Grande Assemblée nationale adopta la loi sur l'indemnisation des dommages résultant d'actes de terrorisme ou de mesures de lutte contre le terrorisme, qui entra en vigueur le 27 juillet 2004. Cette loi offre un recours suffisant pour redresser les griefs fondés sur la Convention émanant de personnes qui se sont vu refuser l'accès à leurs biens dans leur village.

13. A cette fin, des commissions d'évaluation et d'indemnisation des dommages furent créées dans soixante-seize départements. Les personnes victimes d'un préjudice en raison du terrorisme ou de mesures prises par les autorités pour combattre le terrorisme peuvent présenter une demande d'indemnisation auprès de la commission compétente.

14. Le nombre de personnes qui se sont adressées à ces commissions s'élève déjà à 170 000 environ. De plus, 800 personnes dont les requêtes sont pendantes devant la Cour ont également saisi les commissions d'indemnisation (paragraphe 43 ci-dessous). De nombreux villageois ont déjà reçu un dédommagement pour le préjudice qu'ils ont subi (paragraphe 28-40 ci-dessous).

## **B. Documents soumis par les parties**

### 1. *Documents soumis par le requérant*

#### **a) Liste des effets mobiliers et animaux possédés par le requérant, signée par ce dernier et le maire du village (*muhtar*), datée du 9 août 2001**

15. D'après ce document, à l'époque où sa maison a été incendiée et où les habitants ont été expulsés d'Eğrikavak, le requérant possédait trois cents moutons, cent chèvres, un cheval, six cents arbres, un poste de télévision, un réfrigérateur, un lit et cinquante ustensiles de cuisine.

**b) Photocopie de la page pertinente du cadastre du village, signée par le maire**

16. Il ressort de ce document que le requérant possède cinq parcelles de terrain à Eđrikavak.

**c) Rapport du 14 janvier 1998 établi par la commission d'enquête parlementaire de la Grande Assemblée nationale de Turquie sur les solutions à apporter aux difficultés rencontrées par les personnes déplacées dans le processus d'évacuation de zones de peuplement de l'Est et du Sud-Est de l'Anatolie**

17. Ce rapport émane d'une commission d'enquête composée de dix députés. Il indique qu'en 1993 et 1994 les habitants de 905 villages et 2 523 hameaux furent expulsés et contraints d'émigrer vers d'autres régions du pays. On estime à 40 933 environ le nombre de personnes expulsées de 183 villages et 823 hameaux dans le département de Tunceli, ce qui englobe le village d'Eđrikavak. On peut trouver un compte rendu détaillé de ce rapport dans l'arrêt *Dođan et autres c. Turquie*, n<sup>os</sup> 8803-8811/02, 8813/02 et 8815-8819/02, §§ 31-35, CEDH 2004-VI).

**d) Résolution intérimaire ResDH(2002)98 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur l'action des forces de sécurité en Turquie**

18. Cette résolution expose en détail les abus commis par les forces de sécurité turques et invite instamment le gouvernement turc à prendre les mesures administratives, judiciaires et législatives nécessaires afin de mettre un terme aux violations des droits de l'homme (*Dođan et autres*, précité, § 36).

**e) Rapport sur les déplacements à l'intérieur de la Turquie établi par la Fondation turque d'études économiques et sociales (*Türkiye Ekonomik ve Sosyal Arařtırmalar Vakfı* – «la TESEV»), rendu public le 28 octobre 2005**

19. Ce rapport a été établi par un groupe de travail et de suivi composé de cinq universitaires et experts désignés par la TESEV (ci-après «le rapport de la TESEV»). Il expose les conclusions du groupe de travail et de suivi à l'issue de recherches menées sur le terrain à Diyarbakır, Batman, Hakkâri et Istanbul. Le rapport de la TESEV examine les problèmes que pose la mise en œuvre de la loi n<sup>o</sup> 5233 sur l'indemnisation des dommages résultant d'actes de terrorisme ou de mesures de lutte contre le terrorisme. Il vise en outre à proposer des mesures au gouvernement, aux organismes nationaux et internationaux et aux organisations non gouvernementales.

20. D'après ce rapport, le retour dans leur village des personnes déplacées à l'intérieur de la Turquie (ci-après «les personnes déplacées») pose de graves problèmes. Premièrement, les personnes

déplacées n'ont pas les moyens de payer leur voyage et les frais de déménagement pour retourner des grandes villes vers leur village. Deuxièmement, les infrastructures villageoises ne sont pas en bon état. La plupart des villages n'ont pas d'électricité, d'eau, de canalisations ou de services de santé. Troisièmement, les personnes déplacées continuent de s'inquiéter du niveau insuffisant de sécurité qui règne dans leurs anciens lieux d'habitation en raison des mesures d'intimidation du PKK, des opérations militaires et des affrontements ou des pressions que pourraient exercer sur eux les autorités de l'Etat pour les amener à devenir gardes de village. Enfin, les organisations non gouvernementales signalent la présence de mines terrestres qui tuent ou blessent les habitants de la région.

21. Le rapport de la TESEV se félicite de l'adoption de la loi n° 5233 et considère qu'il s'agit là d'une mesure positive sur la voie du redressement des violations des droits de l'homme provoquées par les déplacements forcés. Toutefois, on ne sait pas clairement si les personnes qui ont quitté le pays peuvent bénéficier de cette loi. Il apparaît que la majorité des personnes déplacées se font une idée fautive des droits garantis par la loi. Bien que celle-ci offre un recours en cas de décès ou de dommage corporel, la plupart des personnes déplacées croient que la loi se limite aux cas d'évacuation forcée des villages. De plus, étant donné que la loi comporte le terme « terrorisme » dans son intitulé, les personnes déplacées pensent généralement qu'elles risquent de passer pour des terroristes si elles soumettent au titre de la loi une demande dirigée contre l'Etat. Certaines des personnes déplacées pensent que le recours qu'offre la loi est loin de répondre à leurs besoins car il ne permet pas d'obtenir une indemnisation suffisante ni de traduire en justice les auteurs d'actes illégaux. En outre, la loi n° 5233 ne prévoit pas le droit d'obtenir réparation du préjudice moral. Les personnes déplacées préfèrent en conséquence soumettre une requête à la Cour européenne des droits de l'homme.

22. Quant à la mise en œuvre de la loi n° 5233, elle pose trois problèmes majeurs. Premièrement, les membres des commissions d'indemnisation disposent d'une marge d'appréciation très limitée lorsqu'il s'agit de rendre des décisions. Deuxièmement, même s'ils sont de bonne foi, les membres de ces commissions, qui sont des fonctionnaires, ne veulent pas prendre de risque et attendent donc du gouvernement qu'il fasse clairement la preuve de sa volonté politique d'appliquer la loi. Troisièmement, certains des membres des commissions semblent nourrir des préjugés à l'égard des personnes déplacées et tendent à les considérer comme des opportunistes et/ou des sympathisants du PKK qui cherchent à se prévaloir abusivement de la loi.

23. Le fait que la charge de prouver leurs allégations incombe aux victimes a constitué un problème majeur. Toutefois, depuis l'adoption



par le Conseil des ministres le 15 septembre 2005 de la décision n° 9239, les demandeurs peuvent étayer leurs affirmations sur toute information ou tout document.

24. Concernant la composition des commissions d'indemnisation, il est noté que leurs membres sont en majorité des fonctionnaires. Dès lors, leur indépendance et leur impartialité sont douteuses aux yeux des victimes.

25. Il est recommandé que la loi reste en vigueur pendant un an encore afin que la justice puisse être rendue et qu'ainsi le processus de redressement puisse atteindre son objectif.

26. En conséquence, le rapport de la TESEV formule un certain nombre d'autres recommandations visant à régler les problèmes des personnes déplacées et à faire régner la paix et la sécurité dans le Sud-Est de la Turquie.

#### **f) Autres documents**

27. Les documents énumérés ci-dessous concernent l'impossibilité où les autorités administratives et judiciaires se sont trouvées de se rendre dans les villages d'Ovacık et d'effectuer des inspections sur les lieux en raison de l'insécurité qui règne dans la région :

- i. lettre du juge du tribunal de première instance d'Ovacık au sous-préfet d'Ovacık, datée du 18 octobre 1994;
- ii. lettre du directeur du cadastre de Tunceli au tribunal de première instance d'Ovacık, datée du 25 octobre 1994;
- iii. lettre du commandement de la gendarmerie de la sous-préfecture d'Ovacık au sous-préfet d'Ovacık, datée du 6 novembre 1994;
- iv. demande du 18 octobre 1994 soumise par un habitant du village de Yazıören au tribunal de première instance d'Ovacık;
- v. lettre du préfet de Tunceli au tribunal de première instance d'Ovacık, datée du 22 novembre 1994;
- vi. décision complémentaire du 22 novembre 1994 rendue par le tribunal de première instance d'Ovacık.

### *2. Documents soumis par le Gouvernement*

#### **a) Décisions relatives à l'application de la loi sur l'indemnisation des dommages résultant d'actes de terrorisme ou de mesures de lutte contre le terrorisme**

28. Le Gouvernement soutient que les commissions d'évaluation et d'indemnisation des dommages (ci-après «les commissions d'indemnisation»), créées pour offrir un recours interne effectif aux personnes ayant à se plaindre du terrorisme ou des actions menées par les forces de sécurité pour lutter contre le terrorisme, sont désormais totalement opérationnelles. A cet égard, il a fourni à la Cour une copie

des décisions et déclarations émises par ces organes en vue de démontrer le caractère effectif du nouveau recours prévu par la loi précitée.

*i. Décisions concernant l'octroi d'indemnités à des personnes n'ayant pu accéder à leurs biens*

29. Le Gouvernement a remis une copie de 440 décisions rendues par les commissions d'indemnisation créées à Tunceli et Diyarbakır. Ces décisions concernent exclusivement l'octroi d'indemnités aux personnes qui ont subi un dommage du fait qu'elles étaient dans l'impossibilité d'accéder à leur maison et à leurs terres dans les villages des départements de Tunceli et de Diyarbakır.

30. Dans une décision du 29 septembre 2005, la commission d'indemnisation de Tunceli a accordé une indemnité à vingt-quatre personnes. Par exemple, dans l'affaire Cafer Biçici (demande n° 6607), la commission d'indemnisation a jugé que le demandeur n'avait pu accéder à ses biens dans le village de Boydaş (sous-préfecture de Hozat, département de Tunceli) pendant sept ans, de 1994 à 2001. S'appuyant sur des expertises, la commission a considéré qu'il convenait d'allouer au demandeur 5 404 nouvelles livres turques (TRY) pour les dommages causés à ses biens immobiliers, 1 100 TRY pour ses peupliers, 1 060 TRY pour ses terres et arbres fruitiers et 7 420 TRY pour perte de revenus agricoles pendant sept ans ( $7 \times 1\,060 = 7\,420$ ). La commission a donc décidé d'allouer à l'intéressé une indemnité totale de 14 000 TRY (8 725 euros (EUR) environ).

31. En ce qui concerne Hüseyin Biçici (demande n° 10436), la commission lui a accordé 26 600 TRY (16 580 EUR environ) en réparation du dommage résultant de l'impossibilité d'accéder à ses biens dans le village de Boydaş. Se fondant sur des expertises et enquêtes, la commission a conclu que le demandeur avait subi un préjudice s'élevant à 7 720 TRY pour ses biens immobiliers (maison, grange, etc.) et 18 900 TRY pour la perte de revenus agricoles pendant sept ans, de 1994 à 2001 ( $7 \times 2\,700 = 18\,900$ ). De même, pour ce qui est de Hüsni Özkay (décision n° 2005/4-564 du 9 septembre 2005), la commission d'indemnisation de Diyarbakır a décidé de lui octroyer 27 520 TRY (23 000 EUR environ) pour le dommage résultant de l'impossibilité pour lui de retourner dans son village depuis 1993. Ce montant se décompose ainsi : 15 269 TRY pour la destruction de sa maison, 8 950 TRY pour la grange, 7 700 TRY pour l'impossibilité de cultiver les terres et 5 250 TRY pour la vigne. La commission a rendu des décisions comportant des conclusions analogues dans vingt-deux autres cas. Elle a adressé aux demandeurs des déclarations de règlement amiable indiquant les montants à verser.

32. Par une décision du 1<sup>er</sup> août 2005, la commission d'indemnisation n° 4 de Diyarbakır a octroyé 50 246 TRY (31 365 EUR environ) à Mustafa Narin, qui n'a pu accéder depuis 1993 à ses biens situés dans le village de Şaklat (sous-préfecture de Kocaköy, département de Diyarbakır). Après

l'évaluation du préjudice et l'adoption de la décision d'allouer la somme précitée, la commission d'indemnisation a adressé au demandeur une déclaration de règlement amiable. La commission a émis des décisions contenant des conclusions analogues dans le cas de 415 autres demandeurs ayant subi un préjudice en raison de l'impossibilité où ils se trouvaient d'accéder à leurs biens dans des villages du département de Diyarbakır.

*ii. Décisions concernant l'octroi d'indemnités à des personnes dont les biens avaient été endommagés*

33. Le Gouvernement a également présenté un certain nombre de décisions rendues par les commissions d'indemnisation de Şırnak, Diyarbakır, Batman et Hakkâri. Ces décisions portent sur l'octroi d'indemnités à des personnes dont les biens avaient été endommagés en raison d'actes terroristes.

34. Par une décision du 14 juin 2005, la commission d'indemnisation de Şırnak a octroyé 8 000 TRY (5 000 EUR environ) à Kemal Ecer, dont la maison, située dans le village d'Oymakaya (sous-préfecture de Beytüşşebap, département de Şırnak), avait été détruite par un incendie provoqué par un groupe de terroristes.

35. Concernant une demande soumise par Abdullah Salman, Mehmet Salman et İsmail Tekin, la commission d'indemnisation de Diyarbakır a décidé d'allouer 1 692 TRY (1 056 EUR environ) aux intéressés, en réparation du dommage causé à leurs arbres fruitiers lors d'une opération de lutte contre le terrorisme menée par les forces de sécurité à Diyarbakır.

36. S'agissant de la demande formée par Adil Erdoğan, la commission d'indemnisation de Bitlis a décidé d'octroyer à celui-ci 466,88 TRY (300 EUR environ) pour le dédommager de la perte de sa vache, tuée lors d'un affrontement entre les gardes de village et des terroristes du PKK dans le village de Kavakdibi, situé dans le département de Bitlis.

37. Par une décision du 20 juin 2005, la commission d'indemnisation de Diyarbakır a alloué 25 000 TRY (15 600 EUR environ) à İ. Burhan Aslan du fait que son tracteur avait été incendié par des membres du PKK dans le village d'Ağılı (sous-préfecture de Bismil, département de Diyarbakır).

*iii. Décisions concernant l'octroi d'une indemnité en cas de décès ou de dommage corporel*

38. Dans un certain nombre de cas, les commissions d'indemnisation ont également octroyé des sommes à des personnes qui avaient été blessées ou dont des proches parents avaient été tués lors d'incidents terroristes.

39. Dans une décision du 20 juin 2005, par exemple, la commission d'indemnisation de Tunceli a alloué une indemnité à Hasan Dalkılıç,

Mevlüt Cantürk, Sinan Yıldırım, Dilber Karik Dal, Hıdır Yadiğaroğulları et Ali Kes en raison de la mort de membres de leur famille lors d'incidents terroristes. Chacun des demandeurs a reçu une somme forfaitaire de 14 035 TRY (8 760 EUR environ). Ceux-ci ont tous signé les déclarations de règlement amiable qui leur avaient été adressées par la commission d'indemnisation.

40. Le 8 juin 2005, la commission d'indemnisation de Tunceli a décidé d'octroyer 1 294,95 TRY à İsmail Baştımur en raison des dommages corporels que lui avait causés l'explosion d'une mine. Elle a également alloué 8 421 TRY à Alışan Bulut, blessé et devenu invalide à la suite d'un attentat terroriste.

**b) Décisions du Conseil d'Etat (*Danıştay*)**

41. Le Gouvernement a soumis une copie de trois arrêts rendus par le Conseil d'Etat. Dans un recours formé auprès de ce dernier (décision n° 2000/5120, dossier n° 1999/2162, 11 octobre 2000) et dirigé contre un jugement du tribunal administratif d'Erzurum, M. Ömer Akakuş alléguait qu'il avait quitté son village situé dans le département d'Ağrı en raison d'incidents terroristes et du climat d'insécurité, et qu'il avait subi un préjudice parce qu'il n'avait pu avoir l'usage de ses biens depuis 1993. Le Conseil d'Etat a accueilli le recours et infirmé le jugement du tribunal de première instance, relevant que l'intéressé avait quitté son village en raison d'incidents terroristes et non à la demande ou sur ordre des autorités. De ce fait, le Conseil d'Etat a considéré que, même si le préjudice subi par l'auteur du recours ne pouvait être imputé aux autorités et qu'il n'y avait ainsi nul «lien de causalité», les autorités étaient responsables en ce qu'elles avaient failli à prévenir les incidents terroristes et à garantir la sécurité.

42. Le Conseil d'Etat a rendu des arrêts renfermant des conclusions analogues dans les affaires Muammer et Burhan Gürtürk (décisions n°s 2001/4431-35, dossiers n°s 2000/4372 et 2000/4997, 5 décembre 2001).

**c) Liste des personnes ayant soumis une requête à la Cour et une demande à la commission d'indemnisation de Diyarbakır**

43. D'après cette liste, 800 personnes dont les requêtes sont pendantes devant la Cour ont également saisi la commission d'indemnisation de Diyarbakır et demandé à être indemnisées du préjudice qu'elles ont subi du fait qu'elles n'ont pu accéder à leurs biens dans leur village. Dans leurs demandes à cette commission, 110 personnes dont les noms figurent sur la liste ont indiqué leur village comme adresse.

### C. Le droit et la pratique internes pertinents

#### 1. La loi n° 5233 du 27 juillet 2004

44. La loi n° 5233, intitulée «loi sur l'indemnisation des dommages résultant d'actes de terrorisme ou de mesures de lutte contre le terrorisme» (ci-après «la loi d'indemnisation»), fut adoptée par la Grande Assemblée nationale le 14 juillet 2004 et entra en vigueur le 27 juillet 2004. Le 28 décembre 2005, la Grande Assemblée adopta la loi n° 5442 et modifia plusieurs dispositions de la loi d'indemnisation. Celle-ci énonce les principes et la procédure à suivre concernant l'indemnisation de préjudices subis par une personne en raison d'actes terroristes ou de mesures prises par les autorités pour combattre le terrorisme. Elle a pour objet en particulier de permettre l'indemnisation des préjudices matériels subis par des personnes physiques ou morales qui ont migré ou ont été déplacées à cause d'actions terroristes ou antiterroristes. Par ailleurs, elle vise à indemniser partiellement les dommages subis par des fonctionnaires qui ne peuvent être assimilés aux migrants ou aux personnes déplacées mais qui ont été touchés par le terrorisme ou par des actions antiterroristes menées par les forces de sécurité.

45. L'article 7 de la loi d'indemnisation dispose :

«Sont indemnisés en vertu de la présente loi, au moyen d'un règlement amiable, les préjudices suivants :

- a) tout type de préjudice causé aux animaux d'élevage, aux arbres, aux produits de l'agriculture ou à tout bien meuble ou immeuble;
- b) les préjudices résultant d'un dommage corporel, d'un handicap physique ou d'un décès, ainsi que les frais exposés pour un traitement médical ou des funérailles;
- c) les préjudices matériels subis par les personnes qui se sont trouvées dans l'impossibilité d'accéder à leurs biens en raison des actions menées dans le cadre de la lutte contre le terrorisme.»

46. Le préjudice subi et l'indemnité à verser en vertu de l'article 7 sont établis par des commissions d'évaluation et d'indemnisation des dommages (ci-après «les commissions d'indemnisation»). A ce sujet, l'article 4 de la loi dispose :

«Des commissions d'évaluation et d'indemnisation des dommages sont créées au sein des départements dans un délai de dix jours à compter de la réception de demandes formées en vertu de la présente loi.

Une commission se compose d'un président et de six membres. La présidence est assurée par le préfet adjoint désigné par le préfet; les membres sont nommés par le préfet parmi les fonctionnaires travaillant dans le département concerné, et ils sont spécialisés en matière de finance, de travaux publics et de logement, d'agriculture et de questions rurales, de santé, d'industrie et de commerce; un avocat est désigné parmi les membres de l'ordre des avocats compétent.

La commission doit pour se réunir atteindre le quorum et ses décisions sont prises à la majorité absolue des membres participant à la réunion. Les principes de travail et les procédures suivis par la commission sont fixés par voie réglementaire.»

47. Selon l'article 5, le rôle des commissions d'indemnisation consiste essentiellement à évaluer les dommages subis par les demandeurs et à élaborer des déclarations de règlement amiable (*sulhname*) en vue de leur indemnisation, en argent ou en nature. Dans ce cadre, toute aide préalablement allouée à partir de fonds publics est déduite du montant à verser au demandeur. En cas de désaccord quant aux termes de la déclaration de règlement amiable, la commission établit un protocole constatant l'absence de règlement, qui doit être adressé au demandeur.

48. L'article 6 dispose que quiconque a subi un préjudice à cause du terrorisme ou de mesures prises par les autorités pour lutter contre le terrorisme peut demander réparation auprès de la commission d'indemnisation compétente. Cette demande est à déposer dans un délai de soixante jours à compter de la date à laquelle l'intéressé a eu connaissance de l'incident à l'origine du préjudice et, en tout état de cause, pas plus d'un an après la survenance de l'incident litigieux. La commission d'indemnisation doit statuer dans un délai de six mois à compter du dépôt de la demande. Si besoin est, le préfet peut prolonger ce délai de trois mois.

49. L'article 8 précise que pour déterminer le montant de la réparation à accorder, la commission d'indemnisation prend en considération le préjudice déclaré par le demandeur, les informations que doivent fournir les autorités judiciaires, administratives et militaires, les circonstances de l'incident à l'origine du dommage et, le cas échéant, la négligence du demandeur. Selon un amendement adopté par le Conseil des ministres le 15 septembre 2005, les demandeurs peuvent étayer leurs allégations sur toute information ou tout document. Les commissions fixent le montant de la réparation en se fondant sur l'équité et la conjoncture économique. Par ailleurs, elles peuvent requérir une expertise aux fins de déterminer s'il y a lieu d'accorder une réparation.

50. L'article 12 dispose qu'après fixation du montant à verser la commission d'indemnisation établit une déclaration de règlement amiable et la notifie au demandeur en l'annexant à une lettre précisant que celui-ci doit, pour signer la déclaration, s'adresser à la commission dans un délai de trente jours à compter de la réception, et que le défaut de présentation sera interprété comme un refus de l'intéressé, auquel cas celui-ci devra se tourner vers les tribunaux pour demander réparation. Si le demandeur accepte les termes de la déclaration établie par la commission, ce document doit être signé par lui-même ou son représentant, ainsi que par le président de la commission. Si le demandeur refuse de signer la déclaration ou est réputé en avoir refusé

les termes, un protocole constatant l'absence de règlement est rédigé puis envoyé à l'intéressé ; il est ensuite loisible au demandeur de saisir la justice d'une action en réparation.

51. Selon l'article 13, une fois la déclaration de règlement amiable signée par les parties et approuvée par le préfet, le montant indiqué dans la déclaration est versé à partir d'une dotation prévue à cet effet dans le budget du ministère de l'Intérieur. Après le versement de l'indemnité, l'État peut engager une procédure contre les auteurs des actes ayant causé le dommage en question.

52. Enfin, l'article 14 dispose que les commissions d'indemnisation sont soumises au contrôle du ministère de l'Intérieur et du préfet compétent.

### *2. Décret sur l'indemnisation des dommages résultant du terrorisme ou de la lutte contre le terrorisme*

53. Le 20 octobre 2004, le Conseil des ministres a adopté le décret n° 25619 en vue de l'application de la loi d'indemnisation. Ce texte définit les fonctions des commissions d'indemnisation ainsi que la procédure à suivre par celles-ci et devant celles-ci, et donne des précisions sur le calcul et le versement de l'indemnité pour atteinte à la vie, à l'intégrité physique ou aux biens.

### *3. Autres dispositions internes*

54. L'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire *Doğan et autres* (précité, §§ 68-88) présente les autres dispositions du droit interne pertinent à l'époque des faits, ainsi que des informations générales.

## GRIEFS

55. Le requérant se plaint du refus des autorités de le laisser regagner son village et ses terres. Il allègue la violation des articles 1, 6, 7, 8, 13, 14 et 17 de la Convention et de l'article 1 du Protocole n° 1.

## EN DROIT

### **A. Grief tiré des articles 8 de la Convention et 1 du Protocole n° 1**

56. Le requérant allègue que le refus des autorités de lui permettre de regagner son village et ses terres a emporté violation des articles 8 de la Convention et 1 du Protocole n° 1, qui disposent en leurs passages pertinents :

### Article 8 de la Convention

«1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale [et] de son domicile (...)

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.»

### Article 1 du Protocole n° 1

«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 régler l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes.»

#### 1. Thèses des parties

##### a) Thèse du Gouvernement

57. Soulevant une exception quant à la compétence de la Cour, le Gouvernement arguë que le requérant n'a pas épuisé les voies de recours internes ni respecté le délai de six mois prévu à l'article 35 § 1 de la Convention.

58. Il affirme que le requérant n'a pas épuisé les voies de recours internes en ce qu'il n'a pas usé du nouveau recours instauré par la loi d'indemnisation du 27 juillet 2004. A cet égard, il soutient que le mécanisme mis en place à la suite de l'arrêt *Doğan et autres* du 29 juin 2004 est de nature à redresser les griefs du requérant et présente des perspectives raisonnables de succès.

59. Après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, des commissions d'indemnisation ont été créées au sein de soixante-seize départements. En moins d'une année, 170 000 demandes ont été déposées auprès de ces organes, ce qui démontre clairement l'accessibilité à tous de la nouvelle voie de droit et la confiance des citoyens dans le bon fonctionnement de ce nouveau recours interne. Les commissions d'indemnisation continuent à recevoir des demandes et il est prévu de modifier la loi de manière à prolonger d'une année supplémentaire (c'est-à-dire jusqu'au 27 juillet 2006) le délai imparti pour saisir une commission d'indemnisation. Les sommes allouées par les commissions prouvent également que le recours en question est effectif et qu'il permet d'obtenir gain de cause (paragraphes 28-40 ci-dessus).



60. Le Gouvernement affirme qu'actuellement aucun obstacle n'empêche le requérant de regagner son village et que la nouvelle loi lui permet de demander réparation du dommage qu'il a subi du fait de l'impossibilité d'accéder à ses biens situés dans son village. Le Gouvernement estime que des griefs tels que ceux formulés en l'espèce doivent en principe être redressés en vertu du droit interne. Aussi la nouvelle loi d'indemnisation – qui s'inspire des principes directeurs énoncés par la Cour dans l'arrêt *Doğan et autres* – a-t-elle été adoptée pour permettre aux autorités turques de redresser au niveau interne les griefs fondés sur la Convention émanant de personnes ayant subi un préjudice à cause du terrorisme ou d'actions menées par les forces de sécurité pour lutter contre le terrorisme. Par ailleurs, cette loi vise à alléger la charge de travail de la Cour en réduisant le nombre de requêtes introduites devant celle-ci.

61. En conséquence, le Gouvernement prie la Cour de reconnaître qu'il existe au niveau interne un recours effectif pour le traitement des «requêtes concernant le retour au village» et de rejeter la présente requête pour non-épuisement des voies de recours internes, au sens de l'article 35 §§ 1 et 4 de la Convention.

62. A titre subsidiaire, le Gouvernement affirme qu'il existe des recours administratifs, pénaux et civils propres à remédier à la situation dénoncée par le requérant et à déboucher sur une indemnisation (*Doğan et autres*, précité, §§ 94-97). Il soutient que par ailleurs le requérant n'a pas respecté le délai de six mois prévu à l'article 35 § 1 de la Convention puisqu'il n'a saisi les autorités qu'en 2001, alors que les incidents dont il tire grief sont survenus en 1994.

#### **b) Thèse du requérant**

63. Le requérant conteste les arguments du Gouvernement et allègue que le nouveau recours créé par la loi d'indemnisation du 27 juillet 2004 ne saurait passer pour effectif.

64. Il critique avant tout la composition des commissions d'indemnisation. S'appuyant sur les considérations exposées par la Cour dans sa décision sur la recevabilité concernant l'affaire *Xenides-Arestis c. Turquie* ((déc.), n° 46347/99, 2 septembre 2004), le requérant fait valoir que les commissions d'indemnisation ne sauraient être considérées comme des «autorités nationales» à même d'offrir un recours effectif au sens de l'article 13 de la Convention. A cet égard, il souligne que ces organes se composent de six fonctionnaires désignés par un préfet et d'un avocat nommé par l'ordre des avocats de chaque département. Il estime dans ces conditions que les membres de ces commissions n'ont pas suffisamment de garanties pour pouvoir agir de façon impartiale et indépendante à l'égard de leurs supérieurs hiérarchiques.

65. Le requérant affirme que la procédure suivie par les commissions d'indemnisation n'est pas contradictoire, dès lors que les déclarations de règlement amiable établies par elles sont soumises à l'approbation du préfet ou du ministre de l'Intérieur. Les commissions ne communiquent pas au demandeur les documents fournis par les autorités, privant ainsi l'intéressé de la possibilité de présenter des preuves contraires à l'appui de sa demande. De plus, l'article 8 de la loi d'indemnisation ne fait référence qu'à la négligence du demandeur et ne tient pas compte de la faute ou de la négligence des autorités dans l'appréciation du préjudice subi par l'intéressé.

66. Le requérant souligne également que l'article 7 de la loi d'indemnisation ne vise pas tous les types de préjudices et interprète de façon restrictive la notion de «biens», définie par la Cour comme couvrant les revenus tirés des terres de pacage, des zones de parcours et des fonds forestiers, ainsi que de l'élevage et de l'exploitation du bois (*Doğan et autres*, précité, § 139). De plus, cette loi ne s'étend pas aux préjudices moraux subis par les personnes déplacées et n'envisage que les dommages matériels. A supposer même qu'un préjudice moral puisse être invoqué devant les juridictions administratives, cela ne constitue pas un recours effectif, eu égard au délai légal prévu par le droit administratif (une demande devant être déposée auprès d'un tribunal administratif dans un délai d'un an à compter de la survenance de l'acte litigieux).

67. Le requérant considère en outre que sa requête ne doit pas être déclarée irrecevable sur la base de la nouvelle exception préliminaire soulevée par le Gouvernement, dès lors qu'elle remplissait toutes les conditions de recevabilité au moment de son introduction auprès de la Cour. Il indique que l'exception de non-épuisement des voies de recours internes a déjà été examinée et rejetée par la Cour dans son arrêt relatif à l'affaire *Doğan et autres* (arrêt précité, § 110), laquelle affaire soulevait des questions similaires à celles que pose sa requête. Dans l'«arrêt pilote» susmentionné, la Cour aurait constaté l'existence d'un problème systémique et structurel ayant touché au moins 380 000 personnes et conduit au dépôt d'environ 1 500 requêtes auprès de la Cour. A cet égard, l'intéressé estime que la Cour devrait traiter le problème de la même manière que dans l'affaire *Broniowski c. Pologne* ((règlement amiable) [GC], n° 31443/96, §§ 35-36, CEDH 2005-IX). Ainsi, il soutient que la solution la plus efficace, dans son cas et pour d'autres «requêtes concernant le retour au village», serait de parvenir à un règlement amiable avec l'assistance de la Cour.

68. Enfin, le requérant allègue que les recours administratifs, pénaux et civils évoqués par le Gouvernement sont ineffectifs et n'offrent aucune perspective de succès quant à ses griefs. Il ajoute qu'il a respecté le délai de six mois étant donné que les actes qu'il dénonce s'analysent en une situation continue.

## 2. *Appréciation de la Cour*

### a) **Principes généraux**

69. La Cour rappelle que la règle de l'épuisement des voies de recours internes, énoncée à l'article 35 § 1 de la Convention, vise à ménager aux Etats contractants l'occasion de prévenir ou de redresser les violations alléguées contre eux avant que la Cour n'en soit saisie. Cette règle impose donc aux requérants l'obligation d'utiliser auparavant les recours qu'offre le système juridique de leur pays, dispensant ainsi les Etats de répondre de leurs actes devant la Cour européenne. La règle de l'article 35 § 1 se fonde toutefois sur l'hypothèse que l'ordre interne offre un recours effectif quant à la violation alléguée (voir, par exemple, *Kudła c. Pologne* [GC], n° 30210/96, § 152, CEDH 2000-XI, arrêt cité dans *Charzyński c. Pologne* (déc.), n° 15212/03, CEDH 2005-V, et dans *Tadeusz Michalak c. Pologne* (déc.), n° 24549/03, 1<sup>er</sup> mars 2005).

70. A cet égard, la charge de la preuve pèse avant tout sur le Gouvernement excipant du non-épuisement, lequel doit convaincre la Cour qu'un recours effectif était disponible tant en théorie qu'en pratique à l'époque des faits, c'est-à-dire qu'il était accessible, était susceptible d'offrir au requérant la réparation de ses griefs et présentait des perspectives raisonnables de succès. Une fois cela démontré, il revient en revanche au requérant d'établir soit que le recours évoqué par le Gouvernement a de fait été employé, soit que, pour une raison quelconque, il n'était ni adéquat ni effectif compte tenu des faits de la cause, soit encore que, en raison de circonstances particulières, il n'avait pas à être exercé (*Akdivar et autres c. Turquie*, 16 septembre 1996, §§ 65-69, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-IV, et *Menteş et autres c. Turquie*, 28 novembre 1997, § 57, *Recueil* 1997-VIII).

71. Cependant, selon les «principes de droit international généralement reconnus», certaines circonstances particulières peuvent dispenser le requérant de l'obligation d'épuiser les voies de recours internes qui s'offrent à lui. Toutefois, 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 (*Brusco c. Italie* (déc.), n° 69789/01, CEDH 2001-IX).

72. L'épuisement des voies de recours internes s'apprécie normalement à la date d'introduction de la requête devant la Cour. Cependant, comme la Cour l'a indiqué maintes fois, cette règle ne va pas sans des exceptions, qui peuvent être justifiées par les circonstances particulières de chaque cas d'espèce (*Baumann c. France*, n° 33592/96, § 47, 22 mai 2001, et *Brusco*, décision précitée). La Cour s'est en particulier écartée de cette règle générale dans des requêtes contre l'Italie, la

Croatie, la Slovaquie et la Pologne concernant des recours formés pour durée excessive d'une procédure (*Brusco*, décision précitée, *Nogolica c. Croatie* (déc.), n° 77784/01, CEDH 2002-VIII, *Andrášik et autres c. Slovaquie* (déc.), n<sup>os</sup> 57984/00, 60226/00, 60237/00, 60242/00, 60679/00, 60680/00 et 68563/01, CEDH 2002-IX, et *Charzyński et Tadeusz Michalak*, décisions précitées).

**b) Application en l'espèce des principes généraux précités**

73. La Cour rappelle qu'elle a déjà examiné et rejeté les exceptions soulevées par le Gouvernement relativement au non-épuisement des recours administratifs, pénaux et civils ainsi qu'au délai de six mois pour ce qui est des «requêtes concernant le retour au village» dans son arrêt pilote *Doğan et autres* (précité, §§ 102-114). Ne voyant dans la présente requête aucune circonstance particulière qui lui imposerait de s'écarter de ses conclusions dans l'affaire susmentionnée, elle rejette ces exceptions en l'espèce également.

74. En conséquence, la Cour doit limiter son examen au nouveau recours créé par la loi d'indemnisation du 27 juillet 2004 et déterminer si l'exception du Gouvernement selon laquelle le requérant n'a pas utilisé ce recours interne particulier est fondée.

75. A cet égard, la Cour observe d'emblée que le requérant peut à présent regagner son village sans que les autorités y mettent aucun obstacle (paragraphe 60 ci-dessus). Cela n'est d'ailleurs pas contesté par le requérant. S'agissant du nouveau recours en question, elle relève qu'en vertu de l'article 6 de la loi d'indemnisation les personnes ayant subi un préjudice à cause du terrorisme ou de mesures prises par les autorités pour lutter contre le terrorisme peuvent déposer une demande auprès de la commission d'indemnisation compétente (paragraphe 48 ci-dessus). Pareille demande peut être étayée par toute information ou tout document (paragraphe 49 ci-dessus). L'article 7, qui dresse la liste des types de préjudices à indemniser, couvre les dommages subis par les personnes qui, à l'instar du requérant, se sont trouvées dans l'impossibilité d'accéder à leurs biens en raison d'actions menées par les autorités (paragraphe 45 ci-dessus). Après évaluation du préjudice subi par le demandeur, la commission d'indemnisation établit une déclaration de règlement amiable et adresse une offre au demandeur (paragraphe 50 ci-dessus). Si celui-ci l'accepte, il signe la déclaration, après quoi le ministère de l'Intérieur verse le montant indiqué dans ce document (paragraphe 50 et 51 ci-dessus). Le demandeur peut néanmoins refuser le montant proposé par la commission et chercher à obtenir un redressement auprès des juridictions de droit commun (*ibidem*).

76. Les éléments qui précèdent font apparaître que le requérant a la faculté de demander, en vertu de la nouvelle loi, réparation du dommage

qu'il allègue avoir subi en raison du refus des autorités de le laisser accéder à ses biens pendant un laps de temps important.

77. Concernant le caractère effectif du recours en question, la Cour observe que les commissions d'indemnisation semblent opérationnelles dans soixante-seize départements – notamment ceux de Tunceli et Diyarbakır, que l'on peut considérer comme l'épicentre du phénomène de déplacement interne – et que 170 000 personnes ont déjà saisi ces organes (paragraphe 14 ci-dessus). Au vu des nombreuses décisions présentées par le Gouvernement à titre d'exemples, il apparaît que les personnes ayant subi un préjudice – en raison d'un déni d'accès ou d'un dommage à leurs biens, d'un décès ou d'un dommage corporel – parviennent à obtenir réparation au moyen du recours offert par la loi d'indemnisation (paragraphe 28-40 ci-dessus). Ainsi, ces décisions démontrent que ledit recours est disponible tant en théorie qu'en pratique.

78. S'appuyant sur les conclusions de la Cour dans l'affaire *Xenides-Arestis* (précitée), le requérant critique toutefois la composition des commissions d'indemnisation et arguë que celles-ci ne suivent pas une procédure de caractère contradictoire. La Cour estime que les circonstances de l'espèce se distinguent de celles de l'affaire *Xenides-Arestis*. Dans celle-ci, la raison ayant conduit la Cour à exprimer sa préoccupation au sujet de la composition de la commission d'indemnisation tenait au fait que la majorité de ses membres résidaient dans des maisons appartenant à des Chypriotes grecs ou construites sur des terrains appartenant à des Chypriotes grecs, et que dès lors il existait un conflit d'intérêts potentiel de nature à influencer indûment sur les décisions de la commission d'indemnisation.

79. En l'espèce, la Cour ne voit aucun élément susceptible de mettre en cause la composition des commissions d'indemnisation et la procédure suivie par celles-ci. Ces organes n'assument pas la fonction de « tribunal » et n'ont donc nul besoin de suivre une procédure contradictoire au sens de l'article 6 de la Convention. Compte tenu des tâches qui leur sont attribuées et des différents membres qui y siègent en raison de leurs compétences dans divers domaines, les commissions d'indemnisation ne servent aux autorités qu'à déterminer le préjudice subi par les demandeurs et à présenter des propositions de règlement amiable, soit en nature soit en argent.

80. En ce qui concerne l'interprétation restrictive que les commissions d'indemnisation feraient de la notion de « biens » figurant à l'article 1 du Protocole n° 1, la Cour observe que les décisions de ces organes démontrent qu'une réparation peut être obtenue non seulement pour un dommage causé à des biens mais également pour la privation d'un large éventail d'activités économiques, comme une perte de revenus tirés de l'agriculture, de l'exploitation du bois ou de l'élevage (paragraphe 29-32 ci-dessus).

81. En outre, s'il est vrai que la loi d'indemnisation mentionne uniquement la faculté de demander réparation d'un préjudice matériel (paragraphe 44 ci-dessus), son article 12 semble néanmoins ouvrir la voie à la possibilité de solliciter la réparation d'un préjudice moral devant les juridictions administratives (paragraphe 50 ci-dessus).

82. Compte tenu de ce qui précède, la Cour n'est pas convaincue par les arguments du requérant et estime que les dispositions de la loi d'indemnisation sont à même de redresser de manière adéquate les griefs fondés sur la Convention émanant de personnes qui se sont vu refuser l'accès à leurs biens situés sur leur lieu d'habitation et, en conséquence, que ces dispositions satisfont au critère d'«effectivité» établi dans l'arrêt *Doğan et autres*.

83. Concernant l'affirmation du requérant selon laquelle il n'était pas tenu d'utiliser le nouveau recours offert par la loi d'indemnisation – entrée en vigueur après l'introduction de la présente requête –, la Cour reconnaît, ainsi qu'elle l'a indiqué plus haut (paragraphe 72 ci-dessus), que l'épuisement des voies de recours internes s'apprécie normalement à la date d'introduction de la requête devant elle. Cependant, dans des cas exceptionnels, elle peut adopter une position différente et s'écarter de cette règle si les circonstances des affaires concernées le justifient (voir les décisions *Charzyński et Tadeusz Michalak*, précitées). La Cour estime que dans la présente affaire plusieurs éléments militent en faveur d'une exception à cette règle. Comme cela a été relevé ci-dessus, l'article 7 c) de la loi d'indemnisation couvre le type de dommage subi par le requérant et lui permet de demander réparation. De plus, il apparaît que la loi d'indemnisation a été adoptée pour redresser au niveau interne les griefs fondés sur la Convention émanant de personnes dont les requêtes, pendantes devant la Cour, soulèvent des questions semblables à celles posées dans l'affaire *Doğan et autres* (paragraphe 60 ci-dessus). En outre, la pratique récente des commissions d'indemnisation montre que le nouveau recours est accessible et qu'il offre des perspectives raisonnables de succès (paragraphe 28-40 ci-dessus).

84. De surcroît, comme le requérant l'a souligné (paragraphe 67 ci-dessus), la démarche la plus appropriée dans les situations où la Cour relève des défaillances structurelles ou générales dans le droit ou la pratique internes consiste à prier l'Etat défendeur de réexaminer l'effectivité des recours existants et, le cas échéant, de mettre en place des recours effectifs, afin d'éviter que des affaires répétitives ne soient portées devant la Cour (*Broniowski c. Pologne* [GC], n° 31443/96, § 191, CEDH 2004-V). Une fois un tel défaut identifié, il incombe aux autorités nationales, sous le contrôle du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, de prendre, rétroactivement s'il le faut, les mesures de redressement nécessaires conformément au principe de subsidiarité de la

Convention, de manière que la Cour n'ait pas à réitérer son constat de violation dans une longue série d'affaires comparables (*ibidem*, § 193). Dans le cas contraire, une telle situation risque à long terme de nuire au bon fonctionnement du mécanisme de protection des droits de l'homme créé par la Convention.

85. Ainsi, la Cour fait observer que dans son arrêt *Doğan et autres* elle a déjà constaté l'existence d'un problème structurel ayant trait aux personnes déplacées et indiqué des mesures pouvant être adoptées afin de mettre un terme à la situation systémique qui prévaut en Turquie. A la suite de l'arrêt susmentionné, les autorités de l'Etat défendeur ont pris diverses mesures, dont l'adoption de la loi d'indemnisation du 27 juillet 2004, en vue de redresser les griefs fondés sur la Convention émanant de personnes qui se sont vu refuser l'accès à leurs biens situés dans leur village. Dès lors, le Gouvernement peut passer pour avoir satisfait à son obligation de se pencher sur la situation systémique en cause et d'instaurer un recours effectif. Par ailleurs, la Cour prend acte de l'engagement du Gouvernement à modifier la loi d'indemnisation de manière à prolonger d'une année le délai imparti pour saisir une commission d'indemnisation.

86. A la lumière de ce qui précède, la Cour estime que l'article 35 § 1 de la Convention impose au requérant de saisir la commission d'indemnisation compétente, en vertu de la loi du 27 juillet 2004, pour demander réparation du dommage qu'il a subi en raison de l'impossibilité où il s'est trouvé d'accéder à ses biens. Par ailleurs, la Cour ne décèle aucune circonstance exceptionnelle de nature à le dispenser de l'obligation d'épuiser les voies de recours internes.

87. Il s'ensuit que ce grief doit être rejeté en application de l'article 35 §§ 1 et 4 de la Convention pour non-épuisement des voies de recours internes.

## **B. Grief tiré de l'article 13 de la Convention**

88. Le requérant se plaint de l'absence de recours interne effectif propre à redresser ses griefs au regard de la Convention. Il 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. »

89. Le Gouvernement combat cette allégation en soulignant qu'il existe des recours internes effectifs dont le requérant n'a pas usé.

90. La Cour a déjà constaté que la loi d'indemnisation offre bien au requérant un recours effectif qu'il peut utiliser pour se plaindre du fait

qu'on lui aurait refusé l'accès à ses biens. Cette conclusion vaut également dans le contexte du grief tiré de l'article 13 de la Convention.

91. Il s'ensuit que ce grief est manifestement mal fondé et qu'il y a lieu de le rejeter en application de l'article 35 §§ 3 et 4 de la Convention.

### **C. Griefs tirés des articles 1, 7, 14 et 17 de la Convention**

92. Le requérant allègue enfin que ses droits au regard des articles 1, 7, 14 et 17 de la Convention ont été violés à raison du refus des autorités de le laisser accéder à ses biens.

93. A cet égard, le Gouvernement se borne à contester la base factuelle des griefs énoncés.

94. La Cour fait observer que dans son arrêt pilote *Doğan et autres* (précité, §§ 118-133) elle a examiné des griefs analogues à ceux que formule le requérant en l'espèce et qu'elle les a jugés dénués de fondement. Elle ne voit pas, dans la présente affaire, de circonstances particulières qui pourraient justifier qu'elle s'écarte des conclusions auxquelles elle est parvenue dans l'affaire susmentionnée.

95. Il s'ensuit que ces griefs sont manifestement mal fondés et qu'il y a lieu de les rejeter en application de l'article 35 § 3 de la Convention.

Par ces motifs, la Cour, à l'unanimité,

*Déclare* la requête irrecevable.



HINGITAO 53 AND OTHERS v. DENMARK  
(Application no. 18584/04)

FIRST SECTION<sup>1</sup>

DECISION OF 12 JANUARY 2006<sup>2</sup>

- 
1. Sitting as a Chamber composed of Christos Rozakis, *President*, Loukis Loucaides, Françoise Tulkens, Peer Lorenzen, Nina Vajić, Dean Spielmann, Sverre Erik Jebens, *judges*, and Søren Nielsen, *Section Registrar*.
  2. English original.



SUMMARY<sup>1</sup>**Forced relocation of Inughuit in Greenland in the 1950s****Article 1 of Protocol No. 1**

*Peaceful enjoyment of possessions – Deprivation of property – Forced relocation of Inughuit in Greenland in the 1950s – Relocation of applicants from native village and prohibition on hunting – Instantaneous act – Incompatibility ratione temporis – Compensation granted and various measures taken by Danish courts and government – Fair balance struck*

\*  
\*   \*

The applicants comprised over 400 individuals from the Thule District in Greenland, and Hingitaaq 53, a group that represented the interests of relocated Inughuit (the Thule Tribe) and their descendants in a legal action against the Danish government. After the Second World War, in 1951, Denmark and the United States signed a treaty on the defence of Greenland and an American air base was established amidst the applicants' hunting grounds and in the vicinity of their native village site Uummanaaq (then called Thule). In 1953 the United States government requested permission to expand the base to cover the whole of the Dundas Peninsula. The request was granted, with the consequence that the Thule Tribe was forcibly relocated outside the defence area in May 1953. In the late 1950s and early 1960s, the tribe sought compensation from the Ministry for Greenland for its relocation, but this was refused. In 1979 home rule was introduced in Greenland. In 1985 the Thule Tribe lodged a fresh claim for compensation. This eventually led to new houses being built to replace the original ones from the 1950s, and to an agreement between the Danish government and the home rule government to improve conditions for the Thule municipality in order to remedy the inconveniences resulting from the existence of the military base. In 1986 the United States and Denmark entered into an agreement reducing the area of the base to almost half its original size. In 1987 the Minister of Justice set up a committee to establish the facts of the relocation in 1953. In 1997 the Danish government agreed to donate a substantial amount of money (47,000,000 Danish kroner (DKK)) towards the cost of a new airport in Thule. In 1999 the Danish Prime Minister formally apologised for the forced relocation.

In the meantime, in 1996, the applicants brought a case against the Prime Minister's Office before a Danish High Court, seeking declarations that they had the right to live in and use their native settlement as well as the right to move, stay and hunt in the entire Thule District. They further sought compensation for the tribe as a whole as well as for individual members.

---

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

In 1999 the High Court, having found that the applicants' claims had not become time-barred, dismissed the requests for a declaratory judgment but granted compensation to the tribe and individual members. It noted that the Thule Air Base had been legally established under the 1951 defence agreement, the adoption and content of which had been in accordance with Danish law; that the relevant population could be regarded as a tribal people; that the substantial restriction of access to hunting and fishing caused by the establishment of the Thule Air Base in 1951 and the eviction of the tribe in 1953 had amounted to such serious interferences that they had to be regarded as expropriations; that the tribe had been afforded too little time to prepare their departure; and that even though at the relevant time expropriations could be carried out in Greenland without statutory authority, pursuant to Article 73 of the United Nations Charter, the Danish government had had international obligations towards Greenland.

The High Court awarded the tribe DKK 500,000 (approximately 66,600 euros (EUR)) in compensation for its eviction and loss of hunting rights, while individual applicants received awards of approximately EUR 2,000 or EUR 3,000, depending on their age at the material time. The Supreme Court unanimously upheld the High Court's judgment.

#### *Held*

Article 1 of Protocol No. 1: (a) *Interferences that occurred in the 1950s*: The interferences that occurred in the 1950s had consisted, firstly, of the substantial restriction of Inughuit access to hunting and fishing as a result of the establishment of the Thule Air Base in 1951 and, secondly, of the relocation of the population from their native site in May 1953. Deprivation of ownership or of another right *in rem* was in principle an instantaneous act and did not produce a continuing situation. The Convention only governed, for each Contracting Party, facts subsequent to its entry into force with respect to that Party. As regards Denmark, the Convention had come into force in September 1953 and Protocol No. 1 in May 1954. Accordingly, the Court had no jurisdiction in this respect: incompatible *ratione temporis*.

(b) *Outcome of the 1996-2003 court proceedings*: The Danish courts had found that both the substantial restriction of access to hunting and fishing as a result of the establishment of the Thule Air Base in 1951 and the forced relocation of the tribe in 1953 had to be considered acts of expropriation carried out in the public interest. This was not an arbitrary interpretation by the Danish courts and it was primarily for the national authorities, notably the courts, to interpret and apply domestic law.

The Court then turned to the question whether the Danish courts had struck a "fair balance" in their judgments between the general interest of the community and the need to protect the individual's fundamental rights. Both the High Court and the Supreme Court had found that the applicants' claims for compensation had not become time-barred and that, owing to the Danish authorities' failure in the past to examine and specify the loss suffered, the burden of proof for the loss incurred had to be eased. The courts had taken into account, on the one hand, the fact that the relocation of the tribal population had been decided and carried out in such a way and under such circumstances as to constitute unlawful conduct. On

the other hand, substitute housing and various other facilities had been built for the families, and eventually the tribe had been granted compensation for its relocation and loss of hunting rights and individual applicants had been granted compensation for non-pecuniary damage. Furthermore, after 1985 new houses had replaced the original houses from the 1950s; in 1986 the United States and Denmark had entered into an agreement reducing the area of the base to almost half its original size; and in 1997 the Danish government had agreed to donate a considerable sum towards the cost of a new airport in Thule. Against this background, the Court found that the national authorities had struck a fair balance between the proprietary interests of the persons concerned: manifestly ill-founded.

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

- James and Others v. the United Kingdom*, 21 February 1986, Series A no. 98  
*Brualla Gómez de la Torre v. Spain*, 19 December 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-VIII  
*Iatridis v. Greece* [GC], no. 31107/96, ECHR 1999-II  
*Malhous v. the Czech Republic* (dec.) [GC], no. 33071/96, ECHR 2000-XII  
*Glässner v. Germany* (dec.), no. 46362/99, ECHR 2001-VII  
*Kopecký v. Slovakia* [GC], no. 44912/98, ECHR 2004-IX  
*Von Maltzan and Others v. Germany* (dec.) [GC], nos. 71916/01, 71917/01 and 10260/02, ECHR 2005-V



...

## THE FACTS

The applicants are 428 individuals from the Thule District in Greenland, and Hingitaaq 53, a group that represents the interests of relocated Inughuit (the Thule Tribe) and their descendants in a legal action against the Danish government. They were represented before the Court by Mr C. Harlang, a lawyer practising in Copenhagen.

### A. The circumstances of the case

The facts of the case, as submitted by the parties, may be summarised as follows.

The population of Greenland (approximately 55,000) is predominantly Inuit, a people bearing an affinity and solidarity with the Inuit populations of Canada, Alaska and Siberia.

In the north-west of Greenland the Inuit people are Inughuit (also known as the Thule Tribe), a people living from hunting and fishing, who entered Greenland from Canada in around 2000 BC. They lived in complete isolation until 1818, following which they received visits by whalers and expeditions.

In 1909 the Danish polar researcher Knud Rasmussen established a commercial trading station and privately initiated a colonisation of the area, which he called the Thule District. By a decree of 10 May 1921, the Thule District was incorporated into the Danish colonial area in Greenland. In order to preserve the people's way of life, in 1927 Knud Rasmussen established a Hunters' Council (*Fangerråd*), which adopted the "Laws of the Cape York Station Thule". In 1937 Denmark took over the trading station.

During the Second World War, after the German occupation of Denmark in 1940, the United States of America invoked the Monroe Doctrine in respect of Greenland and reached an agreement in 1941 with the Danish minister at Washington that permitted the establishment of US military bases and meteorological stations. Thus, in 1946, among other places in Greenland, a so-called weather station was built in the Thule District. It appears that the Hunters' Council received a sum of approximately 200 Danish kroner (DKK) in compensation for this.

After the war, Denmark and the United States signed a treaty on the defence of Greenland, which was approved on 18 May 1951 by the Danish parliament (called *Rigsdagen* at the relevant time) and came into force on 8 June 1951.

Consequently, an American air base was established at the Dundas Peninsula in the Thule District amidst the applicants' hunting grounds

and in the vicinity of the applicants' native village site, Uummanaq (then called Thule).

As part of the base a 3 km-long airstrip was built, together with housing and facilities intended to accommodate 4,000 people. There appears to be dispute as to the exact size of the defence area at the relevant time and how much of it the Inughuit were excluded from. The applicants alleged that the defence area amounted to 2,743 km<sup>2</sup>.

It is common ground, however, that Inughuit access to hunting and fishing was increasingly restricted and that the activities at the base eventually had a detrimental effect on the wildlife in the area.

In the spring of 1953 the United States wished to establish an anti-aircraft artillery unit as well and requested permission to expand the base to cover the whole Dundas Peninsula. The request was granted, with the consequence that the Thule Tribe was evicted and had to settle outside the defence area. The tribe was informed of this on 25 May 1953 and within a few days, while they could still travel over the frozen sea ice with dog sleds, twenty-six families, consisting of 116 people, left Uummanaq, leaving behind their houses, a hospital, a school, a radio station, warehouses, a church and a graveyard (the family houses were later burned down and the church was moved to another village on the west coast).

Most of the families chose to move to Qaanaaq, more than 100 km north of Uummanaq, where they lived in tents until September 1953, when substitute housing was built for them (altogether twenty-seven wooden houses), together with facilities for a new village (including a school, a church, a hospital, administration buildings, a power station and road facilities). Also, food supplies and equipment were handed out to the families.

The total cost of the relocation amounted to approximately DKK 8.65 million (equivalent to 1.15 million euros (EUR)), of which the United States paid 700,000 United States dollars (USD), equivalent to DKK 4.9 million. It is estimated that the families' yearly income on average at the relevant time amounted to DKK 1,500.

On 5 June 1953 a new Danish Constitution was passed (replacing the previous one of 1849). It extended to all parts of the Kingdom of Denmark, including Greenland, which thus became an integral part of Denmark.

Subsequently, by Resolution 849 (IX) of 22 November 1954 the United Nations General Assembly approved the constitutional integration of Greenland into the Danish realm and deleted Greenland from the list of non-self-governing territories.

At the Hunters' Council's meeting in 1954 the question of compensation for the Thule Tribe's relocation arose for the first time, but not until after their meetings in 1959 and 1960 did they submit formal



requests to the Ministry for Greenland. The latter requested a statement by the Chief of Greenland (*Landshøvdingen*), who submitted his reply on 3 December 1960. What happened subsequently is in dispute, but the authorities claimed that the file had disappeared. It reappeared in 2000. It is undisputed, however, that neither the Hunters' Council nor the Thule Tribe received a decision on their requests.

In 1979 home rule was introduced in Greenland, a scheme which left most of the important decision-making, excluding the areas of foreign policy and defence, to the home rule government (*Landsstyret*).

In 1985, following the publication of a book on the Thule Tribe and the Thule Air Base (*Thule – fangerfolk og militæranlæg*), the Thule Tribe lodged a fresh claim for compensation via the municipality of Qaanaaq.

As a result, several meetings were held between the Minister for Greenland, the municipality of Qaanaaq, and a working group appointed to safeguard the interests of the applicants. This led, *inter alia*, to the building of new houses to replace the original houses from the 1950s, and to an agreement between the Danish government and the home rule government to coordinate a plan to improve the conditions of the Thule municipality *vis-à-vis* its military neighbour in order to remedy the inconveniences resulting from the existence of the military base. The plan was implemented in the period 1985-86. Thus, on 30 September 1986 the United States and Denmark entered into an agreement reducing the area of the base to almost half its original size. Moreover, the Danish government and the home rule government agreed to seek a solution concerning an improvement in the use of the military base for additional civilian traffic and to create a civilian transit area funded by the Danish government.

Finally, on 4 June 1987 the Minister of Justice set up a review committee instructed to submit a report establishing the facts of the Thule Tribe's relocation in 1953. The committee consisted of a High Court judge, a senior archivist and a vice-bishop. As part of the review, numerous people gave statements to the committee, which submitted its report in December 1994.

The home rule government made some very critical observations on the conclusions of the report, but found that the material that had been obtained as its basis had been satisfactory, apart from the above-mentioned file that had apparently disappeared within the Ministry for Greenland and some security-related documents to which the committee had been unable to obtain access.

On 31 January 1997, in order to resolve the Thule dispute, the Prime Minister's Office (*Statsministeriet*) and the Premier of the home rule government (*Formanden for det Grønlandske Hjemmestyre*) entered into an agreement whereby the former agreed to donate DKK 47,000,000 towards the cost of a new airport in Thule.

In the meantime, on 20 December 1996 the applicants had brought a case against the Prime Minister's Office before the High Court of Eastern Denmark (*Østre Landsret*), seeking a declaration

(1) that they had the right to live in and use their native settlement in Uummanaq/Dundas in the Thule District;

(2) that they had the right to move, stay and hunt in the entire Thule District;

(3) that the Thule Tribe was entitled to compensation in the amount of DKK 25,000,000 (approximately EUR 3,333,333); and

(4) that each individual was entitled to compensation in the amount of DKK 250,000 (approximately EUR 33,333).

The applicants had been granted free legal aid to bring their case, although this was restricted so that their claim for compensation could amount to a maximum of DKK 25,000,000 instead of DKK 136,200,000 (approximately EUR 18,169,000), which was the amount that they had originally intended to claim.

Before the High Court numerous ethnographical, geographical, historical, political and autobiographical reports, books and minutes, *inter alia*, were submitted on the issue, including the report of December 1994 by the review committee. Witnesses gave evidence and the High Court visited the relevant areas in Greenland. In addition, experts were appointed to produce a report on the development of hunting in the Thule District. It was submitted on 29 January 1999.

On 20 August 1999 the High Court of Eastern Denmark delivered its judgment, which ran to 502 pages. It found, in particular: that the Thule Air Base had been legally established under the 1951 defence agreement, the adoption and content of which had been in accordance with Danish law; that the population at the relevant time could be regarded as a tribal people as this concept was now defined in Article 1.1 (a) of the International Labour Organisation's Convention no. 169 of 27 June 1989 concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries ("the ILO convention"); that the substantial restriction of access to hunting and fishing caused by the establishment of the Thule Air Base in 1951 and the eviction of the tribe from the Thule District in May 1953 had amounted to such serious interferences that they had to be regarded as expropriations; that the tribe had had too little time to prepare their departure; that expropriations could be carried out in Greenland at the relevant time without statutory authority; but that at the relevant time, pursuant to Article 73 of the United Nations Charter (*FN Pagten*), the Danish government had had international obligations towards Greenland, as was confirmed by section 45 of the Greenland Administration Act of 1925 (*Loven af 1925 om Grønlands styrelse*); and that the applicants' claims had not become time-barred.

Since the exercise of the rights claimed by the applicants according to the wording of claims (1) and (2) would be incompatible with the presence of the American air base, and having regard to its finding concerning the legal basis for the establishment of the base, the High Court found that claims (1) and (2) could not be allowed, but that claims (3) and (4) should be allowed in part.

In order to assess the compensation to be granted, the High Court took into consideration various accounts, minutes, witness statements and historical and political descriptions but stated that the material did not give an unambiguous and objective picture. In addition, the change in hunting possibilities had to be taken into account. The High Court found it established, for example, that fox hunting, which in 1953 had represented a very significant part of the Thule Tribe's hunting, had become more difficult since the distance to the fox-hunting fields had increased after the tribe's removal. On the other hand, the hunting of seals and narwhals had later become of crucial importance. Having regard to those factors, and to the fact that the Danish authorities in the past had failed to examine and specify the loss suffered, the High Court decided to ease the burden of proof normally required for granting compensation for alleged loss. In addition, it found that the loss should be assessed only up to the mid-1960s, when a new site called Moriussaq had been established between Qaanaaq and Uummannaq in order to adapt to various changes in hunting. Finally, the High Court took into account the fact that substitute housing had been built for the families concerned.

In conclusion, the High Court found that the Thule Tribe should be granted DKK 500,000 (approximately EUR 66,600) in compensation for its eviction and loss of hunting rights in the Thule District.

As regards the applicants' individual claims, the High Court did not find it established that they had suffered pecuniary damage which had not been covered by the substitute housing and the food supplies and equipment handed out to them in the summer of 1953, and the above amount granted to the tribe by way of compensation.

With regard to the claim for non-pecuniary damage, the High Court noted that at the relevant time there had been no legal rules authorising such compensation in relation to Greenland. Nevertheless, having regard to the nature and extent of the interference imposed by the colonial power on an isolated indigenous tribe, the High Court found that the individuals affected in 1953 should be granted an award for non-pecuniary damage. In the assessment of the amount to be awarded, the High Court found it appropriate to deviate from the general principles according to which the calculation of compensation should take as a point of reference the time at which the harm was sustained, in this case 1953, notably because the relevant applicants had been prevented for a long time from having their

claim examined. The age of the individuals at the time of the eviction was also taken into account.

Accordingly, those applicants who at the relevant time were at least 18 years of age were granted DKK 25,000 (approximately EUR 3,333) in compensation for non-pecuniary damage and those who were between 4 and 18 years old were granted DKK 15,000 (approximately EUR 2,000).

In accordance with the applicants' claim, interest was payable on the amounts awarded as from the date on which the case had been brought before the High Court.

In the proceedings before the High Court, the applicants' two counsel were awarded fees of respectively DKK 1,200,000 and DKK 1,000,000 plus value-added tax.

On 2 September 1999, in addition to signing a new agreement aimed at renewing the relationship between the Danish government and the home rule government, the Danish Prime Minister formally apologised to the applicants for the forced relocation of the Inughuit in 1953, stating as follows:

“The Danish High Court has on 20 August 1999 ruled in the case regarding the forced movement of the Thule people in 1953. The Danish High Court states that the Danish authorities acted unlawfully at the time. The forced movement was decided and carried out in such a way, and under such circumstances, that it has to be regarded as a serious encroachment towards the people. We cannot alter the historical events, but we have to answer for them and respect them. With the recent verdict, a limit has been set on the Government's encroachment towards the people.

Today, no one can be made responsible for actions committed by past generations almost 50 years ago. But with the spirit of the Commonwealth, and with respect for Greenland and the inhabitants of Thule, the Government would, on behalf of the Danish State, like to offer an apology – *utoqqatserpugut (mamiasukutugut)* – to the Inughuit, the inhabitants of Thule, and to the rest of Greenland, for the way in which the decision regarding the forced movement was made and carried out in 1953.

We wish to continue and strengthen our collaboration and solidarity between Denmark and Greenland. Danish-Greenlandic cooperation within the Commonwealth shall also in the future be based on mutual respect.

With the amendment of the Constitution in 1953, the citizens of Greenland were made to enjoy the same rights as the Danish people. With the introduction of the Home Rule Government in 1979, Greenland obtained its own parliament, a fact which implied that decisions were and are made closer to the people in the Greenlandic democracy. Any possible repetition of what took place in 1953 is therefore out of the question.

We recognise the achievements we have made through our cooperation and solidarity over the years since 1953. Our Commonwealth has experienced a very positive human, social and economic development for the benefit of the people of Greenland and Denmark.

The Danish Government wishes to strengthen Greenlandic participation in matters to do with foreign policy and in security issues relating to Greenlandic interests.

Dialogue regarding this matter has begun already on the basis of the report of the ‘Anorak’ Committee (committee comprising officials from both the Greenlandic and the Danish Governments), among other things. Representatives of the Greenlandic Government will be included in the negotiation process, when new agreements are made between the Danish Government and foreign States on matters which relate specifically to Greenland.”

On appeal to the Supreme Court (*Højesteret*), the applicants argued that pursuant to Article 1.1 (b) of the ILO convention, they had to be considered a distinct indigenous people separate from the rest of the Greenlandic population, for which reason Articles 1, 12, 14 and 16 of the ILO convention should be applied in particular. They also increased their claim for compensation to DKK 235 million.

Before the Supreme Court all the evidence that had been presented before the High Court was submitted, together with the file from the Ministry for Greenland that had reappeared in 2000. Witnesses also gave evidence.

In a judgment of 28 November 2003, the Supreme Court unanimously upheld the High Court’s judgment and held as follows:

*“The ILO convention*

In order to address the Prime Minister’s Office’s request for their claims to be dismissed, and in support of their own claims, [the applicants] have as their main argument referred to the provisions of the International Labour Organisation’s Convention no. 169 of 27 June 1989 concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries (‘the ILO convention’), particularly Articles 1, 12, 14 and 16. Thus [the applicants] have argued that, pursuant to Article 1.1 (b), the tribe is considered a distinct indigenous people separate from the rest of the Greenlandic population.

The convention became operative for Denmark on 22 February 1997. At the time of ratification, the Greenlandic people as a whole were considered an indigenous people within the meaning of the convention.

In support of its allegation that it is an indigenous people, the Thule Tribe has pointed out that its members descend from the people that lived in the Thule District at the time of the colonisation in 1921, and that its members retain some of their own social, economic, cultural and political institutions. According to its own definition, the Thule Tribe encompasses all descendants of this indigenous population and the descendants’ spouses, irrespective of where they were born and where they live. The members of the tribe see themselves as belonging to one distinct indigenous people.

[The Supreme Court finds that] the assessment of whether or not the Thule Tribe is a distinct indigenous people within the meaning of the ILO convention should be based on current circumstances. In Greenland, there are still regional variations in terms of language, business conditions and judicial systems, caused by the size of the country, communication and traffic conditions, and local natural conditions, among other things. After an overall assessment of the evidence before it, the Supreme Court finds that in all essential respects the population of the Thule District [live under] the same conditions as the rest of the Greenlandic people, and that they do not differ from the latter in any other relevant way. The particulars produced on the difference between the

languages spoken in Qaanaaq and in West Greenland and the Thule Tribe's perception of itself as a distinct indigenous people cannot lead to any other conclusion. The Supreme Court therefore finds that the Thule Tribe does not 'retain some or all of its own social, economic, cultural and political institutions', and that accordingly the Thule Tribe is not a distinct indigenous people for the purposes of Article 1.1 (b) of the ILO convention.

Article 1.1 (a) of the ILO convention also includes 'tribal peoples in independent countries whose social, cultural and economic conditions distinguish them from other sections of the national community and whose status is regulated wholly or partially by their own customs or traditions or by special laws or regulations'. As reasoned above, the Supreme Court finds that the Thule Tribe does not fall within this provision of the convention either.

This interpretation is consistent with the declaration made by the Danish government, endorsed by the Greenlandic home rule government, in connection with the ratification of the ILO convention. According to this declaration, Denmark has 'only one indigenous people' within the meaning of the convention, namely the original inhabitants of Greenland, the Inuit.

In its decision of March 2001 the ILO's Governing Body reached the same conclusion. It thus endorsed the report of 23 March 2001 by the ILO committee that had considered a complaint submitted by the Greenlandic trade union Sulinermik Inuussutissarsiuteqartut Kattuffiat (SIK) concerning Denmark's alleged breach of the convention. The report states that 'there is no basis for regarding the inhabitants of the Uummannaq community as a "people" separate from and different from other Greenlanders' and that 'the territory traditionally inhabited by the Inuit has been identified and consists of the entire territory of Greenland'.

It must be considered established that within the meaning of Article 1.1 of the ILO convention the Thule Tribe does not constitute a tribal people or a distinct indigenous people within or coexisting with the Greenlandic people as a whole. Consequently, the Thule Tribe does not have separate rights under the said convention.

*The Prime Minister's Office's request for the claims to be dismissed*

The fact that the Thule Tribe cannot be considered a tribal people or a distinct indigenous people within the meaning of the ILO convention does not preclude the Thule Tribe from being entitled to take legal action in accordance with the general rules on the matter.

The Prime Minister's Office has not disputed that the organisation Hingitaq 53 may represent the Thule Tribe. As was stated by the High Court, the Thule Tribe must be considered a sufficiently clearly defined group of people. These matters are not altered by the fact that only 422 of the original approximately 600 individual plaintiffs have lodged individual appeals with the Supreme Court. The objection raised by the Prime Minister's Office that the Thule Tribe is not entitled to the claims and that consequently [the tribe] is not the rightful plaintiff cannot result in their dismissal. In view of their substance, Claims 1 and 2 are not so ambiguous that they cannot form the basis of an examination of the case.

For this reason, the Supreme Court [agrees with the High Court] that the [Prime Minister's Office's] request to dismiss the Thule Tribe's Claims 1 and 2 should be rejected. For the same reason, the Supreme Court rejects the request to dismiss Claim 3.

The Supreme Court further agrees that the request to dismiss Claims 1 and 2 in respect of the individual appellants should also be rejected.

*Access to habitation, travelling, hunting and fishing (Claims 1 and 2)*

In support of Claims 1 and 2, [the applicants] have – in addition to the reference to the ILO convention – argued in particular that the Thule Air Base was established illegally because the 1951 US-Denmark Defence Agreement is invalid under constitutional and international law. [The applicants] have also argued that no legal decision to move the settlement was taken.

As was stated by the High Court in section 7.3 of its judgment, the Thule Air Base was established under the 1951 US-Denmark Defence Agreement. The agreement was adopted by the *Rigsdagen* [name of the Danish parliament until 1953] pursuant to Article 18 of the Danish Constitution, as applicable at the relevant time, and accordingly the Supreme Court accepts that a constitutionally valid approval of the establishment of the base existed, although the technical appendix to the agreement was not submitted to the *Rigsdagen*. For this very reason, the agreement is also valid under international law.

The substantial restriction of access to hunting and fishing caused by the establishment of the Thule Air Base in 1951 cannot, for the reasons stated by the High Court in section 7.4, be considered a non-indemnifiable regulation, but an act of expropriation. This expropriation could, as stated by the High Court in section 7.3, be carried out without statutory authority. The Supreme Court therefore finds, for the reasons stated by the High Court, that the substantive law provisions of the Danish Constitution applicable at that time, including Article 80 on the inviolability of property, did not extend to Greenland, that the Greenland Administration Act did not include any claim to statutory authority, and that the question of establishing the base did not fall within the competence of the Hunters' Council.

As was stated by the High Court in section 7.4, the intervention in the Uummannaq settlement and the Thule colony that took place in connection with the decision in 1953 to move the population is also to be considered an act of expropriation. This intervention may also be considered to have been carried out under the 1951 US-Denmark Defence Agreement and the expropriation it entailed could take place without statutory authority.

[The Supreme Court] notes that any inadequate information provided to the Hunters' Council in 1951 and 1953 cannot constitute grounds for invalidity.

The Supreme Court therefore finds that both the intervention in 1951 regarding access to hunting and fishing and the intervention in 1953 on relocation of the settlement were legal and valid. In this context, it is not necessary to decide whether or not the population of the Thule District at that time constituted a tribal people or a distinct indigenous people in the sense in which these terms are now defined in Article 1 § 1 of the ILO convention.

The purport of the Thule Tribe's Claims 1 and 2 is that tribe members are entitled to live in and utilise the abandoned settlement and to travel, stay, hunt and fish in the entire Thule District. For the very reason that, owing to the acts of expropriation, the exercise of this right of enjoyment has been prevented or curtailed in the areas affected by such acts, the appellants' Claims 1 and 2 cannot be complied with.

This finding applies to Claim 1, although in February 2003 the United States and Denmark, including the Greenlandic home rule government, in continuation of the 1951 US-Denmark Defence Agreement, signed a memorandum of understanding about isolating Dundas – the area in which the settlement and colony were placed – from the defence area at Thule. In this connection, it should be noted that the Thule Tribe, which as stated is not considered a tribal people or a distinct indigenous people within the meaning of the ILO convention, cannot claim privileges regarding Dundas with reference to Article 16 § 3 of the convention. Nor does Greenlandic customary law give cause for such privileges.

The Supreme Court therefore finds for the Prime Minister's Office as concerns the appellants' Claims 1 and 2.

*The Thule Tribe's claim for damages (Claim 3)*

The primary claim for damages in the amount of around DKK 235 million relates in the first place to the Thule Tribe's loss owing to the lost and reduced hunting and fishing opportunities as a result of the establishment of the base and the relocation of the population from the Ummannaq settlement.

For the reasons stated by the High Court in section 7.4, the Supreme Court finds that compensation for this loss should be granted according to the principles of Article 80 of the Danish Constitution as applicable at that time, although this provision was not directly applicable to Greenland.

After making an overall assessment and weighing up the pros and cons, the High Court set the compensation at an estimated DKK 500,000 and the Prime Minister's Office has requested that this decision be upheld.

For the reasons stated by the High Court, the Supreme Court finds that there has to be a certain adjustment of the standard of proof as to the loss incurred.

The calculations on which the Thule Tribe's claims are based cannot be accorded any weight. These calculations use factors that, to a large extent, may be deemed arbitrary, while discounting various matters that ought to have been included in the assessment. The calculations are not based on developments in the species being hunted. The primary claim in the amount of around DKK 235 million is based on the size of the confiscated land without clarifying the correlation between surface area and hunting potential. The calculation encompasses a period of forty-five years without taking into account the substantial reduction in the area of the base in 1986 and the general limitation of the indemnification period. These calculation factors relate to an annual compensation figure of DKK 200, the sum which was granted when the weather station in Thule was established in 1946 and whose basis remains unknown. The alternative claim in the amount of around DKK 136 million is mainly based on a presumed increase in costs owing to the longer distances required for hunting, without taking into account the fact that, according to the experts' report, it was not a general rule that the distances to the most significant hunting grounds increased. The adaptation of the species in question to the changed conditions has not been taken into consideration. The number of hunters included in the calculation – approximately half the original plaintiffs – is not consistent with the number of hunters affected by the interventions.

The Supreme Court agrees, on the whole, with the High Court's assessment of the facts to be considered when determining the amount of compensation, such as the nature of the confiscated hunting grounds, the distances to the most significant



hunting grounds, general developments in the patterns of the species concerned – especially the decrease in the fox population and the increase in the narwhal population – and the limitation of the period to be included in the assessment.

From an overall assessment, the Supreme Court finds no grounds for increasing the compensation of DKK 500,000 set by the High Court.

For the reasons stated by the High Court, no separate compensation for the church should be granted.

The Supreme Court therefore accepts the request by the Prime Minister's Office to uphold the Thule Tribe's Claim 3.

*Individual claims (Claim 4)*

The appellants concerned by this claim are members of the Thule Tribe who were affected by the relocation in 1953 or their heirs. They have repeated their claim for compensation of DKK 250,000 each.

As was stated by the High Court in section 7.4, the inhabitants of Uummannaq are deemed to have received full compensation for giving up their houses in Uummannaq when they were granted substitute housing. Having been supplied with free goods and equipment from the store, they are further deemed to have received full compensation for special expenses incurred as a result of the relocation.

Thus, the claims under Claim 4 relate solely to compensation for the injury that the persons in question suffered owing to the circumstances of their relocation.

Before the Supreme Court, the Prime Minister's Office has admitted that the relocation of the population of Uummannaq, as described by the High Court in section 7.1, was decided and carried out in a way and under circumstances that constituted a serious interference and unlawful conduct towards the population of Uummannaq. Against this background, the Prime Minister's Office has accepted the amounts of compensation determined by the High Court.

In assessing the awards of compensation to be granted, the Supreme Court endorses the High Court's statements in section 7.5 concerning the matters that have to be taken into consideration. The Supreme Court also agrees that weight should be attached to the population's age at the time of the relocation as outlined by the High Court, so that persons aged 18 or over at the time of relocation are granted a larger amount of compensation than those who were younger, and persons who were under 4 years of age receive no compensation.

The Supreme Court finds no grounds for increasing the compensation awarded by the High Court. The request by the Prime Minister's Office to uphold Claim 4 is therefore to be complied with.

... Thus, the Supreme Court upholds entirely the High Court's judgment.

None of the parties are to pay costs for the proceedings before the Supreme Court to the other party or to the Treasury. ”

On 2 December 2003 the Supreme Court decided on the fee to be awarded to the applicants' counsel. The latter had submitted that since the lodging of the appeal with the Supreme Court he had spent 1,429 hours on the case. The Supreme Court found such an amount of

hours to be excessive and granted counsel a legal fee in the amount of DKK 1,500,000 plus value-added tax (approximately EUR 200,000 plus value-added tax) in addition to compensation for costs and expenses incurred in the amount of DKK 122,605.

## **B. Relevant domestic and international law**

The Danish Constitution of 1849 ensured, among other things, the inviolability of one's dwelling and the right of property (Article 80). On 5 June 1953 a revised Danish Constitution was passed. Article 1 provides that the Constitution applies to all parts of the Kingdom of Denmark. Greenland's colonial status was thus ended through full integration into the Danish realm. The Constitution secured the Greenlandic population 2 out of the 179 seats in the Danish parliament (*Folketing*). By virtue of its general scope of application, the Constitution put the Greenlandic population on an equal footing with the Danes and the Faroese as Danish citizens.

The relevant parts of the new Constitution read as follows:

### **Article 72 (Inviolability of the home)**

“The dwelling shall be inviolable. House search, seizure, and examination of letters and other papers, or any breach of the secrecy that shall be observed in postal, telegraph and telephone matters, shall not take place except under a judicial order, unless particular exception is warranted by statute.”

### **Article 73 (Right of property, expropriation)**

“1. The right of property shall be inviolable. No person shall be ordered to surrender his property except where required in the public interest. It shall be done only as provided by statute and against full compensation.

2. Where a Bill has been passed relating to the expropriation of property, one-third of the members of the *Folketing* may, within three weekdays from the final passing of such Bill, demand that it shall not be submitted for the Royal Assent until new elections to the *Folketing* have been held and the Bill has again been passed by the *Folketing* assembling thereafter.

3. Any question of the legality of an act of expropriation, and the amount of compensation, may be brought before the courts of justice. The hearing of issues relating to the amount of the compensation may by statute be referred to courts of justice established for that purpose.”

Chapter XI of the Charter of the United Nations of 26 June 1945 (“Declaration regarding non-self-governing territories”) reads as follows:

**Article 73**

“Members of the United Nations which have or assume responsibilities for the administration of territories whose peoples have not yet attained a full measure of self-government recognise the principle that the interests of the inhabitants of these territories are paramount, and accept as a sacred trust the obligation to promote to the utmost, within the system of international peace and security established by the present Charter, the well-being of the inhabitants of these territories, and, to this end:

a. to ensure, with due respect for the culture of the peoples concerned, their political, economic, social, and educational advancement, their just treatment, and their protection against abuses;

b. to develop self-government, to take due account of the political aspirations of the peoples, and to assist them in the progressive development of their free political institutions, according to the particular circumstances of each territory and its peoples and their varying stages of advancement;

c. to further international peace and security;

d. to promote constructive measures of development, to encourage research, and to cooperate with one another and, when and where appropriate, with specialised international bodies with a view to the practical achievement of the social, economic, and scientific purposes set forth in this Article; and

e. to transmit regularly to the Secretary-General for information purposes, subject to such limitation as security and constitutional considerations may require, statistical and other information of a technical nature relating to economic, social, and educational conditions in the territories for which they are respectively responsible other than those territories to which Chapters XII and XIII apply.”

**Article 74**

“Members of the United Nations also agree that their policy in respect of the territories to which this Chapter applies, no less than in respect of their metropolitan areas, must be based on the general principle of good-neighbourliness, due account being taken of the interests and well-being of the rest of the world, in social, economic, and commercial matters.”

By Resolution 849 (IX) of 22 November 1954, the United Nations General Assembly approved the constitutional integration of Greenland into the Danish realm and deleted Greenland from the list of non-self-governing territories.

ILO Convention no. 169 concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries was adopted on 27 June 1989 and came into force on 5 September 1991. With regard to Denmark, the convention was ratified in 1996 and became operative on 22 February 1997. It applies to the indigenous population in Greenland and ratification was encouraged by the home rule government of Greenland, amounting to a declaration that the Home Rule Act for Greenland fulfils the obligations of the convention. The relevant parts read as follows:

### **Article 1**

“1. This Convention applies to:

(a) Tribal peoples in independent countries whose social, cultural and economic conditions distinguish them from other sections of the national community, and whose status is regulated wholly or partially by their own customs or traditions or by special laws or regulations;

(b) Peoples in independent countries who are regarded as indigenous on account of their descent from the populations which inhabited the country, or a geographical region to which the country belongs, at the time of conquest or colonisation or the establishment of present State boundaries and who, irrespective of their legal status, retain some or all of their own social, economic, cultural and political institutions.

...”

### **Article 12**

“The peoples concerned shall be safeguarded against the abuse of their rights and shall be able to take legal proceedings, either individually or through their representative bodies, for the effective protection of these rights. Measures shall be taken to ensure that members of these peoples can understand and be understood in legal proceedings, where necessary through the provision of interpretation or by other effective means.”

## **PART II. LAND**

### **Article 13**

“1. In applying the provisions of this Part of the Convention governments shall respect the special importance for the cultures and spiritual values of the peoples concerned of their relationship with the lands or territories, or both as applicable, which they occupy or otherwise use, and in particular the collective aspects of this relationship.

2. The use of the term ‘lands’ in Articles 15 and 16 shall include the concept of territories, which covers the total environment of the areas which the peoples concerned occupy or otherwise use.”

### **Article 14**

“1. The rights of ownership and possession of the peoples concerned over the lands which they traditionally occupy shall be recognised. In addition, measures shall be taken in appropriate cases to safeguard the right of the peoples concerned to use lands not exclusively occupied by them, but to which they have traditionally had access for their subsistence and traditional activities. Particular attention shall be paid to the situation of nomadic peoples and shifting cultivators in this respect.

2. Governments shall take steps as necessary to identify the lands which the peoples concerned traditionally occupy, and to guarantee effective protection of their rights of ownership and possession.

3. Adequate procedures shall be established within the national legal system to resolve land claims by the peoples concerned.”

### Article 16

“1. Subject to the following paragraphs of this Article, the peoples concerned shall not be removed from the lands which they occupy.

2. Where the relocation of these peoples is considered necessary as an exceptional measure, such relocation shall take place only with their free and informed consent. Where their consent cannot be obtained, such relocation shall take place only following appropriate procedures established by national laws and regulations, including public inquiries where appropriate, which provide the opportunity for effective representation of the peoples concerned.

3. Whenever possible, these peoples shall have the right to return to their traditional lands, as soon as the grounds for relocation cease to exist.

4. When such return is not possible, as determined by agreement or, in the absence of such agreement, through appropriate procedures, these peoples shall be provided in all possible cases with lands of quality and legal status at least equal to that of the lands previously occupied by them, suitable to provide for their present needs and future development. Where the peoples concerned express a preference for compensation in money or in kind, they shall be so compensated under appropriate guarantees.

5. Persons thus relocated shall be fully compensated for any resulting loss or injury.”

## COMPLAINTS

The applicants complained:

1. That they, the Inughuit, were the rightful owners of the Thule District and had, on a continuing basis, been deprived of their homeland and hunting grounds and denied the opportunity to use, peacefully enjoy, develop and control their land, in breach of Article 1 of Protocol No. 1. They submitted that, although their forced relocation could retroactively be characterised as an expropriation, the interferences in 1951 and 1953 had been unlawful.

2. That their rights guaranteed under Article 8 of the Convention had been breached because their family houses in Ummannaq had been burned down and the old church had been removed without prior consultation of the Hunters' Council, the parish or the parish council. The applicants maintained that they had not received any compensation in that respect.

3. That in the determination of their civil rights they had not been afforded a fair hearing within the meaning of Article 6 of the Convention, notably because:

(a) the Inughuit at the relevant time of the interferences had not had access to a court or to legal counsel or assistance in respect of their civil claims;

(b) although the Supreme Court had refused to comply with the Prime Minister's Office's request to dismiss the applicants' collective claims, the

exercise of their collective rights as Inughuit had nevertheless been “reduced to just an empty shell”;

(c) the granting of free legal aid had been restricted so that their total claim for compensation had to be limited to a maximum of DKK 25,000,000;

(d) they had been placed at a disadvantage *vis-à-vis* the Prime Minister’s Office in respect of the unequal resources allowed to be paid to the parties’ counsel. The applicants had no actual basis for stating that counsel for the Prime Minister’s Office had been paid too much, but submitted that their counsel had certainly been paid too little.

4. That Article 1 of the Convention had been violated in that the authorities, through various acts and omissions, had failed to secure the practical enjoyment of several of their rights under the Convention. They had failed, for example, to respond to the claims submitted by the Hunters’ Council in 1959 and 1960 and had obstructed and opposed the resubmission of the claims in 1985. Also, by keeping facts secret from Parliament, the applicants and the general public and withholding evidence from the review committee and the domestic courts, the authorities had tried to hinder the victims in their attempt to obtain just satisfaction.

5. That, as a result of the exclusion of the Inughuit from their land, their freedom of movement within the meaning of Article 2 of Protocol No. 4 to the Convention had been wrongfully restricted in the following ways: (a) as regards communication and travel between the north and the south of the Thule District; (b) as regards communication and travel by air between the Thule District and the rest of Greenland and Denmark; and (c) as regards the air traffic allowed by the base, which had had a detrimental effect on local efforts to promote economic development through tourism in the Thule District.

6. That, for more than a decade after the beginning of the interferences, the Inughuit had been barred from access to judicial and political means of protecting their rights under the Convention, in breach of Article 13 of the Convention.

7. That, compared with other Danish citizens and in some respects also compared with persons in other areas of Greenland, the applicants as Inughuit had been discriminated against in breach of Article 14 of the Convention.

8. That Article 17 of the Convention and Article 2 of Protocol No. 1 had been violated on account of certain arguments submitted by the Prime Minister’s Office during the proceedings before the Supreme Court.

9. That, in breach of Article 3 of Protocol No. 1, the applicants had not had any political influence at the relevant time.

## THE LAW

### A. Complaints under Article 1 of Protocol No. 1 and Article 8 of the Convention

The Court considers that the complaints under Article 8 of the Convention fall to be examined together with the complaints under 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 Court reiterates that Article 1 of Protocol No. 1, which guarantees in substance the right of property, comprises three distinct rules (see *James and Others v. the United Kingdom*, 21 February 1986, § 37, Series A no. 98). 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, must be construed in the light of the general principle laid down in the first rule (see, among other authorities, *Iatridis v. Greece* [GC], no. 31107/96, § 55, ECHR 1999-II).

Moreover, “deprivation of ownership or of another right *in rem* is in principle an instantaneous act and does not produce a continuing situation of ‘deprivation of a right’” (see *Kopecký v. Slovakia* [GC], no. 44912/98, § 35, ECHR 2004-IX; *Von Maltzan and Others v. Germany* (dec.) [GC], nos. 71916/01, 71917/01 and 10260/02, § 74, ECHR 2005-V; and *Malhous v. the Czech Republic* (dec.) [GC], no. 33071/96, ECHR 2000-XII, with further references).

In the present case, the applicants maintained that they had, on a continuing basis, been deprived of their homeland and hunting grounds and denied the opportunity to use, peacefully enjoy, develop and control their land, in breach of Article 1 of Protocol No. 1.

Having regard to the above, however, the Court considers that the interferences in the present case consisted, firstly, in the substantial restriction of Inughuit access to hunting and fishing as a result of the establishment of the Thule Air Base in 1951 and, secondly, in the

relocation of the population from their settlement in Uummannaq in May 1953; they were therefore instantaneous acts.

It should be reiterated in this connection that the Convention only governs, for each Contracting Party, facts subsequent to its entry into force with respect to that Party. As regards Denmark, the Convention came into force on 3 September 1953 and Protocol No. 1 on 18 May 1954.

Accordingly, with regard to the above-mentioned interferences, the Court has no jurisdiction and the applicants' complaints relating to them are incompatible *ratione temporis* with the provisions of the Convention within the meaning of Article 35 § 3 and must be rejected in accordance with Article 35 § 4.

The applicants' remaining complaints that do fall within the Court's competence and comply with the criteria set out in Article 35 § 1 relate to the proceedings before the High Court and the Supreme Court and their outcome.

In their judgments of 20 August 1999 and 28 November 2003 respectively, the High Court and the Supreme Court found that both the substantial restriction of access to hunting and fishing as a result of the establishment of the Thule Air Base in 1951 and the intervention in the Uummannaq settlement and the Thule colony in connection with the decision in 1953 to move the population were to be considered acts of expropriation carried out in the public interest, which at the relevant time were legal and valid. Moreover, for the very reason that, owing to the acts of expropriation, exercise of the right of peaceful enjoyment had been prevented or curtailed in the areas affected by those acts, the appellants' claims 1 and 2 could not be allowed.

The Court considers that that was not an arbitrary interpretation and reiterates in that connection that it is primarily for the national authorities, notably the courts, to interpret and apply domestic law (see *Brualla Gómez de la Torre v. Spain*, 19 December 1997, § 31, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-VIII, and *Glässner v. Germany* (dec.), no. 46362/99, ECHR 2001-VII).

It remains for the Court to consider whether the Supreme Court, having found that the interferences in 1951 and May 1953 amounted to acts of expropriation, struck a "fair balance" in its judgment between the general interest of the community and the need to protect the individual's fundamental rights.

Both the High Court and the Supreme Court found that the applicants' claims for compensation had not become time-barred and that, owing to the Danish authorities' failure in the past to examine and specify the loss suffered, the burden of proof for the loss incurred had to be eased.

The courts took into account, on the one hand, the fact that the relocation of the population of Uummannaq had been decided and carried out in such a way and under such circumstances that it



constituted a serious interference and unlawful conduct towards them. On the other hand, it reiterated that in September 1953 substitute housing had been built for the families (in addition to facilities for a new village, including a school, a church, a hospital, administration buildings, a power station and road facilities), and that food supplies and equipment had been handed out to them in the summer of 1953.

As regards the applicants' calculation of their claim for compensation, the Supreme Court stated, *inter alia*:

“The calculations on which the Thule Tribe's claims are based cannot be accorded any weight. These calculations use factors that, to a large extent, may be deemed arbitrary, while discounting various matters that ought to have been included in the assessment. The calculations are not based on developments in the species being hunted. The primary claim in the amount of around DKK 235 million is based on the size of the confiscated land without clarifying the correlation between surface area and hunting potential. The calculation encompasses a period of forty-five years without taking into account the substantial reduction in the area of the base in 1986 and the general limitation of the indemnification period. These calculation factors relate to an annual compensation figure of DKK 200, the sum which was granted when the weather station in Thule was established in 1946 and whose basis remains unknown. The alternative claim in the amount of around DKK 136 million is mainly based on a presumed increase in costs owing to the longer distances required for hunting, without taking into account the fact that, according to the experts' report, it was not a general rule that the distances to the most significant hunting grounds increased. The adaptation of the species in question to the changed conditions has not been taken into consideration. The number of hunters included in the calculation – approximately half the original plaintiffs – is not consistent with the number of hunters affected by the interventions.”

Moreover, having heard evidence from the applicants and witnesses, and having assessed the extensive material submitted before it, consisting of numerous ethnographical, geographical, historical, political and autobiographical statements, books, minutes and reports, including the report produced by experts during the proceedings on the development of hunting in the Thule District, the Supreme Court agreed with the High Court as to the factors to be considered when assessing the amount of compensation to be granted.

Accordingly, the Thule Tribe was granted DKK 500,000 in compensation for its eviction and loss of hunting rights in the Thule District; in addition, those applicants who at the relevant time had been at least 18 years of age were granted DKK 25,000 in compensation for non-pecuniary damage and those who had been between 4 and 18 years old were granted DKK 15,000.

Furthermore, the Court notes that some time after 1985 new houses were built in Qaanaaq to replace the original houses from the 1950s; that in 1986 the United States and Denmark entered into an agreement reducing the area of the base to almost half its original size; and that the

Danish government and the home rule government agreed to seek a solution concerning an improvement in the use of the military base for additional civilian traffic and to create a civilian transit area funded by the Danish government. Subsequently, in 1997 the latter agreed to donate DKK 47,000,000 towards the cost of a new airport in Thule.

Against this background, the Court finds that the national authorities did strike a fair balance between the proprietary interests of the persons concerned and is satisfied that the present case does not disclose any appearance of a violation of Article 1 of Protocol No. 1. It follows that this part of the application must be rejected in accordance with Article 35 § 4 of the Convention.

### **B. The remainder of the applicants' complaints**

The Court has examined the applicants' complaints as they have been submitted. In the light of all the material in its possession, and in so far as the criteria set out in Article 35 § 1 have been complied with and the matters complained of are within its competence, the Court finds that they do not disclose any appearance of a violation of the rights and freedoms set out in the Convention or its Protocols. It follows that these complaints must be rejected in accordance with Article 35 § 4 of the Convention.

For these reasons, the Court unanimously

*Declares* the application inadmissible.

HINGITAO 53 ET AUTRES c. DANEMARK  
(Requête n° 18584/04)

PREMIÈRE SECTION<sup>1</sup>

DÉCISION DU 12 JANVIER 2006<sup>2</sup>

---

1. Siégeant en une chambre composée de Christos Rozakis, *président*, Loukis Loucaides, Françoise Tulkens, Peer Lorenzen, Nina Vajić, Dean Spielmann, Sverre Erik Jebens, *juges*, et de Søren Nielsen, *greffier de section*.

2. Traduction; original anglais.



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Déplacement forcé d'Inughuits au Groenland dans les années 50****Article 1 du Protocole n° 1**

*Respect des biens – Privation de propriété – Déplacement forcé d'Inughuits au Groenland dans les années 50 – Déplacement des requérants de leur village natal et interdiction de chasser – Acte instantané – Incompatibilité racione temporis – Allocation d'indemnités et adoption de mesures diverses par les tribunaux et le gouvernement danois – Juste équilibre ménagé*

\*  
\*   \*

Les requérants sont plus de 400 personnes originaires du district de Thulé (Groenland), ainsi que Hingitaq 53, groupe représentant les intérêts d'Inughuits – membres de la tribu de Thulé – déplacés et ceux de leurs descendants dans le cadre d'une action en justice dirigée contre le gouvernement danois. Après la Seconde Guerre mondiale, en 1951, le Danemark et les Etats-Unis d'Amérique conclurent un traité relatif à la défense du Groenland, en vertu duquel une base aérienne américaine fut implantée au milieu des territoires de chasse des intéressés, à proximité du site où se trouvait leur village natal, Uummanaq, qui fut par la suite rebaptisé Thulé. En 1953, le gouvernement américain sollicita l'autorisation d'étendre la base sur l'ensemble de la péninsule de Dundas. Cette autorisation lui ayant été accordée, la tribu de Thulé fut contrainte de quitter les lieux en mai 1953 et fut réinstallée en dehors du périmètre de défense de la base. Fin 1959 et début 1960, la tribu de Thulé réclama au ministère chargé du Groenland la réparation des préjudices résultant de son déplacement, en vain. En 1979, le Groenland obtint un statut d'autonomie. En 1985, la tribu de Thulé présenta une nouvelle demande indemnitaire, qui déboucha en définitive sur l'édification de nouveaux logements en remplacement des maisons initialement construites dans les années 50, et sur un accord entre le gouvernement danois et le gouvernement autonome destiné à améliorer la situation de la commune de Thulé et à pallier ainsi les inconvénients liés à l'existence de la base militaire. En 1986, les Etats-Unis et le Danemark convinrent de réduire la zone occupée par la base de près de la moitié de sa superficie initiale. En 1987, le ministre de la Justice chargea une commission d'enquête d'établir un rapport sur les circonstances dans lesquelles la tribu de Thulé avait été déplacée en 1953. En 1997, le gouvernement danois s'engagea à faire don d'une somme importante – 47 millions de couronnes danoises (DKK) – en vue de la construction d'un nouvel aéroport à Thulé. En 1999, le premier ministre danois présenta officiellement ses excuses pour le déplacement forcé des Inughuits.

Entre-temps, les requérants avaient assigné le cabinet du premier ministre devant une cour d'appel danoise aux fins de voir reconnaître le droit de résider dans leur

---

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

village natal et d'en disposer ainsi que le droit de circuler, de s'établir et de chasser dans l'ensemble du district de Thulé. Ils avaient également sollicité l'octroi d'une indemnité pour la tribu de Thulé et pour chacun de ses membres.

En 1999, après avoir constaté que les droits revendiqués par les intéressés n'étaient pas prescrits, la cour d'appel rejeta leurs demandes tendant à l'obtention d'un jugement déclaratif mais accorda une indemnisation à la tribu et aux membres de celle-ci. Elle releva que la base aérienne de Thulé avait été régulièrement établie en vertu du traité de défense de 1951 – dont l'adoption et la teneur étaient conformes au droit danois; que la population concernée pouvait passer pour un «peuple tribal»; que les importantes restrictions à la pratique de la chasse et de la pêche découlant de l'implantation de la base aérienne de Thulé en 1951 ainsi que l'expulsion de la tribu en 1953 constituaient des atteintes d'une gravité telle qu'elles équivalaient à des expropriations; que la tribu s'était vu accorder trop peu de temps pour préparer son départ; et que si l'on pouvait réaliser des expropriations sans habilitation législative au Groenland à l'époque pertinente, il n'en demeurait pas moins que le gouvernement danois avait alors des obligations internationales vis-à-vis du Groenland en vertu de l'article 73 de la Charte des Nations unies.

La cour d'appel alloua à la tribu de Thulé 500 000 DKK (66 600 euros environ (EUR)) en réparation du préjudice résultant de l'expulsion et de la perte des droits de chasse. Elle accorda à chacun des requérants, en fonction de leur âge respectif à l'époque des faits, une indemnité équivalant à 2 000 ou 3 000 EUR, selon le cas. La Cour suprême confirma l'arrêt de la cour d'appel.

Article 1 du Protocole n° 1: a) *Sur les ingérences survenues dans les années 50* – Les ingérences commises par les autorités dans les années 50 ont d'abord consisté à restreindre de manière importante les droits de chasse et de pêche des Inughuits en implantant la base aérienne de Thulé en 1951 et, ensuite, à déplacer de force cette population, qui fut contrainte de quitter son village natal en mai 1953. La privation de la propriété ou d'un autre droit réel est en principe un acte instantané qui ne crée pas une situation continue. La Convention ne s'applique, pour chaque État contractant, qu'aux faits postérieurs à son entrée en vigueur à l'égard de l'État en question. La Convention est entrée en vigueur à l'égard du Danemark le 3 septembre 1953 et son Protocole n° 1 le 18 mai 1954. Partant, la Cour n'est pas compétente à cet égard: incompatibilité *ratione temporis*.

b) *Sur le dénouement de la procédure judiciaire suivie entre 1996 et 2003* – Les juridictions danoises ont estimé que les importantes restrictions aux droits de chasse et de pêche dues à l'implantation de la base aérienne de Thulé en 1951 ainsi que le déplacement de population réalisé en 1953 s'analysaient en des actes d'expropriation pour cause d'utilité publique. Pareille interprétation est exempte d'arbitraire et il incombe au premier chef aux autorités nationales, et singulièrement aux cours et tribunaux, d'interpréter et d'appliquer le droit interne.

Se penchant sur la question de savoir si les décisions des tribunaux internes ont ménagé un «juste équilibre» entre l'intérêt général de la communauté et les impératifs de sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu, la Cour relève que la cour d'appel et la Cour suprême ont toutes deux jugé que les demandes indemnitaires des requérants n'étaient pas prescrites et que la charge de la

preuve des pertes subies devait être allégée compte tenu des manquements passés des autorités danoises en ce qui concerne l'examen et la détermination des préjudices subis. Elles ont pris en compte le fait que le déplacement des membres de la tribu avait été décidé et réalisé dans des circonstances telles qu'il s'analysait en une conduite illégale à leur égard, mais elles ont aussi retenu que des logements de substitution et des équipements avaient été fournis aux familles concernées, outre les indemnités que la tribu avait fini par obtenir pour son éviction et la perte de ses droits de chasse ainsi que les dommages-intérêts accordés à chacun des requérants au titre du préjudice moral. La Cour observe de surcroît que de nouvelles maisons ont été érigées après 1985 en remplacement de celles datant des années 50, que, en 1986, les États-Unis et le Danemark ont convenu de réduire la zone occupée par la base militaire de près de la moitié de sa superficie initiale et que, en 1997, le gouvernement danois s'est engagé à faire don d'une somme considérable pour financer la construction d'un nouvel aéroport à Thulé. Dans ces conditions, elle estime que les autorités internes ont ménagé un juste équilibre entre les intérêts patrimoniaux des personnes concernées: défaut manifeste de fondement.

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

*James et autres c. Royaume-Uni*, 21 février 1986, série A n° 98

*Brualla Gómez de la Torre c. Espagne*, 19 décembre 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-VIII

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

*Malhous c. République tchèque* (déc.) [GC], n° 33071/96, CEDH 2000-XII

*Glässner c. Allemagne* (déc.), n° 46362/99, CEDH 2001-VII

*Kopecný c. Slovaquie* [GC], n° 44912/98, CEDH 2004-IX

*Von Maltzan et autres c. Allemagne* (déc.) [GC], n<sup>os</sup> 71916/01, 71917/01 et 10260/02, CEDH 2005-V





(...)

## EN FAIT

Les requérants sont 428 personnes originaires du district de Thulé (Groenland), ainsi que Hingitaq 53, groupe représentant les intérêts des Inughuits – membres de la tribu de Thulé – déplacés de leurs terres et ceux de leurs descendants dans le cadre d'une action en justice dirigée contre le gouvernement danois. Devant la Cour, les intéressés étaient représentés par M<sup>e</sup> C. Harlang, avocat à Copenhague.

### A. Les circonstances de l'espèce

Les faits de la cause, tels qu'ils ont été exposés par les parties, peuvent se résumer comme suit.

Les habitants du Groenland (55 000 personnes environ) sont majoritairement des Inuits apparentés aux Inuits du Canada, de l'Alaska et de la Sibérie, auxquels ils sont unis par des liens de solidarité.

Venus du Canada, les Inuits du nord-ouest du Groenland, autrement appelés Inughuits ou tribu de Thulé, s'installèrent au Groenland vers l'an 2000 avant Jésus-Christ. Tirant leur subsistance de la pêche et de la chasse, ils vécurent totalement isolés jusqu'en 1818, année où ils établirent des contacts avec des baleiniers et des explorateurs.

En 1909, un explorateur danois dénommé Knud Rasmussen créa un comptoir commercial dans la région du nord-ouest du Groenland, qu'il entreprit de coloniser pour son propre compte et qu'il baptisa «district de Thulé». Le 10 mai 1921, ce district fut rattaché par décret à la zone coloniale danoise du Groenland. En 1927, pour préserver le style de vie des autochtones, Knud Rasmussen institua un conseil de chasseurs (*Fangerråd*) qui adopta les «lois du comptoir de Thulé au cap York». En 1937, le Danemark annexa le comptoir créé par Knud Rasmussen.

Au cours de la Seconde Guerre mondiale, alors que le Danemark se trouvait sous occupation allemande depuis 1940, les Etats-Unis d'Amérique appliquèrent la doctrine Monroe au Groenland et conclurent en 1941 avec le ministre du Danemark à Washington un accord autorisant l'implantation de bases militaires et de stations météorologiques américaines sur ce territoire. En vertu de cet accord, le district de Thulé fut choisi – parmi d'autres endroits au Groenland – comme lieu d'implantation d'une station normalement destinée à des fins météorologiques, et dont la construction fut réalisée en 1946. Le Conseil des chasseurs aurait obtenu une somme de 200 couronnes danoises (DKK) environ à titre d'indemnité.

Après la guerre, le Danemark et les Etats-Unis conclurent un traité relatif à la défense du Groenland. Ratifié le 18 mai 1951 par le

Parlement danois (appelé *Rigsdagen* à l'époque pertinente), ce traité entra en vigueur le 8 juin de la même année.

En application dudit traité, une base aérienne américaine fut implantée dans la péninsule de Dundas, au milieu des territoires de chasse des requérants et à proximité du site où se trouvait leur village natal, Uummanaq, qui fut par la suite rebaptisé Thulé.

La base en question comprenait notamment une piste d'atterrissage longue de trois kilomètres ainsi que des logements et installations prévus pour accueillir 4 000 personnes. La question de savoir quels étaient la superficie du périmètre de défense de la base à l'époque pertinente et le nombre d'Inughuits qui furent contraints de quitter les lieux semble prêter à controverse entre les parties. Les requérants allèguent que la zone en question s'étendait sur 2 743 km<sup>2</sup>.

En revanche, les parties s'accordent à dire que les Inughuits ont subi des restrictions de plus en plus importantes à leurs droits de chasse et de pêche et que les activités de la base ont eu des répercussions négatives sur la faune locale.

Au printemps 1953, les Etats-Unis manifestèrent le souhait de mettre en place une batterie antiaérienne et sollicitèrent l'autorisation d'étendre la base à l'ensemble de la péninsule de Dundas. Ils obtinrent satisfaction, ce qui impliquait l'expulsion de la tribu de Thulé et sa réinstallation hors du périmètre de défense. La tribu en fut informée le 25 mai 1953. Quelques jours plus tard, alors que la banquise était encore praticable en traîneau à chiens, vingt-six familles (soit cent seize personnes) quittèrent Uummanaq, abandonnant leurs maisons (qui furent ultérieurement brûlées), leur hôpital, leur école, leur station de radio, leurs entrepôts, leur église (qui fut déplacée dans un autre village de la côte occidentale) et leur cimetière.

La plupart des familles concernées choisirent de s'établir à Qaanaaq, à plus de cent kilomètres au nord d'Uummanaq. Elles y vécurent dans des tentes jusqu'en septembre 1953, époque à laquelle on leur fournit des logements de remplacement (vingt-sept maisons en bois) ainsi que des bâtiments et équipements nécessaires à la fondation d'un nouveau village (une école, une église, un hôpital, des bâtiments administratifs, une centrale électrique et des éléments de voirie). On leur donna en outre des provisions et du matériel.

Leur réinstallation, dont le coût total s'éleva à 8,65 millions de DKK environ (soit 1,15 million d'euros (EUR)), fut en partie financée par les Etats-Unis, qui versèrent 700 000 dollars américains (USD), soit 4,9 millions de DKK. A l'époque pertinente, le revenu annuel moyen estimé des familles concernées était de 1 500 DKK.

Le 5 juin 1953, le Danemark adopta une nouvelle constitution abrogeant la Constitution de 1849 et s'appliquant à tous les territoires

du Royaume de Danemark, y compris au Groenland, qui devint ainsi partie intégrante du pays.

Le 22 novembre 1954, l'Assemblée générale des Nations unies adopta la Résolution 849 (IX) approuvant l'intégration constitutionnelle du Groenland au Royaume de Danemark et rayant cette région de la liste des territoires non autonomes.

Le Conseil des chasseurs évoqua pour la première fois la question de la réparation des préjudices résultant de la réinstallation forcée de la tribu de Thulé lors d'une réunion tenue en 1954, mais ce n'est qu'après ses assemblées de 1959 et 1960 qu'il présenta officiellement au ministère chargé du Groenland des demandes indemnitaires. Ce dernier sollicita l'avis du gouverneur du Groenland (*Landshøvdingen*), qui lui répondit le 3 décembre 1960. Les événements subséquents prêterent à controverse. Selon les autorités, le dossier des demandes d'indemnisation a été égaré jusqu'en 2000, année où on l'a retrouvé. En revanche, il n'est pas contesté que les demandes du Conseil des chasseurs et de la tribu de Thulé sont restées lettre morte.

En 1979, le Groenland se vit accorder un statut d'autonomie en application duquel la plupart des compétences essentielles – excepté la politique étrangère et la défense – furent transférées à un gouvernement local (*Landsstyret*).

En 1985, à la suite de la publication d'un ouvrage sur la tribu de Thulé et la base aérienne de Thulé (*Thule – fangerfolk og militæranlæg*), la tribu de Thulé présenta une nouvelle demande indemnitaire par l'intermédiaire de la commune de Qaanaaq.

Le ministre chargé du Groenland, des représentants de la commune de Qaanaaq et un groupe de travail chargé de la défense des intérêts des requérants se réunirent à plusieurs reprises par la suite. Les réunions en question débouchèrent notamment sur la construction de nouveaux logements en remplacement de ceux qui avaient été bâtis dans les années 50 ainsi que sur la conclusion d'un accord entre le gouvernement danois et le gouvernement local en vue de l'élaboration d'un plan conjoint destiné à améliorer la situation de la commune de Thulé vis-à-vis de son voisin militaire et à remédier aux inconvénients liés à la présence de la base aérienne. Mis en œuvre en 1985-1986, ce plan donna lieu à un accord conclu le 30 septembre 1986 entre les États-Unis et le Danemark, en vertu duquel la superficie de la base fut réduite de près de la moitié. Par ailleurs, le gouvernement local et le gouvernement danois convinrent d'examiner les moyens d'améliorer l'utilisation de la base afin d'accroître le trafic civil et de créer, aux frais de ce dernier, une zone de transit destinée aux civils.

Enfin, le 4 juin 1987, le ministre de la Justice chargea une commission d'enquête d'établir un rapport sur les circonstances dans lesquelles la tribu de Thulé avait été déplacée en 1953. Ladite commission se

composait d'un magistrat de cour d'appel, d'un archiviste en chef et d'un vice-évêque. De nombreuses personnes déposèrent devant la commission, qui présenta son rapport en décembre 1994.

Le gouvernement local critiqua vivement les conclusions dudit rapport. Cependant, il admit que les éléments utilisés pour l'élaboration de celui-ci étaient satisfaisants, tout en déplorant que le dossier des demandes d'indemnisation eût apparemment été égaré par le ministère chargé du Groenland et que la commission n'eût pu obtenir certains documents relatifs à la sécurité.

Le 31 janvier 1997, en vue de régler le différend concernant Thulé, le chef du gouvernement local (*Formanden for det Grønlandske Hjemmestyre*) et le cabinet du premier ministre (*Statsministeriet*) conclurent un accord en vertu duquel ce dernier s'engagea à faire un don de 47 millions de DKK pour financer la construction d'un nouvel aéroport à Thulé.

Entre-temps, le 20 décembre 1996, les requérants avaient assigné le cabinet du premier ministre devant la cour d'appel du Danemark oriental (*Østre Landsret*) aux fins :

1. de se voir reconnaître le droit de résider dans leur village natal d'Ummannaq/Dundas (district de Thulé) et d'en disposer ;
2. de se voir reconnaître le droit de circuler, de s'établir et de chasser dans l'ensemble du district de Thulé ;
3. d'obtenir une indemnité de 25 millions de DKK (3 333 333 EUR environ) pour la tribu de Thulé ; et
4. d'obtenir une indemnité de 250 000 DKK (33 333 EUR environ) chacun.

L'aide judiciaire que les requérants se virent accorder leur permit d'agir en justice gratuitement, mais elle s'accompagnait de restrictions qui les empêchaient de demander des dommages-intérêts supérieurs à 25 millions de DKK alors qu'ils entendaient initialement réclamer 136 200 000 DKK (soit 18 169 000 EUR environ).

De nombreuses pièces furent soumises à la cour d'appel, notamment des rapports ethnographiques, géographiques, historiques et politiques, des ouvrages et des procès-verbaux ainsi que le rapport de la commission d'enquête établi en décembre 1994. La cour d'appel entendit des témoins et se transporta au Groenland, où elle inspecta les lieux pertinents. Elle désigna des experts qu'elle chargea d'étudier l'évolution de la chasse dans le district de Thulé et qui lui remirent leur rapport le 29 janvier 1999.

Le 20 août 1999, elle rendit un arrêt de 502 pages d'où il ressortait notamment que la base aérienne de Thulé avait été régulièrement établie en vertu du traité de défense de 1951 – dont l'adoption et la teneur étaient conformes au droit danois ; que la population qui vivait dans le district de Thulé à l'époque pertinente pouvait passer pour un «peuple tribal», notion définie par l'actuel article 1 § 1 a) de la Convention n° 169 de l'Organisation internationale du travail du 27 juin

1989 concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants («la Convention de l'OIT»); que les importantes restrictions à la pratique de la chasse et de la pêche découlant de l'implantation de la base aérienne de Thulé en 1951 ainsi que l'expulsion de la tribu des requérants du district de Thulé en mai 1953 constituaient des atteintes d'une gravité telle qu'elles équivalaient à des expropriations; que la tribu s'était vu accorder trop peu de temps pour préparer son départ; que, à l'époque pertinente, on pouvait réaliser des expropriations sans habilitation législative au Groenland; qu'il n'en demeurait pas moins que le gouvernement danois avait alors des obligations internationales vis-à-vis du Groenland, en vertu tant de l'article 73 de la Charte des Nations unies (*FN Pagten*) que de l'article 45 de la loi de 1925 relative à l'administration du Groenland (*Loven af 1925 om Grønlands styrelse*); et que les droits revendiqués par les requérants n'étaient pas prescrits.

Relevant que l'exercice des droits dont les requérants cherchaient à obtenir la reconnaissance au titre de leurs deux premiers chefs de demande ne pouvait se concilier avec la présence de la base aérienne américaine et s'appuyant sur les conclusions auxquelles elle était parvenue quant à la régularité de l'implantation de cette base, la cour d'appel rejeta les deux premiers chefs de demande formulés par les intéressés mais fit partiellement droit aux deux derniers.

Pour évaluer le montant de l'indemnité due aux requérants, la cour d'appel se pencha sur des récits, des rapports, des témoignages ainsi que des écrits historiques et politiques. Elle estima toutefois que les pièces en question ne lui permettaient pas de se faire une idée précise et objective de la situation. Elle jugea en outre qu'elle devait prendre en considération l'évolution des ressources cynégétiques, relevant par exemple que la chasse au renard, espèce qui représentait en 1953 une part très importante des prises réalisées par la tribu de Thulé, était devenue plus aléatoire du fait de l'éloignement de celle-ci des terrains de chasse consécutif à son déplacement, et que la chasse au phoque et au narval avait acquis une importance cruciale depuis lors. Tenant compte de ces éléments et du fait que les autorités danoises avaient omis d'examiner les préjudices subis et d'en dresser l'inventaire à l'époque pertinente, elle décida d'assouplir les règles de preuve normalement applicables à la réparation de pertes subies. Elle jugea en outre que la période à retenir pour l'évaluation de ce chef de préjudice s'arrêtait au milieu des années 60, époque à laquelle on avait créé entre Qaanaaq et Uummannaq un nouveau village dénommé Moriussaq pour s'adapter aux évolutions cynégétiques. Enfin, elle releva que des logements avaient été construits pour les familles concernées.

En définitive, elle alloua à la tribu de Thulé une indemnité de 500 000 DKK (66 600 EUR environ) en réparation du préjudice que

celle-ci avait subi du fait de son expulsion et de la perte de ses droits de chasse dans le district de Thulé.

Se penchant sur les demandes individuelles des requérants, la cour d'appel estima qu'ils n'avaient pas établi l'existence d'un dommage matériel non couvert par les logements de remplacement, les provisions et le matériel qu'ils s'étaient vu attribuer au cours de l'été 1953 ainsi que par l'indemnité de 500 000 DKK allouée à la tribu.

Quant aux sommes réclamées au titre du dommage moral, la cour d'appel releva qu'aucune disposition juridique ne prévoyait l'indemnisation de ce type de préjudice au Groenland à l'époque pertinente. Elle estima toutefois que, eu égard à la nature et à la gravité de l'ingérence imposée par le pouvoir colonial à une tribu indigène isolée, les individus qui en avaient été victimes en 1953 méritaient de se voir accorder une indemnité pour préjudice moral. Relevant notamment que ceux-ci avaient été longtemps privés du droit à ce que leur cause fût entendue, elle estima devoir s'écarter du principe général selon lequel le montant des dommages-intérêts devait être calculé à partir de la date de survenance du préjudice, c'est-à-dire à compter de 1953. Elle prit également en considération l'âge de chacun des intéressés au moment de l'expulsion de la tribu.

En conséquence, elle alloua 25 000 DKK (3 333 EUR environ) au titre du dommage moral à chacun des requérants qui était âgé d'au moins dix-huit ans à l'époque des faits, et 15 000 DKK (2 000 EUR environ) à ceux qui avaient alors entre quatre et dix-huit ans.

Conformément à la demande des intéressés, elle fit courir les intérêts moratoires sur ces indemnités à partir de la date de sa saisine.

Les deux avocats qui avaient représenté les requérants devant la cour d'appel se virent respectivement accorder des honoraires de 1 200 000 DKK et d'un million de DKK plus la taxe sur la valeur ajoutée (TVA).

Le 2 septembre 1999, à l'occasion de la signature d'un accord de reconduction des relations entre le gouvernement danois et le gouvernement local, le premier ministre danois présenta aux requérants des excuses officielles pour le déplacement imposé aux Inughuits en 1953. Il s'exprima ainsi :

«Le 20 août 1999, la cour d'appel du Danemark [oriental] a rendu son arrêt dans l'affaire concernant le déplacement forcé de la population de Thulé en 1953. Elle a jugé que la manière dont les autorités danoises s'étaient comportées à l'époque pertinente était illicite, estimant que cette opération avait été décidée et réalisée dans des conditions et dans des circonstances telles qu'elle devait être considérée comme une grave atteinte aux droits de la population concernée. Nous ne pouvons pas modifier le cours de l'histoire, mais nous devons en répondre et le respecter. L'arrêt en question impose des limites aux ingérences du gouvernement dans les droits des individus.

Aucun d'entre nous ne saurait être aujourd'hui tenu pour responsable des agissements commis il y a près de 50 ans par nos prédécesseurs. Toutefois, dans le

souci de préserver l'esprit du Commonwealth et par respect pour le Groenland et les habitants de Thulé, l'Etat danois, par l'intermédiaire de son gouvernement, présente ses excuses – *utoqqatserpugut (mamiasuktugut)* – aux Inughuits, aux habitants de Thulé, et au reste du Groenland pour la manière dont le déplacement forcé a été décidé et mené à bien en 1953. Nous souhaitons maintenir et renforcer la collaboration et la solidarité entre le Danemark et le Groenland. L'avenir de la coopération dano-groenlandaise dans le cadre du Commonwealth repose sur le respect mutuel.

Les amendements apportés à la Constitution en 1953 ont conféré à la population du Groenland les mêmes droits qu'aux citoyens danois. En accédant en 1979 à l'autonomie interne, le Groenland s'est doté de son propre parlement, ce qui a eu pour effet de rapprocher le pouvoir de décision de la population dans la démocratie groenlandaise. Il est donc inconcevable que les événements de 1953 se reproduisent.

Nous sommes conscients des progrès accomplis depuis 1953 grâce à la collaboration et à la solidarité. Notre Commonwealth a évolué de manière très positive du point de vue humain, social et économique, au bénéfice du peuple groenlandais et des citoyens danois.

Le gouvernement danois souhaite que le Groenland soit davantage impliqué dans les questions de politique étrangère et de sécurité mettant en jeu les intérêts groenlandais. Entre autres initiatives, des pourparlers ont déjà été engagés à cet effet, sur la base du rapport du comité «Anorak» (comité paritaire composé de délégués du gouvernement groenlandais et de représentants du gouvernement danois). Le gouvernement groenlandais sera associé au processus de négociation des accords portant sur des questions intéressant le Groenland qui seront passés entre le gouvernement danois et les Etats étrangers.»

Les requérants se pourvurent devant la Cour suprême (*Højesteret*). Se fondant sur l'article 1 § 1 b) de la Convention de l'OIT, ils alléguèrent qu'ils devaient être considérés comme un peuple indigène particulier distinct du reste de la population groenlandaise, raison pour laquelle ils devaient notamment se voir appliquer les articles 1, 12, 14 et 16 de cet instrument. En outre, ils portèrent le montant de leurs demandes indemnitaires à 235 millions de DKK.

La Cour suprême se fit communiquer tous les éléments de preuve qui avaient été soumis à la cour d'appel et obtint du ministère chargé du Groenland le dossier de l'affaire, qui avait été retrouvé en 2000. Elle entendit des témoins.

Le 28 novembre 2003, elle confirma à l'unanimité la décision entreprise, dans les termes suivants :

«*Sur la Convention de l'OIT*

A l'encontre de la thèse du cabinet du premier ministre concluant au rejet de leurs prétentions et à l'appui de leurs propres conclusions, [les auteurs du pourvoi] invoquent à titre principal les dispositions de la Convention n° 169 concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants adoptée par l'Organisation internationale du travail le 27 juin 1989 (la Convention de l'OIT), notamment les articles 1, 12, 14 et 16 de cet instrument. Se fondant sur l'article 1 § 1 b) de la Convention de l'OIT, [les intéressés] soutiennent que la tribu de Thulé est un peuple indigène distinct du reste de la population groenlandaise.

La Convention de l'OIT est entrée en vigueur à l'égard du Danemark le 22 février 1997. A l'époque où cet instrument fut ratifié, la population du Groenland était considérée dans son ensemble comme un peuple indigène au sens de la convention.

A l'appui de la thèse selon laquelle elle doit être qualifiée de peuple indigène, la tribu de Thulé souligne que ses membres descendent de la population qui vivait dans le district de Thulé à l'époque de la colonisation, en 1921, et qu'ils ont conservé certaines institutions sociales, économiques, culturelles et politiques qui leur sont propres. Elle se définit comme étant une collectivité composée de l'ensemble des descendants de cette population indigène et de leurs conjoints, où qu'ils soient nés et où qu'ils vivent, et précise que ses membres ont le sentiment d'appartenir à un peuple indigène distinct.

[La Cour suprême estime que] la question de savoir si la tribu de Thulé peut être qualifiée de peuple indigène distinct aux fins de la Convention de l'OIT doit être examinée à la lumière des circonstances actuelles. Les régions du Groenland sont encore marquées par des disparités linguistiques, commerciales et juridiques qui s'expliquent notamment par la taille du pays, les moyens de communication et de circulation ainsi que les caractéristiques de l'environnement local. Il ressort de l'ensemble des preuves qui ont été soumises à la Cour suprême que [les conditions de vie] de la population du district de Thulé sont pour l'essentiel analogues à celles du reste de la population du Groenland et qu'elles ne s'en distinguent sur aucun point important. Les éléments relatifs aux différences linguistiques entre Qaanaaq et le Groenland occidental et le sentiment exprimé par les membres de la tribu de Thulé d'appartenir à un peuple indigène distinct ne sauraient conduire la Cour à une conclusion différente. La Cour suprême estime donc que la tribu de Thulé n'a pas « conserv[é] d'institution[s] sociale[s], économique[s], culturelle[s] et politique[s] propre[s] ou certaines d'entre elles » raison pour laquelle elle ne peut passer pour un peuple indigène au sens de l'article 1 § 1 b) de la Convention de l'OIT.

L'article 1 § 1 a) de la Convention de l'OIT vise également les « peuples tribaux dans les pays indépendants qui se distinguent des autres secteurs de la communauté nationale par leurs conditions sociales, culturelles et économiques et qui sont régis totalement ou partiellement par des coutumes ou des traditions qui leur sont propres ou par une législation spéciale ». Pour les raisons exposées ci-dessus, la Cour suprême conclut que la tribu de Thulé ne relève pas non plus de cette disposition de la convention.

Les conclusions de la Cour suprême coïncident avec la déclaration que le gouvernement danois a formulée au moment de la ratification de la Convention de l'OIT et qui fut approuvée par le gouvernement local du Groenland. Aux termes de cette déclaration, il n'existe au Danemark qu'« un seul peuple indigène » aux fins de la convention, à savoir les Inuits, la population autochtone du Groenland.

Dans une décision rendue en mars 2001, le conseil d'administration de l'OIT s'est prononcé dans le même sens, raison pour laquelle il a entériné le rapport établi le 23 mars 2001 par le comité de cette organisation qui avait été chargé d'examiner une réclamation introduite par le Sulinermik Inuussutissarsiuqartut Kattuffiat (SIK) – un syndicat groenlandais – dénonçant une violation de la convention par le Danemark. Le rapport en question indique qu'« il n'existe aucun élément permettant de considérer que les membres de la communauté installée à Ummannaq constituent un « peuple » séparé et distinct des autres Groenlandais » et que « le territoire traditionnellement occupé par les Inuits a été déterminé, il s'étend à l'ensemble du Groenland ».



Il est constant que la tribu de Thulé ne constitue pas une population tribale ou un peuple indigène distinct au sein de la population groenlandaise ou coexistant avec elle au sens de l'article 1 § 1 de la Convention de l'OIT. Partant, elle ne peut bénéficier des droits spécifiques prévus par ladite convention.

*Sur les conclusions du cabinet du premier ministre tendant au rejet des prétentions des auteurs du pourvoi*

Le fait que la tribu de Thulé ne peut être qualifiée de population tribale ou de peuple indigène distinct au sens de la Convention de l'OIT ne l'empêche pas d'agir en justice sur le fondement du droit commun.

Le cabinet du premier ministre ne conteste pas que l'organisation Hingitaq 53 ait qualité pour représenter la tribu de Thulé. Comme l'a dit la cour d'appel, la tribu de Thulé constitue un groupe d'individus suffisamment défini. Le fait que seuls 422 des quelque 600 demandeurs initiaux ont saisi la Cour suprême de recours individuels n'y change rien. L'exception soulevée par le cabinet du premier ministre selon laquelle la tribu de Thulé n'aurait aucun droit à défendre en l'espèce et n'aurait donc pas d'intérêt à agir ne saurait conduire au rejet des demandes dont la Cour est saisie. Les deux premiers chefs de demande ne sont pas équivoques au point de ne pouvoir constituer une base pour l'examen de l'affaire.

Dans ces conditions, [à l'instar de la cour d'appel,] la Cour suprême déboute [le cabinet du premier ministre] de ses conclusions tendant au rejet des deux premiers chefs de demande de la tribu de Thulé. Pour la même raison, elle le déboute aussi de ses conclusions tendant au rejet du troisième chef de demande.

Par ailleurs, elle confirme également que les conclusions tendant au rejet des prétentions individuelles formulées par les intéressés au titre des deux premiers chefs de demande ne sauraient être accueillies.

*Sur les droits d'établissement, de circulation, de chasse et de pêche (premier et deuxième chefs de demande)*

A l'appui des prétentions qu'ils formulent au titre des deux premiers chefs de demande et outre les arguments qu'ils tirent de la Convention de l'OIT, [les requérants] soutiennent que l'implantation de la base aérienne de Thulé est illégale en raison de l'invalidité de l'accord de défense américano-danois de 1951 au regard du droit constitutionnel et du droit international. [Les intéressés] allèguent par ailleurs que le déplacement de population litigieux n'a pas fait l'objet d'une décision légale.

Comme l'a relevé la cour d'appel à la section 7.3 de son arrêt, la base aérienne de Thulé a été établie en application de l'accord de défense américano-danois de 1951. Ledit accord a été ratifié par le *Rigsdagen* [nom donné au Parlement danois jusqu'en 1953] conformément à l'article 18 de la Constitution tel qu'applicable à l'époque des faits. Dans ces conditions, la Cour suprême estime que l'implantation de la base a été approuvée selon les modalités prévues par la Constitution bien que l'annexe technique jointe à l'accord n'eût pas été soumise au *Rigsdagen*. Le même raisonnement la conduit à conclure à la validité de l'accord au regard du droit international.

Les raisons pour lesquelles les importantes restrictions aux droits de chasse et de pêche consécutives à l'implantation de la base aérienne de Thulé en 1951 doivent être considérées comme des actes d'expropriation et non comme des mesures ne donnant pas lieu à indemnisation sont exposées à la section 7.4 de l'arrêt de la cour d'appel. Celle-ci a jugé, à la section 7.3 de son arrêt, que l'expropriation en question avait pu être

valablement réalisée sans habilitation législative. Par les motifs adoptés de la cour d'appel, la Cour suprême estime que les dispositions matérielles de la Constitution danoise alors en vigueur – notamment l'inviolabilité de la propriété garantie par l'article 80 de ce texte – ne s'appliquaient pas au Groenland, que la loi sur l'administration du Groenland n'exigeait pas d'habilitation législative et que la question de l'implantation de la base n'était pas du ressort du Conseil des chasseurs.

Comme la cour d'appel l'a indiqué à la section 7.4 de son arrêt, l'opération menée dans le village d'Uummanaq et la colonie de Thulé était liée à la décision prise en 1953 de déplacer les populations concernées et doit également être considérée comme un acte d'expropriation. Elle peut aussi être vue comme une conséquence de l'accord de défense américano-danois de 1951 et l'expropriation qu'elle a entraînée était valide bien qu'elle n'eût pas fait l'objet d'une habilitation législative.

[La Cour suprême] considère que les informations inexactes fournies au Conseil des chasseurs entre 1951 et 1953 ne peuvent constituer des motifs d'invalidité.

Dans ces conditions, l'opération de 1951 ayant débouché sur des restrictions aux droits de chasse et de pêche et celle de 1953 relative au déplacement de population doivent être réputées régulières et valides, raison pour laquelle [la Cour suprême] estime ne pas devoir se prononcer sur le point de savoir si la communauté installée dans le district de Thulé à l'époque pertinente répondait à la définition de population tribale ou de peuple indigène résultant de l'actuel article 1 § 1 de la Convention de l'OIT.

Au titre de ses deux premiers chefs de demande, la tribu de Thulé prétend faire reconnaître que ses membres ont le droit de résider dans le village abandonné et d'en disposer ainsi que de circuler, de s'établir, de chasser et de pêcher dans l'ensemble du district de Thulé. C'est précisément parce que ces actes ont rendu impossible ou restreint l'exercice des droits revendiqués dans les zones qu'ils visent que les deux premiers chefs de demande ne peuvent être accueillis.

Cette conclusion vaut pour le premier chef de demande nonobstant le fait que les Etats-Unis et le Danemark (auquel s'était associé le gouvernement local du Groenland) ont signé en février 2003, dans le prolongement de l'accord de défense américano-danois de 1951, un protocole d'entente excluant Dundas – la localité où se trouvaient le village et la colonie – de la zone de défense de Thulé. A cet égard, il convient de relever que la tribu de Thulé, dont on a déjà dit qu'elle ne pouvait être considérée comme une population tribale ou un peuple indigène distinct au sens de la Convention de l'OIT, ne peut se prévaloir de l'article 16 § 3 de cet instrument pour revendiquer des privilèges sur Dundas. Elle ne peut non plus invoquer le droit coutumier groenlandais à cet effet.

Partant, la Cour suprême fait droit aux conclusions du cabinet du premier ministre en ce qui concerne les deux premiers chefs de demande des auteurs du pourvoi.

*Sur la demande indemnitaire présentée par la tribu de Thulé (troisième chef de demande)*

La demande principale, d'un montant de 235 millions de DKK environ, concerne en premier lieu le manque à gagner résultant de la perte et de la raréfaction des ressources cynégétiques et halieutiques consécutives à l'implantation de la base et à l'éviction de la tribu de Thulé du village d'Uummanaq.

Faisant siens les motifs énoncés à la section 7.4 de l'arrêt de la cour d'appel, la Cour suprême estime que le manque à gagner doit être indemnisé selon les principes

consacrés par l'article 80 de la Constitution danoise en vigueur à l'époque pertinente, bien que cette disposition ne fût pas directement applicable au Groenland.

Ayant procédé à un examen global de la situation et pesé le pour et le contre, la cour d'appel a fixé l'indemnité due à 500 000 DKK. Le cabinet du premier ministre a demandé la confirmation de cette décision.

A l'instar de la cour d'appel, la Cour suprême considère qu'il y a lieu d'assouplir quelque peu les règles de preuve normalement applicables à la réparation de pertes subies.

Les calculs opérés par la tribu de Thulé pour quantifier ses demandes n'ont aucune valeur. Ils se fondent sur des éléments qui semblent dans une large mesure arbitraires tout en excluant des facteurs qui auraient dû être retenus. Ils ne tiennent pas compte de l'évolution des populations animales chassées. La demande principale de 235 millions de DKK est fondée sur la superficie des terres confisquées mais ne comporte aucune explication sur le rapport existant entre la superficie du territoire et le potentiel cynégétique. La période de référence choisie s'étend sur quarante-cinq années mais ne prend pas en considération l'importante réduction que la superficie de la base a subie en 1986 et le délai de prescription de droit commun des actions indemnitaires. L'évaluation réalisée par la tribu de Thulé se réfère au montant de l'indemnité annuelle – 200 DKK – accordée lors de la construction de la station météorologique de Thulé en 1946, indemnité dont on ignore le mode de calcul. La demande subsidiaire de 136 millions de DKK environ, qui est essentiellement fondée sur l'augmentation alléguée du coût de la chasse due à l'allongement des distances à parcourir pour chasser, ignore les conclusions des experts selon lesquelles l'éloignement des territoires de chasse les plus importants ne constitue pas une règle générale. L'adaptation des espèces chassées aux changements intervenus n'a pas été prise en considération. Le nombre de chasseurs auquel les calculs se réfèrent – la moitié environ du nombre des demandeurs initiaux – ne concorde pas avec celui des chasseurs touchés par les événements litigieux.

La Cour suprême souscrit entièrement aux conclusions auxquelles la cour d'appel est parvenue en ce qui concerne les éléments à retenir pour l'évaluation de l'indemnité à allouer, au nombre desquels figurent les caractéristiques des territoires de chasse dont les intéressés ont été évincés, les distances que ceux-ci doivent parcourir pour rejoindre les territoires de chasse les plus importants, les évolutions que les populations animales chassées ont connues – notamment la diminution du nombre de renards et l'accroissement du nombre de narvals – ainsi que le délai de prescription pertinent.

Ayant apprécié la situation de manière globale, la Cour suprême n'aperçoit pas de raison d'augmenter l'indemnité de 500 000 DKK allouée par la cour d'appel.

Pour les raisons exposées par la cour d'appel, il n'y a pas lieu d'accorder une indemnité distincte en ce qui concerne l'église.

Partant, la Cour suprême fait droit aux conclusions du cabinet du premier ministre tendant à voir confirmer l'indemnité allouée à la tribu de Thulé au titre du troisième chef de demande.

*Demandes individuelles (quatrième chef de demande)*

Les demandeurs sont des membres de la tribu de Thulé touchés par le déplacement forcé de 1953 ou leurs ayants droit. Devant la Cour, ils maintiennent leur demande tendant à l'obtention d'une indemnité de 250 000 DKK chacun.

Comme la cour d'appel l'a indiqué à la section 7.4 de son arrêt, les logements de remplacement fournis aux habitants d'Uummannaq sont censés couvrir l'intégralité du préjudice que leur a causé l'abandon de leur foyer. Les provisions et le matériel qui leur furent gratuitement attribués sont réputés compenser entièrement les frais extraordinaires exposés pour leur réinstallation.

Dès lors, le quatrième chef de demande a pour seul objet la réparation du préjudice subi par les auteurs du pourvoi du fait des circonstances dans lesquelles ils ont été déplacés.

Devant la Cour suprême, le cabinet du premier ministre a reconnu que le déplacement des habitants d'Uummannaq – décrit à la section 7.1 de l'arrêt de la cour d'appel – avait été décidé et mené à bien dans des circonstances telles qu'il constituait une atteinte grave et illégale aux droits de la population concernée. Le cabinet du premier ministre a souscrit à l'appréciation de la cour d'appel sur le montant des indemnités à allouer de ce chef.

La Cour suprême fait siennes les énonciations de la section 7.5 de l'arrêt de la cour d'appel relatives aux éléments à retenir pour l'évaluation des dommages-intérêts. A l'instar de la cour d'appel, elle juge que l'âge des intéressés à la date de leur déplacement est un facteur important. Elle estime comme elle que ceux qui avaient dix-huit ans révolus à ce moment-là doivent se voir accorder des dommages-intérêts supérieurs à ceux alloués aux personnes qui étaient plus jeunes et qu'il y a lieu de n'octroyer aucune indemnité à celles qui avaient moins de quatre ans à l'époque pertinente.

La Cour suprême n'aperçoit pas de raison propre à justifier une augmentation des indemnités accordées par la cour d'appel. Partant, elle fait droit aux conclusions du cabinet du premier ministre tendant à la confirmation de la décision prise sur le quatrième chef de demande.

(...) Par ces motifs, la Cour suprême confirme l'arrêt de la cour d'appel en toutes ses dispositions.

Aucune des parties ne doit payer à l'autre ou au Trésor de frais au titre de la procédure suivie devant la Cour suprême.»

Le 2 décembre 2003, la Cour suprême statua sur les honoraires dus à l'avocat des requérants pour les 1 429 heures qu'il avait indiqué avoir consacrées à cette affaire depuis la date du dépôt du pourvoi. Estimant que le nombre d'heures déclarées était excessif, elle lui accorda 1,5 million de DKK (TVA non comprise) d'honoraires – soit 200 000 EUR environ – ainsi que 122 605 DKK pour frais et dépens.

## **B. Le droit interne et international pertinent**

La Constitution danoise de 1849 garantissait notamment l'inviolabilité du domicile et le droit de propriété (article 80). Une révision constitutionnelle eut lieu le 5 juin 1953. L'article premier de la nouvelle Constitution en étend l'application à tous les territoires du Royaume de Danemark. Désormais pleinement intégré au Royaume, le Groenland

n'est plus une colonie danoise. La Constitution garantit à la population de ce territoire le droit de désigner deux des cent soixante-dix-neuf membres du Parlement danois (*Folketing*). Depuis que la Constitution s'applique à l'ensemble du pays, les habitants du Groenland sont devenus des citoyens danois placés sur un pied d'égalité avec les Danois et les Féroïens.

Les passages pertinents de la nouvelle Constitution danoise sont ainsi rédigés :

**Article 72**  
**(Inviolabilité du domicile)**

«Le domicile est inviolable. Sauf exception prévue par la loi, les perquisitions domiciliaires, les saisies, la consultation de courriers ou de documents d'une autre nature et les mesures portant atteinte au secret de la correspondance postale, télégraphique ou téléphonique doivent être autorisées par une décision judiciaire.»

**Article 7**  
**(Droit de propriété, expropriation)**

«1. La propriété est inviolable. Nul ne peut être contraint de se dessaisir de sa propriété si ce n'est pour cause d'utilité publique. Une expropriation ne peut avoir lieu que selon les modalités prévues par la loi et moyennant une indemnisation intégrale.

2. Lors de l'adoption d'un projet de loi portant expropriation, un tiers des membres du Parlement peut demander, dans les trois jours ouvrables qui suivent l'adoption définitive du projet, que celui-ci ne soit pas soumis à la sanction royale avant que de nouvelles élections au Parlement n'aient eu lieu et que l'adoption du projet n'ait été confirmée par le Parlement nouvellement constitué.

3. Les tribunaux peuvent être saisis de toute question relative à la légalité d'un acte d'expropriation et au montant de l'indemnité y afférente. La loi peut confier l'examen des questions relatives au montant de l'indemnité à des tribunaux institués à cet effet.»

Le chapitre XI de la Charte des Nations unies du 26 juin 1945 («Déclaration relative aux territoires non autonomes») est ainsi libellé :

**Article 73**

«Les Membres des Nations Unies qui ont ou qui assument la responsabilité d'administrer des territoires dont les populations ne s'administrent pas encore complètement elles-mêmes reconnaissent le principe de la primauté des intérêts des habitants de ces territoires. Ils acceptent comme une mission sacrée l'obligation de favoriser dans toute la mesure possible leur prospérité, dans le cadre du système de paix et de sécurité internationales établi par la présente Charte et, à cette fin :

a. D'assurer, en respectant la culture des populations en question, leur progrès politique, économique et social, ainsi que le développement de leur instruction, de les traiter avec équité et de les protéger contre les abus ;

b. De développer leur capacité de s'administrer elles-mêmes, de tenir compte des aspirations politiques des populations et de les aider dans le développement progressif de leurs libres institutions politiques, dans la mesure appropriée aux conditions

particulières de chaque territoire et de ses populations et à leurs degrés variables de développement ;

c. D'affermir la paix et la sécurité internationales ;

d. De favoriser des mesures constructives de développement, d'encourager des travaux de recherche, de coopérer entre eux et, quand les circonstances s'y prêteront, avec les organismes internationaux spécialisés, en vue d'atteindre effectivement les buts sociaux, économiques et scientifiques énoncés au présent article ;

e. De communiquer régulièrement au Secrétaire général, à titre d'information, sous réserve des exigences de la sécurité et de considérations d'ordre constitutionnel, des renseignements statistiques et autres de nature technique relatifs aux conditions économiques, sociales et de l'instruction dans les territoires dont ils sont respectivement responsables, autres que ceux auxquels s'appliquent les Chapitres XII et XIII.»

#### **Article 74**

«Les Membres de l'Organisation reconnaissent aussi que leur politique doit être fondée, autant dans les territoires auxquels s'applique le présent Chapitre que dans leurs territoires métropolitains, sur le principe général du bon voisinage dans le domaine social, économique et commercial, compte tenu des intérêts et de la prospérité du reste du monde.»

Par la Résolution 849 (IX) du 22 novembre 1954, l'Assemblée générale des Nations unies a approuvé l'intégration constitutionnelle du Groenland au Royaume de Danemark et a rayé cette région de la liste des territoires non autonomes.

La Convention n° 169 concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants fut adoptée par l'Organisation internationale du travail le 27 juin 1989 et entra en vigueur le 5 septembre 1991. Ratifiée par le Danemark en 1996, cette convention entra en vigueur à son égard le 22 février 1997. Le gouvernement autonome du Groenland milita pour la ratification de cette convention applicable à la population indigène du Groenland, reconnaissant ainsi que la loi sur l'autonomie du Groenland était conforme aux obligations découlant de cet instrument, dont les passages pertinents se lisent ainsi :

#### **Article 1**

«1. La présente Convention s'applique :

a) aux peuples tribaux dans les pays indépendants qui se distinguent des autres secteurs de la communauté nationale par leurs conditions sociales, culturelles et économiques et qui sont régis totalement ou partiellement par des coutumes ou des traditions qui leur sont propres ou par une législation spéciale ;

b) aux peuples dans les pays indépendants qui sont considérés comme indigènes du fait qu'ils descendent des populations qui habitaient le pays, ou une région géographique à laquelle appartient le pays, à l'époque de la conquête ou de la colonisation ou de l'établissement des frontières actuelles de l'Etat, et qui, quel que

soit leur statut juridique, conservent leurs institutions sociales, économiques, culturelles et politiques propres ou certaines d'entre elles.

(...)»

#### **Article 12**

«Les peuples intéressés doivent bénéficier d'une protection contre la violation de leurs droits et pouvoir engager une procédure légale, individuellement ou par l'intermédiaire de leurs organes représentatifs, pour assurer le respect effectif de ces droits. Des mesures doivent être prises pour faire en sorte que, dans toute procédure légale, les membres de ces peuples puissent comprendre et se faire comprendre, au besoin grâce à un interprète ou par d'autres moyens efficaces.»

### **PARTIE II – TERRES**

#### **Article 13**

«1. En appliquant les dispositions de cette partie de la Convention, les gouvernements doivent respecter l'importance spéciale que revêt pour la culture et les valeurs spirituelles des peuples intéressés la relation qu'ils entretiennent avec les terres ou territoires, ou avec les deux, selon le cas, qu'ils occupent ou utilisent d'une autre manière, et en particulier des aspects collectifs de cette relation.

2. L'utilisation du terme «terres» dans les articles 15 et 16 comprend le concept de territoires, qui recouvre la totalité de l'environnement des régions que les peuples intéressés occupent ou qu'ils utilisent d'une autre manière.»

#### **Article 14**

«1. Les droits de propriété et de possession sur les terres qu'ils occupent traditionnellement doivent être reconnus aux peuples intéressés. En outre, des mesures doivent être prises dans les cas appropriés pour sauvegarder le droit des peuples intéressés d'utiliser les terres non exclusivement occupées par eux, mais auxquelles ils ont traditionnellement accès pour leurs activités traditionnelles et de subsistance. Une attention particulière doit être portée à cet égard à la situation des peuples nomades et des agriculteurs itinérants.

2. Les gouvernements doivent en tant que de besoin prendre des mesures pour identifier les terres que les peuples intéressés occupent traditionnellement et pour garantir la protection effective de leurs droits de propriété et de possession.

3. Des procédures adéquates doivent être instituées dans le cadre du système juridique national en vue de trancher les revendications relatives à des terres émanant des peuples intéressés.»

#### **Article 16**

«1. Sous réserve des paragraphes suivants du présent article, les peuples intéressés ne doivent pas être déplacés des terres qu'ils occupent.

2. Lorsque le déplacement et la réinstallation desdits peuples sont jugés nécessaires à titre exceptionnel, ils ne doivent avoir lieu qu'avec leur consentement, donné librement et en toute connaissance de cause. Lorsque ce consentement ne peut être obtenu, ils ne doivent avoir lieu qu'à l'issue de procédures appropriées établies par la

législation nationale et comprenant, s'il y a lieu, des enquêtes publiques où les peuples intéressés aient la possibilité d'être représentés de façon efficace.

3. Chaque fois que possible, ces peuples doivent avoir le droit de retourner sur leurs terres traditionnelles, dès que les raisons qui ont motivé leur déplacement et leur réinstallation cessent d'exister.

4. Dans le cas où un tel retour n'est pas possible, ainsi que déterminé par un accord ou, en l'absence d'un tel accord, au moyen de procédures appropriées, ces peuples doivent recevoir, dans toute la mesure possible, des terres de qualité et de statut juridique au moins égaux à ceux des terres qu'ils occupaient antérieurement et leur permettant de subvenir à leurs besoins du moment et d'assurer leur développement futur. Lorsque les peuples intéressés expriment une préférence pour une indemnisation en espèces ou en nature, ils doivent être ainsi indemnisés, sous réserve des garanties appropriées.

5. Les personnes ainsi déplacées et réinstallées doivent être entièrement indemnisées de toute perte ou de tout dommage subi par elles de ce fait.»

## GRIEFS

Les griefs articulés par les intéressés sont énumérés ci-dessous.

1. Les membres de la communauté Inughuit, dont les requérants font partie, seraient les propriétaires légitimes du district de Thulé et auraient été privés de façon continue de leur terre natale et de leurs territoires de chasse ainsi que de la possibilité d'en user, d'en jouir, de les exploiter et d'en disposer, au mépris de l'article 1 du Protocole n° 1. Bien qu'elles aient été rétroactivement qualifiées d'expropriations, les ingérences subies par eux en 1951 et 1953 seraient illégales.

2. La destruction par le feu des maisons familiales d'Uummanaq et le déplacement de l'ancienne église sans consultation préalable du Conseil des chasseurs, de la paroisse ou du conseil paroissial s'analyseraient en une violation des droits des intéressés au titre de l'article 8 de la Convention. Ceux-ci n'auraient reçu aucune indemnité de ce chef.

3. Le litige portant sur les droits de caractère civil en cause dans la présente affaire n'aurait pas été tranché par un tribunal impartial au sens de l'article 6 de la Convention car :

a) à l'époque où les ingérences ont été commises, les Inughuits n'auraient pas eu accès aux tribunaux et n'auraient pas bénéficié d'une représentation ou d'une assistance juridique pour la défense de leurs intérêts civils ;

b) nonobstant le refus par la Cour suprême de faire droit aux conclusions du cabinet du premier ministre tendant au rejet de la demande d'indemnisation collective formulée par les requérants, l'exercice, par les Inughuits, de leurs droits collectifs aurait été «vidé de sa substance» ;



c) les conditions restrictives auxquelles l'aide judiciaire aurait été soumise aurait contraint les intéressés à limiter leur demande indemnitaire à 25 millions de DKK;

d) du point de vue des sommes que les parties à la procédure pouvaient consacrer aux honoraires des avocats, les intéressés se seraient trouvés dans une situation défavorable par rapport au cabinet du premier ministre. Ils ne disposeraient d'aucun élément leur permettant de conclure au caractère excessif des honoraires perçus par l'avocat du cabinet du premier ministre, mais leur propre avocat aurait reçu une rémunération manifestement trop faible.

4. Par ses actions et omissions, le Gouvernement aurait manqué à son obligation d'assurer aux intéressés la jouissance effective de certains droits conventionnels, au mépris de l'article 1 de la Convention. En effet, il n'aurait pas donné suite aux réclamations formulées par le Conseil des chasseurs en 1959 et 1960 et se serait opposé à leur réitération en 1985. En outre, il aurait tenté d'empêcher les victimes des violations d'obtenir une satisfaction équitable en dissimulant des informations au Parlement, aux requérants ainsi qu'au public et en omettant de communiquer des éléments de preuve à la commission d'enquête et aux juridictions danoises.

5. L'éviction des Inughuits de leurs terres aurait entraîné pour eux des restrictions illégales à la liberté de circulation garantie par l'article 2 du Protocole n° 4 à la Convention. Les restrictions en question auraient porté sur a) les communications et les trajets entre le nord et le sud du district de Thulé, b) les communications et les trajets par voie aérienne entre le district de Thulé et le reste du Groenland ainsi que le Danemark et c) les initiatives locales de promotion du développement économique du district de Thulé par le tourisme, compromises par les règles imposées par la base en matière de trafic aérien.

6. Les Inughuits auraient été privés des moyens politiques et judiciaires de faire valoir leurs droits conventionnels pendant plus d'une décennie après le début des ingérences, au mépris de l'article 13 de la Convention.

7. En raison de leur appartenance à la communauté Inughuit, les requérants auraient été victimes d'une discrimination par rapport à leurs compatriotes danois, et, à certains égards, par rapport à d'autres personnes résidant ailleurs au Groenland, en violation de l'article 14 de la Convention.

8. Certaines thèses défendues par le cabinet du premier ministre au cours de la procédure suivie devant la Cour suprême auraient porté atteinte à l'article 17 de la Convention et à l'article 2 du Protocole n° 1.

9. Les requérants n'auraient eu aucune influence politique à l'époque pertinente, au mépris de l'article 3 du Protocole n° 1.

## EN DROIT

### **A. Sur les griefs tirés de l'article 1 du Protocole n° 1 et de l'article 8 de la Convention**

La Cour estime que les griefs tirés de l'article 8 de la Convention et ceux fondés sur l'article 1 du Protocole n° 1 doivent être examinés conjointement. Cette dernière disposition est ainsi libellée :

« 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. »

La Cour rappelle que l'article 1 du Protocole n° 1, qui garantit en substance le droit de propriété, contient trois normes distinctes (*James et autres c. Royaume-Uni*, 21 février 1986, § 37, série A n° 98) : la première, qui s'exprime dans la première phrase du premier alinéa et revêt un caractère général, énonce le principe du respect de la propriété ; la deuxième, figurant dans la seconde phrase du même alinéa, vise la privation de propriété et la soumet à certaines conditions ; quant à la troisième, consignée dans le second alinéa, elle reconnaît aux Etats contractants le pouvoir, entre autres, de réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général. La deuxième et la troisième, qui ont trait à des exemples particuliers d'atteintes au droit de propriété, doivent s'interpréter à la lumière du principe consacré par la première (voir, entre autres, *Iatridis c. Grèce* [GC], n° 31107/96, § 55, CEDH 1999-II).

En outre, « la privation d'un droit de propriété ou d'un autre droit réel constitue en principe un acte instantané et ne crée pas une situation continue de « privation d'un droit » (*Kopecný c. Slovaquie* [GC], n° 44912/98, § 35, CEDH 2004-IX, *Von Maltzan et autres c. Allemagne* (déc.) [GC], n°s 71916/01, 71917/01 et 10260/02, § 74, CEDH 2005-V, et *Malhous c. République tchèque* (déc.) [GC], n° 33071/96, CEDH 2000-XII, avec les références qui s'y trouvent citées).

En l'espèce, les requérants allèguent avoir été privés de façon continue de leur terre natale et de leurs territoires de chasse ainsi que de la faculté d'en user, d'en jouir, de les exploiter et d'en disposer, au mépris de l'article 1 du Protocole n° 1.

Toutefois, au vu de ce qui précède, la Cour estime que les ingérences commises par les autorités ont d'abord consisté à restreindre de manière importante les droits de chasse et de pêche des Inughuits en implantant la base aérienne de Thulé en 1951 et, ensuite, à déplacer de force cette

population, qui fut contrainte de quitter Ummannaq en mai 1953. Lesdites ingérences s'analysent donc en des faits instantanés.

A cet égard, il échet de rappeler que la Convention ne s'applique, pour chaque Etat contractant, qu'aux faits postérieurs à son entrée en vigueur à l'égard de celui-ci. La Convention est entrée en vigueur à l'égard du Danemark le 3 septembre 1953 et son Protocole n° 1 le 18 mai 1954.

Partant, la Cour n'est pas compétente pour connaître desdites ingérences et les griefs des requérants qui s'y rapportent sont incompatibles *ratione temporis* avec les dispositions de la Convention au sens de l'article 35 § 3. Il s'ensuit que ces griefs doivent être rejetés, en application de l'article 35 § 4.

Les autres griefs formulés par les intéressés, qui relèvent de la compétence de la Cour et satisfont aux exigences fixées par l'article 35 § 1, ont trait aux procédures suivies devant la cour d'appel du Danemark oriental et la Cour suprême ainsi qu'aux conclusions auxquelles ces juridictions sont parvenues.

Dans les arrêts qu'elles ont respectivement rendus le 20 août 1999 et le 28 novembre 2003, la cour d'appel et la Cour suprême ont estimé que les importantes restrictions aux droits de chasse et de pêche dues à l'implantation de la base aérienne de Thulé en 1951 ainsi que les interventions dans le village d'Ummannaq et la colonie de Thulé réalisées à l'occasion du déplacement de population décidé en 1953 s'analysaient en des actes d'expropriation pour cause d'utilité publique qui étaient réguliers et valides à l'époque pertinente. Elles ont ajouté que c'était précisément parce que ces actes avaient rendu impossible ou restreint l'exercice des droits revendiqués dans les zones qu'ils visaient que les deux premiers chefs de demande des intéressés ne pouvaient être accueillis.

La Cour estime que cette interprétation est exempte d'arbitraire; 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 (*Brualla Gómez de la Torre c. Espagne*, 19 décembre 1997, § 31, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-VIII, et *Glässner c. Allemagne* (déc.), n° 46362/99, CEDH 2001-VII).

Il reste à la Cour à déterminer si la décision par laquelle la Cour suprême a jugé que les ingérences commises en 1951 et en mai 1953 s'analysaient en des actes d'expropriation a ménagé un «juste équilibre» entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu.

La cour d'appel et la Cour suprême ont toutes deux jugé que les demandes indemnitaires des requérants n'étaient pas prescrites et que la charge de la preuve des pertes alléguées devait être allégée compte tenu des manquements passés des autorités danoises en ce qui concerne l'examen et la détermination des préjudices subis.

Ces juridictions ont pris en compte le fait que le déplacement des habitants d'Uummannaq avait été décidé et réalisé dans des circonstances portant gravement atteinte à leurs droits et qu'il s'analysait en une conduite illégale à leur égard.

Elles ont cependant rappelé que, en septembre 1953, des habitations de remplacement avaient été construites pour les familles concernées et qu'on avait aussi fourni à celles-ci, outre les bâtiments et équipements nécessaires à la fondation d'un nouveau village (une école, une église, un hôpital, des bâtiments administratifs, une centrale électrique et des éléments de voirie), des provisions et du matériel au cours de l'été 1953.

En ce qui concerne le mode de calcul utilisé par les requérants pour l'évaluation de leurs préjudices, la Cour suprême s'est exprimée ainsi :

«Les calculs opérés par la tribu de Thulé pour quantifier ses demandes n'ont aucune valeur. Ils se fondent sur des éléments qui semblent dans une large mesure arbitraires tout en excluant des facteurs qui auraient dû être retenus. Ils ne tiennent pas compte de l'évolution des populations animales chassées. La demande principale de 235 millions de DKK est fondée sur la superficie des terres confisquées mais ne comporte aucune explication sur le rapport existant entre la superficie du territoire et le potentiel cynégétique. La période de référence choisie s'étend sur quarante-cinq années mais ne prend pas en considération l'importante réduction que la superficie de la base a subie en 1986 et le délai de prescription de droit commun des actions indemnitaires. L'évaluation réalisée par la tribu de Thulé se réfère au montant de l'indemnité annuelle – 200 DKK – accordée lors de la construction de la station météorologique de Thulé en 1946, indemnité dont on ignore le mode de calcul. La demande subsidiaire de 136 millions de DKK environ, qui est essentiellement fondée sur l'augmentation alléguée du coût de la chasse due à l'allongement des distances à parcourir pour chasser, ignore les conclusions des experts selon lesquelles l'éloignement des territoires de chasse les plus importants ne constitue pas une règle générale. L'adaptation des espèces chassées aux changements intervenus n'a pas été prise en considération. Le nombre de chasseurs auquel les calculs se réfèrent – la moitié environ du nombre des demandeurs initiaux – ne concorde pas avec celui des chasseurs touchés par les événements litigieux.»

En outre, après avoir entendu les requérants ainsi que des témoins et examiné les nombreux éléments mis à sa disposition, notamment des données ethnographiques, géographiques, historiques, politiques et autobiographiques ainsi que des ouvrages, des procès-verbaux et des rapports – y compris une expertise portant sur l'évolution de la chasse dans le district de Thulé qui avait été réalisée pour les besoins de la procédure, la Cour suprême a souscrit à l'avis de la cour d'appel quant aux paramètres pertinents aux fins de l'évaluation du montant de l'indemnité à allouer.

En conséquence, la tribu de Thulé s'est vu accorder 500 000 DKK en réparation du préjudice causé par son expulsion et la perte de ses droits de chasse dans le district de Thulé. En outre, les requérants qui étaient âgés d'au moins dix-huit ans et ceux qui avaient entre quatre et dix-huit

ans à l'époque pertinente ont respectivement obtenu 25 000 DKK ou 15 000 DKK au titre du dommage moral.

Par ailleurs, la Cour rappelle que, peu après 1985, de nouvelles maisons ont été érigées à Qaanaaq en remplacement des habitations qui s'y trouvaient en 1950; que, en 1986, les Etats-Unis et le Danemark ont convenu de réduire la zone occupée par la base de près de la moitié de sa superficie initiale; que le gouvernement danois et le gouvernement autonome ont décidé d'examiner ensemble les moyens d'améliorer l'utilisation de la base afin d'accroître le trafic civil et de créer, aux frais du gouvernement danois, une zone de transit destinée aux civils; et que, en 1997, ce dernier s'est engagé à faire don de 47 millions de DKK pour financer une partie du coût de la création d'un aéroport à Thulé.

Dans ces conditions, la Cour estime que les autorités nationales ont ménagé un juste équilibre entre les intérêts patrimoniaux des parties et conclut que la présente affaire ne révèle aucune apparence de violation de l'article 1 du Protocole n° 1. Il s'ensuit que cette partie de la requête doit être rejetée, conformément à l'article 35 § 4 de la Convention.

## **B. Sur les autres griefs des requérants**

La Cour a examiné les griefs des requérants tels qu'ils ont été présentés. Compte tenu de l'ensemble des éléments en sa possession, et pour autant qu'il ait été satisfait aux exigences de l'article 35 § 1 et que les faits incriminés relèvent de sa compétence, la Cour estime qu'ils ne révèlent aucune apparence de violation des droits et libertés garantis par la Convention ou ses Protocoles. Il s'ensuit que lesdits griefs doivent être rejetés, conformément à l'article 35 § 4 de la Convention.

Par ces motifs, la Cour, à l'unanimité,

*Déclare* la requête irrecevable.



KOLK AND KISLYIY v. ESTONIA  
(Applications nos. 23052/04 and 24018/04)

FOURTH SECTION<sup>1</sup>

DECISION OF 17 JANUARY 2006<sup>2</sup>

---

1. Sitting as a Chamber composed of Nicolas Bratza, *President*, Josep Casadevall, Matti Pellonpää, Rait Maruste, Stanislav Pavlovski, Javier Borrego Borrego, Ján Šikuta, *judges*, and Michael O'Boyle, *Section Registrar*.

2. English original.





SUMMARY<sup>1</sup>**Prosecution for crimes against humanity committed before such an offence existed under domestic law****Article 7 § 2**

*Retroactivity – Prosecution for crimes against humanity committed before such an offence existed under domestic law – Deportation of civilian population in 1949 – General principles of law recognised by civilised nations – Inapplicability of statutory limitation to crimes against humanity*

\*  
\*   \*

The applicants were convicted of crimes against humanity under the Estonian Criminal Code and sentenced to suspended imprisonment. A county court found that in 1949 the applicants had participated in the deportation of the civilian population from the occupied Republic of Estonia to remote areas of the Soviet Union. The applicants appealed, alleging that at the material time the 1946 Criminal Code of the Russian Soviet Federative Socialist Republic had been applicable on the territory of Estonia. That Code had not made crimes against humanity an offence. Criminal responsibility for crimes against humanity had been established only in 1994 through amendments made to the Estonian Criminal Code of 1992. With reference to Article 7 of the Convention, the defence argued that the county court had not established whether the deportation had been a crime against humanity under international and domestic law in 1949 and whether the applicants had been able to foresee, at that time, that they were committing the offence of which they had been accused. A court of appeal nevertheless upheld the lower court's judgment, noting that crimes against humanity were punishable, irrespective of when committed, by virtue of the Criminal Code and the Penal Code. Moreover, Article 7 § 2 of the Convention did not prevent punishment of a person for an act which, at the time of its commission, was criminal according to the general principles of law recognised by civilised nations. Deportations such as those effected by the applicants had been considered crimes against humanity by civilised nations in 1949. Such acts had been defined as criminal in the Charter of the International Military Tribunal (the Nuremberg Tribunal) and affirmed as principles of international law by the General Assembly of the United Nations in its Resolution no. 95 adopted in 1946. The applicants were refused leave to appeal to the Supreme Court.

---

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

*Held*

Article 7 § 2: The Court noted that Estonia had lost its independence as a result of the Treaty of Non-Aggression between Germany and the Union of Soviet Socialist Republics and the Soviet army's large-scale penetration into the country in 1940. Except for a period from 1941 to 1944 when it was occupied by German forces, Estonia had remained occupied by the Soviet Union until the restoration of its independence in 1991. The Court furthermore noted that deportation of the civilian population had been expressly recognised as a crime against humanity in the Charter of the Nuremberg Tribunal of 1945. The universal validity of the principles concerning crimes against humanity had been subsequently confirmed by, *inter alia*, Resolution no. 95 of the General Assembly of the United Nations adopted in 1946. Article 7 § 2 of the Convention expressly provided that Article 7 does not prejudice the trial and punishment of a person for any act or omission which, at the time it was committed, was criminal according to the general principles of law recognised by civilised nations. That was true of crimes against humanity, in respect of which the rule that they could not be time-barred was laid down by the Charter of the Nuremberg Tribunal. Even if the acts committed by the applicants could have been regarded as lawful under Soviet law at the material time, they had nevertheless been found by the Estonian courts to constitute crimes against humanity under international law at the time of their commission. Furthermore, as the Soviet Union had been a party to the 1945 agreement adopting the Charter of the Nuremberg Tribunal as well as a member of the United Nations when its General Assembly had adopted Resolution no. 95, it could not be claimed that the principles in question were unknown to the Soviet authorities. Lastly, Estonia had acceded to the Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes against Humanity on regaining its independence in 1991. In sum, the Court found no reason to call into question the Estonian courts' interpretation and application of domestic law in the light of the relevant international law: manifestly ill-founded.

**Case-law cited by the Court**

*Touvier v. France*, no. 29420/95, Commission decision of 13 January 1997, Decisions and Reports 88-B

*Waite and Kennedy v. Germany* [GC], no. 26083/94, ECHR 1999-I

*Papon v. France (no. 2)* (dec.), no. 54210/00, ECHR 2001-XII

...

## THE FACTS

The first applicant, Mr August Kolk, is an Estonian national who was born in 1924. The second applicant, Mr Petr Kislyiy, is a Russian national who was born in 1921. Both applicants live in Tallinn. They were represented before the Court by Mr A. Kustov, a lawyer practising in Tallinn.

### A. The circumstances of the case

The facts of the case, as submitted by the applicants, may be summarised as follows.

On 10 October 2003 the applicants were convicted of crimes against humanity under Article 61-1 § 1 of the Criminal Code (*Kriminaalkoodeks*) by the Saare County Court (*Saare Maakohus*). They were sentenced to eight years' suspended imprisonment with a probation period of three years. According to the judgment, the applicants had in March 1949 participated in the deportation of the civilian population from the occupied Republic of Estonia to remote areas of the Soviet Union.

– The first applicant had served at the relevant time as an investigator in the Ministry of National Security of the Estonian Soviet Socialist Republic. He had participated in the preparation of the “Priboi” deportation operation and drawn up documents concerning the deportation of ten families. He had made proposals for the deportation of twenty-seven persons. After the deportation operation had been carried out on 25 March 1949, he had drawn up further documents concerning the deportation.

– The second applicant had served at the relevant time as an inspector in the Ministry of the Interior of the Estonian Soviet Socialist Republic. On 25 March 1949 he had participated, in his capacity as head of a task force, in the deportation of a family and had filled out a questionnaire concerning the family and organised the deportation of four persons.

In its judgment, the County Court referred to Article 6 § 4 of the Criminal Code and Article 5 § 4 of the Penal Code (*Karistusseadustik*), according to which crimes against humanity were punishable irrespective of the time of the commission of the offence. It noted that, since crimes against humanity were punishable also under the Penal Code, which had replaced the Criminal Code on 1 September 2002, the charges against the applicants had been brought correctly under Article 61-1 § 1 of the Criminal Code. In this connection, reference was made to section 3(2) of the Penal Code (Implementing Regulations) Act (*Karistusseadustiku rakendamise seadus*), according to which the Criminal Code had to be

applied in such cases. The County Court further relied on the judgment of the Supreme Court (*Riigikohus*) of 21 March 2000 in the *Paulov* case and referred to Article 6 of the Charter of the International Military Tribunal (Nuremberg Tribunal), Article 5 of the Statute of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia and the United Nations Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes against Humanity.

The applicants' lawyer appealed against the County Court's judgment to the Tallinn Court of Appeal (*Tallinna Ringkonnakohtus*). He argued, *inter alia*, that at the material time the 1946 Criminal Code of the Russian Soviet Federative Socialist Republic had been applicable on the territory of Estonia. That Code had not provided for the punishment of crimes against humanity. Criminal responsibility for crimes against humanity had been established only in 1994 by the amendments made to the Estonian Criminal Code of 1992. With reference to Article 7 of the European Convention on Human Rights, the applicants' lawyer argued that the County Court had not established whether the deportation had been a crime against humanity under international and domestic law in 1949 and whether the applicants had had a possibility to foresee, at that time, that they were committing an offence.

On 27 January 2004 the Tallinn Court of Appeal upheld the judgment of the County Court. It noted that crimes against humanity were punishable irrespective of the time of the commission of the offence, both according to the Criminal Code and the Penal Code. It made reference to the Supreme Court's judgment in *Paulov* and referred to Article 3 of the Constitution, according to which generally recognised principles and rules of international law were an inseparable part of the Estonian legal system. It relied on the same provisions of the Criminal Code and the Penal Code as the County Court. It further noted that Article 7 § 2 of the European Convention on Human Rights did not prevent punishment of a person for an act which, at the time of its commission, had been criminal according to the general principles of law recognised by civilised nations. The deportations organised by the applicants had been considered crimes against humanity by civilised nations in 1949. Such acts had been defined as criminal in Article 6 (c) of the Charter of the Nuremberg Tribunal and affirmed as principles of international law by the General Assembly of the United Nations on 11 December 1946 in its Resolution no. 95. The court was of the opinion that the Charter of the Nuremberg Tribunal and also the Statute of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia entailed norms of international customary law which were binding irrespective of whether a particular State had acceded or not to an international human rights treaty. The Court of Appeal found that by filling out the documents concerning deportation, removing people from their homes and handing them over to a ship assigned for deportation, the

applicants had participated in a widespread attack against the civilian population in the context of the “Priboi” deportation operation.

On 21 April 2004 the Supreme Court refused the applicants leave to appeal.

## **B. Relevant domestic law and practice**

Article 3 § 1 of the Constitution of the Republic of Estonia (*Eesti Vabariigi põhiseadus*) stipulates that generally recognised principles and rules of international law are an inseparable part of the Estonian legal system.

Article 23 § 1 of the Constitution reads as follows:

“No one shall be convicted of an act which did not constitute a criminal offence under the law in force at the time the act was committed.”

The relevant provisions of the Criminal Code, as in force at the material time, provided:

### **Article 6 § 4**

“Crimes against humanity and war crimes (Articles 61-1 to 61-4) shall be punishable regardless of the time of commission of the crime.”

### **Article 61-1 § 1**

“Crimes against humanity, including genocide, as these offences are defined in international law, that is, the intentional commission of acts directed to the full or partial extermination of a national, ethnic, racial or religious group, a group resisting an occupation regime, or other social group, the murder of, or the causing of extremely serious or serious bodily or mental harm to, a member of such group or the torture of him or her, the forcible taking of children, an armed attack, the deportation or expulsion of the native population in the case of occupation or annexation and the deprivation or restriction of economic, political or social human rights, shall be punished by eight to fifteen years’ imprisonment or life imprisonment.”

The Penal Code, which came into force on 1 September 2002, provides:

### **Article 2 § 1**

“No one shall be convicted or punished for an act which was not an offence under the law applicable at the time of the commission of the act.”

### **Article 5 § 4**

“Offences against humanity and war crimes shall be punishable regardless of the time of commission of the offence.”

### **Article 89**

“Systematic or large-scale deprivation or restriction of human rights and freedoms, instigated or directed by a State, organisation or group, or the killing, torture, rape,

causing of damage to health, forced displacement, expulsion, subjection to prostitution, unfounded deprivation of liberty, or other abuse of civilians, is punishable by eight to twenty years' imprisonment or life imprisonment.”

Section 3(2) of the Penal Code (Implementing Regulations) Act reads as follows:

“If, after entry into force of the Penal Code, a punishment is imposed for a criminal offence committed prior to the entry into force of the Penal Code, the punishment shall be based on the punishment provided for in the corresponding Article of the Criminal Code in force at the time of the commission of the offence, in case the said Article prescribes a lesser punishment.”

The Constitutional Review Chamber of the Supreme Court held in its judgment of 21 December 1994 (case no. III-4/A-10/94):

“According to the concept of the supremacy of international law, States have an obligation to comply with the norms of international law, including the norms of customary international law.”

The Criminal Chamber of the Supreme Court has reiterated in several judgments that, according to Article 3 of the Constitution, generally recognised principles and norms of international law are an inseparable part of the Estonian legal system (see, for example, the judgment of 7 February 1995 in case no. III-1/3-4/95, and the judgment of 18 April 1995 in case no. III-1/3-11/95).

The Criminal Chamber stated in its judgment of 21 March 2000 in the *Paulov* case concerning the extrajudicial extermination of persons hiding from the repressions of the Soviet occupation regime (case no. 3-1-1-31-00):

“4. ... In the case of a crime against humanity, the offender places himself or herself, for various reasons – first and foremost for religious, national or ideological reasons – outside of the system of values. He or she acts in order to achieve other goals (for example ethnic cleansing) and the attacked values – life, health, physical integrity – are, in a given context, worthless to him or her. Here the attack is not directed against a specific victim; any person can become a victim.

...

7. The appeal proceeds from ... the concept of a crime against humanity and it is submitted that the victims hid in the woods as civilians in order to avoid repression. The occupation authorities, however, decided to deprive them of their right to a fair trial and to murder them. It was found that, therefore, there had been a crime against humanity.

8. The Supreme Court subscribes to the latter position and notes that deprivation of a person's right to life and fair trial may be treated as other inhumane acts referred to in Article 6 (c) of the Charter of the Nuremberg International Military Tribunal. ...”

### C. Relevant provisions of international documents

The Charter of the Nuremberg Tribunal, annexed to the London Agreement of 8 August 1945 (United Nations, Treaty Series, vol. 82), provides:

#### Article 6

“...  
...

The following acts, or any of them, are crimes coming within the jurisdiction of the Tribunal for which there shall be individual responsibility:

...

(c) Crimes against humanity: namely, murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war, or persecutions on political, racial or religious grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated.

Leaders, organisers, instigators and accomplices participating in the formulation or execution of a common plan or conspiracy to commit any of the foregoing crimes are responsible for all acts performed by any persons in execution of such plan.”

Resolution no. 95 of the General Assembly of the United Nations, adopted on 11 December 1946, provides:

“The General Assembly ... [a]ffirms the principles of international law recognised by the Charter of the Nuremberg Tribunal and the judgment of the Tribunal ...”

In 1950 the International Law Commission of the United Nations formulated the Principles of the Nuremberg Tribunal, stating, *inter alia*:

#### Principle IV

“The fact that a person acted pursuant to order of his Government or of a superior does not relieve him from responsibility under international law, provided a moral choice was in fact possible to him.”

#### Principle VI

“The crimes hereinafter set out are punishable as crimes under international law:

...

(c) Crimes against humanity:

Murder, extermination, enslavement, deportation and other inhumane acts done against any civilian population, or persecutions on political, racial or religious grounds, when such acts are done or such persecutions are carried on in execution of or in connection with any crime against peace or any war crime.”

On 26 November 1968 the General Assembly of the United Nations adopted by Resolution 2391 (XXIII) the Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes against

Humanity (United Nations, Treaty Series, vol. 754). The convention came into force on 11 November 1970. It was ratified by the Soviet Union on 22 April 1969. Estonia acceded to the convention on 21 October 1991. It provides, *inter alia*:

#### Article I

“No statutory limitation shall apply to the following crimes, irrespective of the date of their commission:

...

(b) Crimes against humanity whether committed in time of war or in time of peace as they are defined in the Charter of the International Military Tribunal, Nuremberg, of 8 August 1945 and confirmed by Resolutions 3 (I) of 13 February 1946 and 95 (I) of 11 December 1946 of the General Assembly of the United Nations, eviction by armed attack or occupation and inhuman acts resulting from the policy of apartheid, and the crime of genocide as defined in the 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, even if such acts do not constitute a violation of the domestic law of the country in which they were committed.”

## COMPLAINT

The applicants complained under Article 7 of the Convention that they had been punished on the basis of the retroactive application of criminal law.

## THE LAW

The applicants complained that their conviction for crimes against humanity had been based on the retroactive application of criminal law. The acts they had committed in 1949 had not been crimes against humanity under international law as it stood at that time. The applicants relied on Article 7 of the Convention, which provides:

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

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

The applicants submitted that the acts in respect of which they were convicted had taken place in 1949 on the territory of the Estonian Soviet Socialist Republic. At the material time, the 1946 Criminal Code of the Russian Soviet Federative Socialist Republic had been applicable on the territory of Estonia. It had not included crimes against humanity.



Criminal responsibility for crimes against humanity had been established in Estonia only from 9 November 1994, when the Estonian Criminal Code had been amended by Article 61-1. According to Article 23 of the Estonian Constitution and Article 2 § 1 of the Penal Code, no one could be convicted of an act which had not constituted a criminal offence under the law in force at the time of the commission of the act.

The applicants argued that the deportation of families from Saaremaa Island in 1949 had not been carried out “before or during the war” and that this act had not been an act within the jurisdiction of the Nuremberg Tribunal. Nor had the deportation been carried out in execution of or in connection with any crime against peace or any war crime. Accordingly, the domestic courts had wrongly considered the applicants’ acts as crimes against humanity. The deportation of the population had been based on legal acts of the Soviet Union. The applicants had had no possibility of foreseeing that sixty years later their acts would be considered as crimes against humanity.

The Court notes, firstly, that Estonia lost its independence as a result of the Treaty of Non-Aggression between Germany and the Union of Soviet Socialist Republics (also known as the “Molotov-Ribbentrop Pact”), concluded on 23 August 1939, and the secret additional protocols to it. Following an ultimatum to set up Soviet military bases in Estonia in 1939, a large-scale penetration of the Soviet army into Estonia took place in June 1940. The lawful government of the country was overthrown, and Soviet rule was imposed by force. The totalitarian communist regime of the Soviet Union conducted large-scale and systematic actions against the Estonian population, including, for example, the deportation of about 10,000 persons on 14 June 1941 and of more than 20,000 on 25 March 1949<sup>1</sup>.

Under German occupation between 1941 and 1944, Estonia was occupied by the Soviet Union until the restoration of its independence in 1991. Accordingly, as a State Estonia was temporarily prevented from fulfilling its international commitments. It acceded to the Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes against Humanity only on 21 October 1991, and relevant amendments to the Criminal Code, including Article 61-1, came into force on 9 December 1994.

---

1. According to the data of the Estonian State Commission on Examination of the Policies of Repression (see <http://www.just.ee/orb.aw/class=file/action=preview/id=12709/TheWhiteBook.pdf>), the Estonian International Commission for the Investigation of Crimes against Humanity (see [http://www.historycommission.ee/temp/pdf/conclusions\\_en.pdf](http://www.historycommission.ee/temp/pdf/conclusions_en.pdf)) and the Estonian Museum of Occupations (see <http://www.okupatsioon.ee/english/overviews/ylev/ylev-PERSECUT.html#Heading431>).

The Court notes that deportation of the civilian population was expressly recognised as a crime against humanity in the Charter of the Nuremberg Tribunal of 1945 (Article 6 (c)). Although the Nuremberg Tribunal was established for trying the major war criminals of the European Axis countries for the offences they had committed before or during the Second World War, the Court notes that the universal validity of the principles concerning crimes against humanity was subsequently confirmed by, *inter alia*, Resolution no. 95 of the General Assembly of the United Nations (11 December 1946) and later by the International Law Commission. Accordingly, responsibility for crimes against humanity cannot be limited only to the nationals of certain countries and solely to acts committed within the specific time frame of the Second World War. In this connection, the Court would emphasise that it is expressly stated in Article I (b) of the Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes against Humanity that no statutory limitations shall apply to crimes against humanity, irrespective of the date of their commission and whether committed in time of war or in time of peace. After accession to the above convention, the Republic of Estonia became bound to implement the said principles.

The Court reiterates that Article 7 § 2 of the European Convention on Human Rights expressly provides that that Article shall not prejudice the trial and punishment of a person for any act or omission which, at the time it was committed, was criminal according to the general principles of law recognised by civilised nations. This is true of crimes against humanity, in respect of which the rule that they cannot be time-barred was laid down by the Charter of the Nuremberg Tribunal (see *Papon v. France (no. 2)* (dec.), no. 54210/00, ECHR 2001-XII, and *Touvier v. France*, no. 29420/95, Commission decision of 13 January 1997, Decisions and Reports 88-B, p. 161).

The Court further reiterates that the interpretation and application of domestic law falls in principle within the jurisdiction of the national courts (see *Papon*, cited above, and *Touvier*, cited above, p. 162). This also applies where domestic law refers to rules of general international law or international agreements. The Court's role is confined to ascertaining whether the effects of such an interpretation are compatible with the Convention (see, *mutatis mutandis*, *Waite and Kennedy v. Germany* [GC], no. 26083/94, § 54, ECHR 1999-I).

The Court notes that even if the acts committed by the applicants could have been regarded as lawful under Soviet law at the material time, they were nevertheless found by the Estonian courts to constitute crimes against humanity under international law at the time of their commission. The Court sees no reason to come to a different conclusion. It is noteworthy in this context that the Soviet Union was a party to the London Agreement of 8 August 1945 by which the Charter of the

Nuremberg Tribunal was enacted. Moreover, on 11 December 1946 the General Assembly of the United Nations affirmed the principles of international law recognised by the charter. As the Soviet Union was a member State of the United Nations, it cannot be claimed that these principles were unknown to the Soviet authorities. Thus, the Court considers groundless the applicants' allegations that their acts had not constituted crimes against humanity at the time of their commission and that they could not reasonably be expected to have been aware that they had.

Furthermore, as the Court has noted above, no statutory limitation applies to crimes against humanity, irrespective of the date of their commission. Estonia acceded to the Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes against Humanity on 21 October 1991. The Court finds no reason to call into question the Estonian courts' interpretation and application of domestic law made in the light of the relevant international law. It is satisfied that the applicants' conviction and sentence had a legal basis in Article 61-1 § 1 of the Criminal Code. Accordingly, the matters complained of disclose no appearance of a failure to respect Article 7 of the European Convention on Human Rights.

It follows that these complaints are manifestly ill-founded and must be rejected in accordance with Article 35 §§ 3 and 4 of the Convention.

For these reasons, the Court

unanimously

*Decides* to join the applications;

by a majority

*Declares* the applications inadmissible.



KOLK ET KISLYIY c. ESTONIE  
(Requêtes n<sup>os</sup> 23052/04 et 24018/04)

QUATRIÈME SECTION<sup>1</sup>

DÉCISION DU 17 JANVIER 2006<sup>2</sup>

---

1. Siégeant en une chambre composée de Nicolas Bratza, *président*, Josep Casadevall, Matti Pellonpää, Rait Maruste, Stanislav Pavlovski, Javier Borrego Borrego, Ján Šikuta, *juges*, et de Michael O'Boyle, *greffier de section*.

2. Traduction; original anglais.



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Poursuites pour crime contre l'humanité commis avant qu'une telle infraction existe en droit interne****Article 7 § 2**

*Rétroactivité – Poursuites pour crime contre l'humanité commis avant qu'une telle infraction existe en droit interne – Déportation de la population civile en 1949 – Principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées – Imprescriptibilité des crimes contre l'humanité*

\*

\* \*

Les requérants furent reconnus coupables de crimes contre l'humanité en vertu du code criminel estonien et furent condamnés à une peine d'emprisonnement assortie d'un sursis. Le tribunal de district constata qu'ils avaient participé, en 1949, à la déportation de la population civile de la République d'Estonie, alors occupée, vers des zones reculées de l'Union soviétique. Les requérants firent appel de ce jugement, arguant qu'à l'époque des faits c'était le code criminel de 1946 de la République socialiste fédérative soviétique de Russie qui s'appliquait sur le territoire de l'Estonie et que ce code ne punissait pas les crimes contre l'humanité. Selon eux, la responsabilité pénale pour cette infraction n'avait été introduite qu'en 1994, lorsque le code criminel estonien de 1992 avait été modifié. Invoquant l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'avocat plaidait que le tribunal de district n'avait pas recherché si la déportation constituait en 1949 un crime contre l'humanité au regard du droit international et du droit interne, ni si les requérants pouvaient à l'époque savoir qu'ils étaient en train de commettre les infractions dont ils étaient accusés. La cour d'appel confirma cependant le jugement de la juridiction inférieure. Elle releva que les crimes contre l'humanité étaient punissables indépendamment du moment de leur commission, en vertu du code criminel et du code pénal. En outre, l'article 7 § 2 de la Convention n'empêchait pas de punir une personne coupable d'une action qui, au moment de sa commission, était criminelle d'après les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées. Selon la cour d'appel, les déportations telles que celles organisées par les requérants étaient considérées comme des crimes contre l'humanité par les nations civilisées en 1949: ces agissements avaient été définis comme des actes criminels dans le statut du Tribunal militaire international (Tribunal de Nuremberg), et l'Assemblée générale des Nations unies avait confirmé dans sa résolution 95, adoptée en 1946, les principes de droit international reconnus par ledit statut. La Cour suprême refusa aux requérants l'autorisation de former un recours.

---

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

Article 7 § 2: la Cour observe que l'Estonie perdit son indépendance à la suite de la signature du traité de non-agression entre l'Allemagne et l'Union des républiques socialistes soviétiques, et de l'entrée massive de l'armée soviétique dans le pays en 1940. Excepté entre 1941 et 1944, période où elle connut l'occupation allemande, l'Estonie fut occupée par l'Union soviétique jusqu'à son retour à l'indépendance, en 1991. La Cour note par ailleurs que la déportation de populations civiles a été expressément reconnue comme crime contre l'humanité en 1945 dans le statut du Tribunal de Nuremberg. La validité universelle des principes relatifs aux crimes contre l'humanité a été confirmée par la suite, notamment par la résolution 95 de l'Assemblée générale des Nations unies, adoptée en 1946. Le paragraphe 2 de l'article 7 de la Convention prévoit expressément que ledit article ne porte pas atteinte au jugement et à la punition d'une personne coupable d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle a été commise, était criminelle d'après les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées, ce qui est le cas du crime contre l'humanité, dont l'imprescriptibilité a été consacrée par le statut du Tribunal de Nuremberg. Quand bien même les actes commis par les requérants auraient pu être considérés comme licites en droit soviétique à l'époque des faits, les tribunaux estoniens ont estimé qu'ils constituaient des crimes contre l'humanité au regard du droit international au moment de leur commission. En outre, dès lors que l'Union soviétique était partie à l'Accord de 1945, par lequel a été adopté le statut du Tribunal de Nuremberg, et qu'elle était membre de l'Organisation des Nations unies lorsque son Assemblée générale adopta la résolution 95, on ne saurait prétendre que les autorités soviétiques ignoraient les principes en question. Enfin, l'Estonie a adhéré à la Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité lors de son retour à l'indépendance, en 1991. En définitive, la Cour ne voit aucune raison de mettre en cause la manière dont les juridictions estoniennes ont appliqué et interprété le droit interne à la lumière des dispositions pertinentes du droit international: défaut manifeste de fondement.

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

*Touvier c. France*, n° 29420/95, décision de la Commission du 13 janvier 1997, Décisions et rapports 88-A

*Waite et Kennedy c. Allemagne* [GC], n° 26083/94, CEDH 1999-I

*Papon c. France (n° 2)* (déc.), n° 54210/00, CEDH 2001-XII



(...)

## EN FAIT

Le premier requérant, M. August Kolk, est un ressortissant estonien né en 1924. Le second requérant, M. Petr Kislyiy, est un ressortissant russe né en 1921. Tous deux résident à Tallinn. Ils sont représentés devant la Cour par M<sup>e</sup> A. Kustov, avocat à Tallinn.

### A. Les circonstances de l'espèce

Les faits de la cause, tels qu'ils ont été exposés par les requérants, peuvent se résumer comme suit.

Le 10 octobre 2003, les requérants furent reconnus coupables de crimes contre l'humanité, au sens de l'article 61-1 § 1 du code criminel (*Kriminaalkoodeks*), par le tribunal de district de Saare (*Saare Maakohus*). Ils furent condamnés à une peine de huit ans d'emprisonnement assortie d'un sursis avec mise à l'épreuve pendant trois ans. Le jugement du tribunal indiquait que les requérants avaient participé, en mars 1949, à la déportation de la population civile de la République d'Estonie, alors occupée, vers des zones reculées de l'Union soviétique.

– A l'époque enquêteur au ministère de la Sécurité nationale de la République socialiste soviétique d'Estonie, le premier requérant avait participé à la préparation de l'opération de déportation «Priboi» et rédigé des documents concernant la déportation de dix familles. Il avait fait des propositions pour la déportation de vingt-sept personnes. A la suite de l'opération «Priboi», exécutée le 25 mars 1949, il avait établi d'autres documents concernant la déportation.

– A l'époque inspecteur au ministère de l'Intérieur de la République socialiste soviétique d'Estonie, le second requérant avait participé le 25 mars 1949, à la tête d'une cellule spéciale, à la déportation d'une famille, au sujet de laquelle il avait rempli un questionnaire. Il avait organisé la déportation de quatre personnes.

Le tribunal de district renvoya dans son jugement à l'article 6 § 4 du code criminel et à l'article 5 § 4 du code pénal (*Karistusseadustik*), qui consacraient le principe de l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité. Il précisa que, les crimes contre l'humanité étant punis également par le code pénal, qui avait remplacé le code criminel le 1<sup>er</sup> septembre 2002, les charges portées contre les requérants sur le fondement de l'article 61-1 § 1 du code criminel étaient admissibles. A cet égard, il se référa à l'article 3(2) de la loi d'application du code pénal (*Karistusseadustiku rakendamise seadus*), qui prescrivait l'application du code criminel dans ce type de cas. Il s'appuya également sur l'arrêt rendu par la Cour suprême (*Riigikohus*) le 21 mars 2000 dans l'affaire Paulov et rappela

l'article 6 du statut du Tribunal militaire international (Tribunal de Nuremberg), l'article 5 du statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, ainsi que la Convention des Nations unies sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité.

L'avocat des requérants attaqua la décision devant la cour d'appel de Tallinn (*Tallinna Ringkonnakohtus*). Son argumentation consistait à dire, notamment, qu'à l'époque des faits c'était le code criminel de 1946 de la République socialiste fédérative soviétique de Russie qui s'appliquait sur le territoire de l'Estonie et que ce code ne punissait pas les crimes contre l'humanité. Selon lui, la responsabilité pénale pour cette infraction n'avait été introduite qu'en 1994, lorsque le code criminel estonien de 1992 avait été modifié. Invoquant l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, il plaidait que le tribunal de district n'avait pas recherché si la déportation constituait en 1949 un crime contre l'humanité au regard du droit international et du droit interne, ni si les requérants pouvaient à l'époque savoir qu'ils étaient en train de commettre une infraction.

Le 27 janvier 2004, la cour d'appel de Tallinn confirma le jugement du tribunal de district. Elle releva que les crimes contre l'humanité étaient punissables indépendamment du moment de leur commission, tant en vertu du code criminel qu'en vertu du code pénal. Elle s'appuya elle aussi sur l'arrêt rendu par la Cour suprême dans l'affaire Paulov et cita l'article 3 de la Constitution, aux termes duquel les principes et règles de droit international généralement reconnus faisaient partie intégrante du système juridique estonien. La cour d'appel se référa aux mêmes dispositions du code criminel et du code pénal que le tribunal de district, notant en outre que l'article 7 § 2 de la Convention européenne des droits de l'homme n'empêchait pas de punir une personne coupable d'une action qui, au moment de sa commission, était criminelle d'après les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées. Selon elle, les déportations organisées par les requérants étaient considérées comme des crimes contre l'humanité par les nations civilisées en 1949: ces agissements avaient été définis comme des actes criminels dans l'article 6 (c) du statut du Tribunal de Nuremberg, et l'Assemblée générale des Nations unies avait confirmé dans sa résolution 95 du 11 décembre 1946 les principes de droit international reconnus par ledit statut. La cour d'appel estima que le statut du Tribunal de Nuremberg et celui du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie consacraient des normes de droit international coutumier qui étaient contraignantes pour les Etats, qu'ils eussent ou non adhéré à un traité international relatif aux droits de l'homme. Elle jugea que, en remplissant les documents concernant la déportation, en contraignant des personnes à quitter leur foyer et en les faisant embarquer à bord d'un bateau affecté à la déportation, les requérants avaient participé à une vaste attaque contre la population civile dans le cadre de l'opération «Priboi».

Le 21 avril 2004, la Cour suprême refusa aux requérants l'autorisation de former un recours.

## **B. Le droit et la pratique internes pertinents**

L'article 3 § 1 de la Constitution de la République d'Estonie (*Eesti Vabariigi põhiseadus*) dispose que les principes et règles de droit international généralement reconnus font partie intégrante du système juridique estonien.

L'article 23 § 1 de la Constitution est ainsi rédigé :

«Nul ne peut être condamné pour un acte qui, au moment de sa commission, ne constituait pas une infraction d'après le droit en vigueur.»

Les dispositions pertinentes du code criminel en vigueur à l'époque des faits étaient les suivantes :

### **Article 6 § 4**

«Les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre (articles 61-1 à 61-4) sont punissables indépendamment du moment de leur commission.»

### **Article 61-1 § 1**

«Les crimes contre l'humanité, au nombre desquels figure le génocide, tels que ces infractions sont définies dans le droit international, c'est-à-dire le fait de commettre intentionnellement des actes visant à exterminer totalement ou partiellement un groupe national, ethnique, racial ou religieux, un groupe résistant à un régime d'occupation, ou tout autre groupe social, le fait de tuer un membre d'un tel groupe ou de lui infliger des dommages corporels ou des souffrances mentales graves ou extrêmement graves ou des tortures, l'enlèvement forcé d'enfants, l'attaque armée, la déportation ou l'expulsion de la population locale en cas d'occupation ou d'annexion, et la privation ou restriction des droits économiques, politiques ou sociaux, sont punis de huit à quinze ans d'emprisonnement ou de la réclusion à perpétuité.»

Le code pénal, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre 2002, dispose :

### **Article 2 § 1**

«Nul ne peut être condamné ou puni pour un acte qui, au moment de sa commission, ne constituait pas une infraction d'après le droit en vigueur.»

### **Article 5 § 4**

«Les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre sont punissables indépendamment du moment de la commission de l'infraction.»

### **Article 89**

«La privation ou restriction systématique ou massive des droits de l'homme et des libertés, à l'instigation ou sous la conduite d'un Etat, d'une organisation ou d'un groupe, de même que l'homicide, la torture, le viol, le fait de causer des dommages à la

santé, le déplacement forcé, l'expulsion, la soumission à la prostitution, la privation arbitraire de liberté ou tout autre mauvais traitement contre des civils sont punis de huit à vingt ans d'emprisonnement ou de la réclusion à perpétuité.»

L'article 3(2) de la loi d'application du code pénal est ainsi libellé :

«Toute peine infligée après l'entrée en vigueur du code pénal pour une infraction commise avant l'entrée en vigueur de ce code sera basée sur la peine qui était prévue dans l'article pertinent du code criminel applicable au moment de la commission de l'infraction si cet article prévoyait une peine inférieure.»

La chambre de contrôle de constitutionnalité de la Cour suprême déclara dans son arrêt du 21 décembre 1994 (affaire n° III-4/A-10/94) :

«Du fait de la suprématie du droit international, les Etats ont l'obligation de respecter les normes du droit international, y compris les normes du droit international coutumier.»

La chambre criminelle de la Cour suprême a rappelé dans plusieurs arrêts qu'en vertu de l'article 3 de la Constitution les principes et normes de droit international généralement reconnus font partie intégrante du système juridique estonien (voir, par exemple, l'arrêt rendu le 7 février 1995 dans l'affaire n° III-1/3-4/95 et l'arrêt rendu le 18 avril 1995 dans l'affaire n° III-1/3-11/95).

Dans son arrêt du 21 mars 2000 concernant l'affaire Paulov, la chambre criminelle a estimé, au sujet de l'extermination extrajudiciaire de personnes qui tentaient d'échapper à la répression mise en œuvre par le régime d'occupation soviétique (affaire n° 3-1-1-31-00) :

«4. (...) Dans le cas d'un crime contre l'humanité, l'auteur de l'infraction se place, pour différentes raisons (principalement religieuses, nationales ou idéologiques), en dehors du système de valeurs. Il ou elle poursuit d'autres objectifs (par exemple le nettoyage ethnique), et les valeurs attaquées – la vie, la santé, l'intégrité physique – sont, dans un contexte donné, dénuées de tout fondement à ses yeux. Dans un tel cas, l'attaque ne vise pas une personne précise : tout individu peut en être victime.

(...)

7. Le recours s'appuie sur (...) la notion de crime contre l'humanité et le demandeur affirme que les victimes, qui étaient des civils, s'étaient cachées dans les bois pour échapper à la répression. Or les autorités d'occupation décidèrent de les priver de leur droit à un procès équitable et de les assassiner. Le procureur estime que dans ces conditions il y a eu crime contre l'humanité.

8. La Cour suprême souscrit à cette analyse et note que la privation du droit à la vie et à un procès équitable est assimilable aux autres actes inhumains énumérés à l'article 6 (c) du statut du Tribunal militaire international de Nuremberg. (...)»

### **C. Dispositions pertinentes de documents internationaux**

Le statut du Tribunal de Nuremberg, annexé à l'Accord de Londres du 8 août 1945 (Recueil des traités des Nations unies, vol. 82), dispose :

### Article 6

« (...)

Les actes suivants, ou l'un quelconque d'entre eux, sont des crimes soumis à la juridiction du Tribunal et entraînent une responsabilité individuelle :

(...)

(c) Les Crimes contre l'Humanité : c'est-à-dire l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation, et tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles, avant ou pendant la guerre, ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux, lorsque ces actes ou persécutions, qu'ils aient constitué ou non une violation du droit interne du pays où ils ont été perpétrés, ont été commis à la suite de tout crime rentrant dans la compétence du Tribunal, ou en liaison avec ce crime.

Les dirigeants, organisateurs, provocateurs ou complices qui ont pris part à l'élaboration ou à l'exécution d'un plan concerté ou d'un complot pour commettre l'un quelconque des crimes ci-dessus définis sont responsables de tous les actes accomplis par toutes personnes en exécution de ce plan.»

La résolution 95 de l'Assemblée générale des Nations unies, adoptée le 11 décembre 1946, énonce :

« L'Assemblée générale (...) [c]onfirme les principes de droit international reconnus par le statut de la Cour de Nuremberg, et par l'arrêt de cette Cour (...) »

En 1950, la Commission du droit international des Nations unies a formulé les Principes du Tribunal de Nuremberg, au nombre desquels figurent les suivants :

#### Principe IV

« Le fait d'avoir agi sur l'ordre de son gouvernement ou celui d'un supérieur hiérarchique ne dégage pas la responsabilité de l'auteur en droit international, s'il a eu moralement la faculté de choisir. »

#### Principe VI

« Les crimes énumérés ci-après sont punis en tant que crimes de droit international.

(...)

(c) Crimes contre l'humanité :

L'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation ou tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles, ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux, lorsque ces actes ou persécutions sont commis à la suite d'un crime contre la paix ou d'un crime de guerre, ou en liaison avec ces crimes. »

Le 26 novembre 1968, l'Assemblée générale des Nations unies a adopté, par sa résolution 2391 (XXIII), la Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité (Recueil des traités des Nations unies, vol. 754). Cette convention est entrée en vigueur le

11 novembre 1970. Elle a été ratifiée par l'Union soviétique le 22 avril 1969 et l'Estonie y a adhéré le 21 octobre 1991. Elle dispose, entre autres :

#### Article premier

«Les crimes suivants sont imprescriptibles, quelle que soit la date à laquelle ils ont été commis :

(...)

b) Les crimes contre l'humanité, qu'ils soient commis en temps de guerre ou en temps de paix, tels qu'ils sont définis dans le Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg du 8 août 1945 et confirmés par les résolutions 3 (I) et 95 (I) de l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations unies, en date des 13 février 1946 et 11 décembre 1946, l'éviction par une attaque armée ou l'occupation et les actes inhumains découlant de la politique d'apartheid, ainsi que le crime de génocide, tel qu'il est défini dans la Convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide, même si ces actes ne constituent pas une violation du droit interne du pays où ils ont été commis.»

## GRIEF

Invoquant l'article 7 de la Convention, les requérants se plaignent de s'être vu infliger une peine résultant d'une application rétroactive d'un texte pénal.

## EN DROIT

Les requérants soutiennent que leur condamnation pour crimes contre l'humanité découle de l'application rétroactive de dispositions pénales. Ils plaident qu'à l'époque des faits, en 1949, leurs actes n'étaient pas considérés comme des crimes contre l'humanité par le droit international. Ils invoquent l'article 7 de la Convention, qui dispose :

«1. Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise.

2. Le présent article ne portera pas atteinte au jugement et à la punition d'une personne coupable d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle a été commise, était criminelle d'après les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées.»

Les requérants font valoir que les actes pour lesquels ils ont été condamnés ont eu lieu en 1949 sur le territoire de la République socialiste soviétique d'Estonie. Ils précisent qu'à l'époque c'était le code criminel de la République socialiste fédérative soviétique de Russie, adopté en 1946, qui s'appliquait sur le territoire estonien, et que les

crimes contre l'humanité en étaient absents. Le principe de la responsabilité pénale pour ces crimes n'aurait été introduit en Estonie que le 9 novembre 1994, date à laquelle l'article 61-1 aurait modifié le code criminel. D'après l'article 23 de la Constitution estonienne et l'article 2 § 1 du code pénal, nul ne pourrait être condamné pour un acte qui, au moment de sa commission, ne constituait pas une infraction d'après le droit en vigueur.

Les requérants plaident que la déportation de familles de l'île de Saaremaa, en 1949, n'a pas eu lieu « avant ou pendant la guerre » et que cet acte ne relevait pas de la compétence du Tribunal de Nuremberg. L'opération de déportation ne se serait pas davantage déroulée à la suite d'un crime contre la paix ou d'un crime de guerre, ou en liaison avec de tels crimes, et les tribunaux internes n'auraient donc pas dû considérer les actes litigieux comme des crimes contre l'humanité. La population aurait été déportée sur la base de documents juridiques émanant de l'Union soviétique. Les requérants estiment qu'ils ne pouvaient prévoir que, soixante ans plus tard, leurs actes seraient considérés comme des crimes contre l'humanité.

La Cour observe tout d'abord que l'Estonie perdit son indépendance à la suite de la signature du traité de non-agression entre l'Allemagne et l'Union des républiques socialistes soviétiques (également appelé « Pacte Molotov-Ribbentrop »), le 23 août 1939, et de ses protocoles additionnels secrets. Après avoir exigé par voie d'ultimatum l'installation de bases militaires soviétiques en Estonie en 1939, l'armée soviétique pénétra massivement sur le territoire estonien en juin 1940. Le gouvernement national légitime fut renversé et le pays passa sous le joug soviétique. Le régime communiste totalitaire de l'Union soviétique mena des actions massives et systématiques contre la population estonienne, déportant notamment quelque 10 000 personnes le 14 juin 1941 et plus de 20 000 autres le 25 mars 1949.<sup>1</sup>

Après avoir connu l'occupation allemande de 1941 à 1944, l'Estonie fut occupée par l'Union soviétique avant de retrouver son indépendance en 1991. Durant toute cette période, l'Estonie en tant qu'Etat ne fut donc pas en mesure de remplir ses engagements internationaux. Elle n'adhéra à la Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité que le 21 octobre 1991, et les modifications apportées

---

1. D'après les données fournies par la Commission nationale estonienne sur l'étude des politiques répressives (voir <http://www.just.ee/orb.aw/class=file/action=preview/id=12709/TheWhiteBook.pdf>), par la Commission internationale estonienne chargée d'enquêter sur les crimes contre l'humanité (voir [http://www.historycommission.ee/temp/pdf/conclusions\\_en.pdf](http://www.historycommission.ee/temp/pdf/conclusions_en.pdf)) et par le Musée estonien des Occupations (voir <http://www.okupatsioon.ee/english/overviews/ylev/ylev-PERSECUT.html#Heading431>).

au code criminel dans ce domaine, en particulier l'article 61-1, entrèrent en vigueur le 9 décembre 1994.

La Cour note que la déportation de populations civiles a été expressément reconnue comme crime contre l'humanité en 1945 dans le statut du Tribunal de Nuremberg (article 6 (c)). Si ce tribunal fut constitué pour juger les principaux criminels de guerre des pays européens de l'Axe pour les infractions qu'ils avaient commises avant ou pendant la Seconde Guerre mondiale, la Cour relève que la validité universelle des principes relatifs aux crimes contre l'humanité a été confirmée par la suite, notamment par la résolution 95 de l'Assemblée générale des Nations unies (11 décembre 1946) puis par la Commission du droit international. Par conséquent, la responsabilité pour crimes contre l'humanité ne saurait se limiter aux seuls ressortissants de certains pays ni aux seuls actes commis pendant la Seconde Guerre mondiale. A cet égard, la Cour tient à souligner que l'article I b) de la Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité dispose expressément que les crimes contre l'humanité, qu'ils soient commis en temps de guerre ou en temps de paix, sont imprescriptibles, quelle que soit la date de leur commission. Après avoir adhéré à la convention précitée, la République d'Estonie est devenue liée par ces principes.

La Cour rappelle que le paragraphe 2 de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme prévoit expressément que ledit article ne porte pas atteinte au jugement et à la punition d'une personne coupable d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle a été commise, était criminelle d'après les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées, ce qui est le cas du crime contre l'humanité, dont l'imprescriptibilité a été consacrée par le statut du Tribunal de Nuremberg (*Papon c. France (n° 2)* (déc.), n° 54210/00, CEDH 2001-XII, et *Touvier c. France*, n° 29420/95, décision de la Commission du 13 janvier 1997, Décisions et rapports 88-A, p. 148).

La Cour rappelle également que l'application et l'interprétation du droit interne relèvent en principe de la compétence des juridictions nationales (*Papon*, décision précitée, et *Touvier*, décision précitée, p. 149), y compris lorsque le droit interne renvoie à des dispositions du droit international général ou d'accords internationaux. Le rôle de la Cour se limite à vérifier la compatibilité avec la Convention des effets de pareille interprétation (voir, *mutatis mutandis*, *Waite et Kennedy c. Allemagne* [GC], n° 26083/94, § 54, CEDH 1999-I).

La Cour note que, quand bien même les actes commis par les requérants auraient pu être considérés comme licites en droit soviétique à l'époque des faits, les tribunaux estoniens ont estimé qu'ils constituaient des crimes contre l'humanité au regard du droit international au moment de leur commission. La Cour ne voit aucune raison de s'écarter de cette



conclusion. Il ne faut pas oublier, à cet égard, que l'Union soviétique était partie à l'Accord de Londres du 8 août 1945, auquel se trouvait annexé le statut du Tribunal de Nuremberg. De plus, le 11 décembre 1946, l'Assemblée générale des Nations unies a confirmé les principes de droit international reconnus par ce statut. Étant donné que l'Union soviétique était membre de l'Organisation des Nations unies, il est impossible de prétendre que les autorités soviétiques ignoraient ces principes. La Cour considère donc comme non fondées les allégations des requérants, qui affirment que leurs actes ne constituaient pas des crimes contre l'humanité au moment de leur commission et que les juridictions estoniennes ne pouvaient raisonnablement supposer qu'ils avaient, à l'époque, agi sciemment de manière criminelle.

Par ailleurs, comme la Cour l'a indiqué plus haut, les crimes contre l'humanité sont imprescriptibles, quelle que soit la date à laquelle ils ont été commis. L'Estonie a adhéré à la Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité le 21 octobre 1991. La Cour ne voit aucune raison de mettre en cause la manière dont les juridictions estoniennes ont appliqué et interprété le droit interne à la lumière des dispositions pertinentes du droit international. Elle considère que la condamnation pénale prononcée contre les requérants avait une base légale dans l'article 61-1 § 1 du code criminel. Dans ces conditions, les points soulevés par les requérants ne présentent aucune apparence de violation de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Il s'ensuit que ces griefs sont manifestement mal fondés et doivent être rejetés, en application de l'article 35 §§ 3 et 4 de la Convention.

Par ces motifs, la Cour,

à l'unanimité,

*Décide* de joindre les requêtes ;

à la majorité,

*Déclare* les requêtes irrecevables.