

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



REPORTS  
OF JUDGMENTS AND DECISIONS

RECUEIL  
DES ARRÊTS ET DÉCISIONS

2006-XIV

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

CARL HEYMANNS VERLAG · KÖLN · MÜNCHEN

*Internet address of the Court/Adresse Internet de la Cour*

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



The Publisher/L'éditeur

Carl Heymanns Verlag  
Eine Marke 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

2010 ISBN 978-3-452-27503-5  
Printed in Germany

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

### ***Note on citation***

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

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

### *Examples*

Judgment on the merits delivered by a Chamber

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

Judgment on the merits delivered by the Grand Chamber

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

Decision on admissibility delivered by a Chamber

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

Decision on admissibility delivered by the Grand Chamber

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

Judgment on preliminary objections delivered by a Chamber

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

Judgment on just satisfaction delivered by a Chamber

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

Judgment on revision delivered by a Chamber

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

Judgment on interpretation delivered by a Chamber

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

Judgment striking the case out delivered by a Chamber

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

Judgment on a friendly settlement delivered by a Chamber

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

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

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

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

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

### *Exemples*

Arrêt rendu par une chambre sur le fond

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

Arrêt rendu par la Grande Chambre sur le fond

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

Décision rendue par une chambre sur la recevabilité

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

Décision rendue par la Grande Chambre sur la recevabilité

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

Arrêt rendu par une chambre sur des exceptions préliminaires

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

Arrêt rendu par une chambre sur la satisfaction équitable

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

Arrêt de révision rendu par une chambre

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

Arrêt d'interprétation rendu par une chambre

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

Arrêt rendu par une chambre rayant l'affaire du rôle

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

Arrêt rendu par une chambre sur un règlement amiable

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

## Contents/Table des matières

	<i>Page</i>
<i>Subject matter/Objet des affaires</i> .....	VII
<i>Jussila v. Finland</i> [GC], no. 73053/01, judgment of 23 November 2006 .....	1
<i>Jussila c. Finlande</i> [GC], n° 73053/01, arrêt du 23 novembre 2006 .....	27
<i>Apostol v. Georgia</i> , no. 40765/02, judgment of 28 November 2006 .....	55
<i>Apostol c. Géorgie</i> , n° 40765/02, arrêt du 28 novembre 2006 .....	75
<i>Oya Ataman c. Turquie</i> , n° 74552/01, arrêt du 5 décembre 2006 ...	97
<i>Oya Ataman v. Turkey</i> , no. 74552/01, judgment of 5 December 2006 .....	111
<i>Csikós v. Hungary</i> , no. 37251/04, judgment of 5 December 2006 (extracts) .....	125
<i>Csikós c. Hongrie</i> , n° 37251/04, arrêt du 5 décembre 2006 (extraits) .....	137
<i>Bajrami v. Albania</i> , no. 35853/04, judgment of 12 December 2006 (extracts) .....	149
<i>Bajrami c. Albanie</i> , n° 35853/04, arrêt du 12 décembre 2006 (extraits) .....	163
<i>Markovic et autres c. Italie</i> [GC], n° 1398/03, arrêt du 14 décembre 2006 .....	177
<i>Markovic and Others v. Italy</i> [GC], no. 1398/03, judgment of 14 December 2006 .....	235
<i>Quark Fishing Ltd v. the United Kingdom</i> (dec.), no. 15305/06, 19 September 2006 .....	291
<i>Quark Fishing Ltd c. Royaume-Uni</i> (déc.), n° 15305/06, 19 septembre 2006 .....	301
<i>Palusiński v. Poland</i> (dec.), no. 62414/00, 3 October 2006 .....	311
<i>Palusiński c. Pologne</i> (déc.), n° 62414/00, 3 octobre 2006 .....	327

<i>Association SOS Attentats et de Boëry c. France</i> (déc.) [GC], n° 76642/01, 25 octobre 2006 .....	345
<i>Association SOS Attentats and de Boëry v. France</i> (dec.) [GC], no. 76642/01, 25 October 2006 .....	369
<i>Trocellier c. France</i> (déc.), n° 75725/01, 5 octobre 2006 .....	393
<i>Trocellier v. France</i> (dec.), no. 75725/01, 5 October 2006 .....	409

## Subject matter/Objet des affaires

### Article 1

Civil action against State in respect of extraterritorial acts

*Markovic and Others v. Italy*, p. 235

Action en responsabilité contre l'Etat à raison d'actes extraterritoriaux

*Markovic et autres c. Italie*, p. 177

### Article 6

#### Article 6 § 1 (civil)

Obligation on impecunious judgment creditor to pay preliminary expenses in order to initiate enforcement proceedings

*Apostol v. Georgia*, p. 55

Obligation imposée à un créancier impécunieux nanti d'un jugement d'avancer des frais pour ouvrir une procédure d'exécution

*Apostol c. Géorgie*, p. 75

Inability to bring civil action against State in respect of extraterritorial acts

*Markovic and Others v. Italy*, p. 235

Impossibilité d'intenter une action en responsabilité contre l'Etat à raison d'actes extraterritoriaux

*Markovic et autres c. Italie*, p. 177

#### Article 6 § 1 (criminal/pénal)

Tax surcharge imposed without an oral hearing

*Jussila v. Finland* [GC], p. 1

Majoration d'impôt infligée sans audience préalable

*Jussila c. Finlande* [GC], p. 27

### Article 8

No remedy for preventing or punishing international child abduction obstructing the enforcement of a custody order

*Bajrami v. Albania*, p. 149

Absence de recours permettant la prévention ou la répression d'un enlèvement international d'enfant faisant obstacle à l'exécution d'une décision d'attribution du droit de garde

*Bajrami c. Albanie*, p. 163

Unforeseeable harmful effects of surgery on account of psychosomatic tendencies not known prior to operation

*Trocellier v. France* (dec.), p. 409

Conséquences dommageables et imprévisibles d'une intervention chirurgicale, du fait d'une prédisposition à la somatisation non connue avant l'opération

*Trocellier c. France* (déc.), p. 393

### Article 10

Conviction for publication of a book inciting readers to use drugs

*Palusiński v. Poland* (dec.), p. 311

Condamnation pour la publication d'un livre incitant les lecteurs à l'usage de stupéfiants

*Palusiński c. Pologne* (déc.), p. 327

### Article 11

Forceful dispersal by police of peaceful demonstration held during rush hour without prior compulsory notification

*Oya Ataman v. Turkey*, p. 111

Dispersion musclée par la police d'une manifestation non violente tenue à une heure de pointe sans la notification préalable obligatoire

*Oya Ataman c. Turquie*, p. 97

### Article 35

#### Article 35 § 1

Effectiveness of constitutional complaint

*Apostol v. Georgia*, p. 55

Effectivité du recours constitutionnel

*Apostol c. Géorgie*, p. 75

Constitutional complaint not an effective remedy as the impugned criminal appeal proceedings could not be reopened in consequence

*Csikós v. Hungary*, p. 125

Recours constitutionnel ne constituant pas un recours effectif dans la mesure où il ne peut donner lieu à la réouverture de la procédure pénale d'appel litigieuse

*Csikós c. Hongrie*, p. 137

### Article 37

#### Article 37 § 1(c)

Circumstances, taken together, justifying discontinuation of examination of the application

*Association SOS Attentats and de Boëry v. France* (dec.) [GC], p. 369

Ensemble de circonstances justifiant de ne plus poursuivre l'examen de la requête

*Association SOS Attentats et de Boëry c. France* (déc.) [GC], p. 345

### Article 56

Absence of a declaration under Article 56 extending Protocol No. 1 to an overseas territory

*Quark Fishing Ltd v. the United Kingdom* (dec.), p. 291

Absence d'une déclaration au titre de l'article 56 étendant le Protocole n° 1 à un territoire d'outre-mer

*Quark Fishing Ltd c. Royaume-Uni* (déc.), p. 301



**JUSSILA v. FINLAND**  
*(Application no. 73053/01)*

GRAND CHAMBER

JUDGMENT OF 23 NOVEMBER 2006



SUMMARY<sup>1</sup>**Tax surcharge imposed without an oral hearing****Article 6 § 1**

*Applicability – Administrative proceedings – Tax surcharge imposed without an oral hearing – Criminal charge – Classification of offence in domestic law – Nature of offence – Nature and severity of penalty – Minor nature of penalty insufficient to render Article 6 inapplicable – Fair hearing – Oral hearing – Public hearing – Tax issues more efficiently dealt with in written proceedings*

\*  
\*   \*

Following errors in his value-added tax returns, the applicant was found liable to pay an additional 10% surcharge equivalent to about 300 euros. He appealed to a first-instance administrative court, requesting an oral hearing where a tax inspector and an expert could be heard as witnesses. The administrative court invited the two to submit written observations and the applicant to comment on them. The court eventually found an oral hearing manifestly unnecessary because both parties had submitted all the necessary information in writing. The applicant was denied leave to appeal.

*Held*

Article 6 § 1: (a) *Applicability* – The assessment of tax and the imposition of surcharges fell outside the scope of Article 6 under its civil head. The issue therefore arose whether the proceedings were “criminal” within the autonomous meaning of that Article. The Court analysed its relevant case-law, particularly the *Engel* criteria, as well as *Bendenoun*, *Janosevic* and *Morel*, and found that no established or authoritative basis had emerged for holding that the minor nature of the penalty, in taxation proceedings or otherwise, might be decisive in removing an offence, otherwise criminal by nature, from the scope of Article 6. Furthermore, the Court was not persuaded that the nature of tax-surcharge proceedings was such that they fell, or should fall, outside the protection of Article 6. While there was no doubt as to the importance of taxation to the effective functioning of the State, the Court was not convinced that removing procedural safeguards in the imposition of punitive penalties in that sphere was necessary to maintain the efficacy of the fiscal system or indeed could be regarded as consonant with the spirit and purpose of the Convention. The Court decided therefore to apply the *Engel* criteria. Although the tax surcharges in issue were part of the fiscal regime, they had been imposed by a general rule applying to all taxpayers, whose purpose was deterrent and punitive. The offence was therefore “criminal” within the meaning of Article 6. The minor nature of the penalty rendered this case

---

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

different from *Janosevic* and *Bendenoun* as regards the third *Engel* criterion but did not remove the matter from the scope of Article 6.

*Conclusion*: Article 6 applicable (thirteen votes to four).

(b) *Compliance* – Although the cases in which an oral hearing was not considered necessary concerned proceedings falling under the civil head of Article 6 § 1 and the requirements of a fair hearing were the most strict in the sphere of criminal law, the Court could not exclude the possibility that in the criminal sphere the nature of the issues to be dealt with before the tribunal or court might not require an oral hearing. Notwithstanding the consideration that a certain gravity attached to criminal proceedings, which were concerned with the attribution of criminal responsibility and the imposition of a punitive and deterrent sanction, it was self-evident that there were criminal cases which did not carry any significant degree of stigma. Tax surcharges differed from the hard core of criminal law; consequently, the criminal-head guarantees would not necessarily apply with their full stringency. The Court did not doubt that checking and ensuring that the taxpayer had given an accurate account of his or her affairs and that supporting documents had been properly produced might often be more efficiently dealt with in writing than in oral argument. Nor was it persuaded by the applicant's argument that any issues of credibility arose in the proceedings which required oral presentation of evidence or cross-examination of witnesses. It found force in the Government's argument that any issues of fact and law could be adequately addressed in, and decided on the basis of, written submissions. The applicant had not been denied the possibility of requesting an oral hearing, although it was for the courts to decide whether a hearing was necessary. The administrative court had given consideration to the matter and given its reasons. The Court also noted the minor sum of money at stake. Since the applicant had been given ample opportunity to put his case in writing and to comment on the submissions of the tax authority, the requirements of fairness had been complied with and had not, in the particular circumstances of the case, necessitated an oral hearing.

*Conclusion*: no violation of Article 6 § 1 (fourteen votes to three).

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

*Engel and Others v. the Netherlands*, 8 June 1976, Series A no. 22

*Öztürk v. Germany*, 21 February 1984, Series A no. 73

*Campbell and Fell v. the United Kingdom*, 28 June 1984, Series A no. 80

*Lutz v. Germany*, 25 August 1987, Series A no. 123

*Salabiaku v. France*, 7 October 1988, Series A no. 141-A

*Håkansson and Sturesson v. Sweden*, 21 February 1990, Series A no. 171-A

*Société Stenuit v. France*, 27 February 1992, Series A no. 232-A

*Bendenoun v. France*, no. 12547/86, Commission's report of 10 December 1992, unreported

*Schuler-Zgraggen v. Switzerland*, 24 June 1993, Series A no. 263

*Fredin v. Sweden (no. 2)*, 23 February 1994, Series A no. 283-A

*Bendenoun v. France*, 24 February 1994, Series A no. 284

*Findlay v. the United Kingdom*, 25 February 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-I  
*Allan Jacobsson v. Sweden (no. 2)*, 19 February 1998, *Reports* 1998-I  
*Pélissier and Sassi v. France* [GC], no. 25444/94, ECHR 1999-II  
*Georgiou v. the United Kingdom* (dec.), no. 40042/98, 16 May 2000  
*Guisset v. France*, no. 33933/96, ECHR 2000-IX  
*Ferrazzini v. Italy* [GC], no. 44759/98, ECHR 2001-VII  
*Göç v. Turkey* [GC], no. 36590/97, ECHR 2002-V  
*Janosevic v. Sweden*, no. 34619/97, ECHR 2002-VII  
*Västberga Taxi Aktiefbolag and Vulic v. Sweden*, no. 36985/97, 23 July 2002  
*Döry v. Sweden*, no. 28394/95, 12 November 2002  
*Lundevall v. Sweden*, no. 38629/97, 12 November 2002  
*Salomonsson v. Sweden*, no. 38978/97, 12 November 2002  
*Morel v. France* (dec.), no. 54559/00, ECHR 2003-IX  
*Ezeh and Connors v. the United Kingdom* [GC], nos. 39665/98 and 40086/98, ECHR 2003-X  
*Pursiheimo v. Finland* (dec.), no. 57795/00, 25 November 2003  
*Miller v. Sweden*, no. 55853/00, 8 February 2005  
*Sträg Datatjänster AB v. Sweden* (dec.), no. 50664/99, 21 June 2005  
*Sejdovic v. Italy* [GC], no. 56581/00, ECHR 2006-II  
*Martinie v. France* [GC], no. 58675/00, ECHR 2006-VI  
*Pirinen v. Finland* (dec.), no. 32447/02, 16 May 2006



**In the case of Jussila v. Finland,**

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

Jean-Paul Costa, *President*,

Nicolas Bratza,

Boštjan M. Zupančič,

Peer Lorenzen,

Lucius Caflisch,

Loukis Loucaides,

Ireneu Cabral Barreto,

Volodymyr Butkevych,

Josep Casadevall,

Matti Pellonpää,

Kristaq Traja,

Mindia Ugrekheldze,

Antonella Mularoni,

Elisabet Fura-Sandström,

Ljiljana Mijović,

Dean Spielmann,

Ján Šikuta, *judges*,

and Erik Fribergh, *Registrar*,

Having deliberated in private on 5 July and 25 October 2006,

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

**PROCEDURE**

1. The case originated in an application (no. 73053/01) against the Republic of Finland lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by a Finnish national, Mr Esa Jussila (“the applicant”), on 21 June 2001.

2. The applicant, who had been granted legal aid, was represented by Mr P. Lappalainen, a lawyer practising in Nokia. The Finnish Government (“the Government”) were represented by their Agent, Mr A. Kosonen of the Ministry for Foreign Affairs.

3. The applicant alleged that he had not received a fair hearing in the proceedings in which a tax surcharge was imposed as he had not been given an oral hearing.

4. The application was allocated to the Fourth Section of the Court (Rule 52 § 1 of the Rules of Court). On 9 November 2004 it was declared partly admissible by a Chamber of that Section, composed of Nicolas Bratza, Matti Pellonpää, Josep Casadevall, Rait Maruste, Kristaq

Traja, Ljiljana Mijović and Ján Šikuta, judges, and Michael O’Boyle, Section Registrar. The Chamber joined to the merits the question of the applicability of Article 6 of the Convention. On 14 February 2006 the Chamber relinquished jurisdiction in favour of the Grand Chamber, neither of the parties having objected to relinquishment (Article 30 of the Convention and Rule 72).

5. The composition of the Grand Chamber was determined according to the provisions of Article 27 §§ 2 and 3 of the Convention and Rule 24. Christos Rozakis, who was unable to attend the deliberations on 25 October 2006, was replaced by Ireneu Cabral Barreto, substitute judge (Rule 24 § 3). Anatoly Kovler, who was likewise unable to attend those deliberations, was replaced by Elisabet Fura-Sandström, substitute judge (Rule 24 § 3).

6. The applicant and the Government each filed observations on the merits. The parties replied in writing to each other’s observations.

7. A hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 5 July 2006 (Rule 59 § 3).

There appeared before the Court:

(a) *for the Government*

Mr A. KOSONEN, Ministry for Foreign Affairs,	<i>Agent,</i>
Mrs L. HALILA,	
Mr P. PYKÖNEN,	<i>Advisers;</i>

(b) *for the applicant*

Mr P. LAPPALAINEN, member of the Bar,	<i>Counsel.</i>
---------------------------------------	-----------------

The Court heard addresses by Mr Kosonen and Mr Lappalainen and their replies to questions put by judges.

## THE FACTS

### I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

8. The applicant was born in 1949 and lives in Tampere, Finland.

9. On 22 May 1998 the Häme Tax Office (*verotoimisto, skattebyrå*) requested the applicant, who ran a car-repair workshop, to submit his observations regarding some alleged errors in his value-added tax (VAT) declarations (*arvonlisävero, mervärdesskatt*) for fiscal years 1994 and 1995.

10. On 9 July 1998 the Tax Office found that there were deficiencies in the applicant’s book-keeping in that, for instance, receipts and invoices were inadequate. The Tax Office made a reassessment of the VAT



payable basing itself on the applicant's estimated income, which was higher than the income he had declared. It ordered him to pay, *inter alia*, tax surcharges (*veronkorotus, skatteförhöjning*) amounting to 10% of the reassessed tax liability (the additional tax surcharges levied on the applicant totalled 1,836 Finnish Marks, corresponding to 308.80 euros).

11. The applicant appealed to the Uusimaa County Administrative Court (*läninoikeus, länsrätten*) (which later became the Helsinki Administrative Court (*hallinto-oikeus, förvaltningsdomstolen*)). He requested an oral hearing and that the tax inspector as well as an expert appointed by the applicant be heard as witnesses. On 1 February 2000 the Administrative Court took an interim decision inviting written observations from the tax inspector and after that an expert statement from an expert chosen by the applicant. The tax inspector submitted her statement of 13 February 2000 to the Administrative Court. The statement was further submitted to the applicant for his observations. On 25 April 2000 the applicant submitted his own observations on the tax inspector's statement. The statement of the expert chosen by him was dated and submitted to the court on the same day.

12. On 13 June 2000 the Administrative Court held that an oral hearing was manifestly unnecessary in the matter because both parties had submitted all the necessary information in writing. It also rejected the applicant's claims.

13. On 7 August 2000 the applicant requested leave to appeal, renewing at the same time his request for an oral hearing. On 13 March 2001 the Supreme Administrative Court refused him leave to appeal.

## II. RELEVANT DOMESTIC LAW AND PRACTICE

### A. Assessment and imposition of tax surcharges

14. Section 177(1) of the Value-Added Tax Act (*arvonlisäverolaki, mervärdesskattelagen*; Law no. 1501/1993) provides that if a person liable to pay taxes has failed to pay the taxes or clearly paid an insufficient amount of taxes or failed to give required information to the tax authorities, the Regional Tax Office (*verovirasto, skatteverket*) must assess the amount of unpaid taxes.

15. Section 179 provides that a tax assessment may be conducted where a person has failed to make the required declarations or has given false information to the tax authorities. The taxpayer may be ordered to pay unpaid taxes or taxes that have been wrongly refunded to the person.

16. Section 182 provides, *inter alia*, that a maximum tax surcharge of 20% of the tax liability may be imposed if the person has failed without a justifiable reason to give a tax declaration or other document in due time

or given essentially incomplete information. The tax surcharge may amount at most to twice the amount of the tax liability, if the person has failed without any justifiable reason to fulfil his or her duties fully or partially even after being expressly asked to provide information.

17. In, for example, the Finnish judicial reference book, *Encyclopædia Juridica Fennica*, a tax surcharge is defined as an administrative sanction of a punitive nature imposed on the taxpayer for conduct contrary to tax law.

18. Under Finnish practice, the imposition of a tax surcharge does not prevent the bringing of criminal charges for the same conduct.

## **B. Oral hearings**

19. Section 38(1) of the Administrative Judicial Procedure Act (*hallintolainkäyttölaki, förvaltningsprocesslagen*; Law no. 586/1996) provides that an oral hearing must be held if requested by a private party. An oral hearing may however be dispensed with if a party's request is ruled inadmissible or immediately dismissed, or if an oral hearing would be clearly unnecessary owing to the nature of the case or other circumstances.

20. The explanatory part of the Government Bill (no. 217/1995) for the enactment of the Administrative Judicial Procedure Act considers the right to an oral hearing as provided by Article 6 and the possibility in administrative matters to dispense with the hearing when it would be clearly unnecessary, as stated in section 38(1) of the said Act. There it is noted that an oral hearing contributes to a focused and immediate procedure but, since it does not always bring any added value, it must be ensured that the flexibility and cost effectiveness of the administrative procedure is not undermined. An oral hearing is to be held when it is necessary for the clarification of the issues and the hearing can be considered beneficial for the case as a whole.

21. During the period 2000 to 2006, the Supreme Administrative Court did not hold any oral hearings in tax matters. As to the eight administrative courts, appellants requested an oral hearing in a total of 603 cases. The courts held an oral hearing in 129 cases. There is no information as to how many of these taxation cases concerned the imposition of a tax surcharge. According to the Government's written submission of 12 July 2006, the administrative courts had thus far in 2006 held a total of 20 oral hearings in tax matters. As regards the Helsinki Administrative Court in particular, in 2005 it examined a total of 10,669 cases of which 4,232 were tax matters. Out of the last-mentioned group of cases, 505 concerned VAT. During that year the Administrative Court held a total of 153 oral hearings of which three concerned VAT.

## THE LAW

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

22. The applicant complained that the tax-surcharge proceedings were unfair as the courts did not hold an oral hearing in his case. The Court has examined this complaint under Article 6 of the Convention, the relevant part of which provides:

“1. In the determination of ... any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing ... by an independent and impartial tribunal established by law. ...”

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

##### *1. The applicant*

23. The applicant contested the Government's submissions as giving misleading, erroneous interpretations of domestic and Convention law. According to the applicant his case required, both under the domestic legislation and under Article 6 of the Convention, a mandatory oral hearing owing to his need for legal protection and the fact that the credibility of witness statements played a significant role in the determination of the case. According to the applicant the matter did not concern only 308.80 euros (EUR), but altogether a financial liability of EUR 7,374.92. The applicant maintained that the lack of an oral hearing *de facto* placed the burden of proof on him. He also emphasised the importance of the threat of the punishment and the impact on his business from having to pay unjustified taxes with no legal basis.

24. In his oral submissions, the applicant pointed out that he had not “opted for” the liability to pay VAT. On the contrary, as the annual turnover exceeded the threshold laid down by the Value-Added Tax Act, it was compulsory to file a VAT return.

##### *2. The Government*

25. The Government noted the fundamental nature of the obligation on individuals and companies to pay tax. Tax matters formed part of the hard core of public-authority prerogatives, with the public nature of the relationship between the taxpayer and the tax authorities remaining predominant. An extension of the ambit of Article 6 § 1 under its criminal head to cover taxes could have far-reaching consequences for the State's ability to collect taxes.

26. The Government noted that, under the Finnish legal system, tax surcharges belonged to administrative law. They were not imposed under

criminal-law provisions but in accordance with various tax laws. Moreover, they were determined by the tax authorities and the administrative courts, and they were in all respects treated differently from court-imposed sanctions. The surcharge in issue in this case was targeted at a given group with a particular status, namely citizens under the obligation to pay VAT and registered as subject to VAT. It was not therefore imposed under a general rule. The main purpose of the surcharges was to protect the fiscal interests of the State and to exert pressure on taxpayers to comply with their legal obligations, to sanction breaches of those obligations, and to prevent re-offending. However this aspect was not decisive. They emphasised that the penalty imposed did not reach the substantial level identified in *Bendenoun v. France* (24 February 1994, Series A no. 284). The tax surcharges could not be converted into a prison sentence and the amount of the tax surcharge in the present case was low, 10%, which amounted to the equivalent of EUR 308.80, with an overall maximum surcharge possible of 20%.

27. Assuming Article 6 was applicable, the Government maintained that the obligation under Article 6 § 1 to hold a public hearing was not an absolute one. A hearing might not be necessary owing to the exceptional circumstances of the case, for example when it raised no questions of fact or law which could not be adequately resolved on the basis of the case file and parties' written observations. Besides the publicity requirement there were other considerations, including the right to a trial within a reasonable time and the related need for an expeditious handling of the courts' caseload, which had to be taken into account in determining the necessity of public hearings in proceedings subsequent to the trial at first-instance level.

28. The Government maintained that in the present case the purpose of the applicant's request for an oral hearing was to challenge the reliability and accuracy of the report on the tax inspection by cross-examining the tax inspector and the expert. They noted that the Administrative Court took the measure of inviting written observations from the tax inspector and after that a statement from an expert chosen by the applicant. An oral hearing was manifestly unnecessary as the information provided by the applicant himself formed a sufficient factual basis for the consideration of the case. The issue at hand was rather technical, being based on the report of the tax inspector. Such a dispute could be better dealt with in writing than in oral argument. There was nothing to indicate that questions of fact or law would have emerged which could not have been adequately resolved on the basis of the case file and the written observations of the applicant, the tax inspector and the expert. No additional information could have been gathered by hearing, as required by the applicant, the tax inspector or the expert in person. Furthermore, the applicant was given the possibility of

putting forward any views in writing which in his opinion would be decisive for the outcome of the proceedings. He also had the possibility to comment on all the information provided by the tax authorities throughout the proceedings. Further, he was able to appeal to the County Administrative Court and Supreme Administrative Court, both of which had full jurisdiction on questions of fact and law and could quash the decisions of the tax authorities. The Government concluded that there were circumstances which justified dispensing with a hearing in the applicant's case.

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

### *1. Applicability of Article 6*

29. The present case concerns proceedings in which the applicant was found, following errors in his tax returns, liable to pay VAT and an additional 10% surcharge. The assessment of tax and the imposition of surcharges fall outside the scope of Article 6 under its civil head (see *Ferrazzini v. Italy* [GC], no. 44759/98, § 29, ECHR 2001-VII). The issue therefore arises in this case whether the proceedings were "criminal" within the autonomous meaning of Article 6 and thus attracted the guarantees of Article 6 under that head.

30. The Court's established case-law sets out three criteria to be considered in the assessment of the applicability of the criminal aspect. These criteria, sometimes referred to as the "*Engel* criteria", were most recently affirmed by the Grand Chamber in *Ezeh and Connors v. the United Kingdom* ([GC] nos. 39665/98 and 40086/98, § 82, ECHR 2003-X).

"... [I]t is first necessary to know whether the provision(s) defining the offence charged belong, according to the legal system of the respondent State, to criminal law, disciplinary law or both concurrently. This however provides no more than a starting point. The indications so afforded have only a formal and relative value and must be examined in the light of the common denominator of the respective legislation of the various Contracting States.

The very nature of the offence is a factor of greater import. ...

However, supervision by the Court does not stop there. Such supervision would generally prove to be illusory if it did not also take into consideration the degree of severity of the penalty that the person concerned risks incurring. ..."

31. The second and third criteria are alternative and not necessarily cumulative. It is enough that the offence in question is by its nature to be regarded as criminal or that the offence renders the person liable to a penalty which by its nature and degree of severity belongs in the general criminal sphere (see *Ezeh and Connors*, cited above, § 86). The relative lack of seriousness of the penalty cannot divest an offence of its inherently

criminal character (see *Öztürk v. Germany*, 21 February 1984, § 54, Series A no. 73; see also *Lutz v. Germany*, 25 August 1987, § 55, Series A no. 123). This does not exclude a cumulative approach where separate analysis of each criterion does not make it possible to reach a clear conclusion as to the existence of a criminal charge (see *Ezeh and Connors*, cited above, § 86, citing, *inter alia*, *Bendenoun*, cited above, § 47).

32. The Court has considered whether its case-law supports a different approach in fiscal or tax cases. It observes that in *Bendenoun*, which concerned the imposition of tax penalties or a surcharge for evasion of tax (VAT and corporation tax in respect of the applicant's company and his personal income tax liability), the Court did not refer expressly to *Engel and Others v. the Netherlands* (8 June 1976, Series A no. 22) and listed four elements as being relevant to the applicability of Article 6 in that case: that the law setting out the penalties covered all citizens in their capacity as taxpayers; that the surcharge was not intended as pecuniary compensation for damage but essentially as a punishment to deter re-offending; that it was imposed under a general rule whose purpose is both deterrent and punitive; and that the surcharge was substantial (422,534 French francs (FRF) in respect of the applicant and FRF 570,398 in respect of his company, corresponding to EUR 64,415 and EUR 86,957 respectively). These factors may be regarded however in context as relevant in assessing the application of the second and third *Engel* criteria to the facts of the case, there being no indication that the Court was intending to deviate from previous case-law or to establish separate principles in the tax sphere. It must further be emphasised that the Court in *Bendenoun* did not consider any of the four elements as being in themselves decisive and took a cumulative approach in finding Article 6 applicable under its criminal head.

33. In *Janosevic v. Sweden* (no. 34619/97, ECHR 2002-VII), the Court made no reference to *Bendenoun* or its particular approach but proceeded squarely on the basis of the *Engel* criteria identified above. While reference was made to the severity of the actual and potential penalty (a surcharge amounting to 161,261 Swedish kronor (approximately EUR 17,284) was involved and there was no upper limit on the surcharges in this case), this was as a separate and additional ground for the criminal characterisation of the offence which had already been established on examination of the nature of the offence (see *Janosevic*, §§ 68-69; see also *Västberga Taxi Aktieföretag and Vulic v. Sweden*, no. 36985/97, 23 July 2002, decided on a similar basis at the same time).

34. In the subsequent case of *Morel v. France* ((dec.), no. 54559/00, ECHR 2003-IX), however, Article 6 was found not to apply in respect of a 10% tax surcharge (FRF 4,450, corresponding to EUR 678), which was "not particularly high" and was therefore "a long way from the 'very substantial' level" needed for it to be classified as criminal. The decision,

which applied the *Bendenoun* rather than the *Engel* criteria, attaches paramount importance to the severity of the penalty to the detriment of the other *Bendenoun* criteria, in particular that concerning the nature of the offence (and the purpose of the penalty) and makes no reference to the recent *Janosevic* case. As such, it seems more in keeping with the Commission's approach in *Bendenoun v. France* (no. 12547/86, Commission's report of 10 December 1992, unreported), in which the Commission based the applicability of Article 6 chiefly on the degree of severity of the penalty, unlike the Court in the same case, which weighed up all the aspects of the case in a strictly cumulative approach. *Morel* is an exception among the reported cases in that it relies on the lack of severity of the penalty as removing the case from the ambit of Article 6, although the other criteria (general rule, not compensatory in nature, deterrent and punitive purpose) had clearly been fulfilled.

35. The Grand Chamber agrees with the approach adopted in *Janosevic*, which gives a detailed analysis of the issues in a judgment on the merits after the benefit of hearing argument from the parties (compare *Morel* which was a decision on inadmissibility). No established or authoritative basis has therefore emerged in the case-law for holding that the minor nature of the penalty, in taxation proceedings or otherwise, may be decisive in removing an offence, otherwise criminal by nature, from the scope of Article 6.

36. Furthermore, the Court is not persuaded that the nature of tax-surcharge proceedings is such that they fall, or should fall, outside the protection of Article 6. Arguments to that effect have also failed in the context of prison disciplinary and minor traffic offences (see, among others, *Ezeh and Connors* and *Öztürk*, both cited above). While there is no doubt as to the importance of tax to the effective functioning of the State, the Court is not convinced that removing procedural safeguards in the imposition of punitive penalties in that sphere is necessary to maintain the efficacy of the fiscal system or indeed can be regarded as consonant with the spirit and purpose of the Convention. In this case the Court will therefore apply the *Engel* criteria as identified above.

37. Turning to the first criterion, it is apparent that the tax surcharges in this case were not classified as criminal but as part of the fiscal regime. This is however not decisive.

38. The second criterion, the nature of the offence, is the more important. The Court observes that, as in the *Janosevic* and *Bendenoun* cases, it may be said that the tax surcharges were imposed by general legal provisions applying to taxpayers generally. It is not persuaded by the Government's argument that VAT applies to only a limited group with a special status: as in the previously-mentioned cases, the applicant was liable in his capacity as a taxpayer. The fact that he opted for VAT registration for business purposes does not detract from this position.

Further, as acknowledged by the Government, the tax surcharges were not intended as pecuniary compensation for damage but as a punishment to deter re-offending. It may therefore be concluded that the surcharges were imposed by a rule whose purpose was deterrent and punitive. The Court considers that this establishes the criminal nature of the offence. The minor nature of the penalty renders this case different from *Janosevic* and *Bendenoun* as regards the third *Engel* criterion but does not remove the matter from the scope of Article 6. Hence, Article 6 applies under its criminal head notwithstanding the minor nature of the tax surcharge.

39. The Court must therefore consider whether the tax-surcharge proceedings complied with the requirements of Article 6, having due regard to the facts of the individual case, including any relevant features flowing from the taxation context.

## 2. Compliance with Article 6

40. An oral, and public, hearing constitutes a fundamental principle enshrined in Article 6 § 1. This principle is particularly important in the criminal context, where generally there must be at first instance a tribunal which fully meets the requirements of Article 6 (see *Findlay v. the United Kingdom*, 25 February 1997, § 79, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-I), and where an applicant has an entitlement to have his case “heard”, with the opportunity, *inter alia*, to give evidence in his own defence, hear the evidence against him, and examine and cross-examine the witnesses.

41. That said, the obligation to hold a hearing is not absolute (see *Håkansson and Sturesson v. Sweden*, 21 February 1990, § 66, Series A no. 171-A). There may be proceedings in which an oral hearing may not be required: for example where there are no issues of credibility or contested facts which necessitate a hearing and the courts may fairly and reasonably decide the case on the basis of the parties’ submissions and other written materials (see, for example, *Döry v. Sweden*, no. 28394/95, § 37, 12 November 2002, and *Pursiheimo v. Finland* (dec.), no. 57795/00, 25 November 2003; compare *Lundevall v. Sweden*, no. 38629/97, § 39, 12 November 2002, and *Salomonsson v. Sweden*, no. 38978/97, § 39, 12 November 2002; and see also *Göç v. Turkey* [GC], no. 36590/97, § 51, ECHR 2002-V, where the applicant should have been heard on elements of personal suffering relevant to levels of compensation).

42. The Court has further acknowledged that the national authorities may have regard to the demands of efficiency and economy and found, for example, that the systematic holding of hearings could be an obstacle to the particular diligence required in social security cases and ultimately prevent compliance with the reasonable-time requirement of Article 6 § 1 (see *Schuler-Zraggen v. Switzerland*, 24 June 1993, § 58, Series A no. 263 and



the cases cited therein). Although the earlier cases emphasised that a hearing must be held before a court of first and only instance unless there were exceptional circumstances that justified dispensing with one (see, for instance, *Håkansson and Sturesson*, cited above, § 64; *Fredin v. Sweden (no. 2)*, 23 February 1994, §§ 21-22, Series A no. 283-A; and *Allan Jacobsson v. Sweden (no. 2)*, 19 February 1998, § 46, *Reports* 1998-I), the Court has clarified that the character of the circumstances that may justify dispensing with an oral hearing essentially comes down to the nature of the issues to be decided by the competent national court, not to the frequency of such situations. It does not mean that refusing to hold an oral hearing may be justified only in rare cases (see *Miller v. Sweden*, no. 55853/00, § 29, 8 February 2005). The overarching principle of fairness embodied in Article 6 is, as always, the key consideration (see, *mutatis mutandis*, *Pélissier and Sassi v. France* [GC], no. 25444/94, § 52, ECHR 1999-II, and *Sejdic v. Italy* [GC], no. 56581/00, § 90, ECHR 2006-II).

43. While it may be noted that the above-mentioned cases in which an oral hearing was not considered necessary concerned proceedings falling under the civil head of Article 6 § 1 and that the requirements of a fair hearing are the most strict in the sphere of criminal law, the Court would not exclude that in the criminal sphere the nature of the issues to be dealt with before the tribunal or court may not require an oral hearing. Notwithstanding the consideration that a certain gravity attaches to criminal proceedings, which are concerned with the allocation of criminal responsibility and the imposition of a punitive and deterrent sanction, it is self-evident that there are criminal cases which do not carry any significant degree of stigma. There are clearly “criminal charges” of differing weight. What is more, the autonomous interpretation adopted by the Convention institutions of the notion of a “criminal charge” by applying the *Engel* criteria have underpinned a gradual broadening of the criminal head to cases not strictly belonging to the traditional categories of the criminal law, for example administrative penalties (*Öztürk*, cited above), prison disciplinary proceedings (*Campbell and Fell v. the United Kingdom*, 28 June 1984, Series A no. 80), customs law (*Salabiaku v. France*, 7 October 1988, Series A no. 141-A), competition law (*Société Stenuit v. France*, 27 February 1992, Series A no. 232-A), and penalties imposed by a court with jurisdiction in financial matters (*Guisset v. France*, no. 33933/96, ECHR 2000-IX). Tax surcharges differ from the hard core of criminal law; consequently, the criminal-head guarantees will not necessarily apply with their full stringency (see *Bendenoun* and *Janosevic*, § 46 and § 81 respectively, where it was found compatible with Article 6 § 1 for criminal penalties to be imposed, in the first instance, by an administrative or non-judicial body, and, *a contrario*, *Findlay*, cited above).

44. It must also be said that the fact that proceedings are of considerable personal significance to the applicant, as in certain social insurance or benefit cases, is not decisive for the necessity of a hearing (see *Pirinen v. Finland* (dec.), no. 32447/02, 16 May 2006).

45. While the Court has found that Article 6 § 1 of the Convention extends to tax-surcharge proceedings, that provision does not apply to a dispute over the tax itself (see *Ferrazzini*, cited above). It is, however, not uncommon for procedures to combine the varying elements and it may not be possible to separate those parts of the proceedings which determine a “criminal charge” from those parts which do not. The Court must accordingly consider the proceedings in issue to the extent to which they determined a “criminal charge” against the applicant, although that consideration will necessarily involve the “pure” tax assessment to a certain extent (see *Georgiou v. the United Kingdom* (dec.), no. 40042/98, 16 May 2000, and *Sträg Datatjänster AB v. Sweden* (dec.), no. 50664/99, 21 June 2005).

46. In the present case, the applicant’s purpose in requesting a hearing was to challenge the reliability and accuracy of the report on the tax inspection by cross-examining the tax inspector and obtaining supporting testimony from his own expert since, in his view, the tax inspector had misinterpreted the requirements laid down by the relevant legislation and given an inaccurate account of his financial state. His reasons for requesting a hearing therefore concerned in large part the validity of the tax assessment, which as such fell outside the scope of Article 6, although there was the additional question of whether the applicant’s book-keeping had been so deficient as to justify a surcharge. The Administrative Court, which took the measure of inviting written observations from the tax inspector and after that a statement from an expert chosen by the applicant, found in the circumstances that an oral hearing was manifestly unnecessary as the information provided by the applicant himself formed a sufficient factual basis for the consideration of the case.

47. The Court does not doubt that checking and ensuring that the taxpayer has given an accurate account of his or her affairs and that supporting documents have been properly produced may often be more efficiently dealt with in writing than in oral argument. Nor is it persuaded by the applicant that in this particular case any issues of credibility arose in the proceedings which required oral presentation of evidence or cross-examination of witnesses and it finds force in the Government’s argument that any issues of fact and law could be adequately addressed in, and decided on the basis of, written submissions.

48. The Court further observes that the applicant was not denied the possibility of requesting an oral hearing, although it was for the courts to decide whether a hearing was necessary (see, *mutatis mutandis*, *Martinie v. France* [GC], no. 58675/00, § 44, ECHR 2006-VI). The Administrative

Court gave such consideration with reasons. The Court also notes the minor sum of money at stake. Since the applicant was given ample opportunity to put forward his case in writing and to comment on the submissions of the tax authorities, the Court finds that the requirements of fairness were complied with and did not, in the particular circumstances of this case, necessitate an oral hearing.

49. There has, accordingly, been no violation of Article 6 § 1 of the Convention.

#### FOR THESE REASONS, THE COURT

1. *Holds* by thirteen votes to four that Article 6 of the Convention is applicable in the present case;
2. *Holds* by fourteen votes to three that there has been no violation of Article 6 of the Convention.

Done in English and in French, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 23 November 2006.

Erik Fribergh  
Registrar

Jean-Paul Costa  
President

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

(a) joint partly dissenting opinion of Judges Costa, Cabral Barreto and Mularoni joined by Judge Caflisch;

(b) partly dissenting opinion of Judge Loucaides joined by Judges Zupančič and Spielmann.

J.-P.C.  
E.F.

JOINT PARTLY DISSENTING OPINION OF JUDGES  
COSTA, CABRAL BARRETO AND MULARONI  
JOINED BY JUDGE CAFLISCH

(Translation)

1. We concur with the majority in finding that in this case there has been no violation of Article 6 § 1 of the Convention.

2. However, we have reached that conclusion because we consider this Article to be inapplicable.

3. The majority refer (see paragraphs 29 to 34 of the judgment) to the Court's relevant case-law, which, until now, we had found to be relatively clear.

4. The assessment of taxes and the possible imposition of surcharges fall outside the scope of Article 6 § 1 under its civil head, as the Grand Chamber clearly indicated in *Ferrazzini v. Italy* ([GC], no. 44759/98, ECHR 2001-VII). In paragraph 29 of that judgment, as the respondent Government rightly pointed out, the Court considered that "tax matters still form[ed] part of the hard core of public-authority prerogatives, with the public nature of the relationship between the taxpayer and the community remaining predominant".

5. In this case the question was whether or not Article 6 § 1 applied under its criminal head. The Court, in line with the judgment in *Engel and Others v. the Netherlands* (8 June 1976, Series A no. 22), takes three criteria into account, as the Grand Chamber recently confirmed (see *Ezeh and Connors v. the United Kingdom* [GC], nos. 39665/98 and 40086/98, § 82, ECHR 2003-X):

(a) the classification of the "offence" as "criminal" according to the domestic legal system;

(b) the very nature of the offence;

(c) the degree of severity of the penalty that the person concerned risks incurring.

6. We agree with the majority that these criteria should be applied. However, the first and third criteria are clearly not satisfied in the present case. The majority relied in essence on the nature of the offence, finding that:

(a) the tax surcharges had been imposed under general legal provisions applying to taxpayers generally; and that

(b) the penalties were both deterrent and punitive.

7. In our view, those two aspects do not suffice for a "criminal charge", within the meaning of Article 6, to obtain.

8. Firstly, why would it not be possible to impose administrative penalties (in the form of surcharges) on all taxpayers who break the law,

and what legal reasoning leads to the conclusion that such administrative penalties are therefore criminal in nature?

9. Secondly, purely administrative penalties as well as criminal penalties can have a deterrent purpose and a punitive purpose. The Court has indeed reached findings to this effect in the past (see, among other authorities, *Öztürk v. Germany*, 21 February 1984, § 53, Series A no. 73, and *Janosevic v. Sweden*, no. 34619/97, § 68, ECHR 2002-VII). By contrast, in *Bendenoun v. France* (24 February 1994, § 47, Series A no. 284), which is cited in paragraph 31 of the judgment, the Court carried out a finer and, in our opinion, fairer analysis, taking into consideration, in the tax field (the specific nature of which is emphasised in *Ferrazzini*, cited above), a fourth criterion, in addition to the three *Engel* criteria, namely the fact that the surcharges were “very substantial”. In that same paragraph of the *Bendenoun* judgment, the Court concluded as follows: “Having weighed the various aspects of the case, the Court notes the predominance of those which have a *criminal connotation*. None of them is decisive on its own, but taken together and cumulatively they made the ‘charge’ in issue a ‘criminal’ one within the meaning of Article 6 § 1 ..., which was therefore applicable” (emphasis added). *A contrario*, where, as in this case, that fourth criterion, specific as it is to criminal penalties, is found to be lacking, the “criminal connotation” is significantly diminished to the point where, in our view, Article 6 becomes inapplicable.

10. The circumstances of the case show that the applicant’s situation cannot be characterised as criminal or as having a “criminal connotation”. Firstly, he had simply made errors in his book-keeping which had resulted in incorrect value-added tax returns being filed. Does this necessarily constitute a criminal offence? We find this far from certain. Secondly, the penalty imposed on him represented 10% of the reassessed tax liability, amounting to approximately 308 euros. Can this really be described as “very substantial” or even just “substantial”? Whether expressed as a percentage or as an absolute value, we have serious doubts.

11. Admittedly, there was some inconsistency between two lines of case-law that are both specific to tax litigation, as embodied in *Bendenoun* and *Janosevic*, hence the relinquishment of jurisdiction to the Grand Chamber with a view to resolving the inconsistency within the meaning of Article 30 of the Convention. However, we are convinced that the *Bendenoun* line was wiser, and that in the present case neither the three *Engel* criteria nor the additional fourth criterion in *Bendenoun* were satisfied, such that Article 6 § 1 did not apply.

It is, moreover, unfortunate to extend the “criminal” head of that provision excessively, rather than recognising that the tax field is a specific one, as the *Ferrazzini* judgment formally asserted and as is apparent from other Convention provisions (see the wording of the second paragraph of Article 1 of Protocol No. 1).

12. If Article 6 § 1 is not applicable, it evidently cannot have been breached. That is why we voted with the majority in favour of point 2 of the operative provisions. Accordingly, we do not need to examine the question that would have arisen if we had found Article 6 § 1 to be applicable under its criminal head and to decide whether we would then have agreed with the majority in finding that a public hearing was not indispensable. That is a highly debatable – albeit hypothetical – question.

PARTLY DISSENTING OPINION OF JUDGE LOUCAIDES  
JOINED BY JUDGES ZUPANČIČ AND SPIELMANN

I agree with the majority that the present case concerns proceedings which were criminal and thus attracted the guarantees of Article 6 of the Convention under that head. However, I am unable to join the majority in finding that the requirement of an oral hearing could be dispensed with in this case or any other criminal case.

This is the first time the Court has found that an oral hearing may not be required in a criminal case. The Court has previously found that the obligation to hold such a hearing was not absolute in respect of certain civil proceedings. Without entering into the question whether the approach regarding civil proceedings was justified or not by the terms of Article 6 of the Convention, I must, from the outset, stress the point that there is a great difference between civil proceedings and criminal proceedings in many respects affecting the requirement of an oral hearing. First of all because criminal proceedings are more serious than civil proceedings and entail the attribution of criminal responsibility with the consequent stigma – a stigma which exists in any event, regardless of the severity of the relevant criminal charge, even though it may be more or less serious depending on the degree of such severity. Secondly, in a criminal trial there is a confrontation between on the one side the State, exercising its power to enforce the criminal law, and on the other side the individual(s). Thirdly, the express terms of Article 6 regarding the minimum rights of persons charged with a criminal offence, under paragraph 3 (c), (d) and (e), clearly imply that the oral hearing is an unqualified and indispensable prerequisite for a fair criminal trial (“... to defend himself in person; ... to examine ... witnesses against him; ... to obtain the attendance and examination of witnesses; ... to have the ... assistance of an interpreter if he cannot ... speak the language used in court”).

The requirement of a public hearing in judicial proceedings has been challenged during the drafting of certain international instruments, but even where this challenge has been successful, as in the case of the American Convention on Human Rights, the guarantee of a public hearing has been retained in respect of criminal proceedings.

It appears from the Court’s case-law that whenever the Court has found that a hearing could be dispensed with in respect of criminal proceedings at the appeal stage, it has always made it clear that a hearing should have taken place at first instance (see *Axen v. Germany*, 8 December 1983, § 28, Series A no. 72; *Helmers v. Sweden*, 29 October 1991, § 36, Series A no. 212-A; and *Jan-Åke Andersson v. Sweden*, 29 October 1991, § 27, Series A no. 212-B).

In *Jan-Åke Andersson* (29 October 1991, opinion of the Commission, §§ 48-49, Series A no. 212-B), the Commission stated the following principles.

“48. The right of the accused to be present when a court determines whether or not he is to be found guilty of the criminal charges brought against him, and to be able to present to the court what he finds is of importance in this respect, is not only an additional guarantee that an endeavour will be made to establish the truth, but it also helps to ensure that the accused is satisfied that his case has been determined by a tribunal, the independence and impartiality of which he could verify. Thereby justice is from the accused’s point of view seen to be done. Furthermore, the object and purpose of Article 6 taken as a whole require that a person charged with a criminal offence has a right to take part in a hearing. Sub-paragraphs (c) and (d) of paragraph 3 guarantee the right to defend oneself in person and to examine or have examined witnesses and such rights cannot be exercised without the accused being present (see also *Eur. Court H. R., Colozza* judgment of 12 February 1985, Series A no. 89, p. 14, § 27).

49. The guarantee of a fair and public hearing in Article 6 § 1 of the Convention is one of the fundamental principles of any democratic society. By rendering the administration of justice visible publicity contributes to the maintenance of confidence in the administration of justice. The public nature of the hearings, where issues of guilt and innocence are determined, ensures that the public is duly informed and that the legal process is publicly observable.”

The Court has found as follows: “In addition, the object and purpose of Article 6, and the wording of some of the sub-paragraphs in paragraph 3, show that a person charged with a criminal offence ‘is entitled to take part in the hearing and to have his case heard’ in his presence by a ‘tribunal’ ... The Court infers, as the Commission did, that all the evidence must in principle be produced in the presence of the accused at a public hearing with a view to adversarial argument” (see *Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain*, 6 December 1988, § 78, Series A no. 146).

Furthermore, as the Court has held on a number of occasions: “The public character of proceedings before the judicial bodies referred to in Article 6 § 1 protects litigants against the administration of justice in secret with no public scrutiny; it is also one of the means whereby confidence in the courts, superior and inferior, can be maintained. By rendering the administration of justice visible, publicity contributes to the achievement of the aim of Article 6 § 1, namely a fair trial, the guarantee of which is one of the fundamental principles of any democratic society, within the meaning of the Convention” (see, *inter alia*, *Axen*, cited above, § 25, and *Sutter v. Switzerland*, 22 February 1984, Series A no. 74).

The majority in this case accept that “... a certain gravity attaches to criminal proceedings, which are concerned with the allocation of criminal responsibility and the imposition of a punitive and deterrent sanction ...”, but they proceed to state that “there are criminal cases which do not carry any significant degree of stigma ...” and that “[t]ax surcharges [as in the



present case] differ from the hard core of criminal law; consequently, the criminal-head guarantees will not necessarily apply with their full stringency ...” (see paragraph 43 of the judgment).

I find it difficult, in the context of a fair trial, to distinguish, as the majority do in this case, between criminal offences belonging to the “hard core of criminal law” and others which fall outside that category. Where does one draw the line? In which category does one place those offences which on their face value do not appear severe, but if committed by a recidivist may lead to serious sanctions? I believe that the guarantees for a fair trial envisaged by Article 6 of the Convention apply to all criminal offences. Their application does not and cannot depend on whether the relevant offence is considered as being in “the hard core of the criminal law” or whether “it carries any significant stigma”. For the persons concerned, whom this provision of the Convention seeks to protect, all cases have their importance. No person accused of any criminal offence should be deprived of the possibility of examining witnesses against him or of any other of the safeguards attached to an oral hearing. Moreover, to accept such distinctions would open the way to abuse and arbitrariness.

I firmly believe that judicial proceedings for the application of criminal law, in respect of any offence, by the omnipotent State against individuals require, more than any other judicial proceedings, strict compliance with the requirements of Article 6 of the Convention so as to protect the accused “against the administration of justice in secret with no public scrutiny”. As rightly pointed out by Trechsel “... the principle of public trial in criminal cases has an importance which goes beyond personal interests”<sup>1</sup>.

Therefore, once it was found (correctly) that the relevant proceedings in this case were criminal, the requirement of a public hearing in respect of them became a *sine qua non*. The failure to fulfil that requirement amounts, in my opinion, to a breach of Article 6 of the Convention.

---

1. Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, p. 121.



JUSSILA c. FINLANDE  
*(Requête n° 73053/01)*

GRANDE CHAMBRE

ARRÊT DU 23 NOVEMBRE 2006



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Majoration d'impôt infligée sans audience préalable****Article 6 § 1**

*Applicabilité – Procédure administrative – Majoration d'impôt infligée sans audience préalable – Accusation en matière pénale – Qualification d'une infraction en droit interne – Nature de l'infraction – Nature et sévérité de la sanction – Légèreté de la sanction insuffisante pour rendre l'article 6 inapplicable – Procès équitable – Audience publique – Procédure écrite plus efficace en matière fiscale*

\*  
\*   \*

Le requérant se vit infliger une majoration d'impôt de 10 % – soit 300 euros environ – au motif que les déclarations de taxe sur la valeur ajoutée qu'il avait fournies comportaient des erreurs. Il contesta cette décision devant un tribunal administratif de première instance et lui demanda de tenir une audience pour entendre une inspectrice des impôts ainsi qu'un expert en qualité de témoins. Le tribunal invita l'inspectrice et l'expert à présenter des observations écrites, auxquelles l'intéressé fut prié de répliquer. Estimant que les deux parties avaient communiqué par écrit toutes les informations nécessaires, il jugea en définitive qu'il n'y avait manifestement pas lieu de tenir une audience. L'intéressé se vit refuser l'autorisation de faire appel de cette décision.

Article 6 § 1 : a) *Applicabilité* – Sous son angle civil, l'article 6 n'est pas applicable à l'établissement de l'imposition et aux majorations d'impôt. Dès lors, la question qui se pose ici consiste à savoir si la procédure litigieuse est de nature « pénale » au sens autonome de cette disposition. Au vu de sa jurisprudence pertinente, et en particulier des critères *Engel* et des affaires *Bendenoun*, *Janosevic* et *Morel*, la Cour conclut qu'il n'existe pas de précédent faisant autorité qui permette de dire que la légèreté de la sanction constituerait, en matière fiscale ou autre, un facteur décisif pour l'exclusion du champ d'application de l'article 6 une infraction revêtant par ailleurs un caractère pénal. En outre, la Cour n'adhère pas à la thèse selon laquelle les procédures de redressement fiscal doivent ou devraient, en raison de leur nature même, échapper à la protection de l'article 6. Si la Cour ne doute pas de l'importance de l'impôt pour le bon fonctionnement de l'État, elle n'est pas convaincue qu'il faille affranchir les sanctions fiscales des garanties procédurales contenues dans l'article 6 pour préserver l'efficacité du système fiscal ni d'ailleurs que pareille démarche puisse se concilier avec l'esprit et le but de la Convention. Par conséquent, elle appliquera en l'espèce les critères *Engel*. Bien que les majorations critiquées relèvent du domaine fiscal, elles sont fondées sur une norme applicable à tous les contribuables et qui poursuit un but à la fois préventif et répressif. Il s'ensuit

---

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

que l'infraction litigieuse revêt un caractère « pénal » au sens de l'article 6. La légèreté de la sanction infligée distingue la présente espèce des affaires *Janosevic* et *Bendenoun* en ce qui concerne le troisième critère *Engel* mais n'a pas pour effet de l'exclure du champ d'application de l'article 6.

*Conclusion* : applicabilité de l'article 6 (treize voix contre quatre).

b) *Observation* – S'il est vrai que les affaires pour lesquelles la tenue d'une audience n'a pas été jugée nécessaire se rapportaient à des procédures relevant du volet civil de l'article 6 § 1 et que les exigences du procès équitable sont plus rigoureuses en matière pénale, la Cour n'exclut pas que, dans le cadre de certaines procédures pénales, les tribunaux saisis puissent, en raison de la nature des questions qui se posent, se dispenser de tenir une audience. S'il faut garder à l'esprit que les procédures pénales, qui ont pour objet la détermination de la responsabilité pénale et l'imposition de mesures à caractère répressif et dissuasif, revêtent une certaine gravité, il va de soi que certaines d'entre elles ne comportent aucun caractère infamant pour ceux qu'elles visent. Les majorations d'impôt ne faisant pas partie du noyau dur du droit pénal, les garanties offertes par le volet pénal de l'article 6 ne doivent pas nécessairement s'appliquer dans toute leur rigueur. La Cour ne doute pas qu'une procédure écrite puisse souvent se révéler plus efficace qu'une procédure orale pour le contrôle de l'exactitude des déclarations de situation patrimoniale faites par les contribuables ainsi que de l'existence et de la régularité des justificatifs produits. Elle n'est pas convaincue par la thèse du requérant selon laquelle se posaient en l'espèce des questions de crédibilité appelant un débat sur les éléments de preuve ou une audition contradictoire de témoins et juge pertinent l'argument du Gouvernement selon lequel tous les points de fait et de droit susceptibles de surgir dans cette affaire pouvaient être examinés et tranchés de manière adéquate sur la base des écritures des parties. La Cour relève en outre que l'intéressé ne s'est pas vu refuser la possibilité de solliciter la tenue d'une audience, même s'il appartenait aux tribunaux de se prononcer sur la question de savoir si pareille mesure était nécessaire, et que le tribunal administratif a motivé son refus de la considérer comme telle. Elle observe également que la somme en jeu était minime. L'intéressé ayant eu amplement l'occasion de présenter par écrit ses moyens de défense et de répondre aux conclusions des autorités fiscales, la Cour estime que les exigences d'équité ont été satisfaites et que, eu égard aux circonstances particulières de la cause, elles n'impliquaient pas la tenue d'une audience.

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

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

*Engel et autres c. Pays-Bas*, 8 juin 1976, série A n° 22

*Öztürk c. Allemagne*, 21 février 1984, série A n° 73

*Campbell et Fell c. Royaume-Uni*, 28 juin 1984, série A n° 80

*Lutz c. Allemagne*, 25 août 1987, série A n° 123

*Salabiaku c. France*, 7 octobre 1988, série A n° 141-A

*Håkansson et Sturesson c. Suède*, 21 février 1990, série A n° 171-A

*Société Stenuit c. France*, 27 février 1992, série A n° 232-A

*Bendenoun c. France*, n° 12547/86, rapport de la Commission du 10 décembre 1992, non publié

*Schuler-Zraggen c. Suisse*, 24 juin 1993, série A n° 263  
*Fredin c. Suède (n° 2)*, 23 février 1994, série A n° 283-A  
*Bendenoun c. France*, 24 février 1994, série A n° 284  
*Findlay c. Royaume-Uni*, 25 février 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-I  
*Allan Jacobsson c. Suède (n° 2)*, 19 février 1998, *Recueil* 1998-I  
*Pélessier et Sassi c. France* [GC], n° 25444/94, CEDH 1999-II  
*Georgiou c. Royaume-Uni* (déc.), n° 40042/98, 16 mai 2000  
*Guisset c. France*, n° 33933/96, CEDH 2000-IX  
*Ferrazzini c. Italie* [GC], n° 44759/98, CEDH 2001-VII  
*Göç c. Turquie* [GC], n° 36590/97, CEDH 2002-V  
*Janosevic c. Suède*, n° 34619/97, CEDH 2002-VII  
*Västberga Taxi Aktiebolag et Vulic c. Suède*, n° 36985/97, 23 juillet 2002  
*Döry c. Suède*, n° 28394/95, 12 novembre 2002  
*Lundevall c. Suède*, n° 38629/97, 12 novembre 2002  
*Salomonsson c. Suède*, n° 38978/97, 12 novembre 2002  
*Morel c. France* (déc.), n° 54559/00, CEDH 2003-IX  
*Ezeh et Connors c. Royaume-Uni* [GC], n<sup>os</sup> 39665/98 et 40086/98, CEDH 2003-X  
*Pursiheimo c. Finlande* (déc.), n° 57795/00, 25 novembre 2003  
*Miller c. Suède*, n° 55853/00, 8 février 2005  
*Sträg Datatjänster AB c. Suède* (déc.), n° 50664/99, 21 juin 2005  
*Sejdovic c. Italie* [GC], n° 56581/00, CEDH 2006-II  
*Martinie c. France* [GC], n° 58675/00, CEDH 2006-VI  
*Pirinen c. Finlande* (déc.), n° 32447/02, 16 mai 2006





**En l'affaire Jussila c. Finlande,**

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

Jean-Paul Costa, *président*,

Nicolas Bratza,

Boštjan M. Zupančič,

Peer Lorenzen,

Lucius Caflisch,

Loukis Loucaides,

Ireneu Cabral Barreto,

Volodymyr Butkevych,

Josep Casadevall,

Matti Pellonpää,

Kristaq Traja,

Mindia Ugrekhelidze,

Antonella Mularoni,

Elisabeth Fura-Sandström,

Ljiljana Mijović,

Dean Spielmann,

Ján Šikuta, *juges*,

et de Erik Fribergh, *greffier*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 5 juillet et 25 octobre 2006,

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

**PROCÉDURE**

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 73053/01) dirigée contre la République de Finlande et dont un ressortissant de cet Etat, M. Esa Jussila («le requérant»), a saisi la Cour le 21 juin 2001 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, qui a été admis au bénéfice de l'assistance judiciaire, est représenté par M<sup>e</sup> P. Lappalainen, avocat au barreau de Nokia. Le gouvernement finlandais («le Gouvernement») est représenté par son agent, M. A. Kosonen, du ministère des Affaires étrangères.

3. Dans sa requête, l'intéressé alléguait qu'il n'avait pu obtenir une audience au cours de la procédure à l'issue de laquelle il s'était vu infliger une majoration d'impôt. Il y voyait une violation de son droit à un procès équitable.

4. La requête a été attribuée à la quatrième section de la Cour (article 52 § 1 du règlement). Par une décision du 9 novembre 2004, la chambre constituée au sein de cette section, composée de Nicolas Bratza,

Matti Pellonpää, Josep Casadevall, Rait Maruste, Kristaq Traja, Ljiljana Mijović, Ján Šikuta, juges, et de Michael O'Boyle, greffier de section, a déclaré la requête partiellement recevable et résolu de joindre au fond la question de l'applicabilité de l'article 6 de la Convention. Le 14 février 2006, elle s'est dessaisie au profit de la Grande Chambre, aucune des parties ne s'y étant opposée (articles 30 de la Convention et 72 du règlement).

5. La composition de la Grande Chambre a été arrêtée conformément aux articles 27 §§ 2 et 3 de la Convention et 24 du règlement. Christos Rozakis, qui n'a pu prendre part aux délibérations du 25 octobre 2006, a été remplacé par Ireneu Cabral Barreto, juge suppléant (article 24 § 3 du règlement). Anatoly Kovler, lui aussi empêché, a été remplacé par Elisabet Fura-Sandström, juge suppléante (article 24 § 3).

6. Tant le requérant que le Gouvernement ont déposé des observations écrites sur le fond de l'affaire. Chacune des parties a répondu par écrit aux observations de l'autre.

7. Une audience s'est déroulée en public au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 5 juillet 2006 (article 59 § 3 du règlement).

Ont comparu :

– *pour le Gouvernement*

M. A. KOSONEN, du ministère des Affaires étrangères, *agent*,  
 M<sup>me</sup> L. HALILA,  
 M. P. PYKÖNEN, *conseillers* ;

– *pour le requérant*

M<sup>e</sup> P. LAPPALAINEN, avocat, *conseil*.

La Cour a entendu M. Kosonen et M<sup>e</sup> Lappalainen en leurs déclarations, ainsi qu'en leurs réponses aux questions de certains juges.

## EN FAIT

### I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

8. Le requérant est né en 1949 et réside à Tampere, en Finlande.

9. Le 22 mai 1998, le centre des impôts de Häme (*verotoimisto, skattebyrån*) invita le requérant, qui dirigeait un atelier de mécanique automobile, à lui fournir des explications sur certaines erreurs qui auraient figuré dans les déclarations de taxe sur la valeur ajoutée (TVA) (*arvonlisävero, mervärdesskatt*) que celui-ci lui avait communiquées pour les exercices fiscaux 1994 et 1995.

10. Le 9 juillet 1998, ayant décelé un certain nombre d'irrégularités dans la comptabilité tenue par l'intéressé, notamment des incohérences entre des factures et des reçus, le centre des impôts procéda à une estimation du chiffre d'affaires réalisé par le requérant, qui se révéla supérieure au montant que celui-ci avait déclaré, et réévalua en conséquence la somme due par lui au titre de la TVA. Il notifia un redressement fiscal à l'intéressé, lui enjoignant notamment d'acquitter une majoration d'impôt (*veronkorotus, skatteförhöjning*) équivalant à 10 % des droits dont il fut finalement considéré comme redevable (la somme prélevée au titre de la majoration s'élevait à 1 836 marks finlandais, soit 308,80 euros).

11. Le requérant fit appel auprès du tribunal administratif de comté d'Uusimaa (*lääninoikeus, länsrätten*), qui devint par la suite le tribunal administratif d'Helsinki (*hallinto-oikeus, förvaltningsdomstolen*). Il sollicita son audition, celle de l'inspectrice des impôts en charge de son dossier ainsi que celle d'un expert de son choix. Le 1<sup>er</sup> février 2000, le tribunal administratif prit une mesure provisoire invitant l'inspectrice à lui soumettre des observations écrites qui devaient être suivies d'un rapport établi par un expert du choix de l'intéressé. L'inspectrice remit au tribunal ses observations datées du 13 février 2000, dont copie fut communiquée au requérant afin qu'il y répliquât, ce qu'il fit le 25 avril 2000. Le rapport de l'expert choisi par l'intéressé portait la même date et fut déposé le même jour au tribunal.

12. Le 13 juin 2000, le tribunal administratif jugea qu'il n'y avait manifestement pas lieu de tenir une audience en l'affaire car les deux parties avaient communiqué par écrit toutes les informations nécessaires. A cette même occasion, il rejeta les griefs formulés par le requérant.

13. Le 7 août 2000, l'intéressé sollicita l'autorisation de faire appel du jugement en question et, à cette occasion, demanda à nouveau la tenue d'une audience. Le 13 mars 2001, la Cour administrative suprême lui refusa l'autorisation de la saisir.

## II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

### A. Evaluation et application des majorations d'impôt

14. L'article 177 § 1 de la loi relative à la taxe sur la valeur ajoutée (*arvonlisäverolaki, mervärdesskattelagen*; loi n° 1501/1993) dispose que lorsqu'un contribuable a manqué à son obligation d'acquitter un impôt, ou a manifestement versé un montant insuffisant, ou n'a pas communiqué à l'administration fiscale les informations requises, le centre régional des impôts (*verovirasto, skatteverket*) évalue le montant des droits éludés.

15. Selon l'article 179 de la même loi, l'administration fiscale peut déterminer l'assiette de l'impôt lorsqu'un contribuable n'a pas produit les déclarations requises ou lui a communiqué des informations erronées. Il peut être ordonné au contribuable de régler les impôts éludés ou les montants qui lui ont été remboursés à tort.

16. L'article 182 de la loi prévoit notamment qu'une majoration maximale de 20 % de l'impôt exigible peut être infligée à un contribuable qui, sans raison valable, n'a pas remis sa déclaration ou tel ou tel autre document en temps voulu ou n'a pas fourni certaines informations essentielles. Le montant de la majoration encourue par un contribuable qui, sans raison valable, manque en tout ou partie à ses obligations après avoir reçu une demande expresse de communication de renseignements, peut atteindre le double de l'impôt dont il est redevable.

17. Selon la définition qu'en donnent des ouvrages tels que l'*Encyclopædia Iuridica Fennica*, la majoration d'impôt est une mesure administrative à caractère punitif infligée aux contribuables ayant contrevenu aux règles du droit fiscal.

18. Dans le système finlandais, rien ne s'oppose à ce que des faits ayant donné lieu à l'imposition d'une majoration fassent l'objet de poursuites pénales.

## **B. Audiences**

19. En vertu de l'article 38 § 1 de la loi sur la procédure judiciaire administrative (*hallintolainkäyttölaki, förvaltningsprocesslagen*; loi n° 586/1996), une audience doit avoir lieu si un justiciable en fait la demande. Toutefois, la juridiction compétente peut ne pas tenir d'audience lorsque l'action introduite est jugée irrecevable ou est immédiatement rejetée ou que, eu égard à la nature de l'affaire ou à d'autres circonstances, pareille mesure apparaît manifestement inutile.

20. L'exposé des motifs du projet de loi n° 217/1995, qui est devenu la loi sur la procédure judiciaire administrative, comporte des observations relatives au droit des justiciables à une audience au regard de l'article 6 de la Convention et à la possibilité, pour les tribunaux, de se dispenser de tenir audience en matière administrative, comme le prévoit l'article 38 § 1 de la loi, lorsque pareille procédure paraît manifestement inutile. Il y est indiqué qu'une audience sert à circonscrire le litige et à en accélérer le traitement, mais que, comme elle n'est pas toujours d'un grand apport, il faut s'assurer qu'en tenir une ne nuirait pas à la souplesse et à l'économie de la procédure administrative. Il y a lieu d'ordonner pareille mesure lorsqu'il faut clarifier les points en litige et qu'elle apparaît utile pour l'ensemble de l'affaire.

21. Au cours de la période 2000-2006, le contentieux fiscal porté devant la Cour administrative suprême n'a donné lieu à aucune audience. Pendant

la même période, 603 affaires fiscales déférées en appel aux huit tribunaux administratifs firent l'objet d'une demande d'audience, qui fut accordée dans 129 cas. Le nombre de ceux qui concernaient des majorations d'impôt n'a pas été précisé. Dans ses conclusions du 12 juillet 2006, le Gouvernement a indiqué que les tribunaux administratifs avaient tenu 20 audiences en matière fiscale depuis le début de l'année. Sur les 10 669 affaires examinées par le tribunal administratif d'Helsinki en 2005, 4 232 portaient sur des litiges fiscaux qui concernaient, pour 505 d'entre eux, des questions de TVA. Cette année-là, cette juridiction tint 153 audiences, dont trois se rapportaient à des différends relatifs à la TVA.

## EN DROIT

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

22. Le requérant allègue que la procédure de redressement fiscal dont il a fait l'objet a été inéquitable, les juridictions compétentes ayant refusé de tenir une audience dans cette affaire. La Cour examinera ce grief sous l'angle de l'article 6 de la Convention, dont les passages pertinents en l'espèce sont ainsi libellés :

« 1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement (...) par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera (...) du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. (...) »

#### A. Thèses des parties

##### 1. Thèse du requérant

23. L'intéressé conteste les conclusions du Gouvernement, qui livrent selon lui une interprétation erronée et trompeuse du droit interne et de la Convention. Il allègue que son cas aurait obligatoirement dû donner lieu à une audience, en vertu tant du droit interne que de l'article 6 de la Convention, puisque lui-même avait besoin d'une protection juridique et que la crédibilité des dépositions des témoins jouait un rôle important pour l'issue de l'affaire. Il précise que l'enjeu du litige ne portait pas seulement sur 380,80 euros (EUR) car le redressement encouru s'élevait à 7 374,92 EUR au total. Il plaide que l'absence d'audience a eu *de facto* pour conséquence de mettre le fardeau de la preuve à sa charge. Par ailleurs, il insiste sur la gravité de la menace de sanction qui pesait sur lui et sur le fait que l'obligation de payer des impôts qui n'étaient pas dus et qui n'étaient fondés sur aucune base légale a eu des répercussions sur ses activités professionnelles.

24. Lors de l'audience devant la Cour, le requérant a signalé qu'il n'avait pas «choisi» de se soumettre à l'obligation de payer la TVA mais qu'il était au contraire tenu d'adresser des déclarations de TVA à l'administration fiscale car le chiffre d'affaires annuel de l'entreprise qu'il dirigeait dépassait le seuil d'exemption fixé par la loi sur la TVA.

## 2. *Thèse du Gouvernement*

25. Le Gouvernement souligne que l'obligation qui incombe aux particuliers et aux entreprises de payer l'impôt a un caractère fondamental. Selon lui, le domaine fiscal ressortit au noyau dur des prérogatives de la puissance publique, le caractère public du rapport entre le contribuable et l'administration fiscale restant prédominant. Étendre la portée du volet pénal de l'article 6 § 1 pour y englober l'impôt pourrait avoir des conséquences majeures pour la capacité de l'État à percevoir les prélèvements obligatoires.

26. Le Gouvernement explique que, dans le système juridique finlandais, les majorations d'impôt sont régies par le droit administratif. Il précise qu'elles sont infligées non sur le fondement de normes pénales mais en application de diverses dispositions fiscales, ajoutant que les autorités compétentes en la matière sont les organes de l'administration fiscale et les juridictions administratives, et que leur régime est à tous égards différent de celui des sanctions judiciaires. Selon lui, la majoration litigieuse avait été imposée en vertu d'une disposition qui visait un groupe déterminé d'individus ayant un statut particulier, à savoir les contribuables assujettis à la TVA et enregistrés comme tels. Elle ne serait donc pas fondée sur une norme de caractère général. Les majorations auraient pour principal objectif de protéger les intérêts fiscaux de l'État, de faire pression sur les contribuables pour les inciter à respecter leurs obligations légales, de sanctionner le manquement à ces obligations et de prévenir la répétition des agissements incriminés. Toutefois, cet aspect ne serait pas décisif. Il conviendrait en effet de constater que la sévérité de la sanction imposée à l'intéressé n'atteint pas le degré élevé de gravité de celle qui avait été infligée au requérant dans l'affaire *Bendenoun c. France* (24 février 1994, série A n° 284). La majoration litigieuse ne pourrait être convertie en peine d'emprisonnement et la somme exigée en l'espèce serait faible (elle représenterait 10 % des droits dont l'intéressé était redevable, soit 308,80 EUR, la majoration maximale encourue étant plafonnée à 20 % des droits en question).

27. Le Gouvernement allègue que, quand bien même l'article 6 serait applicable en l'espèce, il n'en demeurerait pas moins que l'obligation de tenir une audience, prévue par le premier paragraphe de cette disposition, n'est pas absolue. Une audience pourrait se révéler superflue en raison de circonstances exceptionnelles propres à l'affaire, par exemple lorsque

celle-ci ne soulève aucune question de fait ou de droit qui ne puisse se résoudre de manière adéquate sur la base du dossier et des observations écrites des parties. Outre la règle de la publicité de la procédure, il y aurait d'autres considérations, dont le droit à un jugement dans un délai raisonnable et la nécessité en découlant d'un traitement rapide des affaires inscrites au rôle des juridictions compétentes, à prendre en compte pour déterminer si des débats publics correspondent à un besoin après la procédure en première instance.

28. Le Gouvernement avance que le requérant avait sollicité une audience afin de pouvoir contester la fiabilité et l'exactitude du rapport d'inspection fiscale en interrogeant l'inspectrice chargée de son dossier et l'expert désigné dans cette affaire. Il note que le tribunal administratif avait invité l'inspectrice à lui communiquer des observations écrites qui devaient être suivies d'un rapport établi par un expert du choix de l'intéressé. Il soutient qu'une audience aurait été manifestement superflue car les informations fournies par le requérant lui-même constituaient une base suffisante pour l'examen des faits de l'espèce. Selon lui, les questions litigieuses présentaient un caractère technique marqué puisqu'elles se fondaient sur le rapport d'inspection fiscale, et un tel différend se prêtait mieux à un examen écrit qu'à un examen oral. Rien n'aurait indiqué qu'une question de fait ou de droit se poserait qui ne pût être convenablement résolue à partir du dossier et des observations écrites de l'intéressé, de l'inspectrice et de l'expert. L'audition de l'inspectrice et de l'expert, demandée par le requérant, n'aurait pu apporter aucune information supplémentaire. En outre, l'intéressé aurait eu la possibilité de présenter par écrit toute observation jugée par lui déterminante pour l'issue de la procédure ou de commenter à tout moment de celle-ci les informations que les autorités fiscales auraient pu fournir. Il aurait également pu exercer un recours auprès du tribunal administratif régional et de la Cour administrative suprême, lesquels avaient plénitude de juridiction pour se prononcer sur l'affaire et compétence pour annuler les décisions des autorités fiscales. Il y aurait lieu d'en conclure que les circonstances de l'espèce permettaient aux autorités de se dispenser de tenir une audience.

## **B. Appréciation de la Cour**

### *1. Sur l'applicabilité de l'article 6*

29. La présente affaire a trait à une procédure à l'issue de laquelle le requérant s'est vu infliger un redressement fiscal au titre de la TVA, ainsi qu'une majoration d'impôt représentant 10 % des droits dont il fut jugé redevable, en raison d'erreurs qu'il aurait commises dans ses déclarations

fiscales. L'article 6 n'étant pas applicable, sous son angle civil, à l'établissement de l'imposition et aux majorations d'impôt (*Ferrazzini c. Italie* [GC], n° 44759/98, § 29, CEDH 2001-VII), la question qui se pose en l'espèce consiste à savoir si la procédure litigieuse est de nature « pénale » au sens autonome de l'article 6 et est à ce titre susceptible d'entraîner l'application des garanties prévues par le volet pénal de cette disposition.

30. Selon la jurisprudence constante de la Cour, l'applicabilité de l'article 6 sous son aspect pénal doit s'apprécier sur la base de trois critères. Ceux-ci, que l'on appelle parfois les « critères *Engel* », ont été réaffirmés en dernier lieu par la Grande Chambre dans l'arrêt qu'elle a rendu en l'affaire *Ezeh et Connors c. Royaume-Uni* ([GC], n°s 39665/98 et 40086/98, § 82, CEDH 2003-X) :

« 82. (...) [I]l importe d'abord de savoir si le ou les textes définissant l'infraction incriminée appartiennent, d'après la technique juridique de l'Etat défendeur, au droit pénal, au droit disciplinaire ou aux deux à la fois. Il s'agit cependant là d'un simple point de départ. L'indication qu'il fournit n'a qu'une valeur formelle et relative; il faut l'examiner à la lumière du dénominateur commun aux législations respectives des divers Etats contractants.

La nature même de l'infraction représente un élément d'appréciation d'un plus grand poids. (...)

Là ne s'arrête pourtant pas le contrôle de la Cour. Il se révélerait en général illusoire s'il ne prenait pas également en considération le degré de sévérité de la sanction que risque de subir l'intéressé (...)

31. Les deuxième et troisième critères sont alternatifs et pas nécessairement cumulatifs. Pour que l'article 6 s'applique, il suffit que l'infraction en cause soit, par nature, pénale ou ait exposé l'intéressé à une sanction qui, par sa nature et son degré de gravité, ressortit en général à la matière pénale (*Ezeh et Connors*, précité, § 86). La faiblesse relative de l'enjeu ne saurait retirer à une infraction son caractère pénal intrinsèque (arrêts *Öztürk c. Allemagne*, 21 février 1984, § 54, série A n° 73, et *Lutz c. Allemagne*, 25 août 1987, § 55, série A n° 123). Cela n'empêche pas l'adoption d'une approche cumulative si l'analyse séparée de chaque critère ne permet pas d'aboutir à une conclusion claire quant à l'existence d'une accusation en matière pénale (arrêt *Ezeh et Connors*, précité, § 86, qui se réfère notamment à l'arrêt *Bendenoun*, précité, § 47).

32. La Cour a recherché si elle pouvait se fonder sur des éléments de sa jurisprudence pour employer une autre méthode en matière fiscale. Elle rappelle que, dans l'arrêt *Bendenoun* (précité), où étaient en cause des amendes fiscales et des majorations d'impôt pour fraude fiscale respectivement infligées à la société dirigée par le requérant (au titre de la TVA et de l'impôt sur les sociétés) et à celui-ci (au titre de l'impôt sur le revenu), elle ne s'est pas expressément référée à l'arrêt *Engel et autres*



c. *Pays-Bas* (8 juin 1976, série A n° 22) et a énuméré les quatre éléments qu'elle jugeait pertinents dans cette affaire pour trancher la question de l'applicabilité de l'article 6, relevant que la loi qui prévoyait les sanctions concernait tous les citoyens en leur qualité de contribuables, que les majorations d'impôt ne tendaient pas à la réparation pécuniaire d'un préjudice mais visaient pour l'essentiel à punir pour empêcher la réitération des agissements incriminés, qu'elles étaient fondées sur une norme de caractère général dont le but était à la fois préventif et répressif et que les montants exigés de ce chef revêtaient une ampleur considérable (422 534 francs français (FRF) pour le requérant, soit 64 415 EUR, et 570 398 FRF pour sa société, soit 86 957 EUR). Toutefois, dans le contexte de cette affaire, les éléments en question peuvent être considérés comme faisant partie de ceux que la Cour a pris en compte pour se prononcer sur l'application des deuxième et troisième critères *Engel* aux faits de la cause, car rien n'indique qu'elle ait entendu s'écarter de sa jurisprudence antérieure ou poser des principes distincts en matière fiscale. Il convient en outre de souligner que, dans l'arrêt *Bendenoun*, la Cour a estimé qu'aucun de ces éléments n'apparaissait décisif à lui seul et qu'elle a opté pour une approche cumulative qui l'a amenée à conclure à l'applicabilité du volet pénal de l'article 6.

33. Dans l'arrêt qu'elle a rendu en l'affaire *Janosevic c. Suède* (n° 34619/97, CEDH 2002-VII), la Cour, se situant dans le droit fil des critères *Engel* rappelés ci-dessus, n'a pas cité l'arrêt *Bendenoun* et n'a pas suivi l'approche particulière qu'elle avait alors adoptée. Si elle a relevé la gravité de la sanction encourue et de celle qui fut réellement infligée à M. Janosevic (qui consistait en une majoration dont le montant n'était pas plafonné et qui fut fixée à 161 261 couronnes suédoises, soit 17 284 EUR), elle en a fait un motif supplémentaire et distinct d'attribuer à l'infraction le caractère pénal qu'elle lui avait déjà reconnu en examinant sa nature (*Janosevic*, précité, §§ 68 et 69; et aussi l'arrêt *Västberga Taxi Aktiebolag et Vulic c. Suède*, n° 36985/97, 23 juillet 2002, que la Cour a rendu à la même époque en usant d'un raisonnement analogue).

34. En revanche, dans l'affaire *Morel c. France* ((déc.), n° 54559/00, CEDH 2003-IX), dont elle a eu à connaître par la suite, la Cour a considéré que l'article 6 ne s'appliquait pas à une majoration d'impôt de 10 % (correspondant à 4 450 FRF, soit 678 EUR), qui était de «faible importance» et était donc «loin de revêtir «l'ampleur considérable» nécessaire pour que l'on retînt le caractère pénal de l'affaire. La décision en question, dans laquelle la Cour a appliqué les critères *Bendenoun* plutôt que les critères *Engel*, accorde un poids primordial au degré de gravité de la sanction – au détriment des autres éléments retenus dans la décision *Bendenoun*, notamment celui relatif à la nature de l'infraction (et au but de la sanction) – et ne comporte aucune référence à l'arrêt *Janosevic*, plus récent. En cela, elle paraît être plus en harmonie avec l'approche de la

Commission qui, dans l'affaire *Bendenoun c. France* (n° 12547/86, rapport de la Commission du 10 décembre 1992, non publié), s'était essentiellement fondée sur le degré de sévérité de la sanction pour se prononcer en faveur de l'applicabilité de l'article 6 alors que la Cour, dans la même espèce, a choisi de mettre en balance tous les aspects du litige selon une démarche strictement cumulative. L'affaire *Morel*, où la Cour s'est fondée sur le caractère véniel de la sanction pour juger que le litige échappait à l'empire de l'article 6, alors même que les autres conditions requises pour l'application de cette disposition (généralité de la norme, sanction dépourvue de caractère indemnitaire poursuivant un but préventif et répressif) étaient incontestablement réunies, constitue une exception parmi les affaires publiées.

35. La Grande Chambre souscrit à la démarche adoptée par la chambre qui avait rendu, dans l'affaire *Janosevic*, un arrêt au fond après avoir procédé à une analyse minutieuse des questions en litige et entendu les parties en leurs explications (l'affaire *Morel* avait donné lieu à une décision d'irrecevabilité). Il n'existe donc pas, dans la jurisprudence de la Cour, de précédent faisant autorité qui permette de dire que la légèreté de la sanction constituerait, en matière fiscale ou autre, un facteur décisif pour exclure du champ d'application de l'article 6 une infraction revêtant par ailleurs un caractère pénal.

36. En outre, la Cour n'adhère pas à la thèse selon laquelle les procédures de redressement fiscal doivent ou devraient, en raison de leur nature même, échapper à la protection de l'article 6. Les arguments qui ont été invoqués au soutien de pareille thèse en matière de discipline pénitentiaire et d'infractions légères aux règles de la circulation routière ont été rejetés par la Cour (voir, entre autres, *Ezeh et Connors* ainsi que *Öztürk*, précités). Si la Cour ne doute pas de l'importance de l'impôt pour le bon fonctionnement de l'Etat, elle n'est pas convaincue qu'il faille affranchir les sanctions fiscales des garanties procédurales contenues dans l'article 6 pour préserver l'efficacité du système fiscal ni d'ailleurs que pareille démarche puisse se concilier avec l'esprit et le but de la Convention. Par conséquent, la Cour appliquera en l'espèce les critères *Engel* rappelés ci-dessus.

37. En ce qui concerne le premier de ces critères, il apparaît que la majoration d'impôt infligée à l'intéressé ne ressortissait pas au droit pénal mais relevait de la législation fiscale. Toutefois, pareille considération n'est pas décisive.

38. Le deuxième critère, qui touche à la nature de l'infraction, est le plus important. La Cour observe qu'à l'instar de celles infligées dans les affaires *Janosevic* et *Bendenoun*, les majorations d'impôt appliquées en l'espèce peuvent être considérées comme fondées sur des dispositions juridiques générales applicables à l'ensemble des contribuables. Elle n'est pas convaincue par l'argument du Gouvernement selon lequel la

TVA ne s'applique qu'à un groupe déterminé de personnes ayant un statut particulier car en l'espèce, comme c'était le cas dans les affaires précitées, le requérant était assujéti à cet impôt en tant que contribuable. Le fait que l'intéressé a choisi de soumettre son activité professionnelle au régime de la TVA ne modifie pas sa situation à cet égard. En outre, comme le Gouvernement l'a reconnu, les majorations d'impôt ne tendaient pas à la réparation pécuniaire d'un préjudice mais visaient pour l'essentiel à punir pour empêcher la réitération des agissements incriminés. On peut dès lors en conclure que les majorations infligées étaient fondées sur une norme poursuivant un but à la fois préventif et répressif. Cette considération suffit à elle seule à conférer à l'infraction infligée un caractère pénal. La légèreté de la sanction litigieuse distingue la présente espèce des affaires *Janosevic* et *Bendenoun* en ce qui concerne le troisième critère *Engel* mais n'a pas pour effet de l'exclure du champ d'application de l'article 6. Cette disposition s'applique donc sous son volet pénal nonobstant la modicité de la somme exigée au titre de la majoration d'impôt.

39. La Cour doit par conséquent rechercher, en tenant dûment compte des circonstances de la cause, notamment des éléments pertinents du cadre fiscal dans lequel celle-ci s'inscrit, si la procédure de redressement dont le requérant a fait l'objet a bien respecté les exigences de l'article 6.

## 2. Observation de l'article 6

40. La tenue d'une audience publique constitue un principe fondamental consacré par l'article 6 § 1. Ce principe revêt une importance particulière en matière pénale, où il doit y avoir généralement un tribunal de première instance répondant pleinement aux exigences de l'article 6 (*Findlay c. Royaume-Uni*, 25 février 1997, § 79, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-I) et où un justiciable peut légitimement exiger d'être «entendu» et de bénéficier notamment de la possibilité d'exposer oralement ses moyens de défense, d'entendre les dépositions à charge, d'interroger et de contre-interroger les témoins.

41. Cela étant, l'obligation de tenir une audience publique n'est pas absolue (*Håkansson et Sturesson c. Suède*, 21 février 1990, § 66, série A n° 171-A). L'article 6 n'exige pas nécessairement la tenue d'une audience dans toutes les procédures. Tel est notamment le cas pour les affaires ne soulevant pas de question de crédibilité ou ne suscitant pas de controverse sur les faits qui auraient requis une audience, et pour lesquelles les tribunaux peuvent se prononcer de manière équitable et raisonnable sur la base des conclusions présentées par les parties et d'autres pièces (voir, par exemple, *Döry c. Suède*, n° 28394/95, § 37, 12 novembre 2002 ; *Pursiheimo c. Finlande* (déc.), n° 57795/00, 25 novembre 2003 ; à comparer avec

*Lundevall c. Suède*, n° 38629/97, § 39, 12 novembre 2002; *Salomonsson c. Suède*, n° 38978/97, § 39, 12 novembre 2002; voir aussi l'arrêt *Göç c. Turquie* [GC], n° 36590/97, § 51, CEDH 2002-V, où la Cour a jugé que le requérant aurait dû avoir la possibilité d'expliquer oralement les souffrances qu'il avait subies car celles-ci étaient pertinentes pour la détermination du montant de l'indemnité à accorder).

42. Par ailleurs, la Cour reconnaît que les autorités nationales peuvent tenir compte d'impératifs d'efficacité et d'économie, jugeant par exemple que l'organisation systématique de débats peut constituer un obstacle à la particulière diligence requise en matière de sécurité sociale et, à la limite, empêcher le respect du délai raisonnable visé à l'article 6 § 1 (arrêt *Schuler-Zraggen c. Suisse*, 24 juin 1993, § 58, série A n° 263, et les affaires auxquelles il se réfère). Si la Cour a d'abord souligné, dans plusieurs affaires, que dans une procédure se déroulant devant un tribunal statuant en premier et dernier ressort, une audience doit avoir lieu à moins que des circonstances exceptionnelles justifient de s'en dispenser (voir, entre autres, les arrêts *Håkansson et Sturesson*, précité, § 64, *Fredin c. Suède* (n° 2), 23 février 1994, §§ 21-22, série A n° 283-A, et *Allan Jacobsson c. Suède* (n° 2), 19 février 1998, § 46, *Recueil* 1998-I), elle a par la suite précisé que l'existence de pareilles circonstances dépend essentiellement de la nature des questions dont les tribunaux internes se trouvent saisis, et non de la fréquence des litiges où celles-ci se posent. Cela ne signifie pas que le rejet d'une demande tendant à la tenue d'une audience ne puisse se justifier qu'en de rares occasions (*Miller c. Suède*, n° 55853/00, § 29, 8 février 2005). Il convient ici, comme en toute autre matière, d'avoir égard avant tout au principe d'équité consacré par l'article 6, dont l'importance est fondamentale (voir, *mutatis mutandis*, *Pélissier et Sassi c. France* [GC], n° 25444/94, § 52, CEDH 1999-II, et *Sejdovic c. Italie* [GC], n° 56581/00, § 90, CEDH 2006-II).

43. S'il est vrai que les affaires mentionnées ci-dessus, pour lesquelles la tenue d'une audience n'a pas été jugée nécessaire, se rapportaient à des procédures relevant du volet civil de l'article 6 § 1 et que les exigences du procès équitable sont plus rigoureuses en matière pénale, la Cour n'exclut pas que, dans le cadre de certaines procédures pénales, les tribunaux saisis puissent, en raison de la nature des questions qui se posent, se dispenser de tenir une audience. S'il faut garder à l'esprit que les procédures pénales, qui ont pour objet la détermination de la responsabilité pénale et l'imposition de mesures à caractère répressif et dissuasif, revêtent une certaine gravité, il va de soi que certaines d'entre elles ne comportent aucun caractère infamant pour ceux qu'elles visent et que les «accusations en matière pénale» n'ont pas toutes le même poids. De surcroît, en adoptant une interprétation autonome de la notion d'«accusation en matière pénale» par application des critères *Engel*, les organes de la Convention ont jeté les bases d'une extension progressive

de l'application du volet pénal de l'article 6 à des domaines qui ne relèvent pas formellement des catégories traditionnelles du droit pénal, telles que les contraventions administratives (*Öztürk*, précité), les punitions pour manquement à la discipline pénitentiaire (*Campbell et Fell c. Royaume-Uni*, 28 juin 1984, série A n° 80), les infractions douanières (*Salabiaku c. France*, 7 octobre 1988, série A n° 141-A), les sanctions pécuniaires infligées pour violation du droit de la concurrence (*Société Stenuit c. France*, 27 février 1992, série A n° 232-A) et les amendes infligées par des juridictions financières (*Guisset c. France*, n° 33933/96, CEDH 2000-IX). Les majorations d'impôt ne faisant pas partie du noyau dur du droit pénal, les garanties offertes par le volet pénal de l'article 6 ne doivent pas nécessairement s'appliquer dans toute leur rigueur (arrêts *Bendenoun* et *Janosevic*, précités, §§ 46 et 81 respectivement, dans lesquels la Cour a jugé que des autorités administratives ou des organes non judiciaires statuant en premier ressort pouvaient infliger des sanctions pénales sans enfreindre l'article 6 § 1, et, *a contrario*, l'arrêt *Findlay*, précité).

44. Il convient également de préciser que l'importance considérable que l'enjeu de la procédure litigieuse peut avoir pour la situation personnelle d'un requérant – comme c'est parfois le cas en matière d'assurance et de pension – n'est pas décisive pour la question de savoir si une audience est nécessaire (*Pirinen c. Finlande* (déc.), n° 32447/02, 16 mai 2006).

45. Si la Cour a jugé que les exigences de l'article 6 § 1 de la Convention s'étendent au contentieux des pénalités fiscales, elle a exclu du champ d'application de cette disposition les litiges portant sur l'imposition proprement dite (*Ferrazzini*, précité). Toutefois, il n'est pas rare que ces différents éléments se trouvent combinés dans une même instance et il est parfois impossible de distinguer les phases d'une procédure qui portent sur une «accusation en matière pénale» de celles qui ont un autre objet. Dans la mesure où la procédure litigieuse a pour objet une «accusation en matière pénale» dirigée contre le requérant, la Cour doit procéder à son examen même si cela l'amènera inévitablement à se pencher peu ou prou sur la manière dont l'imposition elle-même a été évaluée (*Georgiou c. Royaume-Uni* (déc.), n° 40042/98, 16 mai 2000, et *Sträg Datatjänster AB c. Suède* (déc.), n° 50664/99, 21 juin 2005).

46. En l'espèce, le requérant avait demandé la tenue d'une audience pour pouvoir contester la fiabilité et l'exactitude du rapport d'inspection en interrogeant l'inspectrice chargée de son dossier et en s'appuyant sur le témoignage favorable d'un expert de son choix. Il considérait en effet que l'inspectrice avait interprété de manière erronée les dispositions pertinentes de la loi applicable et qu'elle avait fait un compte rendu inexact de sa situation financière. Il apparaît donc que les motifs pour lesquels l'intéressé sollicitait une audience étaient en grande partie liés à la contestation du bien-fondé de l'évaluation de l'impôt dont on l'estimait

redevable – qui échappe en elle-même au champ d’application de l’article 6 – même si se posait aussi la question de savoir si la comptabilité de son entreprise présentait des irrégularités d’une gravité telle que la majoration d’impôt qui lui avait été infligée était justifiée. Le tribunal administratif, qui avait invité l’inspectrice à lui communiquer des observations écrites devant être suivies d’un rapport établi par un expert du choix du requérant, avait estimé que, vu les circonstances de la cause, la tenue d’une audience était manifestement superflue car les informations fournies par l’intéressé lui-même constituaient une base suffisante pour l’examen des faits.

47. La Cour ne doute pas qu’une procédure écrite puisse souvent se révéler plus efficace qu’une procédure orale pour le contrôle de l’exactitude des déclarations de situation patrimoniale faites par les contribuables ainsi que de l’existence et de la régularité des justificatifs produits. Elle n’est pas convaincue par la thèse du requérant selon laquelle se posaient en l’espèce des questions de crédibilité appelant un débat sur les éléments de preuve ou une audition contradictoire de témoins et juge pertinent l’argument du Gouvernement selon lequel tous les points de fait et de droit susceptibles de surgir dans cette affaire pouvaient être examinés et tranchés de manière adéquate sur la base des écritures des parties.

48. La Cour relève en outre que l’intéressé ne s’est pas vu refuser la possibilité de solliciter la tenue d’une audience, même s’il appartenait aux tribunaux de se prononcer sur la question de savoir si pareille mesure était nécessaire (voir, *mutatis mutandis*, *Martinie c. France* [GC], n° 58675/00, § 44, CEDH 2006-VI), et que le tribunal administratif a motivé son refus de la considérer comme telle. Elle observe également que la somme en jeu était minime. L’intéressé ayant eu amplement l’occasion de présenter par écrit ses moyens de défense et de répondre aux conclusions des autorités fiscales, la Cour estime que les exigences d’équité ont été satisfaites et que, eu égard aux circonstances particulières de la cause, elles n’impliquaient pas la tenue d’une audience.

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

## PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Dit*, par treize voix contre quatre, que l’article 6 de la Convention s’applique en l’espèce ;
2. *Dit*, par quatorze voix contre trois, qu’il n’y a pas eu violation de l’article 6 de la Convention.

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 23 novembre 2006.

Erik Fribergh  
Greffier

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 des opinions séparées suivantes :

- opinion partiellement dissidente commune aux juges Costa, Cabral Barreto et Mularoni, à laquelle le juge Caflisch déclare se rallier ;
- opinion partiellement dissidente du juge Loucaides, à laquelle les juges Zupančič et Spielmann déclarent se rallier.

J.-P.C.  
E.F.

OPINION PARTIELLEMENT DISSIDENTE COMMUNE  
AUX JUGES COSTA, CABRAL BARRETO ET MULARONI,  
À LAQUELLE LE JUGE CAFLISCH DÉCLARE SE RALLIER

1. Comme la majorité, nous pensons qu'il n'y a pas eu dans cette affaire de violation de l'article 6 § 1 de la Convention.

2. Toutefois, nous parvenons à cette conclusion parce que nous considérons que cette disposition ne s'applique pas.

3. La majorité évoque (paragraphe 29 à 34 de l'arrêt) la jurisprudence pertinente de la Cour qui, jusqu'ici, nous avait semblé plutôt claire.

4. L'évaluation des impôts à payer et les éventuelles majorations échappent au champ d'application de l'article 6 § 1 sous son volet civil, comme l'a clairement indiqué la Grande Chambre dans l'arrêt *Ferrazzini c. Italie* ([GC], n° 44759/98, CEDH 2001-VII). Au paragraphe 29 de *Ferrazzini*, ainsi que l'a à juste titre relevé le Gouvernement de l'État défendeur, la Cour a estimé que « (...) la matière fiscale ressortit encore au noyau dur des prérogatives de la puissance publique, le caractère public du rapport entre le contribuable et la collectivité restant prédominant ».

5. Ici était en cause l'applicabilité, ou non, de l'article 6 § 1 sous son volet pénal. Or la Cour, depuis l'arrêt *Engel et autres c. Pays-Bas* (8 juin 1976, série A n° 22), applique trois critères, ce que la Grande Chambre a encore confirmé récemment (arrêt *Ezeh et Connors c. Royaume-Uni*, nos 39665/98 et 40086/98, § 82, CEDH 2003-X) :

- a) la qualification de « pénale » donnée à l'« infraction » en droit interne ;
- b) la nature même de l'infraction ;
- c) le degré de sévérité de la sanction encourue par son auteur.

6. Nous sommes d'accord avec la majorité pour appliquer ces critères. Mais le premier et le troisième n'étant clairement pas remplis en l'espèce, la majorité s'est basée essentiellement sur la nature de l'infraction commise ; elle a considéré :

- a) que les majorations d'impôt étaient dues en vertu de dispositions légales de caractère général s'appliquant à tous les contribuables ;
- b) que ces dispositions sont de nature dissuasive et répressive à la fois.

7. Selon nous, ces deux éléments sont insuffisants pour conclure qu'il s'agissait d'une « accusation en matière pénale » au sens de l'article 6.

8. En premier lieu, pourquoi ne serait-il pas possible d'appliquer à tous les contribuables qui enfreignent la loi des sanctions administratives (sous la forme de majorations d'impôt), et quel raisonnement juridique permet de conclure que, de ce fait, ces sanctions administratives sont pénales par nature ?



9. En second lieu, on peut trouver une finalité dissuasive et une finalité répressive aussi bien dans le cas de sanctions pénales que dans le cas de sanctions purement administratives. Certes, la Cour a déjà exprimé des affirmations similaires dans le passé (voir par exemple les arrêts *Öztürk c. Allemagne*, 21 février 1984, § 53, série A n° 73, et *Janosevic c. Suède*, n° 34619/97, § 68, CEDH 2002-VII). Mais en sens inverse l'arrêt *Bendenoun c. France* (24 février 1994, § 47, série A n° 284), cité dans l'arrêt au paragraphe 31, procède à une analyse plus fine et, à notre avis, plus juste, en tenant compte, en matière fiscale (dont l'arrêt *Ferrazzini* précité souligne la spécificité) d'un quatrième critère, s'ajoutant aux trois critères *Engel*: «l'ampleur considérable» des majorations d'impôt infligées. *Bendenoun* précisait, au même paragraphe, qu'«[a]yant évalué le poids respectif des divers aspects de l'affaire, [elle] not[ait] la prédominance de ceux qui présentent une *coloration pénale* (italique ajouté par nous). Aucun d'eux n'apparaît décisif à lui seul, mais additionnés et combinés ils conféraient à l'«accusation» litigieuse un «caractère pénal» au sens de l'article 6 § 1, lequel trouvait donc à s'appliquer». *A contrario*, si le quatrième critère, propre à la matière pénale, vient à manquer, la «coloration pénale» s'estompe fortement, au point, à nos yeux, de rendre en l'espèce l'article 6 inapplicable.

10. Le cas d'espèce montre en effet que le requérant n'était pas dans une situation pénale ou à «coloration pénale». D'une part, il avait commis de simples erreurs comptables, provoquant des déclarations erronées au titre de la taxe sur la valeur ajoutée. S'agit-il nécessairement d'une infraction pénale? Nous en doutons fort. D'autre part, la sanction qui lui a été imposée s'élevait à 10 % du redressement opéré sur ses déclarations, soit 308 euros environ. S'agit-il d'une sanction pécuniaire d'une ampleur considérable, ou même ample tout simplement? Que ce soit en pourcentage ou en valeur absolue, nous en doutons très fort.

11. En vérité, il existait une contradiction entre deux lignes de jurisprudence propres toutes deux au contentieux fiscal, entre *Bendenoun* et *Janosevic*, ce qui a justifié le dessaisissement au profit de la Grande Chambre, afin que celle-ci résolve cette contradiction au sens de l'article 30 de la Convention. Mais nous sommes persuadés que la ligne *Bendenoun* était plus sage, et que dans cette affaire ni les trois critères *Engel* ni le quatrième critère, ajouté dans *Bendenoun*, n'étaient présents, si bien que l'article 6 § 1 ne s'appliquait pas. Il est d'ailleurs regrettable d'élargir à l'excès le volet «pénal» de cet article, en ne conservant pas à la matière fiscale son caractère particulier, solennellement affirmé dans *Ferrazzini*, et dont la Convention contient d'autres traces (voir le libellé du second paragraphe de l'article 1 du Protocole n° 1).

12. Si l'article 6 § 1 ne s'applique pas, il ne peut évidemment pas avoir été violé. C'est la raison pour laquelle nous avons voté avec la majorité l'article 2 du dispositif. Cela nous dispense d'avoir à examiner

l'hypothèse dans laquelle nous aurions au contraire trouvé l'article 6 § 1 applicable sous son volet pénal et de décider si nous aurions été, dans ce cas-là, d'accord ou non avec la majorité pour estimer que l'audience publique n'était pas indispensable. C'est là un point éminemment discutable – mais hypothétique.

OPINION PARTIELLEMENT DISSIDENTE DU JUGE  
LOUCAIDES, À LAQUELLE LES JUGES ZUPANČIČ  
ET SPIELMANN DÉCLARENT SE RALLIER

*(Traduction)*

Je souscris à l'avis de la majorité selon lequel la procédure litigieuse est de nature pénale et est à ce titre susceptible d'entraîner l'application des garanties prévues par le volet pénal de l'article 6 de la Convention. Toutefois, contrairement à la majorité, je ne considère pas que les tribunaux pouvaient se dispenser de l'obligation de tenir une audience en l'espèce et j'estime qu'ils n'auraient pu s'en exonérer dans quelque autre affaire pénale que ce fût.

C'est la première fois que la Cour juge que la tenue d'une audience n'est pas indispensable en matière pénale. Elle a auparavant considéré que l'obligation de tenir une audience n'est pas absolue dans certaines procédures civiles. Indépendamment de la question de savoir si l'approche suivie par la Cour en matière civile se justifie au regard du libellé de l'article 6 de la Convention, il me faut souligner d'emblée que les procès pénaux et les procès civils présentent des différences importantes et nombreuses ayant des incidences sur l'exigence de la tenue d'une audience. Tout d'abord, les premiers ont des conséquences plus graves que les seconds et, parce qu'ils mettent en cause la responsabilité pénale des justiciables, revêtent toujours pour eux un caractère infamant, quelle que soit la gravité des infractions pénales dont ils sont accusés, même si la stigmatisation qui en résulte peut être plus ou moins forte selon le degré de gravité des faits qui leur sont reprochés. Ensuite, les procédures pénales opposent l'État, en tant que détenteur du pouvoir d'appliquer la loi pénale, à un ou plusieurs individus. Enfin, il ressort clairement du libellé des alinéas c), d) et e) du troisième paragraphe de l'article 6 – relatif aux droits minima reconnus à tout justiciable sous le coup d'une accusation en matière pénale (qui lui garantissent la faculté de «se défendre lui-même (...); interroger (...) les témoins à charge; (...) obtenir la convocation et l'interrogation des témoins (...); se faire assister (...) d'un interprète s'il (...) ne parle pas la langue employée à l'audience») – que la tenue d'une audience est l'une des conditions absolument indispensables à la conduite d'un procès pénal équitable.

Lors de l'élaboration de certains instruments internationaux, des voix se sont élevées pour contester la nécessité de la tenue d'une audience publique dans les procédures judiciaires. Mais même lorsque ces voix ont été entendues, comme ce fut le cas pour la Convention américaine relative aux droits de l'homme, cette garantie a été maintenue en matière pénale.

Il ressort de la jurisprudence de la Cour que, à chaque fois que celle-ci a jugé que la tenue d'une audience en instance d'appel n'était pas indispensable en matière pénale, elle a clairement indiqué que c'était à la condition qu'une audience ait eu lieu devant la juridiction du premier degré (arrêts *Axen c. Allemagne*, 8 décembre 1983, § 28, série A n° 72; *Helmers c. Suède*, 29 octobre 1991, § 36, série A n° 212-A; et *Jan-Åke Andersson c. Suède*, 29 octobre 1991, § 27, série A n° 212-B).

Dans l'avis qu'elle a rendu en l'affaire *Jan-Åke Andersson* (précitée, avis de la Commission, §§ 48-49), la Commission a énoncé les principes suivants :

«48. Le droit de l'inculpé de comparaître lorsqu'une juridiction statue sur le point de savoir s'il doit être ou non déclaré coupable des infractions pénales qui lui sont reprochées et celui de pouvoir présenter à cette juridiction les éléments qu'il juge importants à cet égard ne constituent pas seulement une garantie supplémentaire qu'une tentative sera faite en vue de l'établissement de la vérité, mais ils contribuent également à donner à l'inculpé la certitude que sa cause a été entendue par un tribunal dont il a pu constater l'indépendance et l'impartialité. Par là, justice est faite aux yeux de l'inculpé. En outre, l'objet et la finalité de l'article 6 considéré dans son ensemble exigent qu'une personne à laquelle une infraction pénale est reprochée ait le droit de participer à une audience. Les alinéas c) et d) du paragraphe 3 garantissent le droit de se défendre en personne et d'interroger ou de faire interroger les témoins et ces droits ne peuvent être exercés en l'absence de l'inculpé (voir également Cour eur. D.H., arrêt *Colozza c. Italie* du 12 février 1985, série A n° 89, p. 14, § 27).

49. La garantie d'un procès équitable et public prévue par l'article 6 § 1 de la Convention est un des principes fondamentaux de toute société démocratique. En rendant visible l'administration de la justice, son caractère public contribue au maintien de la confiance dans cette administration. Le caractère public des audiences, au cours desquelles il est statué sur la culpabilité et l'innocence, garantit que le public est dûment informé et que le déroulement de la procédure judiciaire peut être observé publiquement.»

Pour sa part, la Cour a déclaré que «de l'objet et du but de l'article 6, de même que du libellé de certains des alinéas du paragraphe 3, découlent du reste la faculté, pour l'accusé, «de prendre part à l'audience» et son droit à «un examen de sa cause par un tribunal (...) siégeant en sa présence» (...) La Cour en déduit, avec la Commission, que les éléments de preuve doivent en principe être produits devant l'accusé en audience publique, en vue d'un débat contradictoire» (*Barberà, Messegué et Jabardo c. Espagne*, 6 décembre 1988, § 78, série A n° 146).

En outre, comme la Cour l'a indiqué à plusieurs reprises, «la publicité de la procédure des organes judiciaires visés à l'article 6 § 1 protège les justiciables contre une justice secrète échappant au contrôle du public; elle constitue aussi l'un des moyens de préserver la confiance dans les cours et tribunaux. Par la transparence qu'elle donne à l'administration de la justice, elle aide à réaliser le but de l'article 6 § 1 : le procès équitable, dont la garantie compte parmi les principes de toute société démocratique

au sens de la Convention » (voir, entre autres, les arrêts *Axen*, précité, § 25, et *Sutter c. Suisse*, 22 février 1984, série A n° 74).

Tout en reconnaissant que « (...) les procédures pénales, qui ont pour objet la détermination de la responsabilité pénale et l'imposition de mesures à caractère répressif et dissuasif, revêtent une certaine gravité », la majorité de la Cour considère en l'espèce que « certaines d'entre elles ne comportent aucun caractère infamant pour ceux qu'elles visent (...) » et que « les majorations d'impôt [du genre de celles qui furent infligées au requérant] ne faisant pas partie du noyau dur du droit pénal, les garanties offertes par le volet pénal de l'article 6 ne doivent pas nécessairement s'appliquer dans toute leur rigueur (...) » (paragraphe 43 du présent arrêt).

Il me paraît difficile, dans le contexte d'un procès équitable, de distinguer, à l'instar de la majorité, entre les infractions pénales ressortissant au « noyau dur du droit pénal » et celles qui n'en relèvent pas. Où doit-on tracer la frontière entre les unes et les autres ? Dans quelle catégorie doit-on placer les infractions réprimées par des peines qui peuvent apparaître légères en elles-mêmes mais qui risquent d'aboutir à de graves sanctions en cas de récidive ? Je considère que les garanties du procès équitable consacrées par l'article 6 de la Convention valent pour toutes les infractions pénales. L'application de ces garanties ne dépend pas et ne peut dépendre de la réponse à la question de savoir si telle ou telle infraction ressortit au « noyau dur du droit pénal » ou revêt un « caractère infamant ». Pour les intéressés, que cette disposition de la Convention tend à protéger, toutes les affaires ont leur importance. Aucun justiciable visé par une accusation pénale, quelle qu'elle soit, ne devrait être privé de la possibilité d'interroger les témoins à charge ni d'aucune autre garantie découlant de la tenue d'une audience. En outre, si elle devait être entérinée, la distinction en question ouvrirait la voie aux abus et à l'arbitraire.

J'ai la ferme conviction que, quelles que soient les infractions en cause, les procédures judiciaires par lesquelles l'Etat tout-puissant applique le droit pénal aux accusés doivent, plus que toutes les autres procédures, respecter strictement les exigences de l'article 6 de la Convention pour garantir à ceux-ci une protection « contre une justice secrète échappant au contrôle du public ». Comme l'a fort justement souligné le professeur Trechsel, « (...) en matière pénale, le principe de la publicité du procès se situe, par son importance, au-dessus des intérêts individuels »<sup>1</sup>.

---

1. Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, p.121.

Par conséquent, à partir du moment où l'on a estimé – à juste titre – que la procédure litigieuse était de nature pénale, il fallait considérer que la tenue d'une audience publique était indispensable. Le non-respect de cette exigence s'analyse, à mon avis, en une violation de l'article 6 de la Convention.

APOSTOL v. GEORGIA  
(*Application no. 40765/02*)

SECOND SECTION

JUDGMENT OF 28 NOVEMBER 2006<sup>1</sup>

---

1. English original.





SUMMARY<sup>1</sup>**Obligation on impecunious judgment creditor to pay preliminary expenses in order to initiate enforcement proceedings****Article 35 § 1**

*Exhaustion of domestic remedies – Effective domestic remedy – Effectiveness of constitutional complaint – Powers of Constitutional Court on individual complaint – Lack of power to set aside individual decisions – Absence of effective mechanism affording direct and specific redress*

**Article 6 § 1**

*Access to a court – Civil proceedings – Enforcement proceedings – Obligation on impecunious judgment creditor to pay preliminary expenses in order to initiate enforcement proceedings – Positive obligation to organise effective system of enforcement – Financial responsibility for organising enforcement proceedings – Judgment creditor’s financial situation – Indigence – Excessive burden*

\*  
\*   \*   \*

The applicant obtained a judgment debt and an order for costs in civil proceedings against a private person. The debtor refused to pay. The applicant, whose only income was a small pension, tried to initiate enforcement proceedings, but was unable to do so as he could not afford the preliminary expenses he was required to bear under the relevant statutory provision (section 26 of the Enforcement Proceedings Act). The judgment remained unenforced.

*Held*

Article 6 § 1: (a) *Admissibility*: The Government had argued that the applicant had failed to exhaust domestic remedies as he could have applied to the Constitutional Court for an order abrogating the impugned provision on the ground that it violated his constitutionally guaranteed right to a fair trial. The Court noted that, unlike its counterparts in certain other European States, the Georgian Constitutional Court was only entitled to review the constitutionality of laws in general terms and had no power to set aside individual decisions which directly affected a complainant’s rights. The system lacked effective mechanisms for offering direct and specific redress for particular instances of human rights violations and could not be regarded with sufficient certainty as an appropriate remedy for the non-enforcement complaint.

*Conclusion*: complaint admissible (unanimously).

(b) *Merits*: The obligation to pay expenses in order to have a final judgment enforced did not relate to the merits of the claim or its prospects of success,

---

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

considerations which could justify restrictions on the right of access to a court. Instead, it constituted a restriction of a purely financial nature and so called for particularly rigorous scrutiny. It did not flow from the Enforcement Proceedings Act that the preliminary expenses borne by the creditor would be fully reimbursed after enforcement, nor had the Government specified the aim of obliging the applicant to pay for the enforcement. Further, the creditor was already required by a separate provision to pay an enforcement fee of 7% of the judgment debt retrieved. By shifting onto the applicant the responsibility for financially securing the organisation of the enforcement proceedings, the State had tried to escape its positive obligation to organise a system for the enforcement of judgments that was effective both in law and practice. The authorities' stance of holding the applicant responsible for the initiation of enforcement proceedings by requesting him to bear the preliminary expenses, coupled with their disregard of his financial situation, constituted an excessive burden.

*Conclusion:* violation (unanimously).

Article 41: Respondent State to secure, by appropriate means, enforcement of the domestic judgment.

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

*Golder v. the United Kingdom*, 21 February 1975, Series A no. 18  
*Deweer v. Belgium*, 27 February 1980, Series A no. 35  
*Van Oosterwijck v. Belgium*, 6 November 1980, Series A no. 40  
*Vernillo v. France*, 20 February 1991, Series A no. 198  
*Vén v. Hungary*, no. 21495/93, Commission decision of 30 June 1993, unreported  
*Tolstoy Miloslavsky v. the United Kingdom*, 13 July 1995, Series A no. 316-B  
*Akdivar and Others v. Turkey*, 16 September 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-IV  
*Miaillhe v. France (no. 2)*, 26 September 1996, *Reports* 1996-IV  
*Hornsby v. Greece*, 19 March 1997, *Reports* 1997-II  
*Waite and Kennedy v. Germany* [GC], no. 26083/94, ECHR 1999-I  
*Riera Blume and Others v. Spain* (dec.), no. 37680/97, ECHR 1999-II  
*Vodeničarov v. Slovakia*, no. 24530/94, 21 December 2000  
*Kreuz v. Poland* (no. 1), no. 28249/95, ECHR 2001-VI  
*Horvat v. Croatia*, no. 51585/99, ECHR 2001-VIII  
*Burdov v. Russia*, no. 59498/00, ECHR 2002-III  
*Hartman v. the Czech Republic*, no. 53341/99, ECHR 2003-VIII  
*Voggenreiter v. Germany*, no. 47169/99, ECHR 2004-I  
*Merit v. Ukraine*, no. 66561/01, 30 March 2004  
*Manoilescu and Dobrescu v. Romania and Russia* (dec.), no. 60861/00, ECHR 2005-VI  
*Fuklev v. Ukraine*, no. 71186/01, 7 June 2005  
*Podbielski and PPU Polpure v. Poland*, no. 39199/98, 26 July 2005  
*Sejdovic v. Italy* [GC], no. 56581/00, ECHR 2006-II  
*Barszcz v. Poland*, no. 71152/01, 30 May 2006  
*Sürmeli v. Germany* [GC], no. 75529/01, ECHR 2006-VII

**In the case of Apostol v. Georgia,**

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

Jean-Paul Costa, *President*,

András Baka,

Mindia Ugrekheldze,

Elisabet Fura-Sandström,

Danutė Jočienė,

Dragoljub Popović,

Ireneu Cabral Barreto, *judges*,

and Stanley Naismith, *Deputy Section Registrar*,

Having deliberated in private on 7 October 2006,

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

**PROCEDURE**

1. The case originated in an application (no. 40765/02) against Georgia lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by a Georgian national, Mr Leonid Tikhonovich Apostol (“the applicant”), on 25 October 2002.

2. The applicant was granted leave, in accordance with Rule 34 § 3 (a) and Rule 36 § 2 *in fine* of the Rules of Court, to present his own case. The Georgian Government (“the Government”) were represented by their Agent, Mr S. Papuashvili of the Ministry of Justice.

3. On 25 August 2005 the Court decided to give notice to the respondent Government of the applicant’s complaint under Article 6 § 1 of the Convention concerning the non-enforcement of the judgment of 21 November 2001. On the same date, the Court decided to apply Article 29 § 3 of the Convention and to examine the merits of the application at the same time as its admissibility.

4. The Government filed their observations on the admissibility and merits of the application (Rule 54A). The applicant did not produce any observations in reply. On 4 January 2006, however, he reiterated his intention to pursue the proceedings.

5. On 31 January 2006 the Court decided to proceed with the examination of the application as the case file stood.

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

6. The applicant was born in 1939 and lives in Batumi, Georgia.

### A. First set of proceedings

7. The applicant brought a civil action against a private person. On 21 November 2001 the Batumi City Court allowed his claim and ordered the debtor to pay him arrears in the amount of 2,000 United States dollars (1,595 euros (EUR)<sup>1</sup>) plus 100 Georgian laris ((GEL) – EUR 43.75<sup>2</sup>) for the costs and expenses associated with the court proceedings. The judgment was never appealed against and became binding.

8. Since the debtor refused to abide by the judgment, the applicant applied to the Ministry of Justice of the Ajarian Autonomous Republic (“the AAR”), requesting the initiation of enforcement proceedings.

9. In a letter of 27 November 2002, the Ministry informed the applicant that, pursuant to section 26 of the Enforcement Proceedings Act, he was to bear the “preliminary expenses associated with enforcement measures”. The letter, however, did not specify which measures were envisaged and what their costs were.

10. Being in receipt of only a monthly pension of GEL 45 (EUR 19<sup>3</sup>) at the material time, the applicant was unable to pay for the initiation of enforcement proceedings. He appealed instead to the Ministry of Internal Affairs and the Prosecutor’s Office of the AAR, requesting the initiation of criminal proceedings against the debtor (Article 381 of the Criminal Code) and the enforcement of the judgment, but to no avail. The authorities in question replied that it was beyond their competence to interfere with the judicial process.

11. Three years later, on 20 January 2004, the applicant applied to the Ajarian Council of Ministers (the executive of the AAR). Explaining that, owing to his lack of means, he could not bear the expenses in advance, the applicant expressed his willingness to pay an enforcement fee after receiving the judgment debt.

12. In its reply of 12 March 2004, the Ajarian Ministry of Justice noted that the debtor’s whereabouts were unknown. The Ministry reiterated that the non-payment of the preliminary expenses constituted “an impediment to the enforcement of the judgment”; provided that the applicant had covered the necessary expenses in advance, the bailiff would identify the debtor’s assets, seize them and put them up for auction. As to the enforcement fee of 7% of the judgment debt, the Ministry stated that this could be paid by the applicant after enforcement (section 113 (1) of the Enforcement Proceedings Act).

13. As a result of the non-payment of the preliminary expenses, the judgment of 21 November 2001 still remains unenforced.

---

1. Exchange rate on 29 June 2006.

2. *Idem.*

3. *Idem.*

## **B. Second set of proceedings**

14. The applicant was to inherit the apartment of his deceased brother, where relatives of his brother's wife were dwelling. Before establishing his rights as an heir, the court satisfied the applicant's request for interim measures by ordering the appropriate bailiff to attach the impugned apartment and make an inventory of the movable assets inside.

15. After being recognised as the heir, the applicant brought a civil action against the relatives, claiming that they had misappropriated household belongings. After a series of remittals, on 3 September 2002 the Batumi City Court partly satisfied the applicant's claim by ordering the respondents to return some of the belongings thus claimed.

16. According to the case file, the judgment of 3 September 2002 was received by the applicant on 24 September 2002 (the receipt form being written in Georgian, a language not understood by the applicant). However, the applicant contends that he received the judgment on 3 October 2002, along with the relevant receipt form in Russian.

17. On 28 October 2002 the applicant appealed against the judgment, and on 3 December 2002 he paid GEL 50 (EUR 21.88<sup>1</sup>) in court fees. On 15 November 2002, taking into consideration the receipt form of 24 September 2002, the appellate court dismissed the appeal as time-barred. On an unspecified date the court fees were returned to the applicant.

18. The applicant applied to different judicial and administrative authorities, requesting an expert report on the authenticity of the receipt form dated 24 September 2002, but to no avail.

## **C. Third set of proceedings**

19. In the course of divorce proceedings, the Batumi City Court established on 8 June 2001 that the two-room apartment where the applicant and his wife had been residing during their marriage was their common matrimonial property. Following the divorce, the court entitled the applicant's former wife to a room in the disputed apartment. The applicant appealed against this decision, complaining, among other issues, that the case had been examined in his absence. On 16 August 2001 the appellate court, noting that the applicant's representative had attended the hearing before the City Court, dismissed his appeal. The Supreme Court of Georgia upheld the appellate court's judgment on 1 February 2002.

---

1. Exchange rate on 29 June 2006.

20. In the course of the enforcement of the decision of 8 June 2001, the applicant's aunt was evicted from the room to which the applicant's former spouse was entitled.

#### **D. Fourth set of proceedings**

21. In a decision of 28 October 1998, the Batumi City Court recognised the applicant as a victim of political repression and ordered his judicial rehabilitation. By virtue of a decree of the President of Georgia dated 1 January 1998, rehabilitated citizens of Georgia are entitled to certain welfare benefits. The applicant applied to different administrative authorities, claiming those benefits, but to no avail.

## **II. RELEVANT DOMESTIC LAW**

22. The relevant provisions of the Georgian Constitution read:

#### **Article 42 § 1**

“Every person has the right to apply to a court for protection of his or her rights and freedoms.”

#### **Article 89 § 1 (f)**

“The Constitutional Court of Georgia shall, ... on the basis of a citizen's complaint, examine the compatibility of normative acts with Chapter II of the Constitution.”

The Second Chapter, consisting of Articles 12 to 47, lists human rights and freedoms.

23. The Constitutional Court Act of 31 January 1996, as in force at the material time, provides, in so far as relevant:

#### **Section 1**

“The Constitutional Court of Georgia (hereinafter the Constitutional Court) is the body of constitutional supervision, which shall guarantee the supremacy of the Constitution of Georgia, constitutional justice, and the protection of the constitutional rights and freedoms of individuals.”

#### **Section 19(1) (e)**

“On the basis of a constitutional complaint or application, the Constitutional Court shall be competent to examine and decide ... upon the issue of the constitutionality of normative acts with respect to Chapter II of the Constitution.”

#### **Section 20**

“The declaration of a statute or another normative act as unconstitutional shall not result in the quashing of judicial decisions and judgments already given on the basis of

the impugned act. It shall only suspend enforcement proceedings in accordance with procedural legislation.”

**Section 39(1) (as amended on 12 February 2002)**

“The right to lodge a constitutional complaint with the Constitutional Court in order to challenge the constitutionality of a normative act or the provisions thereof ... shall be vested in:

(a) Georgian nationals, other physical persons residing in Georgia and Georgian legal entities, if they consider that their rights as envisaged by Chapter II of the Constitution have been or might be directly breached;

(b) the Public Defender, if the latter considers that there has been a violation of the human rights and freedoms set forth in Chapter II of the Constitution.”

24. The Constitutional Proceedings Act of 21 March 1996, as in force at the material time, provides, in so far as relevant:

**Section 18(e)**

“A constitutional complaint or application shall be deemed inadmissible if:

...

(e) the disputed issue is not governed by the Constitution.”

25. The Enforcement Proceedings Act of 16 April 1999 (“the Enforcement Act”), as in force at the material time, reads, in so far as relevant:

**Section 5(1): The Enforcement Office**

“Bailiffs at enforcement offices [of the Ministry of Justice] shall be responsible for the enforcement of the decisions provided for hereunder.”

**Section 10(1): Expenses relating to enforcement**

“The amount of the expenses relating to enforcement shall be calculated by the bailiff, and may be reviewed during the enforcement process.”

**Section 11: Enforcement of urgent judgments by bailiffs**

“Bailiffs are entitled to use funds allocated from the State budget ... in order to enforce urgent judgments as listed in Article 268 § 1 (a) to (d) of the Code of Civil Procedure ...”

**Section 17(1) and (5): The bailiff’s rights and obligations**

“Requests by bailiffs in the course of their duties shall be equally binding on any natural person or legal entity, irrespective of their hierarchical or legal and administrative status.

Bailiffs shall resort to any lawful measures available in order to secure the speedy and effective enforcement of decisions, to explain to parties their rights and responsibilities, and to assist in the protection of their rights and legal interests.”

**Section 26 (as amended on 5 December 2000):  
Initiation of enforcement proceedings**

“Bailiffs shall initiate enforcement proceedings upon receipt of the writ of enforcement and a written application from the creditor. Bailiffs are entitled to refuse to enforce a judgment in the event of non-payment by the creditor of the preliminary expenses provided for by this Act.”

**Section 38(1): Debtor’s liability to cover the expenses**

“Expenses relating to enforcement shall be borne by the debtor. They shall be recovered along with the debt.”

**Section 39(1) and (2): Expenses related to the enforcement proceedings**

“Funds may be claimed to cover:

- (a) payment ... for services necessarily required for unlocking doors or for unlocking storage facilities;
- (b) costs associated with the storage of seized items;
- (c) expenses associated with the service of public notices;
- (d) expenses resulting from the detention of a debtor;
- (e) expenses associated with an auction.

The Minister of Justice of Georgia may provide for other expenses to be paid as well.”

26. Pursuant to Order no. 100 § 1 of the Minister of Justice dated 25 November 1999, apart from the items listed in section 39(1) of the Enforcement Act, the costs resulting from (a) bank services, (b) searching the debtor’s property, (c) auditing, (d) transportation of movable assets and (e) telephone and postal services are treated as enforcement-related expenses.

**Section 113(1) (introduced on 5 December 2000): The enforcement fee**

“Prior to the enactment of the Enforcement Fees Act, a fee for the payment of judgment debts shall be introduced and its amount set at 7% of the judgment debt. The creditor shall pay the fee after receiving the debt ...”

27. The Enforcement Fees Act has not been enacted to date.

28. The Georgian Criminal Code provides, in so far as relevant:

**Article 381**

“The non-enforcement of a binding judgment or other judicial decision, or the obstruction of its execution by the State, government or local-government officials or by executives of a corporation or of other organisations [shall be punished] ...”

29. The Georgian Code of Civil Procedure provides:



**Article 268 § 1 (a) to (d): Immediately enforceable judgments**

“Pursuant to a request by a party, the court may deliver the following types of judgment to be immediately enforced in part or in full:

- (a) judgments concerning entitlement to alimony;
- (b) judgments concerning entitlement to compensation for damage caused by mutilation or other bodily injury or by the death of a carer;
- (c) judgments concerning an employee’s entitlement to loss of earnings for no more than three months;
- (d) judgments concerning the reinstatement of an unlawfully dismissed person.”

**III. RELEVANT DOCUMENTS OF THE EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (“VENICE COMMISSION”)**

30. A Venice Commission expert’s opinion of 19 April 1999 on proposals for amending the Georgian Constitutional Court Act and the Constitutional Proceedings Act contains the following passage:

“It is to be conceded that decisions by the Constitutional Court may contain some vagueness as regards their execution. The Georgian Legislature, in order to cope with this problem, might take into consideration the solution in the German Law on the Federal Constitutional Court which provides in Article 35: ‘In its decision the Federal Constitutional Court may state by whom it is to be executed; in individual instances it may also specify the method of execution.’”

31. The Opinion of the Venice Commission on Draft Constitutional Amendments concerning the Reform of the Judiciary in Georgia (62nd Plenary Session, Venice, 11-12 March 2005) includes the following passage:

“22. The existing Article 89 § 1 (f) [of the Constitution] already provides for individual access to the Constitutional Court in the form of a so-called ‘non-real’ constitutional complaint (term used in German doctrine) against normative acts. It is welcomed that the draft Article 89 § 1 (f) would give this right not only to citizens but to persons in general.

23. In addition to this, draft Article 89 § 1 (f) would allow the Constitutional Court to consider the ‘constitutionality of decisions of courts with regards to fundamental human rights and freedoms set forth in Chapter II of the Constitution on the basis of a claim of an individual or the application by the Public Defender of Georgia’. The draft thus adds a ‘real’ constitutional complaint also against individual acts – final court decisions.

24. This provision represents a substantial increase in the jurisdiction and powers of the Constitutional Court. The Constitutional Court is given a power of review over the ordinary courts’ decisions where human rights questions are concerned. The fact that the jurisdiction to review can be exercised on the complaint of a citizen creates a powerful new tool for the enforcement of the human rights and fundamental freedoms guaranteed by Chapter II.”

## THE LAW

### I. ALLEGED VIOLATIONS OF ARTICLE 6 § 1 OF THE CONVENTION

#### A. Admissibility

##### 1. First set of proceedings

32. With regard to the first set of proceedings, the applicant complained of the competent authorities' refusal to enforce the judgment of 21 November 2001. The relevant part of Article 6 § 1 of the Convention provides:

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

33. The Government submitted that the applicant had not exhausted domestic remedies, as required by Article 35 § 1 of the Convention. They stated that Article 42 § 1 of the Constitution guaranteed to everyone the right to a fair trial. Consequently, they argued, if the obligation to pay expenses prior to the initiation of enforcement proceedings had undermined the applicant's right under Article 42 § 1 of the Constitution, he should have applied to the Constitutional Court (Article 89 of the Constitution) and requested abrogation of section 26 of the Enforcement Act.

34. The applicant did not reply to this objection (see paragraphs 4 and 5 above).

35. The Court reiterates that, under Article 35 of the Convention, normal recourse should be had by an applicant to remedies which are available and sufficient to afford redress in respect of the breaches alleged (see *Barszcz v. Poland*, no. 71152/01, § 41, 30 May 2006). However, in the area of exhaustion of domestic remedies, the Convention provides for a distribution of the burden of proof. It is initially incumbent on the Government claiming non-exhaustion to convince the Court that the remedy was an effective one available in theory and in practice at the relevant time, that is to say, that it was accessible, was capable of providing redress in respect of the applicant's complaints and offered reasonable prospects of success (see, among other authorities, *Sejdovic v. Italy* [GC], no. 56581/00, § 46, ECHR 2006-II, and *Vernillo v. France*, 20 February 1991, § 27, Series A no. 198). Only after this burden of proof has been discharged does it fall to the applicant to prove that there existed special circumstances absolving him or her from the requirement (see *Merit v. Ukraine*, no. 66561/01, § 57, 30 March 2004).

36. The rule of exhaustion of domestic remedies is neither absolute nor capable of being applied automatically; in reviewing whether it has been observed it is essential to have regard to the particular circumstances of each individual case (see *Van Oosterwijck v. Belgium*, 6 November 1980, § 35, Series A no. 40). This means, among other things, that the Court must take realistic account not only of the existence of formal remedies in the legal system of the Contracting Party concerned but also of the general legal and political context in which they operate as well as the personal circumstances of the applicant (see *Akdivar and Others v. Turkey*, 16 September 1996, §§ 65-69, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-IV).

37. In the present case, the applicant's complaint concerns the right to have a binding judicial decision enforced. This right, which is not explicitly contained in any provision of the Convention, has been read into Article 6 § 1 by the Convention institutions as an integral part of the "trial" (see *Hornsby v. Greece*, 19 March 1997, § 40, *Reports* 1997-II).

38. The Court observes that neither Article 42 § 1 of the Constitution, relied on by the Government in this regard, nor any other constitutional provision sets forth guarantees against the non-enforcement of binding decisions which are at least remotely comparable to those developed in the Court's case-law. While a literal reading of the relevant constitutional provision suggests that it actually provides for the right of access to a court, the Government have not referred to any decisions or judgments of the Constitutional Court which, like the Court's case-law, have inferred a guarantee against non-enforcement from Article 42 § 1 of the Constitution.

39. The Court notes that, pursuant to Article 89 § 1 (f) of the Constitution and section 19(1)(e) of the Constitutional Court Act, the absence of a constitutional right renders a complaint incompatible *ratione materiae* with the provisions of the Constitution and, in accordance with section 18(e) of the Constitutional Proceedings Act, inadmissible for examination on the merits. Consequently, in so far as it is not the Court's task to take the place of the Constitutional Court and interpret the Constitution, the Government's failure to discharge the burden of proof by referring to the national judicial practice revealing the existence of a constitutional right to have binding judgments enforced prevents the Court from concluding that the applicant was able to claim such a right successfully before the Constitutional Court.

40. Moreover, the Court observes that Article 89 § 1 (f) of the Constitution provides for individual access to the Constitutional Court in the form of a so-called "abstract" constitutional complaint (see paragraphs 22, 23 and 31 above). This means in practice that individuals can question the constitutionality of the legislation in force, without necessarily being affected by its implementation. They cannot, however,

challenge decisions made by the courts or the public authorities that directly affect their particular circumstances.

41. This model of individual constitutional complaint resembles that of the Hungarian Constitutional Court, which was found in *Vén v. Hungary* (no. 21495/93, Commission decision of 30 June 1993, unreported) to be an ineffective remedy for the purposes of Article 35 of the Convention. The reason for that finding was that the Hungarian Constitutional Court was only entitled to review the constitutionality of laws in general terms and could not quash or modify specific measures taken against an individual by the State.

42. At the same time, the Georgian constitutional proceedings are different from those, for example, of Germany, Spain or the Czech Republic. The “specific” constitutional complaint existing in those countries makes it possible to remedy violations of rights and freedoms committed by authorities or officials or, where the infringement of a right guaranteed by the Constitution is the result of an interference other than a decision, to prohibit the authority concerned from continuing to infringe the right and to order it to re-establish the status quo if that is possible (see *Hartman v. the Czech Republic*, no. 53341/99, § 49, ECHR 2003-VIII, and *Sürmeli v. Germany* [GC], no. 75529/01, § 62, ECHR 2006-VII). Such a constitutional complaint also makes it possible to remedy violations resulting immediately and directly from an act or omission of a judicial body, regardless of the facts that had given rise to the proceedings; the abrogation of an unconstitutional law results in the annulment of all the final decisions made by the courts or public authorities on the basis of that law (see *Riera Blume and Others v. Spain* (dec.), no. 37680/97, ECHR 1999-II, and *Voggenreiter v. Germany*, no. 47169/99, § 23, ECHR 2004-I).

43. By contrast, the Georgian Constitutional Court is not empowered to set aside individual decisions of public authorities or courts which directly affect the complainant’s rights (see the documents of the Venice Commission cited in paragraphs 30 and 31 above). The declaration of a statute or other normative act as unconstitutional cannot result in the quashing of the judicial decisions already taken on the basis of the impugned act (section 20 of the Constitutional Court Act). It cannot even terminate the associated enforcement proceedings but can merely suspend them.

44. The Court reiterates that for a remedy to be effective, it should answer the complaint by providing direct and speedy redress for specific harm, and not merely indirect protection of the rights guaranteed in Article 6 of the Convention (see *Merit*, cited above, § 59, and *Deweert v. Belgium*, 27 February 1980, § 29, Series A no. 35). In the case at hand, it is not clear how the success of a constitutional complaint lodged by the applicant – entailing the abrogation of section 26 of the Enforcement Act

– would have offered direct and speedy redress for the problem of non-enforcement, in so far as the Constitutional Court lacked the power to order the competent authorities to proceed with the enforcement of the judgment.

45. The Court reiterates in this connection that the German and Czech authorities for constitutional review, which, as a rule, satisfy the requirements of Article 35 § 1 of the Convention, have been found to be ineffective in “length-of-proceedings” cases, given that, apart from acknowledging violations of the constitutional provisions protecting the right to a fair trial, they were unable to give clear instructions as to how to expedite delayed proceedings or to provide compensation for any damage resulting from their excessive length (see *Sürmeli*, cited above, §§ 105-06, and *Hartman*, cited above, §§ 67-83).

46. In the light of the above considerations, the Court concludes that, since the current system of individual constitutional complaints in Georgia lacks effective mechanisms for offering direct and specific redress for particular instances of human rights violations, it cannot be regarded with a sufficient degree of certainty as an appropriate remedy for the complaint about non-enforcement (contrast *Sürmeli*, cited above, § 103; see also, *mutatis mutandis*, *Horvat v. Croatia*, no. 51585/99, § 44, ECHR 2001-VIII, and *Vodeničarov v. Slovakia*, no. 24530/94, §§ 43-44, 21 December 2000).

47. The Government’s objection in respect of the first set of proceedings must therefore be dismissed. No other grounds for declaring this part of the application inadmissible have been established. The Court therefore declares it admissible.

## 2. *Second and third sets of proceedings*

48. As to the second set of proceedings, the applicant complained of the impossibility of obtaining an expert opinion on the receipt form dated 24 September 2002. Referring to the fact that the appellate court had delivered its judgment on 15 November 2002 – that is, before the corresponding court fees had been paid on 3 December 2002 – the applicant alleged that the judgment had been fabricated. He further contested the fairness of the third set of proceedings, submitting that the hearing, attended by his lawyer, had been held in his absence.

49. The Court notes that the case file does not disclose any appearance of a violation of Article 6 § 1 of the Convention during the second and third sets of proceedings, each of them taken as a whole (see *Miaillhe v. France* (no. 2), 26 September 1996, § 43, *Reports* 1996-IV), and considers that the applicant’s complaints are manifestly ill-founded. This part of the application must therefore be rejected in accordance with Article 35 §§ 3 and 4 of the Convention.

## **B. Merits**

### *1. The parties' submissions*

50. The Government maintained that there had been no violation of the applicant's rights under Article 6 § 1 of the Convention.

51. Notably, the Government submitted that, pursuant to sections 38 and 39 of the Enforcement Act and the Minister of Justice's Order no. 100 § 1, it was the debtor's responsibility to bear the expenses associated with particular enforcement measures. However, given the fact that those expenses could only be recovered at the time of the enforcement of the judgment, the applicant should have provisionally paid, under section 26 of the Enforcement Act, "some of the expenses which were necessary for the technical organisation" of the enforcement proceedings. The Government further asserted that the costs initially borne by the applicant would have been fully reimbursed to him after the enforcement of the judgment. Lastly, they submitted that the impugned judgment could not have been enforced at the State's expense, as it did not fall into the category of judicial decisions contemplated by section 11 of the Enforcement Act.

52. The Government also stated that, pursuant to section 113(1) of the Enforcement Act, in the event of enforcement of the impugned judgment, the applicant would have been required to pay 7% of the judgment debt as an enforcement fee.

53. The applicant did not reply to the Government's arguments (see paragraphs 4 and 5 above).

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

54. The Court reiterates that Article 6 § 1 secures to everyone the right to have any claim relating to his or her civil rights and obligations brought before a court (see *Golder v. the United Kingdom*, 21 February 1975, §§ 28-36, Series A no. 18). The right to a court is not merely a theoretical right to secure recognition of an entitlement by means of a final decision but also includes the legitimate expectation that the decision will be executed. The effective protection of litigants and the restoration of legality presuppose an obligation on the administrative authorities' part to comply with a binding judgment (see *Hornsby*, cited above, §§ 40 et seq.).

55. With regard to the present case, the Court considers that the question whether the applicant would have had the preliminary expenses reimbursed after the enforcement of the impugned judgment or not is irrelevant to the situation he complains of under Article 6 § 1 of the Convention. The issue at stake here is the fact that the obligation to pay the enforcement-related expenses in advance prevented the applicant from having the binding judgment enforced in his favour.

56. In so far as enforcement proceedings constitute an integral part of the trial (see *Burdov v. Russia*, no. 59498/00, § 34, ECHR 2002-III), the Court considers that the right to a court, along with access to first-instance and appeal courts for the determination of “civil rights and obligations” (see *Kreuz v. Poland* (no. 1), no. 28249/95, §§ 53-54, ECHR 2001-VI), likewise protects the right of access to enforcement proceedings (see, *mutatis mutandis*, *Manoilescu and Dobrescu v. Romania and Russia* (dec.), no. 60861/00, ECHR 2005-VI), that is, the right to have enforcement proceedings initiated.

57. It must be emphasised in this regard that the right of access to a court is not absolute but may be subject to limitations; these are permitted by implication since the right of access by its very nature calls for regulation by the State. However, the Court must be satisfied that the limitations applied do not restrict or reduce the access left to the individual in such a way or to such an extent that the very essence of the right is impaired. Furthermore, a limitation will not be compatible with Article 6 § 1 if it does not pursue a legitimate aim and if there is no reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be achieved (see *Waite and Kennedy v. Germany* [GC], no. 26083/94, § 59, ECHR 1999-I).

58. The Court notes that, relying on section 26 of the Enforcement Act, the competent authorities imposed a financial restriction on the applicant in the form of an obligation to bear “preliminary expenses”. Those “preliminary expenses”, limiting access to enforcement proceedings, resemble the rule whereby access to civil courts depends on the payment of a court fee.

59. The Court reiterates in this connection that, in order to determine whether or not a person enjoyed the right of access, the amount of the fees requested is to be assessed in the light of the particular circumstances of a given case, including the applicant’s ability to pay them, and the phase of the proceedings at which that restriction has been imposed (see *Kreuz*, cited above, § 60).

60. In the present case, the impugned financial restriction was not imposed on the applicant either at first instance or at the appellate stage of the trial, and could not therefore be regarded as being related to the merits of his claim or its prospects of success, considerations which might justify restrictions on the right of access to a court (contrast *Tolstoy Miloslavsky v. the United Kingdom*, 13 July 1995, §§ 61 et seq., Series A no. 316-B). The existence of a final and enforceable judgment in the applicant’s favour stands, on the contrary, as an indication of the fact that his litigation had been meritorious. Consequently, the imposition of the obligation to pay expenses in order to have that judgment enforced constitutes a restriction of a purely financial nature and therefore calls for particularly rigorous scrutiny from the point of view of the interests

of justice (see *Podbielski and PPU Polpure v. Poland*, no. 39199/98, § 65, 26 July 2005).

61. The Court observes that the Government did not specify what the aim of obliging the applicant to pay for the enforcement was. They simply stated that the impugned judgment did not fall into the category of judgments enforceable at the State's expense. If the applicant wanted to obtain the judgment debt, he himself had to secure financially the necessary enforcement measures (see paragraph 51 above).

62. The Court notes that, contrary to the Government's assertions, neither section 26 *in fine* nor any other provision of the Enforcement Act defines what proportion of the enforcement-related expenses is to be borne by the creditor, and for what measures. Nor does it follow from the Enforcement Act that the expenses initially borne by the creditor are to be fully reimbursed after the enforcement. In their letters to the applicant, the enforcement authorities did not clarify those issues any further. They did not specify how much the applicant had to pay or in respect of what enforcement measures. The authorities bluntly stated that after the applicant had covered the preliminary expenses, the bailiff would identify the debtor's assets, seize them and put them up for auction (see paragraphs 9 and 12 above). As to the applicant's declaration of his lack of means, it was left unanswered.

63. Even assuming that there exists a justification for obliging the creditor to bear part of the costs associated with enforcement proceedings, the Court notes that section 113(1) of the Enforcement Act already provides for the creditor's responsibility to pay a fee representing 7% of the judgment debt received. It has to be stressed that the applicant, being unable to cover the preliminary expenses owing to his lack of means, was prepared to pay the fee after enforcement (see paragraph 11 above).

64. The Court reiterates that fulfilment of the obligation to secure effective rights under Article 6 § 1 of the Convention does not mean merely the absence of an interference but may require the State to take various forms of positive action (see *Kreuz*, cited above, § 59). It considers that, by shifting onto the applicant the responsibility of financially securing the organisation of the enforcement proceedings, the State tried to escape its positive obligation to organise a system for enforcement of judgments that is effective both in law and in practice (see *Fuklev v. Ukraine*, no. 71186/01, § 84, 7 June 2005).

65. In the light of the above considerations, the authorities' stance of holding the applicant responsible for the initiation of enforcement proceedings by requesting him to bear the preliminary expenses, coupled with the disregard for his financial situation, constituted an excessive burden and restricted his right of access to a court to the extent of impairing the very essence of that right.



66. There has accordingly been a violation of Article 6 § 1 of the Convention.

## II. OTHER ALLEGED VIOLATIONS OF THE CONVENTION

67. Relying on Articles 1, 13, 14 and 17 of the Convention, the applicant complained that, during the second set of proceedings, the bailiff had drawn up the inventory of the household belongings in his absence and that he had been obliged to pay the State a fee despite his lack of means. Relying on the same provisions, the applicant challenged the forcible eviction of his aunt in the third set of proceedings and complained that he had not received welfare benefits in the course of the fourth set of proceedings.

68. The Court notes that the applicant's complaints under Article 6 § 1, relating to the second and third set of proceedings, have been found to be inadmissible (see paragraph 49 above). With due regard to the relevant circumstances of the case, it considers that no separate questions arise under Articles 1, 13, 14 and 17 as far as those proceedings and the fourth set of proceedings are concerned. This part of the application is therefore manifestly ill-founded and must be rejected in accordance with Article 35 §§ 3 and 4 of the Convention.

## III. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

69. 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."

70. The applicant did not submit any claim for just satisfaction. Accordingly, the Court considers that there is no call to award him any sum on that account (see *Fadıl Yılmaz v. Turkey*, no. 28171/02, § 26, 21 July 2005).

71. However, it must be noted that a judgment in which the Court finds a violation of the Convention or its Protocols imposes on the respondent State a legal obligation not just to pay those concerned the sums awarded by way of just satisfaction, but also to choose, subject to supervision by the Committee of Ministers, the general and/or, if appropriate, individual measures to be adopted in its domestic legal order to put an end to the violation found by the Court. The respondent State is expected to make all feasible reparation for the consequences of the violation in such a manner as to restore as far as possible the situation existing before the breach. Furthermore, it follows from the Convention,

and from Article 1 in particular, that in ratifying the Convention the Contracting States undertake to ensure that their domestic legislation is compatible with it. Consequently, it is for the respondent State to remove any obstacles in its domestic legal system that might prevent the applicant's situation from being adequately redressed (see *Assanidze v. Georgia* [GC], no. 71503/01, § 198, ECHR 2004-II, and *Maestri v. Italy* [GC], no. 39748/98, § 47, ECHR 2004-I).

72. Having regard to its finding in the instant case, and without prejudice to other possible measures of improving the existing system for the enforcement of judgments (see, *mutatis mutandis*, *Papamichalopoulos and Others v. Greece* (Article 50), 31 October 1995, § 34, Series A no. 330-B), the Court considers that the most appropriate form of redress would consist in putting an end to the situation of non-enforcement (see, among other authorities, *Plotnikov v. Russia*, no. 43883/02, § 33, 24 February 2005).

73. The respondent State must consequently secure, by appropriate means, the enforcement of the judgment of 21 November 2001.

#### FOR THESE REASONS, THE COURT UNANIMOUSLY

1. *Declares* the applicant's complaint relating to the non-enforcement of the judgment of 21 November 2001 admissible and the remainder of the application inadmissible;
2. *Holds* that there has been a violation of Article 6 § 1 of the Convention;
3. *Holds* that the respondent State shall, within three months from the date on which the judgment becomes final in accordance with Article 44 § 2 of the Convention, secure, by appropriate means, the enforcement of the judgment of 21 November 2001.

Done in English, and notified in writing on 28 November 2006, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Stanley Naismith  
Deputy Registrar

Jean-Paul Costa  
President

APOSTOL c. GÉORGIE  
(*Requête n° 40765/02*)

DEUXIÈME SECTION

ARRÊT DU 28 NOVEMBRE 2006<sup>1</sup>

---

1. Traduction; original anglais.



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Obligation imposée à un créancier impécunieux nanti d'un jugement d'avancer des frais pour ouvrir une procédure d'exécution****Article 35 § 1**

*Épuisement des recours internes – Recours interne effectif – Effectivité du recours constitutionnel – Compétence d'une Cour constitutionnelle en matière de recours individuel – Incompétence pour annuler des décisions individuelles – Absence de mécanisme effectif offrant un remède direct et spécifique*

**Article 6 § 1**

*Accès à un tribunal – Procédure civile – Procédure d'exécution – Obligation imposée à un créancier impécunieux nanti d'un jugement d'avancer des frais pour ouvrir une procédure d'exécution – Obligation positive d'organiser un système d'exécution effectif – Responsabilité financière de l'organisation des procédures d'exécution – Situation financière du créancier nanti d'un jugement – Impécuniosité – Charge excessive*

\*  
\*   \*

A l'issue d'une procédure civile, le requérant obtint la condamnation de son débiteur, un particulier, et se vit allouer une somme au titre des frais et dépens. Ce dernier refusa de payer sa dette. L'intéressé, qui ne disposait que d'une pension modique, tenta d'engager une procédure d'exécution du jugement rendu en sa faveur. Il n'y parvint pas car il ne put avancer les frais mis à sa charge par la disposition légale applicable, à savoir l'article 26 de la loi sur les procédures d'exécution. Le jugement en question n'a pas encore reçu exécution.

Article 6 § 1: a) *Sur la recevabilité* – Le Gouvernement excipe du non-épuisement des recours internes au motif que le requérant n'a pas saisi la Cour constitutionnelle d'un recours en annulation de la disposition litigieuse fondé sur la violation alléguée de son droit constitutionnel à un procès équitable. La Cour relève que, contrairement à certaines de ses homologues européennes, la Cour constitutionnelle géorgienne doit se borner à réaliser un contrôle abstrait de la constitutionnalité des lois et ne peut annuler des décisions individuelles ayant un effet direct sur les droits des justiciables. La procédure constitutionnelle ne comporte pas de mécanisme effectif propre à remédier de manière directe et spécifique à des cas concrets de violations des droits de l'homme; elle ne saurait passer avec un degré suffisant de certitude pour un redressement approprié au grief tiré de l'inexécution d'un jugement.

*Conclusion*: grief recevable (unanimité).

---

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

b) *Sur le fond* – L’obligation de payer des frais en vue de faire exécuter un jugement définitif n’a pas de rapport avec le bien-fondé des prétentions formulées ou leurs perspectives de succès, considérations de nature à justifier des restrictions au droit d’accès à un tribunal. Elle s’analyse plutôt en une restriction purement financière et doit à ce titre faire l’objet d’un examen particulièrement rigoureux. Il ne ressort pas de la loi sur les procédures d’exécution que les frais avancés par les créanciers doivent leur être intégralement remboursés au terme de la procédure d’exécution et le Gouvernement n’a pas expliqué quel était le but de l’obligation imposée au requérant d’acquitter des frais en vue de l’exécution du jugement litigieux. De surcroît, une autre disposition légale assujettit les créanciers à une taxe s’élevant à 7 % des sommes recouvrées au titre des condamnations prononcées en leur faveur. En transférant à l’intéressé la charge financière de l’organisation de la procédure d’exécution, l’Etat a tenté de se soustraire à son obligation positive d’organiser un système d’exécution des jugements qui soit effectif en droit comme en pratique. La position des autorités consistant à faire assumer au requérant la responsabilité de l’ouverture d’une procédure d’exécution en le contraignant à avancer les frais litigieux sans tenir compte de son impécuniosité a imposé à celui-ci une charge excessive.

*Conclusion* : violation (unanimité).

Article 41 : l’Etat défendeur doit assurer l’exécution du jugement litigieux par des moyens appropriés.

### Jurisprudence citée par la Cour

- Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, série A n° 18  
*Deweere c. Belgique*, 27 février 1980, série A n° 35  
*Van Oosterwijck c. Belgique*, 6 novembre 1980, série A n° 40  
*Vernillo c. France*, 20 février 1991, série A n° 198  
*Vén c. Hongrie*, n° 21495/93, décision de la Commission du 30 juin 1993, non publiée  
*Tolstoy Miloslavsky c. Royaume-Uni*, 13 juillet 1995, série A n° 316-B  
*Akdivar et autres c. Turquie*, 16 septembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-IV  
*Miailhe c. France (n° 2)*, 26 septembre 1996, *Recueil* 1996-IV  
*Hornsby c. Grèce*, 19 mars 1997, *Recueil* 1997-II  
*Waite et Kennedy c. Allemagne* [GC], n° 26083/94, CEDH 1999-I  
*Riera Blume et autres c. Espagne* (déc.), n° 37680/97, CEDH 1999-II  
*Vodeničarov c. Slovaquie*, n° 24530/94, 21 décembre 2000  
*Kreuz c. Pologne (n° 1)*, n° 28249/95, CEDH 2001-VI  
*Horvat c. Croatie*, n° 51585/99, CEDH 2001-VIII  
*Bourdiv c. Russie*, n° 59498/00, CEDH 2002-III  
*Hartman c. République tchèque*, n° 53341/99, CEDH 2003-VIII  
*Voggenreiter c. Allemagne*, n° 47169/99, CEDH 2004-I  
*Merit c. Ukraine*, n° 66561/01, 30 mars 2004  
*Manoilescu et Dobrescu c. Roumanie et Russie* (déc.), n° 60861/00, CEDH 2005-VI  
*Fouklev c. Ukraine*, n° 71186/01, 7 juin 2005  
*Podbielski et PPU Polpure c. Pologne*, n° 39199/98, 26 juillet 2005  
*Sejdovic c. Italie* [GC], n° 56581/00, CEDH 2006-II  
*Barszcz c. Pologne*, n° 71152/01, 30 mai 2006  
*Sürmeli c. Allemagne* [GC], n° 75529/01, CEDH 2006-VII

**En l'affaire Apostol c. Géorgie,**

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

Jean-Paul Costa, *président*,

András Baka,

Mindia Ugrekhelidze,

Elisabet Fura-Sandström,

Danutė Jočienė,

Dragoljub Popović,

Ireneu Cabral Barreto, *juges*,

et de Stanley Naismith, *greffier adjoint de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 7 octobre 2006,

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

**PROCÉDURE**

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 40765/02) dirigée contre la Géorgie et dont un ressortissant de cet Etat, M. Leonid Tikhonovitch Apostol («le requérant»), a saisi la Cour le 25 octobre 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 a été autorisé à présenter lui-même sa cause devant la Cour, comme le permettent les articles 34 § 3 a) et 36 § 2 *in fine* du règlement. Le gouvernement géorgien («le Gouvernement») était représenté par son agent, M. S. Papuachvili, du ministère de la Justice.

3. Le 25 août 2005, la Cour a décidé de communiquer au Gouvernement le grief que le requérant tire de l'article 6 § 1 relativement à l'inexécution d'un jugement rendu le 21 novembre 2001. Le même jour, elle a résolu d'examiner conjointement la recevabilité et le fond de la requête, comme le permet l'article 29 § 3 du règlement.

4. Le Gouvernement a déposé des observations sur la recevabilité et le fond de l'affaire (article 54 A du règlement). Le requérant n'y a pas répliqué. Toutefois, le 4 janvier 2006, il a manifesté son intention de poursuivre la procédure devant la Cour.

5. Le 31 janvier 2006, la Cour a décidé d'examiner la requête en l'état.

**EN FAIT****I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE**

6. Le requérant est né en 1939 et réside à Batumi (Géorgie).

## A. La première procédure

7. Le 21 novembre 2001, le tribunal municipal de Batumi accueillit l'action civile exercée par le requérant contre un débiteur et condamna ce dernier à régler à l'intéressé une dette impayée d'un montant de 2 000 dollars américains (soit 1 595 euros (EUR)<sup>1</sup>). Il mit en outre à la charge du défendeur les frais et dépens, qui s'élevaient à 100 laris géorgiens (GEL), soit 43,75 EUR<sup>2</sup>. Ce jugement, dont il n'y eut point appel, acquit force de chose jugée.

8. Son débiteur ayant refusé de s'y conformer, le requérant demanda au ministère de la Justice de la République autonome d'Adjarie (« la RA d'Adjarie ») de diligenter une procédure d'exécution.

9. Par une lettre du ministère en date du 27 novembre 2002, l'intéressé fut informé qu'il devait « avancer les frais afférents aux mesures d'exécution », conformément à l'article 26 de la loi relative aux procédures d'exécution (« la loi »). Toutefois, ladite lettre ne précisait ni la nature ni le coût des mesures en question.

10. A l'époque pertinente, le requérant ne disposait que d'une pension mensuelle de 45 GEL (19 EUR<sup>3</sup>), qui ne lui permettait pas d'acquitter les frais exigés pour l'ouverture d'une procédure d'exécution. Plutôt que de s'engager dans cette voie, il invita en vain le ministère de l'Intérieur et le parquet de la RA d'Adjarie à poursuivre pénalement son débiteur, sur le fondement de l'article 381 du code pénal, et à procéder à l'exécution forcée du jugement rendu en sa faveur. Les autorités en question s'y refusèrent, arguant qu'il n'entraînait pas dans leur compétence de s'immiscer dans une procédure judiciaire.

11. Trois ans plus tard, le 20 janvier 2004, l'intéressé s'adressa au Conseil des ministres de la RA d'Adjarie – l'organe du pouvoir exécutif de cette république – pour lui indiquer que son impécuniosité l'empêchait d'avancer les frais exigés et lui assurer qu'il entendait régler la taxe d'exécution à réception du montant de la condamnation prononcée en sa faveur.

12. Dans sa réponse du 12 mars 2004, le ministre de la Justice de la RA d'Adjarie indiqua que l'adresse du débiteur du requérant était inconnue, rappela à ce dernier que le défaut de versement de l'avance des frais « faisait obstacle à l'exécution de la décision » rendue en sa faveur et qu'un huissier identifierait les biens du débiteur, procéderait à leur saisie et les mettrait aux enchères après que l'intéressé aurait acquitté l'avance en question. Se référant à l'article 113 § 1 de la loi, il ajouta que le requérant pourrait payer la taxe relative à la procédure d'exécution –

---

1. Au taux de change applicable le 29 juin 2006.

2. Idem.

3. Idem.



s'élevant à 7 % du montant de la condamnation litigieuse – lorsque celle-ci aurait abouti.

13. L'intéressé n'ayant pas fait l'avance exigée, le jugement du 21 novembre 2001 n'a pas encore reçu exécution.

## **B. La deuxième procédure**

14. Au décès de son frère, le requérant devait se voir attribuer par héritage un appartement occupé par des proches de sa belle-sœur. Avant de se prononcer sur les droits successoraux dont l'intéressé se prétendait titulaire, le tribunal compétent prit des mesures conservatoires, ordonnant à un huissier de placer l'appartement en question sous main de justice et de procéder à l'inventaire des meubles qui s'y trouvaient.

15. Reconnu comme héritier, le requérant diligenta une action civile contre les occupants de l'appartement, à qui il reprochait de s'être approprié un certain nombre de biens. Le 3 septembre 2002, après plusieurs ajournements, le tribunal municipal de Batumi fit partiellement droit aux demandes de l'intéressé en ordonnant aux défendeurs de lui restituer certains des biens revendiqués.

16. Il ressort du dossier de l'affaire que le requérant a reçu notification du jugement du 3 septembre 2002 le 24 septembre 2002 (date figurant sur un avis de réception rédigé en géorgien, langue inconnue de l'intéressé). Toutefois, le requérant indique avoir reçu le jugement en question le 3 octobre 2002, date inscrite sur un avis de réception rédigé en russe.

17. Le 28 octobre 2002, il interjeta appel dudit jugement. Le 3 décembre 2002, il s'acquitta des frais de justice, qui s'élevaient à 50 GEL (21,88 EUR<sup>1</sup>). Au vu de l'avis de réception daté du 24 septembre 2002, la cour d'appel compétente estima que l'appel était tardif et débouta le requérant le 15 novembre 2002. Les frais de justice que celui-ci avait payés lui furent remboursés à une date non précisée.

18. L'intéressé demanda en vain à plusieurs autorités judiciaires et administratives d'ordonner une expertise sur l'authenticité de l'avis de réception du 24 septembre 2002.

## **C. La troisième procédure**

19. Statuant le 8 juin 2001 sur une procédure de divorce, le tribunal municipal de Batumi jugea que l'appartement de deux pièces que l'intéressé et son épouse avaient occupé pendant leur mariage était un bien commun. Après le prononcé du divorce, il attribua à l'ex-épouse du

---

1. Au taux de change applicable au 29 juin 2006.

requérant l'une des pièces de l'appartement litigieux. L'intéressé interjeta appel de cette décision, alléguant notamment que l'affaire avait été jugée en son absence. Le 16 août 2001, la cour d'appel débouta le requérant de son recours, au motif que le représentant de celui-ci avait assisté à l'audience qui s'était tenue devant elle. Cet arrêt fut confirmé par la Cour suprême de Géorgie le 1<sup>er</sup> février 2002.

20. L'exécution du jugement du 8 juin 2001 donna lieu à l'expulsion de la tante du requérant de la pièce de l'appartement attribuée à l'ex-épouse de l'intéressé.

#### **D. La quatrième procédure**

21. Par une décision du 28 octobre 1998, le tribunal municipal de Batumi reconnut que le requérant avait été victime de répression politique et prononça sa réhabilitation. L'intéressé sollicita en vain auprès de différentes autorités administratives le bénéfice de prestations sociales auxquelles les ressortissants géorgiens réhabilités peuvent prétendre en vertu d'un décret présidentiel du 1<sup>er</sup> janvier 1998.

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

22. Les dispositions pertinentes de la Constitution géorgienne sont ainsi libellées :

#### **Article 42 § 1**

« Toute personne a le droit de saisir un tribunal en vue de la protection de ses droits et libertés. »

#### **Article 89 § 1 f)**

« La Cour constitutionnelle de Géorgie (...) examine les questions ayant trait à la constitutionnalité de textes normatifs portant sur les matières mentionnées au titre II de la présente Constitution dont elle est saisie par les citoyens. »

En son titre II, qui se compose des articles 12 à 47, la Constitution énumère les droits et libertés de l'homme qu'elle protège.

23. Dans leur version en vigueur à l'époque des faits, les dispositions pertinentes de la loi du 31 janvier 1996 relative à la Cour constitutionnelle étaient ainsi libellées :

#### **Article 1**

« La Cour constitutionnelle de Géorgie (ci-après « la Cour constitutionnelle ») est l'organe chargé du contrôle constitutionnel. Elle garantit la primauté de la Constitution de la Géorgie, la justice constitutionnelle et la protection des droits et libertés constitutionnels des individus. »

**Article 19 § 1 e)**

«La Cour constitutionnelle est compétente pour examiner et trancher (...), sur recours ou requête, les questions liées à la constitutionnalité d'actes juridiques au regard du titre II de la Constitution.»

**Article 20**

«La déclaration d'inconstitutionnalité d'une loi ou d'un acte juridique n'entraîne pas l'annulation des jugements et décisions précédemment rendus sur le fondement de la loi ou de l'acte en question. Elle a pour seul effet de suspendre l'exécution desdits jugements et décisions dans les conditions fixées par les lois de procédure.»

**Article 39 § 1 (tel qu'amendé le 12 février 2002)**

«Sont habilités à saisir la Cour constitutionnelle d'un recours mettant en cause la constitutionnalité d'un acte normatif ou de dispositions d'un tel acte (...)

a) Les ressortissants géorgiens, les personnes physiques résidant en Géorgie et les personnes morales de droit géorgien, lorsqu'ils estiment que l'un des droits et libertés dont ils sont titulaires en vertu du titre II de la Constitution est directement violé ou risque de l'être ;

b) Le défenseur du peuple, lorsqu'il estime que l'un des droits et libertés garantis par le titre II de la Constitution est violé.»

24. Dans leur version en vigueur à l'époque des faits, les dispositions pertinentes de la loi du 21 mars 1996 sur la procédure constitutionnelle étaient ainsi rédigées :

**Article 18 e)**

«Une requête ou un recours constitutionnel doit être déclaré irrecevable :

(...)

e) lorsque l'objet du litige ne relève pas des dispositions de la Constitution.»

25. Les dispositions pertinentes de la loi du 16 avril 1999 sur les procédures d'exécution applicables à l'époque des faits étaient ainsi libellées :

**Article 5 § 1 : Services de l'exécution**

«Les huissiers des services de l'exécution [du ministère de la Justice] veillent à l'exécution des décisions énumérées ci-dessous.»

**Article 10 § 1 : Frais d'exécution**

«Le montant des frais afférents à l'exécution d'une décision est déterminé par l'huissier concerné et pourra être révisé au cours de l'exécution.»

**Article 11 : Exécution par les huissiers des décisions exécutoires par provision**

«Les huissiers sont habilités à utiliser des fonds prélevés sur le budget de l'Etat (...) en vue de l'exécution des décisions exécutoires par provision énumérées à l'article 268 § 1 a) à d) du code de procédure civile (...)»

**Article 17 §§ 1 et 5: Droits et obligations des huissiers**

«Les commandements délivrés par les huissiers dans l'exercice de leurs fonctions s'imposent de la même manière à toutes les personnes physiques ou morales, quel que soit leur statut hiérarchique, juridique ou administratif.»

Les huissiers sont habilités à user de tous moyens de droit propres à assurer l'exécution prompte et efficace des décisions, à éclairer les parties sur leurs droits et obligations et à contribuer à la protection des droits et intérêts légitimes de celles-ci.»

**Article 26 (tel qu'amendé le 5 décembre 2000) : Ouverture d'une procédure d'exécution**

«Sur demande écrite d'un créancier, l'huissier compétent ouvre une procédure d'exécution à réception du titre exécutoire d'un jugement. Il peut refuser de procéder à l'exécution du jugement en cas de non-paiement par le créancier de l'avance des frais prévue par la présente loi.»

**Article 38 § 1: Frais à la charge du débiteur**

«Les frais d'exécution sont à la charge du débiteur. Leur recouvrement a lieu en même temps que celui de la dette.»

**Article 39 §§ 1 et 2: Frais afférents aux procédures d'exécution**

«Un appel de fonds peut être effectué pour couvrir :

- a) le paiement (...) des interventions nécessaires à l'ouverture des portes et entrepôts;
- b) les frais afférents au stockage des biens saisis;
- c) les frais exposés pour la notification d'actes publics;
- d) les frais afférents à la détention d'un débiteur;
- e) les frais d'enchère.

Le ministre de la Justice de Géorgie est habilité à compléter la liste des frais énumérés ci-dessus.»

26. Par un décret n° 100 § 1 pris le 25 novembre 1999, le ministre de la Justice étendit la liste des frais d'exécution figurant à l'article 39 § 1 de la loi aux dépenses afférentes a) aux services bancaires, b) à l'identification des biens des débiteurs, c) aux expertises, d) au transport de biens mobiliers et e) aux services téléphoniques et postaux.

**Article 113 § 1 (introduit le 5 décembre 2000) : Taxe d'exécution**

«Dans l'attente de la promulgation de la loi sur la taxe d'exécution, le recouvrement des condamnations judiciaires est assujéti à une taxe s'élevant à 7 % de leur montant. Le créancier est tenu au paiement de cette taxe après recouvrement du montant de sa créance (...)»

27. La loi sur la taxe d'exécution n'a pas encore été promulguée.

28. Les dispositions pertinentes du code pénal géorgien sont ainsi rédigées:

**Article 381**

« [Est sanctionné] le défaut d'exécution d'un jugement ou d'une autre décision de justice définitifs, de même que le fait, pour l'Etat, pour des agents du gouvernement ou des collectivités locales, ou pour des dirigeants d'une société ou autre organisation, de faire obstacle à leur exécution (...) »

29. L'article pertinent du code de procédure civile géorgien est ainsi rédigé :

**Article 268 § 1 a) à d) : Jugements exécutoires par provision**

« A la requête d'une partie, le tribunal peut ordonner l'exécution provisoire totale ou partielle :

- a) d'un jugement relatif à une créance alimentaire ;
- b) d'un jugement relatif à l'indemnisation d'un préjudice découlant d'une mutilation, d'une autre lésion corporelle ou du décès d'une personne en charge d'autrui ;
- c) d'un jugement relatif à l'indemnisation de la perte de revenus subie par un salarié sur une période n'excédant pas trois mois ;
- d) d'un jugement relatif à la réintégration d'un employé ayant fait l'objet d'un licenciement abusif.

### III. LES DOCUMENTS PERTINENTS DE LA COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT (« COMMISSION DE VENISE »)

30. Le 19 avril 1999, la Commission de Venise a rendu un avis sur un projet d'amendements à la loi sur la Cour constitutionnelle de Géorgie et à la loi sur la procédure constitutionnelle. On peut y lire :

*[Traduction du greffe]*

« Il faut admettre que les décisions de la Cour constitutionnelle se caractérisent par une certaine imprécision du point de vue de leur exécution. Pour remédier à cette difficulté, le législateur géorgien pourrait se référer à la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale allemande, dont l'article 35 énonce que « [l]a Cour constitutionnelle fédérale peut, dans sa décision, déterminer qui l'exécute ; elle peut aussi, dans des cas particuliers, déterminer le mode d'exécution. »

31. L'avis de la Commission de Venise sur les projets d'amendements constitutionnels relatifs à la réforme de l'ordre judiciaire géorgien (62<sup>e</sup> session, Venise, 11-12 mars 2005) contient le passage suivant :

« 22. L'actuel Article 89.1.f [de la Constitution] permet déjà un recours individuel à la Cour constitutionnelle par une requête constitutionnelle « non réelle » (terme utilisé dans la doctrine allemande) contre des dispositions légales. Saluons au passage le fait que le projet d'Article 89.1.f ne limite plus ce droit aux citoyens mais l'étend aux personnes en général.

23. De plus, le projet d'Article 89.1.f permettra à la Cour constitutionnelle d'examiner la «constitutionnalité des décisions des tribunaux relatives aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales énoncés au Titre II de la constitution à la demande d'un particulier ou du Défenseur du peuple de la Géorgie.» Ce projet ajoute ainsi la possibilité d'une requête constitutionnelle «réelle» contre des actes individuels – les décisions finales des tribunaux.

24. Cette disposition élargit fortement le domaine de compétences et les pouvoirs de la Cour constitutionnelle. La Cour constitutionnelle acquiert un pouvoir de révision des décisions des juridictions ordinaires quand elles concernent les droits de l'homme. Cette possibilité d'exercer un pouvoir de révision à la demande d'un particulier crée un puissant outil de mise en œuvre des droits de l'homme et des libertés fondamentales garanties par le Titre II.»

## EN DROIT

### I. SUR LES VIOLATIONS ALLÉGUÉES DE L'ARTICLE 6 § 1 DE LA CONVENTION

#### A. Sur la recevabilité

##### 1. La première procédure

32. En ce qui concerne la première procédure, le requérant se plaint du refus des autorités compétentes d'exécuter le jugement du 21 novembre 2001. Les dispositions pertinentes de l'article 6 § 1 sont ainsi libellées :

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

33. Le Gouvernement soutient que l'intéressé n'a pas épuisé les recours internes, au mépris de l'article 35 § 1 de la Convention. A cet égard, il fait valoir que l'article 42 § 1 de la Constitution garantit à tous les justiciables le droit à un procès équitable et en déduit que le requérant aurait dû saisir la Cour constitutionnelle sur le fondement de l'article 89 de la Constitution pour lui demander d'annuler l'article 26 de la loi litigieuse s'il estimait que l'obligation d'avancer les frais d'exécution préalablement à l'ouverture d'une procédure d'exécution portait atteinte à ce droit.

34. L'intéressé n'a pas répondu à l'exception soulevée par le Gouvernement (paragraphe 4 et 5 ci-dessus).

35. La Cour rappelle que, dans le cadre de l'article 35 de la Convention, un requérant doit se prévaloir des recours normalement disponibles et suffisants pour lui permettre d'obtenir réparation des violations qu'il allègue (*Barszcz c. Pologne*, n° 71152/01, § 41, 30 mai 2006).

Cependant, en matière d'épuisement des recours internes, la Convention prévoit une répartition de la charge de la preuve. Il incombe d'abord au Gouvernement excipant du non-épuisement de convaincre la Cour que le recours était effectif et disponible tant en théorie qu'en pratique à l'époque des faits, c'est-à-dire qu'il était accessible, était susceptible d'offrir au requérant le redressement de ses griefs et présentait des perspectives raisonnables de succès (voir, entre autres, *Sejdovic c. Italie* [GC], n° 56581/00, § 46, CEDH 2006-II, et *Vernillo c. France*, 20 février 1991, § 27, série A n° 198). Ce n'est qu'après que cette preuve a été rapportée qu'il appartient au requérant d'établir que certaines circonstances spéciales le dispensaient de cette obligation (*Merit c. Ukraine*, n° 66561/01, § 57, 30 mars 2004).

36. La règle de l'épuisement des voies de recours internes ne s'accommode pas d'une application automatique et ne revêt pas un caractère absolu; en en contrôlant le respect, il faut avoir égard aux circonstances de la cause (*Van Oosterwijck c. Belgique*, 6 novembre 1980, § 35, série A n° 40). Cela signifie notamment que la Cour doit tenir compte de manière réaliste non seulement des recours prévus en théorie dans le système juridique de la Partie contractante concernée, mais également du contexte juridique et politique dans lequel ils se situent ainsi que de la situation personnelle des requérants (*Akdivar et autres c. Turquie*, 16 septembre 1996, §§ 65-69, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-IV).

37. Le grief que le requérant formule en l'espèce est tiré du droit à l'exécution des décisions judiciaires obligatoires. Ce droit, qu'aucune des dispositions de la Convention n'énonce expressément, est considéré par la jurisprudence des organes de la Convention comme faisant partie intégrante du «procès» au sens de l'article 6 § 1 (*Hornsby c. Grèce*, 19 mars 1997, § 40, *Recueil* 1997-II).

38. La Cour constate que ni l'article 42 § 1 de la Constitution invoqué en défense par le Gouvernement ni aucune autre disposition de ce texte ne prévoient de garanties ne serait-ce qu'un tant soit peu comparables à celles découlant de la jurisprudence de la Cour contre l'inexécution de décisions. Si le libellé dudit article donne à penser qu'il consacre effectivement le droit d'accès à un tribunal, le Gouvernement n'a mentionné aucun arrêt ou décision de la Cour constitutionnelle déduisant de cette disposition des garanties contre l'inexécution semblables à celles qui se dégagent de la jurisprudence de la Cour.

39. La Cour relève qu'il ressort de l'article 89 § 1 f) de la Constitution et de l'article 19 § 1 e) de la loi sur la Cour constitutionnelle qu'un recours constitutionnel est incompatible *ratione materiae* avec les dispositions de la Constitution lorsqu'il n'est pas fondé sur un droit constitutionnel et que, en application de l'article 18 e) de la loi sur la procédure constitutionnelle,

il ne peut alors faire l'objet d'un examen au fond. Dans ces conditions, et compte tenu du fait que la Cour n'a pas pour tâche de se substituer à la Cour constitutionnelle dans l'interprétation de la Constitution, elle ne saurait conclure que le requérant aurait pu revendiquer avec succès devant la haute juridiction un droit constitutionnel à l'exécution des décisions judiciaires obligatoires, faute pour le Gouvernement d'avoir apporté la preuve d'une pratique juridictionnelle interne consacrant l'existence d'un tel droit.

40. La Cour relève en outre que l'article 89 § 1 f) de la Constitution autorise les individus à introduire devant la Cour constitutionnelle des recours constitutionnels dits «abstrait» (paragraphe 22, 23 et 31 ci-dessus). Concrètement, cela signifie que les justiciables peuvent contester la constitutionnalité d'une loi en vigueur sans être nécessairement affectés par sa mise en œuvre. En revanche, ils ne sont pas habilités à contester les décisions des autorités judiciaires ou des pouvoirs publics qui concernent directement leur situation personnelle.

41. Le recours constitutionnel évoqué ci-dessus est analogue à celui qui est mis en œuvre devant la Cour constitutionnelle de Hongrie, dont la Cour a estimé qu'il n'était pas effectif aux fins de l'article 35 de la Convention car la haute juridiction hongroise doit se borner à exercer un contrôle abstrait de la constitutionnalité des lois sans pouvoir annuler ou réformer les mesures individuelles prises par l'État envers les particuliers (*Vén c. Hongrie*, n° 21495/93, décision de la Commission du 30 juin 1993, non publiée).

42. La procédure constitutionnelle géorgienne se distingue aussi de celle qui est suivie, par exemple, en Allemagne, en Espagne ou en République tchèque. Il existe dans ces pays un recours constitutionnel «spécifique» qui permet à la juridiction constitutionnelle de remédier à des violations de droits et libertés commises par l'administration ou une autorité publique ou, lorsque la violation d'un droit garanti par la Constitution résulte d'une ingérence autre qu'une décision, d'interdire à l'autorité concernée de poursuivre la violation de ce droit et de lui ordonner de rétablir, si possible, le *statu quo ante* (*Hartman c. République tchèque*, n° 53341/99, § 49, CEDH 2003-VIII, et *Sürmeli c. Allemagne* [GC], n° 75529/01, § 62, CEDH 2006-VII). Ce recours offre en outre un remède aux violations trouvant leur origine immédiate et directe dans un acte ou omission d'un organe judiciaire, indépendamment des faits qui ont donné lieu à la procédure; l'annulation d'une loi inconstitutionnelle entraîne l'anéantissement de toutes les décisions définitives prises par les tribunaux ou les pouvoirs publics sur le fondement de celle-ci (*Riera Blume et autres c. Espagne* (déc.), n° 37680/97, CEDH 1999-II, et *Voggenreiter c. Allemagne*, n° 47169/99, § 23, CEDH 2004-I).



43. Au contraire, la Cour constitutionnelle géorgienne n'est pas habilitée à annuler les décisions individuelles prises par des autorités publiques ou des organes juridictionnels qui affectent directement les droits des justiciables (voir les documents de la Commission de Venise mentionnés aux paragraphes 30 et 31 ci-dessus). Selon l'article 20 de la loi sur la Cour constitutionnelle, une déclaration d'inconstitutionnalité touchant une loi ou un autre acte normatif ne peut entraîner l'annulation des décisions judiciaires déjà prononcées sur le fondement de la loi ou de l'acte en question. Une telle déclaration ne peut même pas conduire à l'arrêt d'une procédure d'exécution en rapport avec l'acte qu'elle vise mais seulement à la suspension de celle-ci.

44. La Cour a déjà eu l'occasion de souligner que, pour qu'un recours soit effectif, il doit répondre au grief en fournissant un redressement direct et rapide à la violation incriminée et non une simple protection indirecte des droits garantis par l'article 6 (*Merit*, précité, § 59, et *Deweer c. Belgique*, 27 février 1980, § 29, série A n° 35). En l'espèce, faute pour la Cour constitutionnelle d'être habilitée à ordonner aux autorités compétentes d'exécuter un jugement, on ne sait pas exactement si le succès d'un recours constitutionnel introduit par le requérant en vue de faire annuler l'article 26 de la loi sur les procédures d'exécution aurait offert un remède direct et rapide au problème de l'inexécution.

45. A cet égard, la Cour rappelle que la saisine des instances chargées du contrôle de constitutionnalité en Allemagne et en République tchèque, qui satisfait en règle générale aux exigences de l'article 35 § 1 de la Convention, a été considérée comme un recours non effectif dans des affaires de «durée de procédure» car, si ces instances peuvent constater une violation des dispositions constitutionnelles garantissant le droit à un procès équitable, elles n'ont pas compétence pour donner des indications précises sur la manière d'accélérer une procédure souffrant de retards ni, par ailleurs, la possibilité d'allouer des indemnités en réparation des dommages résultant de la durée excessive de la procédure (*Sürmeli*, précité, §§ 105 et 106, et *Hartman*, précité, §§ 67-83).

46. Au vu de ce qui précède, la Cour conclut que la procédure de recours constitutionnel individuel actuellement applicable en Géorgie ne saurait passer avec un degré suffisant de certitude pour un redressement approprié au grief tiré de l'inexécution d'un jugement faute de comporter de mécanisme effectif propre à remédier de manière directe et spécifique à des cas concrets de violations des droits de l'homme (voir, *a contrario*, *Sürmeli*, précité, § 103; voir aussi, *mutatis mutandis*, *Horvat c. Croatie*, n° 51585/99, § 44, CEDH 2001-VIII, et *Vodeničarov c. Slovaquie*, n° 24530/94, §§ 43 et 44, 21 décembre 2000).

47. Il s'ensuit que l'exception soulevée par le Gouvernement relativement à la première procédure doit être rejetée. Cette partie de la

requête ne se heurtant à aucun autre motif d'irrecevabilité, elle doit être déclarée recevable.

## 2. *Les deuxième et troisième procédures*

48. En ce qui concerne la deuxième procédure, le requérant se plaint de l'impossibilité de faire expertiser l'avis de réception daté du 24 septembre 2002. Faisant valoir que la cour d'appel a rendu son arrêt le 15 novembre 2002, c'est-à-dire avant le paiement des frais de justice effectué le 3 décembre 2002, il prétend que cet arrêt est un faux. Par ailleurs, il met en doute l'équité de la troisième procédure, soutenant que l'audience à laquelle son avocat a assisté s'est tenue en son absence.

49. La Cour observe que le dossier ne révèle aucune apparence de violation de l'article 6 § 1 en ce qui concerne les deuxième et troisième procédures, considérées dans leur ensemble (*Miaïlhe c. France* (n° 2), 26 septembre 1996, § 43, *Recueil* 1996-IV), et estime que les griefs formulés par l'intéressé sont manifestement mal fondés. Cette partie de la requête doit en conséquence être rejetée en application de l'article 35 §§ 3 et 4 de la Convention.

## **B. Sur le fond**

### 1. *Thèses des comparants*

50. Le Gouvernement soutient que les droits que le requérant tire de l'article 6 § 1 de la Convention n'ont pas été violés.

51. Il fait notamment valoir que, en application des articles 38 et 39 de la loi sur les procédures d'exécution et du décret n° 100 § 1 pris par le ministre de la Justice, la charge des frais afférents à certaines mesures d'exécution incombe au débiteur. Toutefois, le recouvrement des frais en question n'ayant lieu qu'au moment de l'exécution d'un jugement, il incomberait à l'intéressé, en vertu de l'article 26 de ladite loi, d'avancer «certains frais nécessaires à l'organisation technique» de la procédure d'exécution. En outre, les frais avancés par le requérant lui seraient intégralement remboursés après l'exécution du jugement. Enfin, le jugement litigieux ne pourrait être exécuté aux frais de l'Etat car il ne relèverait pas de la catégorie des décisions judiciaires énumérées à l'article 11 de la loi.

52. Par ailleurs, conformément à l'article 113 § 1 de la loi, l'intéressé devrait payer une taxe s'élevant à 7 % du montant de la condamnation au cas où le jugement litigieux recevrait exécution.

53. Le requérant n'a pas répliqué aux conclusions du Gouvernement (paragraphe 4 et 5 ci-dessus).

## 2. *Appréciation de la Cour*

54. La Cour rappelle que l'article 6 § 1 garantit à chacun le droit à ce qu'un tribunal connaisse de toute contestation relative à ses droits et obligations de caractère civil (*Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, §§ 28-36, série A n° 18). Le droit à un tribunal n'est pas seulement un droit théorique d'obtenir la reconnaissance de son droit par une décision définitive, mais il comprend encore l'espoir légitime que cette décision sera exécutée. La protection effective du justiciable et le rétablissement de la légalité impliquent l'obligation pour l'administration de se plier à un jugement ou arrêt obligatoire (*Hornsby*, précité, §§ 40 et suiv.).

55. Pour ce qui est de la présente affaire, la Cour considère que la question du remboursement éventuel de l'avance des frais après l'exécution du jugement litigieux n'a pas de rapport avec le grief formulé par l'intéressé sur le terrain de l'article 6 § 1 de la Convention. Le grief à examiner porte sur le fait que l'avance de frais exigée pour l'ouverture d'une procédure d'exécution a empêché le requérant de faire exécuter à son profit le jugement obligatoire rendu en sa faveur.

56. L'exécution d'un jugement faisant partie intégrante du procès (*Bourdov c. Russie*, n° 59498/00, § 34, CEDH 2002-III), la Cour considère que le droit de chacun à un tribunal – dont l'accès aux juridictions de première instance et d'appel pour les décisions relatives à ses «droits et obligations de caractère civil» constitue un aspect (*Kreuz c. Pologne (n° 1)*, n° 28249/95, §§ 53 et 54, CEDH 2001-VI) – protège aussi le droit d'accès à une procédure d'exécution (voir, *mutatis mutandis*, *Manoilescu et Dobrescu c. Roumanie et Russie* (déc.), n° 60861/00, CEDH 2005-VI), c'est-à-dire le droit d'engager une telle procédure.

57. A cet égard, il importe de souligner que le droit d'accès à un tribunal n'est pas absolu; il se prête à des limitations implicitement admises car il appelle de par sa nature même une réglementation par l'Etat. Cependant, la Cour doit se convaincre que les limitations appliquées ne restreignent pas l'accès ouvert à l'individu d'une manière ou à un point tels que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même. En outre, pareilles limitations ne se concilient avec l'article 6 § 1 que si elles tendent à un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé (*Waite et Kennedy c. Allemagne* [GC], n° 26083/94, § 59, CEDH 1999-I).

58. La Cour relève que, en se prévalant de l'article 26 de la loi sur les procédures d'exécution, les autorités compétentes ont imposé au requérant une restriction financière consistant en une obligation d'acquitter une «avance de frais». Cette «avance de frais», qui limite l'accès aux procédures d'exécution, s'apparente à la règle subordonnant l'accès aux juridictions civiles au paiement de frais de procédure.

59. A cet égard, la Cour réitère que le montant des frais réclamés, apprécié à la lumière des circonstances particulières d'une affaire donnée, y compris la solvabilité du requérant et la phase de la procédure à laquelle la restriction en question est imposée, sont des facteurs à prendre en compte pour déterminer si l'intéressé a bénéficié de son droit d'accès à un tribunal (*Kreuz*, précité, § 60).

60. En l'espèce, la restriction financière litigieuse n'a pas été imposée au requérant en première instance ou en appel, raison pour laquelle on ne saurait considérer qu'elle avait un rapport avec le bien-fondé des prétentions de l'intéressé ou leurs perspectives de succès, considérations de nature à justifier des restrictions au droit d'accès à un tribunal (voir, *a contrario*, *Tolstoy Miloslavsky c. Royaume-Uni*, 13 juillet 1995, §§ 61 et suiv., série A n° 316-B). Au vu du jugement définitif et obligatoire rendu en faveur du requérant, on doit au contraire conclure que l'action exercée par lui était bien fondée. L'obligation mise à la charge de l'intéressé d'avancer les frais afférents à l'exécution du jugement litigieux constitue donc une restriction de nature purement financière. Dès lors, elle doit faire l'objet d'un examen particulièrement rigoureux du point de vue des intérêts de la justice (*Podbielski et PPU Polpure c. Pologne*, n° 39199/98, § 65, 26 juillet 2005).

61. La Cour observe que le Gouvernement n'a pas expliqué quel était le but de l'obligation imposée au requérant d'acquitter des frais en vue de l'exécution du jugement litigieux. Il s'est borné à indiquer que le jugement en question n'était pas de ceux dont l'Etat doit assumer les frais d'exécution et qu'il appartenait à l'intéressé de pourvoir au financement des mesures nécessaires à son exécution s'il souhaitait recouvrer le montant de la condamnation prononcée en sa faveur (paragraphe 51 ci-dessus).

62. La Cour relève que, contrairement à ce qu'affirme le Gouvernement, ni l'article 26 *in fine* ni aucune autre disposition de la loi sur les procédures d'exécution ne précise quelle est la fraction des frais d'exécution mise à la charge des créanciers et n'indique quelles mesures elle couvre. Il ne ressort pas non plus de la loi en question que les frais avancés par les créanciers doivent leur être intégralement remboursés au terme de la procédure d'exécution. Les lettres adressées au requérant par les autorités responsables de l'exécution ne comportent pas d'informations complémentaires à cet égard: la somme due par l'intéressé et les mesures auxquelles elle se rapporte n'y sont pas mentionnées. Les autorités se sont contentées d'indiquer qu'un huissier identifierait les biens du débiteur, les saisirait et les mettrait aux enchères après que l'intéressé aurait fait l'avance des frais litigieux (paragraphe 9 et 12 ci-dessus). Les allégations d'impécuniosité formulées par ce dernier sont restées sans réponse.

63. Même à supposer qu'il soit justifié de faire supporter aux créanciers une partie des frais d'exécution, la Cour relève que

l'article 113 § 1 de la loi sur les procédures d'exécution leur impose de surcroît d'acquitter une taxe s'élevant à 7 % des sommes recouvrées au titre des condamnations prononcées en leur faveur. Il convient de souligner que le requérant, qui ne pouvait acquitter l'avance de frais litigieuse en raison de son impécuniosité, était disposé à payer ladite taxe après l'exécution du jugement (paragraphe 11 ci-dessus).

64. La Cour rappelle que l'exécution de l'obligation des autorités d'assurer un droit effectif d'accès à un tribunal ne signifie pas simplement l'absence d'ingérence mais peut appeler diverses formes de mesures positives de l'Etat (*Kreuz*, précité, § 59). Elle considère que, en transférant sur l'intéressé la responsabilité de la charge financière de l'organisation de la procédure d'exécution, l'Etat a tenté de se soustraire à son obligation positive d'organiser un système d'exécution des jugements qui soit effectif en droit comme en pratique (*Fouklev c. Ukraine*, n° 71186/01, § 84, 7 juin 2005).

65. Il ressort de ce qui précède que l'attitude des autorités consistant à faire assumer au requérant la responsabilité de l'ouverture d'une procédure d'exécution en le contraignant à avancer les frais litigieux sans tenir compte de son impécuniosité a imposé à l'intéressé une charge excessive et restreint son droit d'accès à un tribunal au point que celui-ci s'en est trouvé atteint dans sa substance même.

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

## II. SUR LES AUTRES VIOLATIONS ALLÉGUÉES DE LA CONVENTION

67. Invoquant les articles 1, 13, 14 et 17 de la Convention, le requérant allègue que, au cours de la deuxième procédure, l'huissier a dressé l'inventaire des biens de son foyer en son absence. Il dit en outre avoir été contraint de payer une taxe à l'Etat malgré son impécuniosité. S'appuyant sur les mêmes dispositions, il conteste l'expulsion de sa tante dans le cadre de la troisième procédure et se plaint, au sujet de la quatrième procédure, de ne pas avoir bénéficié des prestations sociales auxquelles il avait droit.

68. La Cour relève que les griefs formulés par l'intéressé sur le terrain de l'article 6 § 1 en ce qui concerne les deuxième et troisième procédures ont été déclarés irrecevables (paragraphe 49 ci-dessus). Ayant dûment tenu compte des circonstances pertinentes de la cause, la Cour estime qu'aucune question distincte ne se pose sous l'angle des articles 1, 13, 14 et 17 en ce qui concerne la quatrième procédure. Il s'ensuit que cette partie de la requête est manifestement mal fondée et qu'elle doit être rejetée, conformément à l'article 35 §§ 3 et 4 de la Convention.

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

#### 69. 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.»

70. Le requérant n'a formulé aucune prétention au titre de la satisfaction équitable. En conséquence, il n'y a pas lieu pour la Cour d'allouer à l'intéressé une somme à ce titre (*Fadıl Yılmaz c. Turquie*, n° 28171/02, § 26, 21 juillet 2005).

71. Toutefois, il convient d'observer qu'un arrêt constatant une violation de la Convention ou de ses Protocoles entraîne pour l'Etat défendeur l'obligation juridique non seulement de verser aux intéressés les sommes allouées à titre de satisfaction équitable, mais aussi à choisir, sous le contrôle du Comité des Ministres, les mesures générales et/ou, le cas échéant, individuelles à adopter dans son ordre juridique interne afin de mettre un terme à la violation constatée par la Cour. L'Etat défendeur est tenu d'effacer dans la mesure du possible les conséquences de la violation de manière à rétablir autant que faire se peut la situation antérieure à celle-ci. En outre, il résulte de la Convention, et notamment de son article 1, qu'en ratifiant la Convention les Etats contractants s'engagent à faire en sorte que leur droit interne soit compatible avec celle-ci. Par conséquent, il appartient à l'Etat défendeur d'éliminer, dans son ordre juridique interne, tout obstacle éventuel à un redressement adéquat de la situation du requérant (*Assanidzé c. Géorgie* [GC], n° 71503/01, § 198, CEDH 2004-II, et *Maestri c. Italie* [GC], n° 39748/98, § 47, CEDH 2004-I).

72. Eu égard à la conclusion à laquelle elle est parvenue dans la présente affaire, et sans préjudice des autres mesures envisageables en vue de l'amélioration du régime actuel d'exécution des jugements (voir, *mutatis mutandis*, *Papamichalopoulos et autres c. Grèce* (article 50), 31 octobre 1995, § 34, série A n° 330-B), la Cour considère que le redressement le plus adéquat consisterait à mettre un terme à la situation de non-exécution critiquée (voir, entre autres, *Plotnikovy c. Russie*, n° 43883/02, § 33, 24 février 2005).

73. Il s'ensuit que l'Etat défendeur doit assurer l'exécution du jugement du 21 novembre 2001 par des moyens appropriés.

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

1. *Déclare* recevable le grief du requérant tiré de l'inexécution du jugement du 21 novembre 2001, et irrecevable le surplus de la requête ;

2. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention;
3. *Dit* que l'Etat défendeur doit, dans les trois mois à compter du jour où l'arrêt sera devenu définitif conformément à l'article 44 § 2 de la Convention, assurer l'exécution du jugement du 21 novembre 2001 par des moyens appropriés.

Fait en anglais, puis communiqué par écrit le 28 novembre 2006, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Stanley Naismith  
Greffier adjoint

Jean-Paul Costa  
Président





OYA ATAMAN c. TURQUIE  
(*Requête n° 74552/01*)

DEUXIÈME SECTION

ARRÊT DU 5 DÉCEMBRE 2006<sup>1</sup>

---

1. Texte français original.



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Dispersion musclée par la police d'une manifestation non violente tenue à une heure de pointe sans la notification préalable obligatoire****Article 11**

*Liberté de réunion pacifique – Dispersion musclée par la police d'une manifestation non violente tenue à une heure de pointe sans la notification préalable obligatoire – Nécessaire dans une société démocratique – Défense de l'ordre – Protection des droits et libertés d'autrui – Proportionnalité – Importance de mesures de sécurité préventives – Nombre réduit de manifestants – Irrégularité d'une manifestation ne justifiant pas en soi une atteinte à la liberté de réunion – Tolérance pour les rassemblements pacifiques exigée de la part des pouvoirs publics*

\*

\* \*

La requérante, membre de l'Association des droits de l'homme d'Istanbul, organisa une manifestation dans un parc. La police somma les manifestants, qui brandissaient des pancartes, de se disperser, au motif que faute de préavis aux autorités la manifestation était irrégulière, et qu'à cette heure de pointe elle causait un trouble à l'ordre public. Les manifestants refusèrent d'obtempérer et tentèrent de forcer le passage. La police eut recours à un gaz lacrymogène pour les disperser.

Article 11 : l'ingérence dans le droit de réunion de la requérante était prévue par la loi et avait pour buts légitimes la défense de l'ordre et la protection des droits d'autrui, tel le droit de circuler en public sans contrainte. Faute de préavis de soixante-douze heures comme exigé par le droit interne, la manifestation était irrégulière. Il va sans dire que toute manifestation dans un lieu public est susceptible de causer un certain désordre pour le déroulement de la vie quotidienne et de susciter des réactions hostiles ; cela étant, il est important que les associations et autres organisateurs de manifestations se conforment aux règles du jeu démocratique, dont ils sont les acteurs, en respectant les réglementations en vigueur. En l'espèce, le respect de l'obligation de préavis aurait permis aux autorités de prendre les mesures nécessaires pour réduire les perturbations de circulation que la manifestation pouvait causer à une heure de pointe. Pour la Cour, il est important que des mesures de sécurité préventives, telles que la mise en place de secours d'urgence sur les lieux des réunions ou manifestations, soient prises afin de garantir le bon déroulement des événements de ce type, qu'ils soient de nature politique, culturelle, ou autre. Toutefois, le seul caractère irrégulier d'une situation ne justifie pas en soi une atteinte à la liberté de réunion. Le groupe de manifestants – une cinquantaine de personnes qui

---

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

souhaitaient alerter l'opinion publique sur une question d'actualité – ne présentait pas de danger pour l'ordre public, mis à part d'éventuelles perturbations de la circulation. Le rassemblement a commencé aux alentours de midi et s'est terminé avec l'intervention policière dans la demi-heure qui a suivi. La Cour est frappée par l'impatience des autorités de mettre fin à cette manifestation qui était organisée sous l'égide de l'Association des droits de l'homme. Or, en l'absence d'actes de violence de la part des manifestants, il est important que les pouvoirs publics fassent preuve d'une certaine tolérance pour les rassemblements pacifiques. L'intervention musclée de la police était disproportionnée et ne constituait pas une mesure nécessaire à la défense de l'ordre public.

*Conclusion* : violation (unanimité).

Article 41 : le constat de violation fournit en soi une satisfaction équitable suffisante pour le préjudice moral.

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

*Plattform «Ärzte für das Leben» c. Autriche*, 21 juin 1988, série A n° 139

*Klaas c. Allemagne*, 22 septembre 1993, série A n° 269

*Piermont c. France*, 27 avril 1995, série A n° 314

*Chahal c. Royaume-Uni*, 15 novembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-V

*Raninen c. Finlande*, 16 décembre 1997, *Recueil* 1997-VIII

*Assenov et autres c. Bulgarie*, 28 octobre 1998, *Recueil* 1998-VIII

*Selmouni c. France* [GC], n° 25803/94, CEDH 1999-V

*V. c. Royaume-Uni* [GC], n° 24888/94, CEDH 1999-IX

*Labita c. Italie* [GC], n° 26772/95, CEDH 2000-IV

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

*Cisse c. France*, n° 51346/99, CEDH 2002-III

*Djavit An c. Turquie*, n° 20652/92, CEDH 2003-III

*Kılıçgedik c. Turquie* (déc.), n° 55982/00, 1<sup>er</sup> juin 2004

**En l'affaire Oya Ataman c. Turquie,**

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

Jean-Paul Costa, *président*,  
András Baka,  
Rıza Türmen,  
Mindia Ugrekhelidze,  
Elisabet Fura-Sandström,  
Danutė Jočienė,  
Dragoljub Popović, *juges*,

et de Stanley Naismith, *greffier adjoint de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 14 novembre 2006,  
Rend l'arrêt que voici, adopté à cette date :

**PROCÉDURE**

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 74552/01) dirigée contre la République de Turquie et dont une ressortissante de cet Etat, M<sup>me</sup> Oya Ataman («la requérante»), a saisi la Cour le 15 mars 2001 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales («la Convention»).

2. La requérante est représentée par M<sup>c</sup> G. an, avocat à Istanbul. Le gouvernement turc («le Gouvernement») n'a pas désigné d'agent aux fins de la procédure devant la Cour.

3. Le 8 mars 2005, la Cour a déclaré la requête partiellement irrecevable et a décidé de communiquer les griefs tirés des articles 3 et 11 de la Convention au Gouvernement. Comme le lui permettait l'article 29 § 3, elle a décidé que seraient examinés en même temps la recevabilité et le fond de l'affaire.

**EN FAIT****I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE**

4. La requérante est née en 1970 et réside à Istanbul.

5. Avocate et membre du conseil d'administration de l'Association des droits de l'homme d'Istanbul, elle organisa le 22 avril 2000 une manifestation dans le square du parc Sultanahmet à Istanbul, sous la forme d'un défilé censé être suivi d'une déclaration à la presse, afin de protester contre le projet de création de prisons de type F.

6. Vers midi, un groupe de quarante à cinquante personnes brandissant des pancartes et des banderoles se rassembla sur la place sous la direction de la requérante et d'Eren Keskin, avocate et présidente

de l'Association des droits de l'homme d'Istanbul. La police somma les manifestants de se disperser en les informant, au moyen d'un haut-parleur, du caractère irrégulier de leur manifestation, qui n'avait pas été déclarée, et des troubles que ce rassemblement causait selon elle à l'ordre public à une heure de forte affluence.

7. Les manifestants refusèrent d'obtempérer et tentèrent de poursuivre leur marche contre les forces de l'ordre, lesquelles, au moyen d'un gaz lacrymogène que l'on nomme « spray au poivre », les dispersèrent. La police interpella trente-neuf manifestants, dont la requérante, et les conduisit au commissariat.

8. Après vérification de son identité et au vu de sa profession, la requérante fut relâchée à 12 h 45.

9. Le 26 avril 2000, elle porta plainte auprès du parquet de Beyoğlu contre le directeur général de la sécurité d'Istanbul et les policiers pour mauvais traitements (utilisation du « spray au poivre »), pour arrestation illégale et pour avoir été empêchée de faire la déclaration publique prévue à la fin de la manifestation.

10. Le 29 juin 2000, le parquet rendit une décision de non-lieu en raison de l'absence d'éléments répréhensibles.

11. Le 25 juillet 2000, la requérante contesta cette décision devant la cour d'assises de Beyoğlu.

12. Le 25 septembre 2000, la cour d'assises confirma la décision de non-lieu.

## II. LE DROIT ET LA PRATIQUE PERTINENTS

### A. La législation interne relative à la liberté de réunion

#### 1. *Les garanties constitutionnelles*

13. L'article 34 de la Constitution dispose :

« Chacun a le droit d'organiser des réunions et des manifestations pacifiques et non armées sans autorisation préalable.

(...)

Les formes, les conditions et la procédure applicables à l'occasion de l'exercice du droit d'organiser des réunions et des manifestations sont déterminées par la loi. »

#### 2. *La loi relative aux manifestations*

14. L'article 10 de la loi n° 2911 relative aux réunions et défilés de manifestation était ainsi libellé à l'époque des faits :

«Pour qu'une réunion puisse se tenir, la préfecture ou la sous-préfecture du lieu de la manifestation doit être informée pendant ses heures d'ouverture, et au moins soixante-douze heures avant le début de la réunion, par un préavis portant la signature de tous les membres du conseil d'organisation (...)»

15. L'article 22 de la même loi interdit les manifestations et défilés sur les voies publiques, dans les parcs, les lieux de culte et les bâtiments abritant des services publics. Les manifestations organisées sur les places publiques doivent respecter les consignes de sécurité et n'empêcher la circulation ni des individus ni des transports publics. Enfin, l'article 24 prévoit que les manifestations et défilés contraires aux dispositions qui précèdent seront dispersés par la force sur ordre de la préfecture et après sommation adressée aux manifestants.

## **B. L'avis de la Commission de Venise**

16. Lors de sa 64<sup>e</sup> session plénière (21-22 octobre 2005), la Commission européenne pour la démocratie par le droit (la Commission de Venise) a adopté un avis interprétant les lignes directrices de l'OSCE/BIDDH sur la rédaction des lois relatives à la liberté de réunion concernant la réglementation des réunions publiques. Pour ce qui est de la déclaration préalable des manifestations dans les lieux publics, elle a précisé sa position en ces termes :

«29. La mise en place d'un régime de préavis des réunions pacifiques n'équivaut pas nécessairement à une violation du droit. En fait, ces régimes existent dans plusieurs pays européens. Un préavis est d'ordinaire nécessaire pour certains rassemblements ou réunions, par exemple lorsqu'un défilé doit avoir lieu sur une route ou qu'une réunion fixe est prévue dans un square public, qui doivent être autorisés par la police ou d'autres autorités, lesquelles ne doivent pas se servir de leurs prérogatives (par exemple celle de réglementer la circulation) pour faire obstacle à la manifestation.»

La Commission de Venise a toutefois clairement souligné que le système de préavis ne doit en aucun cas aboutir à restreindre indirectement le droit de réunion pacifique, en fixant, par exemple, des conditions excessivement précises et compliquées ou en imposant une procédure trop coûteuse (paragraphe 30 de l'avis).

## **C. La réglementation internationale relative aux armes chimiques**

17. Selon l'article I, § 5, de la Convention du 13 janvier 1993 sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction («la CAC»), chaque Etat partie s'engage à ne pas employer d'agents de lutte antiémeute en tant que moyens de guerre. Le gaz lacrymogène ou ce

que l'on nomme le «spray au poivre» ne sont pas considérés comme des armes chimiques (la CAC contient en annexe un tableau nominatif des produits chimiques interdits). L'utilisation de ce type de substances est autorisée à des fins de maintien de l'ordre public, y compris de lutte antiémeute sur le plan intérieur (article II, § 9, d). La CAC ne précise pas non plus quels organes de l'Etat sont responsables du maintien de l'ordre public. Cette question reste du ressort de la souveraineté de l'Etat concerné.

La CAC est entrée en vigueur en Turquie le 11 juin 1997.

18. Il est connu que l'utilisation du «spray au poivre» peut causer des désagréments, tels que problèmes respiratoires, nausées, vomissements, irritation des voies respiratoires, irritation des voies lacrymales et des yeux, spasmes, douleurs thoraciques, dermatites ou allergies. A forte dose, ce produit peut entraîner une nécrose des tissus dans les voies respiratoires ou dans l'appareil digestif, des œdèmes pulmonaires ou des hémorragies internes (hémorragies des glandes surrénales).

## EN DROIT

### I. SUR LA RECEVABILITÉ

19. La Cour estime, à la lumière de l'ensemble des arguments des parties, que la partie de la requête non déclarée irrecevable le 8 mars 2005 soulève de sérieuses questions de fait et de droit nécessitant un examen au fond; il s'ensuit qu'elle ne saurait être déclarée manifestement mal fondée, au sens de l'article 35 § 3 de la Convention. Ne relevant aucun autre motif d'irrecevabilité, la Cour la déclare donc recevable.

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

20. La requérante se plaint de l'utilisation par la police pour disperser le groupe de manifestants dont elle faisait partie d'un gaz lacrymogène appelé «spray au poivre», connu pour provoquer des désagréments physiques, tels que larmes et difficultés respiratoires. Elle invoque l'article 3 de la Convention, ainsi libellé :

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

21. Le Gouvernement fait observer que le gaz utilisé pour disperser les manifestants est conforme aux exigences de santé et aux conventions internationales. Il explique qu'il s'agit de l'Oléorésine Capsicum (OC),



substance connue sous le nom de «gaz au poivre», et soumet un rapport d'expertise concernant ce produit. Par ailleurs, il fait remarquer que la requérante n'a soumis aucun rapport médical afin de démontrer les éventuelles séquelles causées par le gaz.

22. La requérante conteste la thèse du Gouvernement.

23. La Cour rappelle que, selon sa jurisprudence, pour tomber sous le coup de l'article 3 de la Convention, un mauvais traitement doit atteindre un minimum de gravité. Un traitement est «inhumain» au sens de l'article 3 s'il a, par exemple, été appliqué avec préméditation pendant une longue durée, et s'il a causé soit des lésions corporelles, soit de vives souffrances physiques ou mentales. En outre, pour déterminer si un traitement est «dégradant» au sens de l'article 3, la Cour recherche si le but était d'humilier et de rabaisser l'intéressé et si, considérée dans ses effets, la mesure a ou non atteint la personnalité de celui-ci d'une manière incompatible avec l'article 3 (voir, entre autres, *Kudla c. Pologne* [GC], n° 30210/96, § 92, CEDH 2000-XI).

24. La Cour examinera les faits de l'espèce à la lumière de sa jurisprudence bien établie (voir, entre autres, *Assenov et autres c. Bulgarie*, 28 octobre 1998, § 93, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-VIII; *Selmouni c. France* [GC], n° 25803/94, § 95, CEDH 1999-V; *Raninen c. Finlande*, 16 décembre 1997, § 55, *Recueil* 1997-VIII; *V. c. Royaume-Uni* [GC], n° 24888/94, § 71, CEDH 1999-IX; *Chahal c. Royaume-Uni*, 15 novembre 1996, § 79, *Recueil* 1996-V; *Klaas c. Allemagne*, 22 septembre 1993, § 30, série A n° 269, et *Labita c. Italie* [GC], n° 26772/95, § 120, CEDH 2000-IV).

25. En ce qui concerne tout d'abord la question de l'utilisation du «spray au poivre», la Cour observe que ce gaz, utilisé dans des Etats membres du Conseil de l'Europe pour contenir les manifestations, voire les disperser en cas de risque de débordement, ne figure pas parmi les gaz toxiques énumérés en annexe de la CAC. Cela étant, elle note que son utilisation peut causer des désagréments, tels que problèmes respiratoires, nausées, vomissements, irritation des voies respiratoires, irritation des voies lacrymales et des yeux, spasmes, douleurs thoraciques, dermatites ou allergies (paragraphe 18 ci-dessus).

26. Elle constate toutefois que la requérante n'a produit aucun rapport médical attestant les effets néfastes qu'elle dit avoir subis après avoir été exposée au gaz. L'intéressée, qui a été relâchée peu après son arrestation, n'a pas cherché non plus à se faire examiner par un médecin (*Kılıçgedik c. Turquie* (déc.), n° 55982/00, 1<sup>er</sup> juin 2004). Bref, il n'existe aucun élément ou commencement de preuve à l'appui de ses allégations de traitements contraires à l'article 3 de la Convention.

27. La Cour conclut dès lors à l'absence de violation de l'article 3 de la Convention.

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

28. La requérante se plaint d'une atteinte à ses droits à la liberté d'expression et à la liberté d'association, dans la mesure où la manifestation et la lecture d'une déclaration à l'intention de la presse prévue en clôture ont été empêchées par la police.

La Cour rappelle que, dans sa décision partielle sur la recevabilité de la requête, elle a prévu d'examiner ces griefs sous l'angle de l'article 11 de la Convention, ainsi libellé dans sa partie pertinente :

«1. Toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association, (...)

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 défense de l'ordre (...) ou à la protection des droits et libertés d'autrui. (...)»

29. Le Gouvernement fait savoir que la réunion en question était illégale dès lors qu'elle n'avait pas été préalablement déclarée aux autorités compétentes. Il rappelle que le deuxième paragraphe de l'article 11 apporte des limites au droit de réunion pacifique afin de protéger l'ordre public.

30. A titre liminaire, la Cour relève qu'il n'y a pas de contestation sur l'existence d'une ingérence dans l'exercice par la requérante de son droit de réunion. Cette ingérence avait une base légale, à savoir l'article 22 de la loi n° 2911 relative aux réunions et défilés de manifestation, et était ainsi «prévues par la loi» au sens de l'article 11 § 2 de la Convention. Reste la question de savoir si l'ingérence poursuivait un but légitime et était nécessaire dans une société démocratique.

#### *1. But légitime*

31. Le Gouvernement soutient que l'ingérence poursuivait des buts légitimes, notamment la défense de l'ordre et la protection des droits d'autrui.

32. La Cour juge pouvoir admettre que la mesure litigieuse visait au moins deux des buts reconnus comme légitimes par le paragraphe 2 de l'article 11, à savoir la défense de l'ordre et la protection des droits d'autrui, en l'occurrence du droit de circuler en public sans contrainte.

#### *2. Nécessaire dans une société démocratique*

33. D'après le Gouvernement, la requérante a participé à une manifestation sur une place publique tenue sans déclaration préalable, en violation de la législation interne concernée. Il note par ailleurs que la requérante, avec d'autres manifestants, a refusé de se conformer à l'ordre

de dispersion. Dans ces conditions, et compte tenu de la marge d'appréciation reconnue aux Etats en la matière, le Gouvernement estime que les risques de perturbation de la population qui se trouvait dans le parc à une heure de pointe et la résistance des manifestants justifiaient la dispersion du rassemblement en cause. Pour lui, l'intervention des policiers était une mesure nécessaire au sens du deuxième paragraphe de l'article 11 de la Convention.

34. Selon la requérante, l'invocation de perturbations à l'ordre public n'est qu'un prétexte censé justifier après coup l'intervention de la police avant la lecture de la déclaration publique.

35. La Cour se réfère d'abord aux principes fondamentaux qui se dégagent de sa jurisprudence relative à l'article 11 (*Djavit An c. Turquie*, n° 20652/92, §§ 56-57, CEDH 2003-III; *Piermont c. France*, 27 avril 1995, §§ 76-77, série A n° 314, et *Plattform «Ärzte für das Leben» c. Autriche*, 21 juin 1988, § 32, série A n° 139). Il ressort de cette jurisprudence que les autorités ont le devoir de prendre les mesures nécessaires pour toute manifestation légale afin de garantir le bon déroulement de celle-ci et la sécurité de tous les citoyens.

36. La Cour rappelle que les Etats doivent non seulement protéger le droit de réunion pacifique mais également s'abstenir d'apporter des restrictions indirectes abusives à ce droit (*Djavit An*, précité, § 57). Par ailleurs, si l'article 11 tend pour l'essentiel à prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics dans l'exercice de ses droits protégés, il peut engendrer de surcroît des obligations positives afin d'assurer la jouissance effective de ces droits (*ibidem*).

37. La Cour rappelle encore que ces principes sont également applicables aux manifestations et défilés organisés dans les lieux publics (*Djavit An*, précité, § 56). Toutefois, elle observe qu'il n'est pas contraire à l'esprit de l'article 11 que pour des raisons d'ordre public et de sécurité nationale une Haute Partie contractante puisse soumettre à autorisation préalable la tenue de réunions et réglementer les activités des associations (*Djavit An*, précité, §§ 66-67).

38. Eu égard aux dispositions internes, la Cour observe qu'aucune autorisation n'est requise pour la tenue de manifestations publiques; à l'époque des faits, un préavis de soixante-douze heures était toutefois exigé. En principe, les réglementations de ce type doivent être conçues de manière à ne pas constituer une entrave dissimulée à la liberté de réunion pacifique telle qu'elle est protégée par la Convention. Il va sans dire que toute manifestation dans un lieu public est susceptible de causer un certain désordre pour le déroulement de la vie quotidienne et de susciter des réactions hostiles; cela étant, il est important que les associations et autres organisateurs de manifestations se conforment aux règles du jeu démocratique, dont ils sont les acteurs, en respectant les réglementations en vigueur.

39. La Cour estime que, faute de préavis, la manifestation était irrégulière, ce qu'au demeurant la requérante ne conteste pas. Elle rappelle toutefois qu'une situation irrégulière ne justifie pas en soi une atteinte à la liberté de réunion (*Cisse c. France*, n° 51346/99, § 50, CEDH 2002-III). Cela étant, elle considère qu'en l'espèce le respect de la condition de préavis aurait permis aux autorités de prendre les mesures nécessaires pour réduire les perturbations de circulation que la manifestation pouvait causer à une heure de pointe. Pour la Cour, il est important que des mesures de sécurité préventives, telles que l'envoi de secours d'urgence sur les lieux des réunions ou manifestations, soient prises afin de garantir le bon déroulement des événements de ce type, qu'ils soient de nature politique, culturelle, ou autre.

40. Il ressort des éléments du dossier que les manifestants ont été informés plusieurs fois du caractère irrégulier du défilé et des troubles qu'il causait à l'ordre public à une heure de pointe, et qu'il leur a été enjoint de se disperser. La requérante, comme d'autres manifestants, a refusé de se conformer aux sommations des forces de l'ordre et a tenté de forcer le passage.

41. Toutefois, aucun élément du dossier ne permet d'affirmer que le groupe de manifestants présentait un danger pour l'ordre public, mis à part d'éventuelles perturbations de la circulation. Il s'agissait, tout au plus, d'une cinquantaine de personnes qui souhaitaient attirer l'opinion publique sur une question d'actualité. La Cour observe que le rassemblement a commencé aux alentours de midi et s'est terminé avec l'arrestation du groupe dans la demi-heure qui a suivi. Elle est frappée, en particulier, par l'impatience des autorités de mettre fin à cette manifestation, qui était organisée sous l'égide de l'Association des droits de l'homme.

42. Pour la Cour, en l'absence d'actes de violence de la part des manifestants, il est important que les pouvoirs publics fassent preuve d'une certaine tolérance pour les rassemblements pacifiques, afin que la liberté de réunion telle qu'elle est garantie par l'article 11 de la Convention ne soit pas dépourvue de tout contenu.

43. En conséquence, la Cour estime qu'en l'espèce l'intervention musclée de la police était disproportionnée et ne constituait pas une mesure nécessaire à la défense de l'ordre public, au sens du deuxième paragraphe de l'article 11 de la Convention.

44. Partant, il y a eu violation de cette disposition.

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

45. Aux termes de l'article 41 de la Convention,

« Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses Protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les

conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable.»

### **A. Dommage**

46. La requérante réclame 1 190,83 euros (EUR) pour le préjudice matériel qu'elle dit avoir subi du fait d'avoir été empêchée de travailler pendant six heures le jour de la manifestation, et 20 000 EUR pour préjudice moral.

47. Le Gouvernement conteste ces prétentions.

48. La Cour n'aperçoit pas de lien de causalité entre la violation constatée et le dommage matériel allégué, et rejette donc cette partie de la demande. En ce qui concerne le dommage moral, elle estime que la requérante trouve une satisfaction suffisante dans le constat de violation de l'article 11 de la Convention.

### **B. Frais et dépens**

49. La requérante demande également 8 051,77 EUR pour les frais et dépens exposés devant la Cour.

50. Le Gouvernement estime cette somme exorbitante.

51. Selon la jurisprudence de la Cour, un requérant ne peut obtenir le remboursement de ses frais et dépens que dans la mesure où se trouvent établis leur réalité, leur nécessité et le caractère raisonnable de leur taux (*Nikolova c. Bulgarie* [GC], n° 31195/96, § 79, CEDH 1999-II). A cet égard, elle note que l'intéressée n'a produit aucune pièce justificative relative aux frais et dépens encourus. Il n'en reste pas moins que la préparation de la présente affaire rendait nécessaire d'engager certains frais. Dès lors, statuant en équité, la Cour juge raisonnable d'octroyer à la requérante 1 000 EUR à ce titre.

### **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. *Déclare* le restant de la requête recevable ;
2. *Dit* qu'il n'y a pas eu violation de l'article 3 de la Convention ;

3. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 11 de la Convention ;
4. *Dit* que le constat de violation fournit en soi une satisfaction équitable suffisante pour le dommage moral subi par la requérante ;
5. *Dit*
  - a) que l'Etat défendeur doit verser à la requérante, dans les trois mois à compter du jour où l'arrêt sera devenu définitif en vertu de l'article 44 § 2 de la Convention, 1 000 EUR (mille euros) pour frais et dépens, plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt, à convertir en nouvelles livres turques au taux applicable à la date du règlement ;
  - 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 ;
6. *Rejette* la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en français, puis communiqué par écrit le 5 décembre 2006 en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Stanley Naismith  
Greffier adjoint

Jean-Paul Costa  
Président

OYA ATAMAN v. TURKEY  
*(Application no. 74552/01)*

SECOND SECTION

JUDGMENT OF 5 DECEMBER 2006<sup>1</sup>

---

1. Translation; original French.





SUMMARY<sup>1</sup>**Forceful dispersal by police of peaceful demonstration held during rush hour without prior compulsory notification****Article 11**

*Freedom of peaceful assembly – Forceful dispersal by police of peaceful demonstration held during rush hour without prior compulsory notification – Necessary in a democratic society – Prevention of disorder – Protection of the rights and freedoms of others – Proportionality – Importance of preventive security measures – Limited number of demonstrators – Unlawfulness of demonstration did not in itself justify interference with freedom of assembly – Tolerance towards peaceful gatherings required from public authorities*

\*  
\* \*

The applicant, a member of the Istanbul Human Rights Association, organised a demonstration in a park. The police asked the demonstrators, who were waving placards, to disperse on the ground that the demonstration was unlawful in that the authorities had not been notified in advance and they were disturbing public order during rush hour. The demonstrators refused to comply and attempted to force their way through. The police used tear gas to disperse them.

*Held*

Article 11: The interference with the applicant's freedom of assembly had been prescribed by law and had pursued the legitimate aim of preventing disorder and protecting the rights and freedoms of others, such as the right to move about in public without restriction. In the absence of seventy-two hours' prior notification as required by the domestic legislation, the demonstration had been unlawful. It went without saying that any demonstration in a public place could cause a certain level of disruption to ordinary life and encounter hostility; this being so, it was important that associations and others organising demonstrations, as actors in the democratic process, respected the rules governing that process by complying with the regulations in force. In the instant case, compliance with the prior-notification requirement would have enabled the authorities to take the necessary measures to minimise any traffic disruption likely to be caused by the demonstration during rush hour. It was important that preventive security measures, such as the presence of first-aid services at the site of meetings or demonstrations, be taken to guarantee the smooth conduct of events of this type, be they political, cultural or of another nature. However, the mere fact of an unlawful situation did not in itself justify an infringement of freedom of assembly. The group of demonstrators – some fifty persons who had wished to draw attention to a topical issue – had not represented any danger to public

---

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

order, apart from possibly disrupting traffic. The rally had begun around 12 noon and had ended within half an hour, following the police intervention. The Court was struck by the authorities' impatience in seeking to end the demonstration, which had been organised under the auspices of the Human Rights Association. Where demonstrators did not engage in acts of violence it was important that the public authorities showed a certain tolerance towards peaceful gatherings. The armed intervention by police had been disproportionate and did not amount to a necessary measure for the prevention of disorder.

*Conclusion:* violation (unanimously).

Article 41: The finding of a violation constituted in itself sufficient just satisfaction for the non-pecuniary damage.

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

*Plattform "Ärzte für das Leben" v. Austria*, 21 June 1988, Series A no. 139

*Klaas v. Germany*, 22 September 1993, Series A no. 269

*Piermont v. France*, 27 April 1995, Series A no. 314

*Chahal v. the United Kingdom*, 15 November 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-V

*Raninen v. Finland*, 16 December 1997, *Reports* 1997-VIII

*Asenov and Others v. Bulgaria*, 28 October 1998, *Reports* 1998-VIII

*Selmouni v. France* [GC], no. 25803/94, ECHR 1999-V

*V. v. the United Kingdom* [GC], no. 24888/94, ECHR 1999-IX

*Labita v. Italy* [GC], no. 26772/95, ECHR 2000-IV

*Kudła v. Poland* [GC], no. 30210/96, ECHR 2000-XI

*Cisse v. France*, no. 51346/99, ECHR 2002-III

*Djavit An v. Turkey*, no. 20652/92, ECHR 2003-III

*Kılıgdedik v. Turkey* (dec.), no. 55982/00, 1 June 2004

**In the case of Oya Ataman v. Turkey,**

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

Jean-Paul Costa, *President*,

András Baka,

Rıza Türmen,

Mindia Ugrekhelidze,

Elisabet Fura-Sandström,

Danutė Jočienė,

Dragoljub Popović, *judges*,

and Stanley Naismith, *Deputy Section Registrar*,

Having deliberated in private on 14 November 2006,

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

**PROCEDURE**

1. The case originated in an application (no. 74552/01) against the Republic of Turkey lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by a Turkish national, Ms Oya Ataman (“the applicant”) on 15 March 2001.

2. The applicant was represented by Mr G. Şan, of the Istanbul Bar. The Turkish Government (“the Government”) did not appoint an Agent for the purposes of the proceedings before the Court.

3. On 8 March 2005 the Court declared the application partly inadmissible and decided to communicate the complaints under Articles 3 and 11 of the Convention to the Government. Under the provisions of Article 29 § 3 of the Convention, it decided to examine the merits of the application at the same time as its admissibility.

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

4. The applicant was born in 1970 and lives in Istanbul.

5. On 22 April 2000 the applicant, a lawyer and member of the administrative board of the Istanbul Human Rights Association, organised a demonstration in Sultanahmet Square in Istanbul, in the form of a march followed by a statement to the press, to protest against plans for “F-type” prisons.

6. At about 12 noon a group of forty to fifty persons brandishing placards and signs gathered in the square, under the leadership of the applicant and Eren Keskin, a lawyer and President of the Istanbul

Human Rights Association. The police asked the group to disperse and to end the gathering, and informed them via a loudspeaker that the demonstration, for which advance notice had not been submitted, was unlawful and was likely to cause public-order problems at a busy time of day.

7. The demonstrators refused to obey and attempted to continue marching towards the police, who dispersed the group using a kind of tear gas known as “pepper spray”. The police arrested thirty-nine demonstrators, including the applicant, and took them to a police station.

8. After an identity check, and in view of her profession, the applicant was released at 12.45 p.m.

9. On 26 April 2000 the applicant lodged a criminal complaint with the Beyoğlu prosecutor’s office against the head of the Istanbul security police and the police officers concerned, alleging that she had been ill-treated through the use of pepper spray, unlawfully arrested and prevented from making the public statement scheduled for the end of the demonstration.

10. On 29 June 2000 the public prosecutor’s office discontinued the proceedings on the ground that no offence had been committed.

11. On 25 July 2000 the applicant applied to the Beyoğlu Assize Court seeking to have that decision set aside.

12. On 25 September 2000 the Assize Court upheld the decision that there was no case to answer.

## II. RELEVANT LAW AND PRACTICE

### A. Domestic legislation on freedom of assembly

#### 1. *Constitutional guarantees*

13. Article 34 of the Constitution provides:

“Everyone has the right to hold unarmed and peaceful meetings and demonstration marches without prior permission.

...

The formalities, conditions, and procedures governing the exercise of the right to hold meetings and demonstration marches shall be prescribed by law.”

#### 2. *The Demonstrations Act*

14. At the material time section 10 of Law no. 2911 on assemblies and marches was worded as follows:

“In order for a meeting to take place, the governor’s office or authorities of the district in which the demonstration is planned must be informed, during opening hours

and at least seventy-two hours prior to the meeting, by a notice containing the signature of all the members of the organising board ...”

15. Section 22 of the same Act prohibits demonstrations and processions on public streets, in parks, places of worship and buildings in which public services are based. Demonstrations organised in public squares must comply with security instructions and not disrupt individuals’ movement or public transport. Finally, section 24 provides that demonstrations and processions which do not comply with the provisions of this Act will be dispersed by force on the order of the governor’s office and after the demonstrators have been warned.

### **B. Opinion of the Venice Commission**

16. The European Commission for Democracy through Law (the Venice Commission) at its 64th plenary session (21-22 October 2005) adopted an opinion interpreting the OSCE/ODHIR guidelines on drafting laws on freedom of assembly with regard to the regulation of public meetings. It set out its approach in this area, particularly with regard to advance notice of demonstrations in public places.

“29. Establishing a regime of prior notification of peaceful assemblies does not necessarily extend to an infringement of the right. In fact, in several European countries such regimes do exist. The need for advance notice generally arises in respect of certain meetings or assemblies – for instance, when a procession is planned to take place on the highway, or a static assembly is planned to take place on a public square – which require the police and other authorities to enable it to occur and not to use powers that they may validly have (for instance, of regulating traffic) to obstruct the event.”

However, the Venice Commission clearly emphasised that the regime of prior notification must not in any circumstances indirectly restrict the right to hold peaceful meetings by, for instance, providing for too detailed and complicated requirements, or imposing too onerous procedural conditions (paragraph 30 of the opinion).

### **C. International regulations on the use of “tear gas”**

17. Under Article I § 5 of the Convention on the Prohibition of the Development, Production, Stockpiling and Use of Chemical Weapons and on their Destruction of 13 January 1993 (“the CWC”), each State Party undertakes not to use riot control agents as a method of warfare. Tear gas or so-called “pepper spray” are not considered chemical weapons (the CWC contains an annex listing the names of prohibited chemical products). The use of such methods is authorised for the purpose of law enforcement, including domestic riot control (Article II

§ 9 (d)). Nor does the CWC state which State bodies may be involved in maintaining public order. This remains a matter for the sovereign power of the State concerned.

The CWC entered into force with regard to Turkey on 11 June 1997.

18. It is recognised that the use of “pepper spray” can produce effects such as respiratory problems, nausea, vomiting, irritation of the respiratory tract, irritation of the tear ducts and eyes, spasms, chest pain, dermatitis or allergies. In strong doses, it may cause necrosis of tissue in the respiratory or digestive tract, pulmonary oedema or internal haemorrhaging (haemorrhaging of the suprarenal gland).

## THE LAW

### I. AS TO THE ADMISSIBILITY

19. The Court considers, in the light of the parties’ submissions, that this part of the application raises complex issues of fact and law which require examination on the merits; accordingly, it cannot be declared manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 of the Convention. As no other ground for declaring it inadmissible has been established, the Court declares the remainder of the application admissible.

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

20. The applicant complained that a tear gas, known as “pepper spray”, had been used to disperse a group of demonstrators, provoking physical unpleasantness such as tears and breathing difficulties. She relied on Article 3 of the Convention, which provides:

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

21. The Government noted that the gas used to disperse the demonstrators complied with health requirements and with international conventions. They explained that the gas used was Oleoresin Capsicum (OC), known as “pepper spray”, and submitted an expert report on this product. They also noted that the applicant had not submitted any medical report as evidence of possible ill-effects caused by the gas.

22. The applicant contested the Government’s argument.

23. The Court reiterates that, according to its case-law, ill-treatment must attain a minimum level of severity if it is to fall within the scope of Article 3 of the Convention. Treatment is considered to be “inhuman” if,

*inter alia*, it was premeditated, was applied for hours at a stretch and caused either actual bodily injury or intense physical or mental suffering. Furthermore, in considering whether a treatment is “degrading” within the meaning of Article 3, the Court will have regard to whether its object is to humiliate and debase the person concerned and whether, as far as the consequences are concerned, it adversely affected his or her personality in a manner incompatible with Article 3 (see, *inter alia*, *Kudla v. Poland* [GC], no. 30210/96, § 92, ECHR 2000-XI).

24. The Court will examine the facts in the light of its well-established case-law (see, among several other examples, *Assenov and Others v. Bulgaria*, 28 October 1998, § 93, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-VIII; *Selmouni v. France* [GC], no. 25803/94, § 95, ECHR 1999-V; *Raninen v. Finland*, 16 December 1997, § 55, *Reports* 1997-VIII; *V. v. the United Kingdom* [GC], no. 24888/94, § 71, ECHR 1999-IX; *Chahal v. the United Kingdom*, 15 November 1996, § 79, *Reports* 1996-V; *Klaas v. Germany*, 22 September 1993, § 30, Series A no. 269; and *Labita v. Italy* [GC], no. 26772/95, § 120, ECHR 2000-IV).

25. The Court will first examine the issue of the use of “pepper spray”. It notes that this gas, used in some Council of Europe member States to keep demonstrations under control or to disperse them in case they get out of hand, is not among the toxic gases listed in the Annex to the CWC. However, it notes that the use of this gas may produce side-effects such as respiratory problems, nausea, vomiting, irritation of the respiratory tract, irritation of tear ducts and eyes, spasms, thoracic pain, dermatitis or allergies (see paragraph 18 above).

26. However, the Court observes that the applicant did not submit any medical reports to show the ill-effects she had suffered after being exposed to the gas. The applicant, who had been released shortly after being arrested, had not asked for a medical examination either (see *Kılıçgedik v. Turkey* (dec.), no. 55982/00, 1 June 2004). In short, there is no shred of evidence to substantiate her allegations of treatment contrary to Article 3 of the Convention.

27. The Court therefore holds that there has been no violation of Article 3 of the Convention.

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

28. The applicant complained of an infringement of her right to freedom of expression and of assembly, in that the demonstration and the reading of a press statement, scheduled for the end of the event, had been prohibited by the police.

The Court points out that, in its partial decision on the admissibility of the application, it stated its intention to examine these complaints under Article 11 of the Convention, the relevant parts of which provide:

“1. Everyone has the right to freedom of peaceful assembly and to freedom of association ...

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 ... for the prevention of disorder or crime ... or for the protection of the rights and freedoms of others. ...”

29. The Government submitted that the meeting in question had been organised unlawfully in that no advance notification had been sent to the relevant authorities. They pointed out that the second paragraph of Article 11 imposed limits on the right of peaceful assembly in order to prevent disorder.

30. The Court notes at the outset that there is no dispute as to the existence of an interference in the applicant’s right of assembly. This interference had a legal basis, namely section 22 of Law no. 2911 on assemblies and marches, and was thus “prescribed by law” within the meaning of Article 11 § 2 of the Convention. There remains the question whether the interference pursued a legitimate aim and was necessary in a democratic society.

*1. Legitimate aim*

31. The Government submitted that the interference pursued legitimate aims, including the prevention of disorder and protection of the rights of others.

32. The Court considers that the disputed measure may be regarded as having pursued at least two of the legitimate aims set out in paragraph 2 of Article 11, namely the prevention of disorder and the protection of the rights of others, specifically the right to move freely in public without restriction.

*2. Necessary in a democratic society*

33. In the Government’s opinion, the applicant had taken part in a demonstration, held in a public square without prior notification and contrary to the relevant domestic legislation. They also noted that, together with other demonstrators, the applicant had not complied with the order to disperse. In those circumstances, and taking into account the margin of appreciation afforded to States in this sphere, the Government considered that the risk of disruption to civilians who were in the park at a busy time of day and the demonstrators’ resistance justified the dispersal of the gathering in question. In their opinion, the police intervention had been a necessary measure within the meaning of the second paragraph of Article 11 of the Convention.

34. The applicant alleged that the police had intervened without waiting for the public statement to be read out, on the pretext that the meeting was disrupting public order.



35. The Court refers in the first place to the fundamental principles underlying its judgments relating to Article 11 (see *Djavit An v. Turkey*, no. 20652/92, §§ 56-57, ECHR 2003-III; *Piermont v. France*, 27 April 1995, §§ 76-77, Series A no. 314; and *Plattform "Ärzte für das Leben" v. Austria*, 21 June 1988, § 32, Series A no. 139). It is clear from this case-law that the authorities have a duty to take appropriate measures with regard to lawful demonstrations in order to ensure their peaceful conduct and the safety of all citizens.

36. The Court also notes that States must not only safeguard the right to assemble peacefully but also refrain from applying unreasonable indirect restrictions upon that right. Finally, it considers that, although the essential object of Article 11 is to protect the individual against arbitrary interference by public authorities with the exercise of the rights protected, there may in addition be positive obligations to secure the effective enjoyment of these rights (see *Djavit An*, cited above, § 57).

37. As a preliminary point, the Court considers that these principles are also applicable with regard to demonstrations and processions organised in public areas (see *Djavit An*, cited above, § 56). It notes, however, that it is not contrary to the spirit of Article 11 if, for reasons of public order and national security, *a priori*, a High Contracting Party requires that the holding of meetings be subject to authorisation and regulates the activities of associations (see *Djavit An*, cited above, §§ 66-67).

38. Having regard to the domestic legislation, the Court observes that no authorisation is required for the holding of public demonstrations; at the material time, however, notification was required seventy-two hours prior to the event. In principle, regulations of this nature should not represent a hidden obstacle to the freedom of peaceful assembly as it is protected by the Convention. It goes without saying that any demonstration in a public place may cause a certain level of disruption to ordinary life and encounter hostility; this being so, it is important that associations and others organising demonstrations, as actors in the democratic process, respect the rules governing that process by complying with the regulations in force.

39. The Court considers, in the absence of notification, the demonstration was unlawful, a fact that the applicant does not contest. However, it points out that an unlawful situation does not justify an infringement of freedom of assembly (see *Cisse v. France*, no. 51346/99, § 50, ECHR 2002-III). In the instant case, however, notification would have enabled the authorities to take the necessary measures in order to minimise the disruption to traffic that the demonstration could have caused during rush hour. In the Court's opinion, it is important that preventive security measures such as, for example, the presence of first-aid services at the site of demonstrations, be taken in order to guarantee

the smooth conduct of any event, meeting or other gathering, be it political, cultural or of another nature.

40. It appears from the evidence before the Court that the group of demonstrators was informed a number of times that their march was unlawful and would disrupt public order at a busy time of day, and had been ordered to disperse. The applicant and other demonstrators did not comply with the security forces' orders and attempted to force their way through.

41. However, there is no evidence to suggest that the group in question represented a danger to public order, apart from possibly disrupting traffic. There were at most fifty people, who wished to draw attention to a topical issue. The Court observes that the rally began at about 12 noon and ended with the group's arrest within half an hour. It is particularly struck by the authorities' impatience in seeking to end the demonstration, which was organised under the authority of the Human Rights Association.

42. In the Court's view, where demonstrators do not engage in acts of violence it is important for the public authorities to show a certain degree of tolerance towards peaceful gatherings if the freedom of assembly guaranteed by Article 11 of the Convention is not to be deprived of all substance.

43. Accordingly, the Court considers that in the instant case the police's forceful intervention was disproportionate and was not necessary for the prevention of disorder within the meaning of the second paragraph of Article 11 of the Convention.

44. There has accordingly been a violation of that provision.

#### IV. 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 applicant claimed 1,190.83 euros (EUR) in respect of pecuniary damage for having been prevented from working for six hours on the day of the demonstration and EUR 20,000 in respect of the non-pecuniary damage which she alleged she had sustained.

47. The Government contested these amounts.

48. The Court finds no causal link between the violation found and the pecuniary damage alleged, and dismisses this claim. In addition, with regard to the non-pecuniary damage, it considers that the applicant is sufficiently compensated by the finding of a violation of Article 11 of the Convention.

### **B. Costs and expenses**

49. The applicant also claimed EUR 8,051.77 for the costs and expenses incurred before the Court.

50. The Government considered that sum exorbitant.

51. According to the Court's case-law, an award can be made in respect of costs and expenses only in so far as they have been actually and necessarily incurred by the applicant and are reasonable as to quantum (see *Nikolova v. Bulgaria* [GC], no. 31195/96, § 79, ECHR 1999-II). In this connection, it notes that the applicant has not furnished any evidence in support of the costs and expenses incurred. It remains the case, however, that preparation of the instant judgment necessarily incurred certain costs. Accordingly, ruling on an equitable basis, the Court considers it reasonable to award the applicant EUR 1,000 under this head.

### **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. *Declares* the remainder of the application admissible;
2. *Holds* that there has been no violation of Article 3 of the Convention;
3. *Holds* that there has been a violation of Article 11 of the Convention;
4. *Holds* that the finding of a violation constitutes in itself sufficient just satisfaction for the non-pecuniary damage sustained by the applicant;
5. *Holds*
  - (a) that the respondent State is to pay the applicant, within three months from the date on which the judgment becomes final according to Article 44 § 2 of the Convention, EUR 1,000 (one thousand euros) in respect of costs and expenses, plus any tax that may be chargeable on

that amount, to be converted into new Turkish liras at the rate applicable on the date of settlement;

(b) that from the expiry of the above-mentioned three months until settlement simple interest shall be payable on the above amount at a rate equal to the marginal lending rate of the European Central Bank during the default period plus three percentage points;

6. *Dismisses* the remainder of the applicant's claim for just satisfaction.

Done in French, and notified in writing on 5 December 2006, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Stanley Naismith  
Deputy Registrar

Jean-Paul Costa  
President

CSIKÓS v. HUNGARY  
(*Application no. 37251/04*)

SECOND SECTION

JUDGMENT OF 5 DECEMBER 2006<sup>1</sup>

---

1. English original. Extracts.



SUMMARY<sup>1</sup>**Constitutional complaint not an effective remedy as the impugned criminal appeal proceedings could not be reopened in consequence****Article 35 § 1**

*Exhaustion of domestic remedies – Effective domestic remedy – Constitutional complaint not an effective remedy as the impugned criminal appeal proceedings could not be reopened in consequence*

\*  
\* \*

A first-instance court found the applicant guilty of aggravated extortion and sentenced him to three and a half years' imprisonment. On appeal, his conviction was upheld and his sentence increased to four years' imprisonment without any hearing having been held before the appellate court. The applicant complained that his conviction had been confirmed and his sentence increased by the appeal court without himself or his lawyer having been heard, in violation of his defence rights guaranteed by Article 6.

*Held*

Article 35 § 1: The Government contended that the applicant should have lodged a constitutional complaint under section 48 of the Constitutional Court Act. The Constitutional Court had the power to order a review of completed criminal proceedings involving the application of unconstitutional legal provisions. In addition to establishing a violation of the applicant's rights under the Constitution, that court could have provided him with a remedy leading to complete reparation, namely by allowing for the reopening of his case in review proceedings. Ten individuals in situations identical to the applicant's had successfully done so, as demonstrated by the Constitutional Court's decision of 26 May 2005. The Court noted that in that decision the Constitutional Court had not in fact ordered a review of the criminal proceedings in the cases of the successful complainants. The Government had not explained why that court would have ordered such a review in the applicant's case had he lodged a constitutional complaint. The Court was not convinced that the conditions required for a review to be ordered were met in a case such as the applicant's. In sum, section 43 of the Constitutional Court Act, read in conjunction with Article 416 of the new Code of Criminal Procedure, did not provide a guarantee for successful complainants, in a situation such as the applicant's, to have the appeal proceedings repeated and thereby to obtain redress for the violation of a Convention right. In these circumstances, the Court was not satisfied that a constitutional complaint was an effective remedy in the applicant's case.

---

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

*Conclusion:* preliminary objection dismissed (unanimously).

**Case-law cited by the Court**

*Baumann v. France*, no. 33592/96, 22 May 2001

*Nogolica v. Croatia* (dec.), no. 77784/01, ECHR 2002-VIII



**In the case of Csikós v. Hungary,**

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

Jean-Paul Costa, *President*,

András Baka,

Ireneu Cabral Barreto,

Rıza Türmen,

Mindia Ugrekhelidze,

Antonella Mularoni,

Danutė Jočienė, *judges*,

and Stanley Naismith, *Deputy Section Registrar*,

Having deliberated in private on 14 November 2006,

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

**PROCEDURE**

1. The case originated in an application (no. 37251/04) against the Republic of Hungary lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by a Hungarian national, Mr István Csikós (“the applicant”), on 5 August 2004.

2. The applicant, who had been granted legal aid, was represented by Ms L. Farkas, a lawyer practising in Budapest. The Hungarian Government (“the Government”) were represented by their Agent, Mr L. Hóltzl, of the Ministry of Justice and Law Enforcement.

3. The applicant alleged, in particular, that his conviction had been upheld and his sentence increased without him or his lawyer attending the session in the appellate court, in breach of Article 6 §§ 1 and 3 of the Convention.

4. On 8 April 2005 the Court decided to give notice of the application to the Government. Under the provisions of Article 29 § 3 of the Convention, it decided to examine the merits of the application at the same time as its admissibility.

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

5. The applicant was born in 1968 and lives in Budapest.

6. On 18 March 2003 the Eger district public prosecutor’s office indicted the applicant and two other individuals for aggravated extortion. The applicant was assisted by defence counsel of his choice.

After hearings held on 16 June and 8 October, on 13 October 2003 the District Court found the applicant guilty as charged and sentenced him to three and a half years' imprisonment. The court relied on evidence given by the victim and several witnesses.

7. The prosecution appealed to have the sentence increased, while the applicant appealed, seeking to be acquitted or to have his sentence reduced. He also proposed that two further witnesses be heard.

8. At deliberations held in camera on 20 February 2004, the Heves County Regional Court upheld the applicant's conviction and increased his sentence to four years' imprisonment. Neither the applicant nor his lawyer was present. In its reasoning, the court did not deal with the proposal to hear two more witnesses.

## II. RELEVANT DOMESTIC LAW AND PRACTICE

9. The Constitution of the Republic of Hungary (Act no. XX of 1949) provides, in so far as relevant:

### **Article 57**

“1. In the Republic of Hungary, everyone is equal before the law, and has the right to have any criminal charge against him or his civil rights and obligations determined in a fair and public trial by an independent and impartial court established by law.

...

3. Individuals subject to criminal proceedings are entitled to the right of defence at all stages of the proceedings. ...”

10. The following provisions of Act no. XXXII of 1989 on the Constitutional Court (“the Constitutional Court Act”) are relevant to the present case:

### **Section 43**

“(3) The Constitutional Court shall order the review of such criminal proceedings as have been concluded with final effect under unconstitutional legal provisions if the convicted person has not yet been exempted from the legal effects of the conviction and the nullity of the provision applied in the proceedings would result in the reduction or non-imposition of the punishment or measure, or exemption from or reduction of [criminal] liability.”

### **Section 48**

“(1) Any person who claims to have suffered a violation of his rights enshrined in the Constitution on account of the application of an unconstitutional provision may, if he has exhausted all other legal remedies or there are no such remedies available, submit a constitutional complaint to the Constitutional Court.

(2) A constitutional complaint must be filed in writing within sixty days of the service of the legally binding decision.”

11. The new Code of Criminal Procedure (Act no. XIX of 1998) provides, in so far as relevant:

**Article 346**

“3. An appeal may concern questions of fact or law.”

**Article 353**

“2. In order to eliminate the ill-foundedness of the first-instance judgment, evidence may be taken if the findings of fact have not been established or are deficient. Evidence shall be taken ... at a hearing.”

**Article 360 (as in force until 26 May 2005)**

“1. Within thirty days of receiving the file, the president of the panel in charge shall schedule, in order to deal with an appeal, deliberations in camera [*tanácsülés*], a public session [*nyilvános ülés*] or a hearing [*tárgyalás*]. ...”

**Article 361**

“1. The second-instance court shall hold a public session, if – the first-instance judgment being ill-founded – the complete and/or correct findings of fact may be established from the contents of the file or through the drawing of factual conclusions, or if the defendant must be examined in order to clarify the circumstances relevant for the imposition of the sentence.

2. The second-instance court shall summon to the public session those persons whose examination it deems necessary ...”

**Article 362**

“1. The second-instance court shall notify the public prosecutor and, if they are not summoned, ... the defendant and his lawyer about the public session. ...”

**Article 363**

“2. In order to take evidence, a hearing ... shall be scheduled.”

**Article 416 (provisions formerly contained in Article 406 §§ 1 (a) and 2)**

“1. Review proceedings may be instituted against a final decision on the merits if:

...

(e) the Constitutional Court has ordered [*elrendelte*] the review of criminal proceedings concluded by means of a final judgment, provided that the defendant has not yet been exempted from the legal consequences flowing from his conviction, or the execution of the punishment imposed ... has not yet been terminated ... or it has not yet ceased to be enforceable;

(f) the determination of criminal liability or the imposition of a sanction ... has been effected in application of a criminal-law provision whose unconstitutionality has already been established by the Constitutional Court, but the defendant has already been exempted from the legal consequences flowing from his conviction, or the execution of the punishment has already been terminated or has ceased to be enforceable ...”

12. In decision no. 20 of 26 May 2005, the Constitutional Court held:

“1. The Constitutional Court finds that Article 360 § 1 of Act no. XIX of 1998 on the Code of Criminal Procedure is unconstitutional and therefore annuls it as of the date of delivery of this decision. ...

3. The Constitutional Court finds that Parliament has committed an unconstitutional omission by failing to regulate in Act no. XIX of 1998 on the Code of Criminal Procedure, in accordance with the requirements of legal certainty and a fair trial, the scope of those cases in which the appellate court may hold deliberations in camera. The Constitutional Court invites Parliament to comply with its legislative duties by 31 October 2005.

4. The Constitutional Court holds that Article 360 § 1 of Act no. XIX of 1998 on the Code of Criminal Procedure was unconstitutional and that this provision cannot therefore be applied in the following cases, concluded by means of a final judgment [*jogerősen befejezett ügyekben nem alkalmazható*]: ... nos. Bf.671/2003, 29.Bf.8790/2003, 22.Bf.9924/2003, 20.Bf.XI.8046/2004, 25.Bf.VIII.8647/2004, 3.Bf.328/2003, Bf.200/2004, 1.Bf.996/2004, 1.Bf.1905/2004 and 1.Bf.184/2004.”

## THE LAW

### I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 6 §§ 1 AND 3 (C) OF THE CONVENTION (ABSENCE OF A PUBLIC HEARING)

13. The applicant complained that his conviction had been upheld and the sanction imposed on him aggravated by the appellate court sitting in camera without him or his lawyer being present, in violation of his defence rights as guaranteed by Article 6 §§ 1 and 3 of the Convention. The relevant parts of Article 6 provide:

“1. In the determination of ... any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing ... by a ... tribunal ...

3. Everyone charged with a criminal offence has the following minimum rights:

...

(c) to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing or, if he has not sufficient means to pay for legal assistance, to be given it free when the interests of justice so require;

(d) to examine or have examined witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him;

...”

### A. Admissibility

14. The Government argued that the application should be rejected for non-exhaustion of domestic remedies, pursuant to Article 35 § 1 of the Convention, which provides:

“The Court may only deal with the matter after all domestic remedies have been exhausted, according to the generally recognised rules of international law ...”

15. The Government contended that the applicant should have lodged a constitutional complaint under section 48 of the Constitutional Court Act. The Constitutional Court had the power, under section 43(3) of that Act, to order the review of completed criminal proceedings involving the application of unconstitutional legal provisions. In addition to establishing a violation of the applicant’s rights under the Constitution, that court could have provided him with a remedy leading to complete reparation of the situation caused by the violation, by allowing for the reopening of the case in review proceedings. Ten individuals, in situations identical to that of the applicant, had successfully done so, as demonstrated by Constitutional Court decision no. 20 of 26 May 2005 (paragraph 12 above).

16. The applicant maintained that a remedy could only be considered “effective” for the purposes of Article 35 § 1 if it provided “direct and speedy” protection of the rights guaranteed by the Convention, a condition not met by the Constitutional Court procedure; the cases resolved by the decision of 26 May 2005 had originated in convictions dating from 2003 or 2004. In any event, in Hungarian legal literature, views had been expressed that the constitutional complaint procedure was nothing more than a specific form of abstract review of legislative provisions, that the Constitutional Court did not have the power to impose a compulsory interpretation on the ordinary courts in the process of revising a judgment, and that a complaint to the Constitutional Court did not halt the implementation of a judgment adopted in a particular case. Moreover, the ineffective nature of the constitutional complaint was demonstrated by the fact that, in order for the Constitutional Court’s decision to have any weight, the criminal case had to be reopened and a trial held by an ordinary court; this further extended the length of the proceedings and denied the applicant direct and easy access to a domestic remedy.

17. The Court reiterates that the issue whether domestic remedies have been exhausted is normally determined by reference to the date when the application was lodged with the Court (see *Baumann v. France*, no. 33592/96, § 47, 22 May 2001). This rule is subject to exceptions which may be justified by the specific circumstances of each case (see *Nogolica v. Croatia* (dec.), no. 77784/01, ECHR 2002-VIII). In the instant case, the Regional Court gave the final judgment on 20 February 2004

and the application was lodged on 5 August 2004. Subsequently, on 26 May 2005 the Constitutional Court annulled Article 360 § 1 of the new Code of Criminal Procedure, which contained the impugned legal provision. Nevertheless, section 43 of the Constitutional Court Act, on which the successful complainants based their complaints, was already in place on the date when the application was lodged in the present case.

18. However, the Court observes that the Constitutional Court annulled Article 360 § 1 without actually ordering the review of the criminal proceedings in the cases of the successful complainants. This lack of review is not palliated by that court's finding that the annulled provision could not be applied in cases that had already been terminated (see paragraph 12 *in fine* above). It notes that the situation of the applicant, who is apparently still affected by the legal consequences of his conviction, is governed by Article 416 § 1 (e) (former Article 406) of the new Code of Criminal Procedure. For this provision to come into play, the Constitutional Court must expressly order the review of the criminal proceedings (see paragraph 11 *in fine* above), thereby allowing complete reparation. However, it did not do so in the cases of the successful complainants, and the Government have not explained why, on the contrary, it would have done so in the applicant's case had he lodged a constitutional complaint. In this connection, the Court observes that section 43(3) of the Constitutional Court Act (see paragraph 10 above) requires a review to be ordered only if "the nullity of the provision applied in the proceedings would result in the reduction or non-imposition of the punishment or measure, or exemption from or reduction of [criminal] liability". It is not persuaded that these conditions are met when the annulment of an unconstitutional provision of procedural – rather than substantive – law is concerned, as in the instant case.

In sum, section 43 of the Constitutional Court Act, read in conjunction with Article 416 (former Article 406) of the new Code of Criminal Procedure, does not provide a guarantee for successful complainants, in a situation like that of the applicant, to have the appellate proceedings reopened and thereby to obtain redress for the violation of their Convention rights.

19. In these circumstances, the Court is not satisfied that a constitutional complaint was an effective remedy in the applicant's case. It follows that the Government's preliminary objection of non-exhaustion of domestic remedies must be dismissed. Furthermore, the Court notes that this complaint is not manifestly ill-founded, within the meaning of Article 35 § 3 of the Convention, and that it is not inadmissible on any other grounds. It must therefore be declared admissible.

...

## FOR THESE REASONS, THE COURT UNANIMOUSLY

1. *Declares* the complaint concerning the appellate session, held in the absence of the applicant, admissible ...

...

Done in English, and notified in writing on 5 December 2006, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Stanley Naismith  
Deputy Registrar

Jean-Paul Costa  
President





CSIKÓS c. HONGRIE  
(Requête n° 37251/04)

DEUXIÈME SECTION

ARRÊT DU 5 DÉCEMBRE 2006<sup>1</sup>

---

1. Traduction; original anglais. Extraits.



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Recours constitutionnel ne constituant pas un recours effectif dans la mesure où il ne peut donner lieu à la réouverture de la procédure pénale d'appel litigieuse****Article 35 § 1**

*Épuisement des voies de recours internes – Recours interne effectif – Recours constitutionnel ne constituant pas un recours effectif dans la mesure où il ne peut donner lieu à la réouverture de la procédure pénale d'appel litigieuse*

\*  
\* \*

Reconnu coupable d'extorsion aggravée et condamné à trois ans et demi de prison en première instance, le requérant interjeta appel du jugement et vit sa peine portée à quatre ans de prison par l'instance d'appel sans que celle-ci ne tînt d'audience. Devant la Cour, il se plaignait que sa condamnation avait été confirmée et sa peine augmentée en appel sans que son avocat ou lui-même n'eussent été entendus, ce qu'il estimait constituer une violation de ses droits de la défense garantis par l'article 6.

Article 35 § 1 : le Gouvernement plaide que le requérant aurait dû introduire un recours constitutionnel au titre de l'article 48 de la loi sur la Cour constitutionnelle, celle-ci ayant le pouvoir d'ordonner le réexamen des affaires pénales closes dans lesquelles des dispositions inconstitutionnelles avaient été appliquées. En plus de constater la violation des droits du requérant garantis par la Constitution, la Cour constitutionnelle aurait pu lui offrir un recours qui lui aurait permis d'obtenir réparation complète, en décidant de la réouverture de son affaire dans le cadre d'une procédure de réexamen. Dix individus dans la même situation que le requérant auraient entrepris cette démarche avec succès, comme en témoignerait la décision n° 20 de la Cour constitutionnelle du 26 mai 2005. La Cour observe que dans cette décision la Cour constitutionnelle n'a en fait pas ordonné le réexamen des affaires pénales des plaignants ayant obtenu gain de cause. Le Gouvernement n'a pas expliqué pour quelle raison il en aurait été différemment dans le cas du requérant si celui-ci avait introduit un recours constitutionnel. La Cour n'est pas convaincue que soient en l'espèce réunies les conditions nécessaires pour qu'un réexamen soit ordonné. En bref, l'article 43 de la loi sur la Cour constitutionnelle, combiné avec l'article 416 du nouveau code de procédure pénale, n'apporte pas la garantie aux plaignants dans une situation telle que celle du requérant, même s'ils obtiennent gain de cause, que la procédure d'appel les concernant sera rouverte et qu'ils obtiendront réparation de la violation de leurs droits garantis par la Convention. Dans ces conditions, la Cour

---

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

n'est pas convaincue qu'un recours constitutionnel aurait constitué un recours effectif pour le requérant.

*Conclusion* : exception préliminaire rejetée (unanimité).

**Jurisprudence citée par la Cour**

*Baumann c. France*, n° 33592/96, 22 mai 2001

*Nogolica c. Croatie* (déc.), n° 77784/01, CEDH 2002-VIII

**En l'affaire Csikós c. Hongrie,**

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

Jean-Paul Costa, *président*,

András Baka,

Ireneu Cabral Barreto,

Rıza Türmen,

Mindia Ugrekhelidze,

Antonella Mularoni,

Danutė Jočienė, *juges*,

et de Stanley Naismith, *greffier adjoint de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 14 novembre 2006,

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

**PROCÉDURE**

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 37251/04) dirigée contre la République de Hongrie et dont un ressortissant de cet Etat, M. István Csikós («le requérant»), a saisi la Cour le 5 août 2004 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, qui a été admis au bénéfice de l'assistance judiciaire, est représenté par M<sup>c</sup> L. Farkas, avocate à Budapest. Le gouvernement hongrois («le Gouvernement») est représenté par son agent, M. L. Hóltzl, du ministère de la Justice et de la Police.

3. Le requérant alléguait en particulier que le fait que la confirmation de sa culpabilité et l'augmentation de sa peine avaient été prononcées sans que lui ou son avocat ne fussent présents à la séance de la cour d'appel constituait une violation de l'article 6 §§ 1 et 3 de la Convention.

4. Le 8 avril 2005, la Cour a décidé de communiquer la requête au Gouvernement. Comme le permet l'article 29 § 3 de la Convention, elle a décidé d'examiner conjointement la recevabilité et le fond de l'affaire.

**EN FAIT****I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE**

5. Le requérant est né en 1968 et réside à Budapest.

6. Le 18 mars 2003, le parquet de district d'Eger inculpa le requérant et deux autres individus d'extorsion aggravée. Le requérant était assisté par un avocat de son choix. A l'issue d'audiences tenues les 16 juin et 8 octobre, le tribunal de district, sur le fondement des dépositions de la victime et de plusieurs témoins, déclara le requérant coupable des

charges retenues contre lui et le condamna à trois ans et demi de prison par un jugement du 13 octobre 2003.

7. Le parquet et le requérant interjetèrent appel, le premier en vue d'obtenir une peine plus sévère, le second afin d'être acquitté ou de voir sa peine réduite. Le requérant proposa également que deux autres témoins fussent entendus.

8. Au cours de délibérations tenues à huis clos le 20 février 2004, le tribunal régional du comté de Heves confirma la culpabilité du requérant et porta sa peine à quatre ans de prison. Ni le requérant ni son avocat n'étaient présents. Dans son raisonnement, le tribunal ne fit pas mention de la proposition d'entendre deux témoins supplémentaires.

## II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

9. La Constitution de la République de Hongrie (loi n° XX de 1949), en ses parties pertinentes, est ainsi libellée :

### Article 57

«1. En République de Hongrie, tous les individus sont égaux devant la loi et chacun a droit à ce que les accusations pénales portées contre lui ainsi que ses droits et ses obligations de caractère civil soient examinés au cours d'un procès public et équitable par un tribunal indépendant et impartial établi par la loi.

(...)

3. Les personnes faisant l'objet de poursuites pénales bénéficient des droits de la défense à tous les stades de la procédure. (...)

10. Les dispositions pertinentes en l'espèce de la loi n° XXXII de 1989 sur la Cour constitutionnelle («la loi sur la Cour constitutionnelle») sont les suivantes :

### Article 43

«3. La Cour constitutionnelle ordonne le réexamen des affaires pénales qui ont fait l'objet d'une décision définitive rendue sur le fondement de dispositions légales inconstitutionnelles lorsque la personne condamnée n'a pas encore cessé de subir les effets juridiques de la condamnation et que la nullité de la disposition appliquée dans ces affaires entraînerait la réduction ou la non-infliction de la peine ou de la mesure, ou l'exonération ou la réduction de la responsabilité [pénale].»

### Article 48

«1. Toute personne estimant avoir subi une violation de ses droits garantis par la Constitution en raison de l'application d'une disposition inconstitutionnelle peut, si elle a épuisé toutes les autres voies de recours ou si aucun recours n'est disponible, saisir la Cour constitutionnelle d'un recours constitutionnel.

2. Les recours constitutionnels doivent être introduits par écrit dans les soixante jours suivant la notification de la décision juridiquement contraignante.»

11. Le nouveau code de procédure pénale (loi n° XIX de 1998) dispose, en ses parties pertinentes :

**Article 346**

«3. L'appel peut porter sur des questions de fait ou de droit.»

**Article 353**

«2. Pour corriger un jugement de première instance mal fondé, de nouveaux témoignages peuvent être recueillis si les faits n'ont pas été établis ou l'ont été de manière insuffisante, et ce (...) dans le cadre d'une audience.»

**Article 360 (en vigueur jusqu'au 26 mai 2005)**

«1. Dans les trente jours suivant la réception du dossier, le président de la chambre compétente organise, pour examiner l'appel, des délibérations à huis clos [*tanácsülés*], une séance publique [*nyilvános ülés*] ou une audience [*tárgyalás*]. (...)»

**Article 361**

«1. La juridiction de deuxième instance tient une séance publique si, le jugement de première instance étant mal fondé, il est possible d'établir les faits de manière exacte et/ou exhaustive d'après les éléments figurant au dossier ou en tirant des déductions, ou s'il y a lieu d'interroger l'accusé dans le but de préciser les circonstances pertinentes pour la fixation de la peine.

2. La juridiction de deuxième instance convoque à la séance publique les personnes qu'elle juge nécessaire d'interroger (...)»

**Article 362**

«1. La juridiction de deuxième instance avertit de la tenue de la séance publique le parquet et, s'ils ne sont pas convoqués, (...) l'accusé et son avocat. (...)»

**Article 363**

«2. Pour recevoir les témoignages, une audience (...) est organisée.»

**Article 416 (dispositions figurant précédemment à l'article 406 §§ 1 a) et 2)**

«1. Une procédure de réexamen d'une décision définitive sur le fond peut être engagée lorsque :

(...)

e) la Cour constitutionnelle a ordonné [*elrendelte*] le réexamen de l'affaire pénale qui a abouti à une décision définitive, à condition que l'accusé n'ait pas encore cessé de subir les conséquences juridiques découlant de sa condamnation ou que la peine qui lui a été infligée (...) n'ait pas encore été entièrement exécutée (...) ou soit encore exécutoire ;

f) la détermination de la responsabilité pénale ou l'infliction d'une sanction (...) s'est faite sur le fondement d'une disposition pénale dont l'inconstitutionnalité a déjà été établie par la Cour constitutionnelle, mais l'accusé a déjà cessé de subir les conséquences juridiques découlant de sa condamnation, ou la peine a déjà été entièrement exécutée ou n'est plus exécutoire (...)»

12. Dans sa décision n° 20 du 26 mai 2005, la Cour constitutionnelle a tenu le raisonnement suivant :

«1. La Cour constitutionnelle juge inconstitutionnel le paragraphe 1 de l'article 360 de la loi n° XIX de 1998 sur le code de procédure pénale. Elle annule donc ledit paragraphe à compter de la date de la présente décision. (...)

(...)

3. La Cour constitutionnelle estime que, en ne précisant pas dans la loi n° XIX de 1998 sur le code de procédure pénale dans quelles affaires la cour d'appel peut tenir des délibérations à huis clos, le Parlement a commis une omission inconstitutionnelle car il ne s'est pas conformé aux principes de sécurité juridique et d'équité de la procédure. La Cour constitutionnelle invite le Parlement à s'acquitter de ses devoirs législatifs d'ici au 31 octobre 2005.

4. La Cour constitutionnelle juge que le paragraphe 1 de l'article 360 de la loi n° XIX de 1998 sur le code de procédure pénale, étant inconstitutionnel, ne peut pas être appliqué dans les affaires suivantes, closes par une décision définitive [*jogerősen befejezett ügyeiben nem alkalmazható*] : (...) affaires n°s Bf.671/2003, 29.Bf.8790/2003, 22.Bf.9924/2003, 20.Bf.XI.8046/2004, 25.Bf.VIII.8647/2004, 3.Bf.328/2003, Bf.200/2004, 1.Bf.996/2004, 1.Bf.1905/2004 et 1.Bf.184/2004.»

## EN DROIT

### I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 6 §§ 1 ET 3 c) DE LA CONVENTION (ABSENCE D'AUDIENCE PUBLIQUE)

13. Le requérant se plaint que la cour d'appel ait confirmé sa culpabilité et aggravé la sanction qui lui avait été infligée en première instance au cours d'une séance à huis clos où ni lui ni son avocat n'étaient présents, ce qu'il estime constituer une violation de ses droits de la défense garantis par l'article 6 §§ 1 et 3 de la Convention. L'article 6, en ses parties pertinentes, est ainsi libellé :

«1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement [et] publiquement (...) par un tribunal (...) qui décidera (...) du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. (...)

3. Tout accusé a droit notamment à :

(...)

c) se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent ;

d) interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge ;

(...)



## A. Sur la recevabilité

14. Le Gouvernement soutient qu'il y a lieu de rejeter la requête pour non-épuisement des voies de recours internes, en application de l'article 35 § 1 de la Convention, qui dispose en sa partie pertinente :

« 1. La Cour ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies de recours internes, tel qu'il est entendu selon les principes de droit international généralement reconnus (...) »

15. Le Gouvernement plaide que le requérant aurait dû introduire un recours constitutionnel au titre de l'article 48 de la loi sur la Cour constitutionnelle. L'article 43 § 3 de cette loi permettrait à la Cour constitutionnelle d'ordonner le réexamen des affaires pénales closes dans lesquelles des dispositions légales inconstitutionnelles ont été appliquées. En plus de constater la violation des droits du requérant garantis par la Constitution, la Cour constitutionnelle aurait pu lui offrir un recours qui lui aurait permis d'obtenir réparation complète de la situation causée par la violation, en décidant de la réouverture de son affaire dans le cadre d'une procédure de réexamen. Dix individus qui se trouveraient dans la même situation que le requérant auraient entrepris cette démarche avec succès, comme en témoignerait la décision n° 20 de la Cour constitutionnelle du 26 mai 2005 (paragraphe 12 ci-dessus).

16. Le requérant soutient qu'un recours ne peut être considéré comme « effectif » aux fins de l'article 35 § 1 que s'il permet une protection « directe et rapide » des droits garantis par la Convention, condition que ne remplirait pas la procédure devant la Cour constitutionnelle, puisque les affaires visées par la décision du 26 mai 2005 concernaient des condamnations datant de 2003 et 2004. Quoi qu'il en soit, selon la doctrine hongroise, la procédure de recours constitutionnel ne serait rien de plus qu'une forme particulière de contrôle abstrait des dispositions législatives, la Cour constitutionnelle n'aurait pas le pouvoir d'imposer son interprétation de manière contraignante aux juridictions ordinaires dans le cadre du réexamen d'une décision de justice et l'introduction d'un recours à la Cour constitutionnelle ne suspendrait pas l'exécution de la décision de justice concernée. En outre, l'ineffectivité du recours constitutionnel serait démontrée par le fait que, pour que la décision de la Cour constitutionnelle ait un quelconque poids, il faudrait rouvrir l'affaire pénale et tenir un nouveau procès devant les juridictions ordinaires, ce qui allongerait encore la durée de la procédure. Ainsi, le requérant aurait été privé d'un accès direct et aisé à un recours interne.

17. La Cour rappelle que l'épuisement des voies de recours internes s'apprécie normalement en fonction de la date d'introduction de la requête devant elle (*Baumann c. France*, n° 33592/96, § 47, 22 mai 2001). Cette règle ne va pas sans exceptions, qui peuvent être justifiées par les

circonstances particulières de chaque cas d'espèce (*Nogolica c. Croatie* (déc.), n° 77784/01, CEDH 2002-VIII). Dans le cas présent, le tribunal régional a rendu la décision définitive le 20 février 2004 et la requête a été introduite le 5 août de la même année. Ultérieurement, le 26 mai 2005, la Cour constitutionnelle a annulé l'article 360 § 1 du nouveau code de procédure pénale, qui contenait la disposition litigieuse. Néanmoins, l'article 43 de la loi sur la Cour constitutionnelle, sur lequel les plaignants ayant obtenu gain de cause avaient fondé leurs recours, existait déjà au moment où la présente requête a été introduite.

18. Cependant, la Cour observe que, lorsque la Cour constitutionnelle a annulé l'article 360 § 1, elle n'a pas ordonné le réexamen des affaires pénales des plaignants ayant obtenu gain de cause. La conclusion de cette juridiction selon laquelle la disposition annulée ne pouvait être appliquée dans des affaires qui étaient déjà closes (paragraphe 12 ci-dessus *in fine*) ne pallie pas cette absence de réexamen. La Cour note que la situation du requérant, qui apparemment subit encore les conséquences juridiques de sa condamnation, est régie par l'article 416 § 1 e) (anciennement article 406) du nouveau code de procédure pénale. Pour que cette disposition s'applique, la Cour constitutionnelle doit ordonner expressément le réexamen de l'affaire pénale (paragraphe 11 ci-dessus *in fine*), permettant ainsi une réparation complète. Cependant, elle ne l'a pas fait dans le cas des plaignants en faveur desquels elle a statué, et le Gouvernement n'a pas expliqué pour quelle raison il en aurait été différemment dans le cas du requérant si celui-ci avait introduit un recours constitutionnel. A cet égard, la Cour observe que l'article 43 § 3 de la loi sur la Cour constitutionnelle (paragraphe 10 ci-dessus) n'impose d'ordonner un réexamen que lorsque «la nullité de la disposition appliquée dans ces affaires entraînerait la réduction ou la non-infliction de la peine ou de la mesure, ou l'exonération ou la réduction de la responsabilité [pénale]». Elle n'est pas convaincue que ces conditions soient réunies lorsqu'est en jeu, comme en l'espèce, l'annulation d'une disposition inconstitutionnelle de nature procédurale et non de nature matérielle.

En bref, l'article 43 de la loi sur la Cour constitutionnelle, combiné avec l'article 416 (anciennement 406) du nouveau code de procédure pénale, n'apporte pas la garantie aux plaignants dans une situation telle que celle du requérant, même s'ils obtiennent gain de cause, que la procédure d'appel les concernant sera rouverte et qu'ils obtiendront réparation de la violation de leurs droits garantis par la Convention.

19. Dans ces conditions, la Cour n'est pas convaincue qu'un recours constitutionnel aurait constitué un recours effectif pour le requérant. Il s'ensuit que l'exception préliminaire du Gouvernement tirée du non-épuisement des voies de recours internes doit être rejetée. Par ailleurs, la Cour constate que le grief n'est pas manifestement mal fondé au sens de

l'article 35 § 3 de la Convention, et que la requête n'est pas irrecevable pour d'autres motifs. Il y a donc lieu de la déclarer recevable.

(...)

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

1. *Déclare* recevable le grief relatif à la séance d'appel tenue en l'absence du requérant (...);

(...)

Fait en anglais, puis communiqué par écrit le 5 décembre 2006, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Stanley Naismith  
Greffier adjoint

Jean-Paul Costa  
Président



BAJRAMI v. ALBANIA  
(*Application no. 35853/04*)

FOURTH SECTION

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

---

1. English original. Extracts.



SUMMARY<sup>1</sup>**No remedy for preventing or punishing international child abduction obstructing the enforcement of a custody order****Article 8**

*Respect for family life – No remedy for preventing or punishing international child abduction obstructing the enforcement of a custody order – Positive obligations*

\*  
\* \*

In 1998 the applicant separated from his wife, who then moved out with their daughter to live with her parents. The applicant only managed to see his daughter twice after the separation as his former wife and her parents refused to give him access to her. In 2003 he brought divorce proceedings, at the same time requesting the police to cancel his daughter's passport in view of the fact that his wife was planning to take her to Greece without his consent. Despite that request the applicant's wife managed to take her daughter to Greece. The applicant was later awarded custody of the child but the judgment was not enforced.

*Held*

Article 8: The custody judgment had remained unenforced for approximately two years, a situation for which no blame could be attributed to the applicant, who had regularly taken steps to secure the return of his daughter. Under Albanian law there was no specific remedy to prevent or punish cases of abduction of children from its territory. In particular, Albania was not a party to the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction and had not yet implemented the United Nations Convention on the Rights of the Child, whereas the European Convention on Human Rights required States to take all necessary measures to secure the reunion of parents with their children in accordance with a final judgment of a domestic court. The Albanian legal system did not provide any alternative framework affording the applicant the practical and effective protection that was required by the State's positive obligation enshrined in Article 8.

*Conclusion:* violation (unanimously).

**Case-law cited by the Court**

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

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

*Ignaccolo-Zenide v. Romania*, no. 31679/96, ECHR 2000-I

*Nuutinen v. Finland*, no. 32842/96, ECHR 2000-VIII

---

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

*Streletz, Kessler and Krenz v. Germany* [GC], nos. 34044/96, 35532/97 and 44801/98, ECHR 2001-II

*Al-Adsani v. the United Kingdom* [GC], no. 35763/97, ECHR 2001-XI

*Sylvester v. Austria*, nos. 36812/97 and 40104/98, 24 April 2003

*Iglesias Gil and A.U.I. v. Spain*, no. 56673/00, ECHR 2003-V



**In the case of Bajrami v. Albania,**

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

Nicolas Bratza, *President*,  
Giovanni Bonello,  
Matti Pellonpää,  
Kristaq Traja,  
Lech Garlicki,  
Ljiljana Mijović,  
Ján Šikuta, *judges*,

and Lawrence Early, *Section Registrar*,

Having deliberated in private on 10 October 2006 and 21 November 2006,

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

**PROCEDURE**

1. The case originated in an application (no. 35853/04) against the Republic of Albania lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by an ethnic Albanian from Kosovo, Mr Agim Bajrami (“the applicant”), on 27 September 2004.

2. The applicant was represented by Ms E. Murataj, a lawyer practising in Fier. The Albanian Government (“the Government”) were represented by their Agent, Mr S. Puto, of the Ministry of Foreign Affairs.

3. On 14 March 2005 the Court decided to give notice of the application to the Government. Under the provisions of Article 29 § 3 of the Convention, it decided to examine the merits of the application at the same time as its admissibility.

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

4. The applicant was born in 1964 and lives in Caralevë, in the municipality of Shtime (Kosovo).

5. On 28 April 1993 the applicant married F.M., an Albanian national. The couple had a child, I.B., who was born on 20 January 1997. In 1998 the applicant and F.M. separated.

6. F.M., together with her daughter, moved to her parents’ house in Vlora, Albania.

7. On 6 May 1999, using forged documents, the applicant's wife married another person without getting a divorce from the applicant.

8. It appears that on 15 September 1999 the Vlora District Court annulled F.M.'s second marriage. On an unspecified date she married H.I., an Albanian national who resided in Greece.

9. During the years that followed F.M.'s third marriage, she frequently travelled to Greece, leaving her daughter for long periods with her parents in Vlora, or taking her to Greece without the applicant's consent.

10. F.M. and her parents prohibited the applicant from having contact with his daughter. Since his separation from F.M., the applicant has been permitted to see his daughter only twice, in September 2000 and May 2003.

#### *1. Divorce and custody proceedings*

11. On 24 June 2003 the applicant brought divorce proceedings before the Vlora District Court.

12. On 26 June 2003 the applicant requested the Vlora District Police to cancel his daughter's passport in view of the fact that his wife was planning to take her to Greece without his consent.

13. Despite the applicant's requests to the Vlora District Police, it appears that his wife took the child to Greece on 15 January 2004, using an official certificate in which the applicant's daughter had been registered with the name I.M., using F.M.'s surname.

14. The applicant's wife was not present at the hearings. The latter's father testified before the court that his grandchild was in Greece with her mother, who resided there as an economic refugee.

15. On 4 February 2004 the Vlora District Court decreed the parties divorced. The court granted custody of the child to the applicant, having regard to the wife's lack of interest in the child's life, the instability of her residential arrangements and her long periods of separation from the child.

16. On 19 March 2004 the divorce and custody decisions became final.

#### *2. Enforcement proceedings*

17. On 5 April 2004 the Vlora District Court issued a writ for the enforcement of its judgment of 4 February 2004.

18. On 13 July 2004 the Vlora Bailiffs Office informed the applicant that it was impossible to enforce the judgment since the child was not in Albania.

19. On 15 August 2004 and 13 January 2005 the applicant applied to the Albanian Ministry of Justice to secure the return of his daughter.

20. On 11 January 2005, when questioned by the bailiffs, F.M.'s father declared that F.M. and the child were living abroad and that he had no

news of their whereabouts. The bailiffs went to F.M.'s home on three occasions between January 2005 and May 2005.

21. In May 2005 the Selenice district police station informed the bailiffs that F.M. and her daughter were not living in Athens and that F.M.'s father had moved to an unknown address in Tirana.

22. In July 2005 the Bailiffs Office informed the applicant that in order to comply with the bilateral agreement between Greece and Albania he had to submit a request and specify the precise address of the child in Greece.

23. The applicant sent numerous requests to the Albanian authorities, the Greek Embassy in Albania, the Ombudsperson of Albania (*Avokati i Popullit*) and the Ombudsperson of Kosovo, in order to obtain assistance in securing the enforcement of the custody decision.

### *3. Criminal proceedings for child abduction*

24. On 14 August 2004 the applicant initiated criminal proceedings with the Vlora District Court against his former wife, accusing her of child abduction.

25. On 13 October 2004 the Vlora District Court informed the Albanian Ombudsperson that no lawsuit had been filed with it relating to the abduction of the applicant's daughter.

### *4. Criminal proceedings against A.C.*

26. On 15 December 2003 the applicant initiated criminal proceedings against A.C., a Civil Status Office employee. He accused her of falsifying various documents that had enabled F.M. to remove I.B. from Albania, and particularly of forging documents declaring his wife to be unmarried and altering his daughter's surname.

27. On 26 January 2004 the Vlora District Court decided to discontinue the proceedings.

### *5. Recent developments*

28. On 22 August 2006 the Government informed the Registry that on 31 March 2006 the Vlora Court of Appeal had repealed the custody judgment of 4 February 2004 on the grounds that F.M. had not been duly informed of the proceedings regarding the custody of her daughter. The domestic court decided to send the case to the Vlora District Court for a fresh examination and thus the custody proceedings are still pending.

29. On 23 August 2006, following the Registry's request, the applicant stated that he had neither been informed of the institution of the new proceedings nor of their outcome.

30. The proceedings had been brought by F.M.'s lawyer and held in the applicant's absence.

## II. RELEVANT INTERNATIONAL AND DOMESTIC LAW

### A. Relevant international law

#### 1. *The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction*

31. At present, Albania has not ratified the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction.

#### 2. *The United Nations Convention on the Rights of the Child*

32. Article 11 of the Convention on the Rights of the Child of 20 November 1989, ratified by Albania on 27 February 1992, requires States Parties to take measures to combat the illegal transfer and non-return of children abroad. For that purpose, States should promote the conclusion of bilateral or multilateral agreements or accession to existing agreements.

#### 3. *The Bilateral Agreement on Mutual Assistance in Civil and Criminal Matters between Greece and Albania*

33. This Agreement, signed on 17 May 1993, was ratified by Albania pursuant to Law no. 7760 of 14 October 1993 and by Greece pursuant to Law no. 2311/1995. Articles 2, 3, 23 and 24 of the Agreement provide for the possibility for the Ministries of Justice of both Contracting Parties to cooperate in the recognition and execution in their territories of final judicial decisions given by the authorities of the other Party in civil, family and commercial matters.

### B. Relevant domestic law and practice

34. The Code of Civil Procedure, which governs, *inter alia*, execution of final judgments, does not contain any provisions specifically applicable to the transfer of custody of children. As a result, the general procedural rules on the execution of judgments are applicable *mutatis mutandis*.

35. In cases where a parent's refusal to comply constitutes a criminal offence, the matter should be referred to the prosecuting authorities.

36. Failure to abide by a final decision concerning custody of children may be punishable under Article 127 of the Criminal Code.

## THE LAW

...

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

46. The applicant complained that the inefficiency of the Albanian authorities in failing to take the necessary measures to reunite him with his daughter in compliance with a final decision had violated his right to respect for family life as provided in Article 8 of the Convention, which 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.”

...

### B. Merits

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

48. The applicant complained that the authorities had neglected to make the efforts that could normally be expected of them to ensure that his rights were respected. He further alleged that the failure of the authorities to involve the Greek authorities in helping to discover the whereabouts of his daughter was based on their assumption that F.M. and her current husband were unlawfully resident in Greece and not on any established facts.

49. The Government contested the applicant's arguments. They maintained that, in accordance with the positive obligation enshrined in Article 8 of the Convention, the authorities had taken all possible steps at their disposal to reunite the applicant with his daughter. They observed that approximately 500,000 Albanian nationals lived in Greece and that half of them resided there illegally. The Government could not therefore be held responsible for the failure of the applicant to give precise details of his daughter's whereabouts and to request an urgent measure to be taken before F.M. left Albania taking the child with her. The Government maintained that, since no precise address had been given for the child and her mother in Greece, the use of the instruments foreseen in the

bilateral agreement between Greece and Albania had been ineffective (see paragraph 33 above).

## 2. *The Court's assessment*

### (a) **General principles**

50. The Court reiterates that the essential object of Article 8 is to protect the individual against arbitrary action by public authorities. There are in addition positive obligations inherent in effective “respect” for family life. 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; *Ignaccolo-Zenide v. Romania*, no. 31679/96, § 94, ECHR 2000-I; *Iglesias Gil and A.U.I. v. Spain*, no. 56673/00, § 48, ECHR 2003-V; and *Sylvester v. Austria*, nos. 36812/97 and 40104/98, § 55, 24 April 2003).

51. In relation to the State’s obligation to take positive measures, the Court has repeatedly held that Article 8 includes a parent’s right to the taking of measures with a view to his being reunited with his child and an obligation on the national authorities to facilitate such reunion (see, among other authorities, *Ignaccolo-Zenide*, cited above, § 94; *Iglesias Gil and A.U.I.*, cited above, § 49; and *Nuutinen v. Finland*, no. 32842/96, § 127, ECHR 2000-VIII).

52. In cases concerning the enforcement of decisions in the sphere of family law, the Court has repeatedly held that what is decisive is whether the national authorities have taken all necessary steps to facilitate the execution as can reasonably be demanded in the special circumstances of each case (see *Hokkanen v. Finland*, 23 September 1994, § 58, Series A no. 299-A; *Ignaccolo-Zenide*, cited above, § 96; *Nuutinen*, cited above, § 128; and *Sylvester*, cited above, § 59).

53. In cases of this kind the adequacy of a measure is to be judged by the swiftness of its implementation, as the passage of time can have irremediable consequences for relations between the child and the parent who does not live with him or her. The Court notes that Article 11 of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction of 25 October 1980 (to which Albania is not a State Party) requires the judicial or administrative authorities concerned to act expeditiously in proceedings for the return of children and any inaction lasting more than six weeks may give rise to a request for a statement of reasons for the delay (see *Ignaccolo-Zenide*, cited above, § 102).

54. The Court has also held that, although coercive measures against children are not desirable in this sensitive area, the use of sanctions must not be ruled out in the event of unlawful behaviour by the parent with whom the children live (see *Ignaccolo-Zenide*, cited above, § 106).

55. The Court reiterates that the Convention must be applied in accordance with the principles of international law, in particular with those relating to the international protection of human rights (see *Streletz, Kessler and Krenz v. Germany* [GC], nos. 34044/96, 35532/97 and 44801/98, § 90, ECHR 2001-II, and *Al-Adsani v. the United Kingdom* [GC], no. 35763/97, § 55, ECHR 2001-XI). Consequently, the Court considers that the positive obligations that Article 8 of the Convention lays on the Contracting States in the matter of reuniting a parent with his or her children must be interpreted in the light of the Hague Convention of 25 October 1980 (see *Ignaccolo-Zenide*, cited above, § 95).

**(b) Application of the general principles to the present case**

56. The Court notes, firstly, that it is common ground that the relationship between the applicant and his daughter falls within the sphere of family life under Article 8 of the Convention.

57. The events under consideration in this case, in so far as they give rise to the responsibility of the respondent State, clearly amounted to an interference with the applicant's right to respect for his family life, as the failure to enforce the custody decision impaired his enjoyment of his daughter's company.

58. Notwithstanding that according to the latest developments the custody proceedings in question have been reopened and are still pending, the Court can but note that the custody judgment of 4 February 2004 had been valid and remained unenforced for approximately two years. Accordingly the Court must determine whether the national authorities took necessary and adequate steps to facilitate the enforcement of the judgment in issue.

59. In the present case the Court observes that the proceedings to enforce the decision in the applicant's favour have been pending since April 2004. It observes at the outset that this situation is not in any way attributable to the applicant, who has approached the national authorities to put an end to it and has regularly taken steps to secure the return of his daughter.

60. It was only in April 2005, more than one year after the adoption of the custody decision, that the bailiffs requested the police to transmit information to them about the whereabouts of F.M. and her daughter. While these attempts to enforce the decision all took place within a period of four months in 2005, the same diligence cannot be observed in relation to the crucial period immediately following the custody decision. As noted above, it was not until January 2005 that the bailiffs began to investigate the whereabouts of F.M. It is further to be noted that no steps were taken after May 2005.

61. The Court notes that no satisfactory explanation has been put forward to justify those delays. Similarly, no explanation has been provided by the Government for the total inactivity of the authorities once they had ascertained that F.M. was living in Greece. It is to be observed in this connection that both the applicant and F.M.'s family had informed the authorities, including at the custody hearing, that F.M. was living in Athens as an economic migrant.

62. The Court considers that the Government's argument about the illegal status of F.M. in Greece is speculative. The authorities took no steps to try to ascertain the whereabouts of F.M. and her daughter from the Greek authorities, a possibility provided for by the bilateral agreement between the two countries.

63. The Government alleged that the failure to enforce the decision in question resulted from the fact that the child was no longer in Albania, a situation which had also been caused in part by the applicant's failure to apply for urgent measures during the custody proceedings.

64. However, it appears that the applicant's attempts to inform the authorities of the risk of the child's abduction had gone unheeded. The Court considers that the applicant's omission to request an interim measure cannot absolve the authorities from their obligations in the matter of execution of judgments, since it is they who exercise public authority and have the means at their disposal to overcome problems in the way of execution. Moreover, the applicant could not be blamed for not having addressed requests to the Greek courts since the bilateral agreement on the matter expressly required the involvement of the Ministries of Justice of both countries for the enforcement of custody judgments in their territory (see paragraph 33 above). As noted previously, the Government have not explained to the Court's satisfaction what measures, if any, they took under that agreement to secure the return of the applicant's daughter from Greece or at least to trace the whereabouts of F.M.

65. The Court further observes that the wide range of legislative measures that have been implemented by the Albanian government in order to comply with the rule of law as well as European and international treaties do not include any effective measure for securing the reunion of parents with their children in a situation such as the applicant's. In particular, there is no specific remedy to prevent or punish cases of abduction of children from the territory of Albania (see paragraphs 34 et seq. above). At present, Albania is not a State Party to the above-cited Hague Convention and it has not yet implemented the United Nations Convention on the Rights of the Child of 20 November 1989 (see paragraphs 31 and 32 above).

66. The Court notes that the European Convention on Human Rights does not impose on States the obligation to ratify international



conventions. However, it does require them to take all necessary measures of their choosing to secure the individual's rights guaranteed by Article 8 of the Convention and in particular to secure the reunion of parents with their children in accordance with a final judgment of a domestic court.

67. Irrespective of the non-ratification by Albania of relevant international instruments in this area, the Court finds that the Albanian legal system, as it stands, has not provided any alternative framework affording the applicant the practical and effective protection that is required by the State's positive obligation enshrined in Article 8 of the Convention.

68. In the circumstances of the instant case, notwithstanding the respondent State's margin of appreciation in the matter, the Court concludes that the efforts of the Albanian authorities were neither adequate nor effective to discharge their positive obligation under Article 8.

69. There has accordingly been a violation of Article 8 of the Convention.

...

FOR THESE REASONS, THE COURT UNANIMOUSLY

...

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

...

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

Lawrence Early  
Registrar

Nicolas Bratza  
President



BAJRAMI c. ALBANIE  
(*Requête n° 35853/04*)

QUATRIÈME SECTION

ARRÊT DU 12 DÉCEMBRE 2006<sup>1</sup>

---

1. Traduction; original anglais. Extraits.



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Absence de recours permettant la prévention ou la répression d'un enlèvement international d'enfant faisant obstacle à l'exécution d'une décision d'attribution du droit de garde****Article 8**

*Respect de la vie familiale – Absence de recours permettant la prévention ou la répression d'un enlèvement international d'enfant faisant obstacle à l'exécution d'une décision d'attribution du droit de garde – Obligations positives*

\*  
\* \*

En 1998, le requérant se sépara de sa femme, qui partit avec leur fille s'installer chez ses parents. Il ne parvint à voir sa fille que deux fois après la séparation, la mère et les grands-parents maternels refusant de le laisser avoir des contacts avec elle. En 2003, il entama une procédure de divorce et demanda parallèlement à la préfecture d'annuler le passeport de sa fille, la mère s'appêtant à emmener l'enfant en Grèce sans son accord à lui. Malgré cette démarche, la femme du requérant parvint à emmener sa fille en Grèce. Ultérieurement, le requérant se vit attribuer la garde de l'enfant, mais le jugement ne fut pas exécuté.

Article 8 : la décision d'attribution de la garde est restée inappliquée pendant environ deux ans, et ce non par la faute du requérant, qui s'est efforcé sans relâche d'obtenir le retour de sa fille. En droit albanais, il n'existe pas de recours particulier permettant la prévention ou la répression des enlèvements d'enfants hors du territoire national. En particulier, l'Albanie n'est pas partie à la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, et elle n'a pas encore pris de mesures pour appliquer la Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant, alors que la Convention européenne des droits de l'homme fait obligation aux Etats de prendre toutes les mesures nécessaires pour obtenir le retour des enfants auprès de leurs parents conformément aux décisions définitives des juridictions internes. L'ordre juridique albanais ne fournit aucun autre cadre permettant au requérant de bénéficier de la protection pratique et effective requise en vertu de l'obligation positive de l'Etat consacrée à l'article 8 de la Convention.

*Conclusion* : violation (unanimité).

**Jurisprudence citée par la Cour**

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

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

---

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

*Ignaccolo-Zenide c. Roumanie*, n° 31679/96, CEDH 2000-I

*Nuutinen c. Finlande*, n° 32842/96, CEDH 2000-VIII

*Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne* [GC], n<sup>os</sup> 34044/96, 35532/97 et 44801/98, CEDH 2001-II

*Al-Adsani c. Royaume-Uni* [GC], n° 35763/97, CEDH 2001-XI

*Sylvester c. Autriche*, n<sup>os</sup> 36812/97 et 40104/98, 24 avril 2003

*Iglesias Gil et A.U.I. c. Espagne*, n° 56673/00, CEDH 2003-V

**En l'affaire Bajrami c. Albanie,**

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

Nicolas Bratza, *président*,  
Giovanni Bonello,  
Matti Pellonpää,  
Kristaq Traja,  
Lech Garlicki,  
Ljiljana Mijović,  
Ján Šikuta, *juges*,

et de Lawrence Early, *greffier de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 10 octobre et  
21 novembre 2006,

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

**PROCÉDURE**

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 35853/04) dirigée contre la République d'Albanie et dont un habitant du Kosovo d'origine albanaise, M. Agim Bajrami («le requérant»), a saisi la Cour le 27 septembre 2004 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> E. Murataj, avocate à Fier. Le gouvernement albanais («le Gouvernement») est représenté par son agent, M. S. Puto, du ministère des Affaires étrangères.

3. Le 14 mars 2005, la Cour a décidé de communiquer la requête au Gouvernement. Comme le permet l'article 29 § 3 de la Convention, elle a résolu d'examiner conjointement la recevabilité et le fond de l'affaire.

**EN FAIT****I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE**

4. Le requérant est né en 1964 et réside à Caralevë, dans la commune de Shtime (Kosovo).

5. Le 28 avril 1993, il épousa F.M., ressortissante albanaise. De cette union naquit un enfant, I.B., le 20 janvier 1997. En 1998, le requérant et F.M. se séparèrent.

6. F.M. s'installa avec sa fille chez ses parents, à Vlora (Albanie).

7. Le 6 mai 1999, à l'aide de faux documents, elle épousa un autre homme sans être divorcée du requérant.

8. Il semble que le tribunal de Vlora ait annulé ce deuxième mariage le 15 septembre 1999. A une date non précisée, F.M. épousa H.I., un ressortissant albanais résidant en Grèce.

9. Au cours des années qui suivirent son troisième mariage, F.M. se rendit fréquemment en Grèce, en laissant sa fille chez ses parents à Vlora pendant de longues périodes ou en l'emmenant avec elle en Grèce sans l'accord du requérant.

10. F.M. et ses parents empêchèrent le requérant d'avoir des contacts avec sa fille. Il ne lui fut permis de la voir que deux fois après sa séparation d'avec F.M., l'une en septembre 2000 et l'autre en mai 2003.

#### *1. Procédure de divorce et attribution du droit de garde*

11. Le 24 juin 2003, le requérant entama une procédure de divorce devant le tribunal de Vlora.

12. Le 26 juin 2003, il demanda à la préfecture de Vlora de bloquer le passeport de sa fille afin de faire obstacle aux projets de son épouse, qui s'appropriait selon lui à emmener l'enfant en Grèce sans l'accord du père.

13. Malgré la démarche entreprise par le requérant auprès de la préfecture, il semble que F.M. ait emmené sa fille en Grèce le 15 janvier 2004, en utilisant un document d'état civil sur lequel l'enfant figurait sous le nom de I.M., M. étant le nom de famille de la mère.

14. F.M. ne se présenta pas aux audiences. Son père déclara quant à lui devant le tribunal que sa petite-fille était en Grèce avec sa fille, qui y résidait en qualité de réfugiée économique.

15. Le 4 février 2004, le tribunal de Vlora prononça le divorce des parties. Il accorda la garde de l'enfant au requérant, au vu du manque d'intérêt de l'épouse pour la vie de sa fille, de ses nombreux changements de résidence et de ses longues périodes de séparation d'avec l'enfant.

16. Le 19 mars 2004, le jugement de divorce et l'attribution de la garde de l'enfant devinrent définitifs.

#### *2. Procédure d'exécution*

17. Le 5 avril 2004, le tribunal de Vlora prononça une ordonnance d'exécution forcée de son jugement du 4 février 2004.

18. Le 13 juillet 2004, l'étude d'huissiers de justice de Vlora informa le requérant qu'il était impossible de faire exécuter le jugement puisque l'enfant ne se trouvait pas en Albanie.

19. Les 15 août 2004 et 13 janvier 2005, le requérant demanda au ministère albanais de la Justice d'obtenir le retour de sa fille.

20. Le 11 janvier 2005, interrogé par les huissiers, le père de F.M. déclara que sa fille et sa petite-fille vivaient à l'étranger et qu'il ne savait pas où elles se trouvaient. Les huissiers se rendirent au domicile familial de F.M. en trois occasions entre janvier et mai 2005.



21. En mai 2005, les services de police de Selenice informèrent les huissiers que F.M. et sa fille ne vivaient pas à Athènes, et que le père de F.M. s'était installé à Tirana, à une adresse inconnue.

22. En juillet 2005, l'étude des huissiers informa le requérant que, pour que l'accord bilatéral entre la Grèce et l'Albanie puisse être appliqué, il devait introduire une requête précisant l'adresse exacte de l'enfant en Grèce.

23. Le requérant envoya plusieurs requêtes aux autorités albanaises, à l'ambassade de Grèce en Albanie, au médiateur de la République d'Albanie (*Avokati i Popullit*) et au médiateur du Kosovo, afin qu'on l'aide à faire appliquer la décision d'attribution du droit de garde.

### *3. Procédure pénale pour enlèvement d'enfant*

24. Le 14 août 2004, le requérant aurait intenté une action pénale contre son ex-épouse devant le tribunal de Vlora pour enlèvement d'enfant.

25. Le 13 octobre 2004, le tribunal de Vlora aurait informé le médiateur de la République d'Albanie qu'aucune action en justice n'avait été intentée pour l'enlèvement de la fille du requérant.

### *4. Procédure pénale contre A.C.*

26. Le 15 décembre 2003, le requérant intenta une action pénale contre A.C., employée du service d'état civil. Il l'accusait d'avoir falsifié différents documents qui avaient permis à F.M. de faire sortir I.B. d'Albanie, et prétendait notamment qu'elle avait établi des faux déclarant son épouse célibataire et n'indiquant pas le véritable nom de famille de sa fille.

27. Le 26 janvier 2004, le tribunal de Vlora prononça un non-lieu.

### *5. Faits récents*

28. Le 22 août 2006, le Gouvernement a informé le greffe que, le 31 mars 2006, la cour d'appel de Vlora avait annulé la décision d'attribution du droit de garde en date du 4 février 2004 et renvoyé l'affaire devant le tribunal de Vlora, au motif que F.M. n'avait pas été dûment informée de la procédure relative à la garde de sa fille. La procédure relative au droit de garde est donc encore pendante.

29. Le 23 août 2006, répondant à une question du greffe, le requérant a déclaré qu'il n'avait pas été avisé de la nouvelle procédure ni de son issue.

30. La procédure devant la cour d'appel aurait été engagée par l'avocat de F.M. et elle se serait déroulée en l'absence du requérant.

## II. LE DROIT INTERNE ET INTERNATIONAL PERTINENT

### A. Le droit international pertinent

#### 1. *La Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*

31. A l'heure actuelle, l'Albanie n'a pas ratifié la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants.

#### 2. *La Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant*

32. L'article 11 de la Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant, que l'Albanie a ratifiée le 27 février 1992, impose aux Etats parties de prendre des mesures pour lutter contre les déplacements et les non-retours illicites d'enfants à l'étranger. A cette fin, ils doivent favoriser la conclusion d'accords bilatéraux ou multilatéraux ou l'adhésion aux accords existants.

#### 3. *L'Accord bilatéral d'entraide judiciaire en matière civile et pénale entre la Grèce et l'Albanie*

33. Signé le 17 mai 1993, cet accord a été ratifié par l'Albanie en vertu de la loi n° 7760 du 14 octobre 1993 et par la Grèce en vertu de la loi n° 2311/1995. Il prévoit, en ses articles 2, 3, 23 et 24, la possibilité pour les ministères de la Justice des deux Parties contractantes de coopérer en vue de la reconnaissance et de l'exécution sur leurs territoires respectifs des décisions de justice définitives rendues par les autorités de l'autre Partie en matière civile, familiale et commerciale.

### B. Le droit et la pratique internes pertinents

34. Le code de procédure civile, qui régit notamment l'exécution des jugements définitifs, ne contient pas de dispositions expressément applicables au transfert de garde des enfants. Les règles de procédure de droit commun relatives à l'exécution des jugements sont donc applicables *mutatis mutandis*.

35. Lorsque le refus d'un parent de respecter une décision de justice est constitutif d'une infraction pénale, l'affaire doit être renvoyée au ministère public.

36. Le non-respect d'une décision définitive relative à la garde des enfants peut emporter les sanctions prévues à l'article 127 du code pénal.

## EN DROIT

(...)

### II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION

46. Le requérant allègue que l'inefficacité des autorités albanaises, qui n'ont pas pris les mesures nécessaires pour que sa fille et lui soient réunis conformément à une décision de justice définitive, a violé son droit au respect de sa vie familiale garanti par l'article 8 de la Convention, aux termes duquel :

« 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. »

(...)

### **B. Sur le fond**

#### *1. Thèses des parties*

48. Le requérant estime que les autorités n'ont pas fait preuve de la diligence que l'on pouvait normalement attendre d'elles pour garantir le respect de ses droits. Il allègue en outre que la raison pour laquelle elles n'ont pas réussi à obtenir la coopération des autorités grecques pour découvrir le lieu où se trouvait sa fille est que, au lieu de s'en tenir à des faits éventuellement établis, elles ont présumé que F.M. et son époux actuel étaient en situation irrégulière en Grèce.

49. Le Gouvernement conteste les arguments du requérant. Il soutient que, conformément à l'obligation positive consacrée par l'article 8 de la Convention, les autorités ont mis en œuvre tous les moyens à leur disposition pour réunir le requérant et sa fille. Il souligne que quelque 500 000 ressortissants albanais vivent en Grèce, et que la moitié d'entre eux sont en situation irrégulière. Il estime donc qu'il ne saurait être tenu pour responsable du fait que le requérant n'a pas communiqué l'adresse précise de sa fille ni demandé la prise d'une mesure d'urgence avant que F.M. ne quittât l'Albanie avec l'enfant, et soutient que le recours aux instruments prévus dans l'accord bilatéral entre la Grèce et l'Albanie a

été infructueux parce que l'adresse précise de l'enfant et de sa mère en Grèce n'a pas été indiquée (paragraphe 33 ci-dessus).

## 2. *Appréciation de la Cour*

### a) **Principes généraux**

50. La Cour rappelle que, si l'article 8 de la Convention tend pour l'essentiel à prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il engendre de surcroît des obligations positives inhérentes à un « respect » effectif de la vie familiale. 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; *Ignaccolo-Zenide c. Roumanie*, n° 31679/96, § 94, CEDH 2000-I; *Iglesias Gil et A.U.I. c. Espagne*, n° 56673/00, § 48, CEDH 2003-V, et *Sylvester c. Autriche*, n°s 36812/97 et 40104/98, § 55, 24 avril 2003).

51. S'agissant de l'obligation pour l'Etat de prendre des mesures positives, la Cour a déclaré à de nombreuses reprises que l'article 8 implique le droit d'un parent à des mesures propres à le réunir à son enfant et l'obligation pour les autorités nationales de faciliter ce regroupement (voir, par exemple, *Ignaccolo-Zenide*, précité, § 94; *Iglesias Gil et A.U.I.*, précité, § 49, et *Nuutinen c. Finlande*, n° 32842/96, § 127, CEDH 2000-VIII).

52. La Cour a dit à de nombreuses reprises que, dans les affaires relatives à l'exécution des décisions relevant du droit de la famille, le point décisif consiste à savoir si les autorités nationales ont pris, pour faciliter l'exécution, toutes les mesures nécessaires que l'on pouvait raisonnablement exiger d'elles compte tenu des circonstances de l'espèce (*Hokkanen c. Finlande*, 23 septembre 1994, § 58, série A n° 299-A; *Ignaccolo-Zenide*, précité, § 96; *Nuutinen*, précité, § 128, et *Sylvester*, précité, § 59).

53. Dans ce type d'affaires, le caractère satisfaisant d'une mesure s'apprécie à la rapidité de sa mise en œuvre, car le passage du temps peut avoir des conséquences irrémédiables sur les relations entre l'enfant et le parent qui ne vit pas avec lui. La Cour relève que l'article 11 de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (à laquelle l'Albanie n'est pas partie) impose aux autorités judiciaires ou administratives concernées de procéder d'urgence en vue du retour de l'enfant, et prévoit que toute inaction de plus de six semaines peut donner lieu à la demande d'une déclaration sur les raisons de ce retard (*Ignaccolo-Zenide*, précité, § 102).

54. La Cour a dit également que, si des mesures coercitives à l'égard des enfants ne sont pas souhaitables dans ce domaine délicat, le recours à des sanctions ne doit pas être écarté en cas de comportement illégal du parent avec lequel vivent les enfants (*Ignaccolo-Zenide*, précité, § 106).

55. La Cour rappelle que la Convention doit s'appliquer en accord avec les principes du droit international, en particulier ceux relatifs à la protection internationale des droits de l'homme (*Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne* [GC], n<sup>os</sup> 34044/96, 35532/97 et 44801/98, § 90, CEDH 2001-II, et *Al-Adsani c. Royaume-Uni* [GC], n<sup>o</sup> 35763/97, § 55, CEDH 2001-XI). Elle estime par conséquent que les obligations positives que l'article 8 de la Convention fait peser sur les Etats contractants en matière de réunion d'un parent à ses enfants doivent s'interpréter à la lumière de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 (*Ignaccolo-Zenide*, précité, § 95).

#### **b) Application des principes généraux en l'espèce**

56. La Cour note, en premier lieu, qu'il ne prête pas à controverse que la relation entre le requérant et sa fille relève de la vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention.

57. Dans la mesure où ils engagent la responsabilité de l'Etat défendeur, les faits présentés en l'espèce constituent clairement une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie familiale du requérant, que l'inexécution de la décision d'attribution du droit de garde a privé de la présence de sa fille.

58. Même si la procédure relative au droit de garde a été rouverte récemment et est encore pendante, force est de constater que la décision d'attribution de ce droit prononcée le 4 février 2004, alors qu'elle était opposable, est restée inexécutée pendant près de deux ans. La Cour doit donc déterminer si les autorités nationales ont pris les mesures nécessaires et suffisantes pour faciliter l'exécution du jugement en question.

59. En l'espèce, la Cour observe que la procédure visant à l'exécution de la décision en faveur du requérant est pendante depuis avril 2004, et elle relève d'emblée que cette situation n'est nullement imputable à l'intéressé, celui-ci ayant demandé aux autorités nationales d'y mettre fin et s'étant efforcé sans relâche d'obtenir le retour de sa fille.

60. Ce n'est qu'en avril 2005, plus d'un an après l'adoption de la décision d'attribution du droit de garde, que les huissiers ont prié la police de les informer du lieu où se trouvaient F.M. et sa fille. Si ces mesures visant à l'exécution de la décision ont toutes été prises dans un délai de quatre mois en 2005, la même diligence n'avait pas été déployée pendant la période cruciale immédiatement postérieure à la décision d'attribution. Comme indiqué précédemment, ce n'est qu'en janvier 2005

que les huissiers ont entrepris de rechercher le lieu de résidence de F.M. Il est à noter en outre qu'aucune mesure n'a été prise après mai 2005.

61. La Cour constate qu'aucune explication satisfaisante n'a été avancée pour justifier ces lenteurs. De même, le Gouvernement n'a pas expliqué pourquoi les autorités n'avaient pris absolument aucune mesure après avoir établi que F.M. vivait en Grèce. On se rappellera à cet égard que le requérant et la famille de son ex-épouse avaient informé les autorités, notamment au cours de l'audience relative à l'attribution du droit de garde, que F.M. résidait en Grèce, où elle aurait émigré pour des raisons économiques.

62. La Cour considère que l'argument du Gouvernement selon lequel F.M. serait en situation irrégulière en Grèce ne repose que sur des spéculations. Les autorités n'ont pris aucune mesure pour s'enquérir auprès des autorités grecques du lieu de résidence de F.M. et de sa fille, bien que l'accord bilatéral entre les deux pays prévît cette possibilité.

63. Le Gouvernement soutient que l'inexécution de la décision en question est due au fait que l'enfant n'était plus en Albanie, situation qui serait elle-même imputable en partie au requérant, qui n'aurait pas demandé la prise de mesures d'urgence pendant la procédure relative à l'attribution du droit de garde.

64. Il apparaît cependant que les tentatives faites par le requérant pour alerter les autorités quant au risque que l'enfant fût enlevée sont restées sans effet. La Cour estime que le fait que le requérant n'ait pas sollicité de mesure conservatoire n'exonère nullement les autorités de leurs obligations en matière d'exécution des jugements, dans la mesure où ce sont elles qui, précisément, exercent l'autorité publique et disposent des moyens de surmonter les obstacles à l'exécution. En outre, on ne saurait reprocher au requérant de ne pas s'être adressé aux juridictions grecques, l'accord bilatéral prévoyant expressément qu'il revient aux ministères de la Justice des deux pays de faire exécuter les décisions d'attribution du droit de garde sur leur territoire (paragraphe 33 ci-dessus). Comme la Cour l'a déjà souligné, le Gouvernement ne lui a pas expliqué de manière satisfaisante quelles mesures il a prises dans le cadre de cet accord, si tant est qu'il en ait pris, pour obtenir le retour de Grèce de la fille du requérant, ou tout au moins pour déterminer le lieu de résidence de F.M.

65. La Cour observe par ailleurs que les nombreuses mesures législatives adoptées par le gouvernement albanais pour garantir l'état de droit et respecter les traités européens et internationaux ne comprennent aucune mesure effective permettant d'assurer le regroupement des parents et de leurs enfants dans les cas tels que celui du requérant. Il n'existe pas, notamment, de recours particulier permettant la prévention et la répression des enlèvements d'enfants hors du territoire albanais (paragraphe 34 et suivants ci-dessus). A l'heure

actuelle, l'Albanie n'est pas partie à la Convention de La Haye susmentionnée, et elle n'a pas encore pris de mesures pour appliquer la Convention des Nations unies du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant (paragraphe 31 et 32 ci-dessus).

66. La Cour rappelle que, si la Convention européenne des droits de l'homme n'impose pas aux Etats de ratifier les conventions internationales, elle leur fait obligation de prendre toutes les mesures de leur choix nécessaires pour assurer le respect des droits de l'individu garantis par l'article 8 de la Convention, et notamment pour obtenir le retour des enfants auprès de leurs parents conformément aux décisions définitives des juridictions internes.

67. Indépendamment du fait que l'Albanie n'a pas ratifié les instruments internationaux applicables dans ce domaine, la Cour constate que l'ordre juridique albanais, en son état actuel, ne procure aucun autre cadre permettant au requérant de bénéficier de la protection concrète et effective requise en vertu de l'obligation positive de l'Etat consacrée à l'article 8 de la Convention.

68. Compte tenu des circonstances de l'affaire, la Cour conclut, nonobstant la marge d'appréciation de l'Etat défendeur en la matière, que les mesures prises par les autorités albanaises en l'espèce n'étaient ni suffisantes ni efficaces au regard de l'obligation positive qui leur incombait en vertu de l'article 8.

69. Il y a donc eu violation de l'article 8 de la Convention.

(...)

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

(...)

2. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention;

(...)

Fait en anglais, puis communiqué par écrit le 12 décembre 2006, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Lawrence Early  
Greffier

Nicolas Bratza  
Président





MARKOVIC ET AUTRES c. ITALIE  
*(Requête n° 1398/03)*

GRANDE CHAMBRE

ARRÊT DU 14 DÉCEMBRE 2006



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Impossibilité d'intenter une action en responsabilité contre l'Etat à raison d'actes extraterritoriaux****Article 1**

*«Relevant de [la] juridiction» – Action en responsabilité contre l'Etat à raison d'actes extraterritoriaux – Effet de l'institution d'une procédure devant les juridictions internes – Lien juridictionnel – Droit reconnu au niveau interne d'engager une action – Droit relevant a priori du champ d'application de l'article 6*

**Article 6**

*Accès à un tribunal – Procédure civile – Impossibilité d'intenter une action en responsabilité contre l'Etat à raison d'actes extraterritoriaux – Demande de dommages-intérêts pour le décès de proches tués lors d'une frappe aérienne de l'OTAN sur la République fédérale de Yougoslavie – Applicabilité – Contestation réelle et sérieuse sur l'existence d'un droit – Effet d'une décision judiciaire défavorable ultérieure – Grievs non rétrospectivement indéfendables – Respect – Impossibilité d'intenter une action résultant des principes qui régissent le droit d'action matériel, non de l'immunité de l'Etat*

\*  
\* \*

Les dix requérants sont tous ressortissants de l'ex-Serbie-Monténégro et proches parents de personnes qui ont trouvé la mort lors d'une frappe aérienne de l'OTAN sur le siège de la Radio-televizija Srbija à Belgrade en avril 1999. Ils intentèrent une action en responsabilité devant les juridictions italiennes pour ces décès car ils estimaient que l'implication de l'Italie dans les opérations militaires avait été plus importante que celle des autres membres de l'OTAN du fait que cet Etat avait fourni un soutien logistique et politique majeur, dont l'usage de ses bases aériennes. Les défendeurs à l'action furent la présidence du Conseil des ministres et le ministère de la Défense italiens ainsi que le commandement des Forces alliées de l'Europe du Sud de l'OTAN. La présidence du Conseil des ministres et le ministère de la Défense italiens présentèrent un recours devant la Cour de cassation afin d'obtenir une décision préalable sur la question de la juridiction. La Cour de cassation conclut à l'incompétence des juridictions italiennes parce que la décision de l'Italie de participer aux frappes aériennes était de nature politique et échappait donc au contrôle du juge. En outre, les lois ayant donné application aux instruments internationaux invoqués par les requérants ne contenaient pas de dispositions expresses donnant aux personnes lésées la possibilité de demander à l'Etat réparation des dommages subis en violation des règles du droit international.

---

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

Article 6: a) *Recevabilité* – i. Epuisement des voies de recours internes: d'après le gouvernement défendeur, les requérants n'ont pas épuisé les voies de recours internes faute d'avoir repris la procédure contre l'OTAN. La Cour n'a aucun exemple concret de procédures en responsabilité civile contre l'OTAN qui auraient abouti et elle n'est pas convaincue par l'argument du gouvernement défendeur selon lequel la reprise de la procédure à l'encontre de l'OTAN aurait eu plus de chances de succès que celle dirigée contre l'Etat italien.

ii. «Juridiction» de l'Etat défendeur au sens de l'article 1 de la Convention: le gouvernement défendeur avait, dans l'affaire *Banković et autres c. Belgique et autres*, souligné la possibilité d'engager une procédure devant les juridictions nationales italiennes, ce qui impliquait l'existence d'un lien juridictionnel en dépit de la nature extraterritoriale des griefs. Effectivement, les requérants étaient déjà en cours d'instance devant les juridictions nationales. Le point de savoir si le fait pour une personne d'engager une procédure au niveau national entraîne pour l'Etat une obligation à l'égard de cette personne dépend des droits que l'Etat en question permet de revendiquer. Si le droit interne reconnaît la possibilité d'engager une action et si le droit revendiqué est un droit ayant *a priori* les caractéristiques requises par l'article 6 de la Convention, la Cour ne voit pas pourquoi cette procédure interne devrait être évaluée différemment de toute autre procédure intentée au niveau national. Même si le caractère extraterritorial des faits éventuellement à l'origine de l'action peut avoir des conséquences sur l'applicabilité de l'article 6 et sur le résultat final de la procédure, il ne peut en aucun cas en avoir sur la compétence *ratione loci* et *ratione personae* de l'Etat en question. En raison de l'existence d'une procédure civile devant les juridictions nationales, l'Etat est tenu de par l'article 1 de la Convention de garantir dans le cadre de cette procédure le respect des droits protégés par l'article 6. A partir du moment où une personne introduit une action civile devant les juridictions d'un Etat, il existe donc indiscutablement un «lien juridictionnel» au sens de l'article 1 de la Convention.

iii. Applicabilité *ratione materiae*: c'est la première fois que les tribunaux internes ont été appelés à dire si une action en responsabilité civile pouvait être engagée contre l'Etat en vertu de l'article 2043 du code civil dans la situation invoquée par les requérants. En conséquence, il y avait dès le début de la procédure une contestation réelle et sérieuse sur l'existence du droit que les intéressés affirmaient tirer du régime de la responsabilité civile. L'arrêt de la Cour de cassation selon lequel, étant un acte de guerre, l'acte incriminé n'était pas susceptible de contrôle judiciaire, ne peut être pertinent que pour les allégations qui seraient présentées ultérieurement par d'autres plaignants et n'a pas été rétroactivement aux griefs des requérants leur caractère défendable. Dans ces conditions, les requérants pouvaient prétendre, au moins de manière défendable, avoir un droit reconnu en droit interne, et l'article 6 s'applique à l'action dirigée contre l'Etat.

*Conclusion*: rejet de l'exception préliminaire (unanimité).

b) *Fond* – La décision de la Cour de cassation n'emporte pas consécration d'une immunité mais donne uniquement des indications quant à l'étendue du contrôle qu'un juge peut exercer sur un acte de politique étrangère tel qu'un acte de guerre. L'impossibilité pour les requérants de poursuivre l'Etat découlait non pas d'une immunité mais des principes régissant le droit d'action matériel en droit

interne. Or, selon la tendance jurisprudentielle interne de l'époque, il n'y avait dans ce type d'affaire aucune possibilité de mettre en jeu la responsabilité de l'Etat. Les prétentions des requérants ont fait l'objet d'un examen équitable à la lumière des principes applicables du droit italien concernant le droit de la responsabilité délictuelle. Les intéressés ont bien eu accès à un tribunal mais un accès limité puisqu'ils n'ont pu obtenir une décision sur le bien-fondé.

*Conclusion* : non-violation (dix voix contre sept).

### Jurisprudence citée par la Cour

- Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, série A n° 18  
*Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, série A n° 32  
*Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique*, 23 juin 1981, série A n° 43  
*Van Droogenbroeck c. Belgique*, 24 juin 1982, série A n° 50  
*Sporrong et Lönnroth c. Suède*, 23 septembre 1982, série A n° 52  
*Ashingdane c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, série A n° 93  
*Bentham c. Pays-Bas*, 23 octobre 1985, série A n° 97  
*James et autres c. Royaume-Uni*, 21 février 1986, série A n° 98  
*Lithgow et autres c. Royaume-Uni*, 8 juillet 1986, série A n° 102  
*Tre Traktörer AB c. Suède*, 7 juillet 1989, série A n° 159  
*Fayed c. Royaume-Uni*, 21 septembre 1994, série A n° 294-B  
*Les saints monastères c. Grèce*, 9 décembre 1994, série A n° 301-A  
*Tolstoy Miloslavsky c. Royaume-Uni*, 13 juillet 1995, série A n° 316-B  
*Masson et Van Zon c. Pays-Bas*, 28 septembre 1995, série A n° 327-A  
*Stubbings et autres c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-IV  
*Waite et Kennedy c. Allemagne* [GC], n° 26083/94, CEDH 1999-I  
*Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne* [GC], n°s 34044/96, 35532/97 et 44801/98, CEDH 2001-II  
*Z et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 29392/95, CEDH 2001-V  
*Ferrazzini c. Italie* [GC], n° 44759/98, CEDH 2001-VII  
*Prince Hans-Adam II de Liechtenstein c. Allemagne* [GC], n° 42527/98, CEDH 2001-VIII  
*Banković et autres c. Belgique et autres* (déc.) [GC], n° 52207/99, CEDH 2001-XII  
*A. c. Royaume-Uni*, n° 35373/97, CEDH 2002-X  
*Kleyn et autres c. Pays-Bas* [GC], n°s 39343/98, 39651/98, 43147/98 et 46664/99, CEDH 2003-VI  
*Vo c. France* [GC], n° 53924/00, CEDH 2004-VIII  
*Roche c. Royaume-Uni* [GC], n° 32555/96, CEDH 2005-X  
*Sejdovic c. Italie* [GC], n° 56581/00, CEDH 2006-II  
*Cocchiarella c. Italie* [GC], n° 64886/01, CEDH 2006-V



**En l'affaire Markovic et autres c. Italie,**

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

Luzius Wildhaber, *président*,

Loukis Rozakis,

Jean-Paul Costa,

Nicolas Bratza,

Boštjan M. Zupančič,

Lucius Caflisch,

Ireneu Cabral Barreto,

Karel Jungwiert,

John Hedigan,

Margarita Tsatsa-Nikolovska,

Mindia Ugrekheldze,

Anatoly Kovler,

Vladimiro Zagrebelsky,

Egbert Myjer,

Davíd Thór Björgvinsson,

Danutė Jočienė,

Ján Šikuta, *juges*,

et de Lawrence Early, *greffier de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 14 décembre 2005, 9 janvier et 25 octobre 2006,

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

**PROCÉDURE**

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 1398/03) dirigée contre la République italienne et dont dix ressortissants de la Serbie-Monténégro, MM. Dusan et Zoran Markovic, M<sup>me</sup> Dusika et M. Vladimir Jontic, M<sup>me</sup> Draga Jankovic, M<sup>mes</sup> Mirjana et Slavica Stevanovic et M<sup>me</sup> Milena et MM. Obrad et Dejan Dragojevic («les requérants»), ont saisi la Cour le 6 décembre 2002 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales («la Convention»).

2. Les requérants agissent devant la Cour par l'intermédiaire de M<sup>me</sup> A. Rampelli et sont représentés par M<sup>c</sup> G. Bozzi, avocat à Rome, ainsi que par M<sup>es</sup> A. Bozzi et C. Gatti, avocats à Milan. Le gouvernement italien («le gouvernement défendeur») est représenté par son agent, M. I.M. Braguglia, et son coagent, M. F. Crisafulli.

3. Les requérants voyaient en particulier une violation de l'article 6 de la Convention combiné avec l'article 1 dans la décision de la Cour de cassation italienne déclarant les juridictions internes incompétentes pour

examiner la demande en réparation formée par eux à la suite d'une frappe aérienne des forces de l'OTAN.

4. La requête a été attribuée à la première section de la Cour (article 52 § 1 du règlement). Par une décision du 12 juin 2003, ladite section a décidé de déclarer la requête partiellement irrecevable quant aux griefs tirés des articles 2, 10, 13 (dans la mesure où celui-ci a été considéré comme absorbé par l'article 6) et 17 de la Convention et de communiquer le restant de la requête au gouvernement défendeur pour observations écrites. Le 28 avril 2005, une chambre de la troisième section composée de Boštjan M. Zupančič, président, John Hedigan, Lucius Caflisch, Margarita Tsatsa-Nikolovska, Vladimiro Zagrebelsky, Egbert Myjer, Davíd Thór Björgvinsson, juges, et de Vincent Berger, 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.

6. En application des articles 29 § 3 de la Convention et 54A § 3 du règlement, la Grande Chambre a informé les parties qu'elle pourrait statuer sur le fond en même temps que sur la recevabilité de l'affaire.

7. Tant les requérants que le gouvernement défendeur ont déposé un mémoire. Des observations ont également été reçues du gouvernement du Royaume-Uni, que le président avait autorisé à intervenir dans la procédure écrite (articles 36 § 2 de la Convention et 44 § 2 du règlement). Le gouvernement de la Serbie-Monténégro a exercé son droit d'intervenir (articles 36 § 1 de la Convention et 44 § 1 b) du règlement). Les requérants ont répondu à ces commentaires à l'audience (article 44 § 5 du règlement).

8. Une audience s'est déroulée en public au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 14 décembre 2005 (article 59 § 3 du règlement).

Ont comparu :

– *pour le Gouvernement défendeur*

M. F. CRISAFULLI,

M<sup>me</sup> A. CIAMPI,

*coagent,  
conseillère ;*

– *pour le requérant*

M<sup>es</sup> G. BOZZI, avocat au barreau de Rome,

A. BOZZI, avocat au barreau de Milan,

M. D. GALLO,

*conseils,  
conseiller ;*

– *pour le gouvernement de la Serbie-Monténégro*

M. S. CARIĆ,

M<sup>mes</sup> K. JOSIFOR,

I. BANOVCANIN-HEUBERGER,

*agent,  
conseillères.*



La Cour a entendu en leurs déclarations M. Crisafulli, M<sup>me</sup> Ciampi, M<sup>es</sup> G. Bozzi, A. Bozzi et M. Carić, ainsi qu'en leurs réponses aux questions des juges.

## EN FAIT

### I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

9. Les dix requérants sont tous des ressortissants de la Serbie-Monténégro, désignée à l'époque des faits comme la République fédérale de Yougoslavie (« RFY »).

Les deux premiers requérants, Dusan et Zoran Markovic, sont nés en 1924 et 1952 respectivement, et ils saisissent la Cour en raison du décès de leur fils et frère, Dejan Markovic.

Les troisième et quatrième requérants, Dusika et Vladimir Jontic, sont nés en 1948 et 1978 respectivement, et ils saisissent la Cour en raison du décès de leur mari et père, Slobodan Jontic.

La cinquième requérante, Draga Jankovic, est née en 1947, et elle saisit la Cour en raison du décès de son mari, Milovan Jankovic.

Les sixième et septième requérantes, Mirjana et Slavica Stevanovic, sont nées en 1945 et 1974 respectivement, et elles saisissent la Cour en raison du décès de leur fils et frère, Slavisa Stevanovic.

Les huitième, neuvième et dixième requérants, Milena, Obrad et Dejan Dragojevic, sont nés en 1953, 1946 et 1975 respectivement, et ils saisissent la Cour en raison du décès de leur fils et frère, Dragorad Dragojevic.

10. Les requérants ont introduit la présente requête pour se plaindre de l'issue d'une procédure en dédommagement qu'ils avaient introduite devant les juridictions judiciaires italiennes à cause d'une frappe aérienne contre la RFY.

#### **A. Le contexte et le bombardement de la Radio-televizija Srbija (RTS)**

11. Les faits de la cause relèvent du même contexte que celui pris en compte par la Cour dans la décision *Banković et autres c. Belgique et autres* ((déc.) [GC], n° 52207/99, CEDH 2001-XII). Dans cette affaire, les faits ont été résumés comme suit :

«6. De nombreux documents traitent du conflit qui opposa les forces serbes et albanaises du Kosovo en 1998 et 1999. Devant l'escalade de la violence et eu égard aux préoccupations grandissantes de la communauté internationale et à l'échec des initiatives diplomatiques, le Groupe de contact composé des représentants de six pays (institué en 1992 par la Conférence de Londres) se réunit et décida d'organiser des négociations entre les parties au conflit.

7. Le 30 janvier 1999, à la suite d'une décision de son Conseil de l'Atlantique Nord (CAN), l'Organisation du Traité de l'Atlantique Nord (OTAN) annonça que des frappes aériennes seraient effectuées sur le territoire de la RFY en cas de non-respect des exigences de la Communauté internationale. Des négociations eurent alors lieu entre les parties au conflit, du 6 au 23 février 1999 à Rambouillet, et du 15 au 18 mars 1999 à Paris. L'accord de paix proposé à l'issue des pourparlers fut signé par la délégation albanaise du Kosovo, mais non par la délégation serbe.

8. Considérant que tous les efforts entrepris pour parvenir à une solution politique négociée de la crise du Kosovo avaient échoué, le CAN décida de commencer les frappes aériennes (opération Force alliée) contre la RFY, mesure que le Secrétaire général de l'OTAN annonça le 23 mars 1999. Les frappes aériennes s'échelonnèrent du 24 mars au 8 juin 1999.

(...)

9. Trois chaînes de télévision et quatre stations de radio se partageaient les locaux de la RTS à Belgrade. Les installations de production les plus importantes se trouvaient dans trois bâtiments de la rue Takovska. La régie finale était abritée au premier étage de l'un d'eux ; elle employait principalement du personnel technique.

10. Le 23 avril 1999, juste après 2 heures du matin, l'un des bâtiments de la RTS de la rue Takovska fut touché par un missile tiré d'un avion de l'OTAN, qui provoqua l'effondrement de deux des quatre étages de l'immeuble et détruisit la régie finale.

11. (...) Vingt-quatre cibles furent touchées en RFY au cours de la même nuit, dont trois à Belgrade.»

12. Cet effondrement partiel de l'immeuble de la RTS causa la mort de seize personnes, dont les cinq proches des requérants.

## **B. La procédure en responsabilité civile entamée devant le tribunal de Rome**

13. Le 31 mai 2000, les quatre premiers requérants saisirent le tribunal de Rome d'une action en dommages-intérêts au titre de l'article 2043 du code civil italien. Les six autres requérants intervinrent dans la procédure par un acte du 3 novembre 2000.

14. Les requérants considéraient que le décès de leurs proches engageait la responsabilité civile de la présidence du Conseil des ministres et du ministère de la Défense italiens ainsi que du commandement des Forces alliées de l'Europe du Sud de l'OTAN («AFSOUTH»).

Ils plaidaient la compétence des autorités judiciaires italiennes. S'appuyant sur le libellé de l'article 6 du code pénal italien, ils soutenaient notamment que l'acte illicite qui avait causé le préjudice allégué devait être considéré comme ayant été commis en Italie dans la mesure où l'action militaire avait été organisée et s'était en partie déroulée en territoire italien. Ils tiraient argument à ce propos de l'étendue de l'engagement de l'Italie dans la mission militaire en cause,

caractérisée par un important soutien de type politique et logistique. En particulier, l'Italie aurait permis, et cela à la différence des autres membres de l'OTAN, l'utilisation des bases aériennes d'où avaient décollé les avions ayant bombardé Belgrade et la RTS. Les intéressés étayaient également leur demande en invoquant l'article 174 du code pénal militaire en temps de guerre et des dispositions du Protocole additionnel aux Conventions de Genève (Protocole I) et de la Convention de Londres de 1951.

15. Les parties défenderesses plaidèrent le défaut de juridiction des tribunaux italiens. Les requérants renoncèrent alors à la procédure dirigée contre l'AFSOUTH.

16. Par la suite, la présidence du Conseil des ministres et le ministère de la Défense présentèrent un recours devant la Cour de cassation afin d'obtenir une décision préalable sur la question de la juridiction (*regolamento preventivo di giurisdizione*) au sens de l'article 41 du code de procédure civile italien.

17. Dans ses conclusions du 16 novembre 2001, le substitut du procureur général près la Cour de cassation considéra que les questions soulevées avaient trait au bien-fondé de la demande mais pas à la question de juridiction et demanda à la Cour de déclarer le recours irrecevable. Il rédigea ses conclusions de la façon suivante :

« attendu que les administrations défenderesses ont demandé une décision préalable sur la question de la juridiction, soutenant que :

a) l'Etat italien étant mis en cause dans sa subjectivité spécifique (et unitaire) de droit international œuvrant dans l'exercice de son *imperium (iure imperii)*, cette action en justice ne saurait être introduite devant un juge italien ;

b) cette action en justice ne saurait pas non plus se baser sur les dispositions prévues à l'article VIII n° 5 de la Convention de Londres du 19 juin 1951, ratifiée en Italie avec la loi n° 1335 de 1955, car cette disposition ne concerne que les dommages causés dans l'Etat de séjour ;

attendu qu'avec ladite question de juridiction on conteste l'existence dans le système juridique italien de dispositions ou principes qui prévoient ou garantissent de façon abstraite la position de droit subjectif alléguée ;

attendu que :

a) l'on conteste que l'Etat italien puisse être considéré comme responsable de l'activité effectuée dans l'exercice de son *imperium* ;

b) l'on nie que ladite Convention de Londres puisse être appliquée pour déterminer l'endroit où se seraient produits les faits ayant causé les dommages allégués (ce n'est pas par hasard si la partie requérante invoque les dispositions du code pénal quant à l'endroit où le délit a été commis) ;

il s'ensuit que les questions ainsi soulevées concernent le fond et non la juridiction (arrêt n° 903 du 17 décembre 1999 de la Cour de cassation statuant en Assemblée plénière).

Pour ces motifs, [on] demande que la Cour de cassation, statuant en Assemblée plénière, déclare ladite question irrecevable, avec toutes les conséquences prévues par la loi.»

18. Par une décision du 8 février 2002 (n° 8157), dont le texte fut déposé au greffe le 5 juin 2002 et notifié aux requérants le 11 juin 2002, la Cour de cassation, siégeant en Assemblée plénière (*Sezioni Unite*) déclara le défaut de juridiction. Elle s'exprima ainsi :

« (...)

2. La demande attribuée à l'Etat italien une responsabilité que l'on fait dépendre d'un acte de guerre, plus particulièrement d'une ligne de conduite des hostilités de guerre qui s'exprime par la guerre aérienne. Le choix d'une ligne de conduite des hostilités fait partie des actes de gouvernement. Ce sont des actes qui constituent la manifestation d'une fonction politique, et leur attribution à un organe constitutionnel est prévue dans la Constitution: fonction qui de par sa nature est telle que l'on ne peut faire valoir, par rapport à celle-ci, une situation d'intérêt protégé, de sorte que les actes par lesquels elle se manifeste ont ou n'ont pas un contenu déterminé – arrêts de l'Assemblée plénière des 12 juillet 1968 (n° 2452), 17 octobre 1980 (n° 5583) et 8 janvier 1993 (n° 124). Par rapport à des actes de ce type, aucun juge n'a le pouvoir de contrôler la façon dont la fonction a été exercée.

3. Les dispositions du Protocole de Genève de 1977 (articles 35.2, 48, 49, 51, 52 et 57) et de la Convention européenne des Droits de l'Homme (articles 2 et 15 § 2), qui réglementent la conduite des hostilités, ont certes pour objet la protection des civils en cas d'attaques, mais elles régissent aussi, en tant que règles du droit international, les rapports entre les Etats.

Les mêmes traités structurent la procédure de constat des violations, prévoient les sanctions en cas de responsabilité (article 91 du Protocole ; article 41 de la Convention) et indiquent les juridictions internationales compétentes pour la constater.

Les lois ayant donné application à ces règles dans l'Etat italien ne contiennent pas par contre de dispositions expresses donnant aux personnes lésées la possibilité de demander à l'Etat réparation des dommages subis en violation des règles du droit international.

Que des dispositions ayant ce contenu aient implicitement été introduites dans le système par effet de l'exécution donnée aux règles du droit international est un principe qui se heurte à celui, contraire, auquel il est fait allusion, pour lequel des situations subjectives protégées ne s'opposent pas aux fonctions de nature politique.

Du reste, pour accorder dans le cadre du système interne une réparation du préjudice subi en conséquence d'une violation de dispositions de la Convention des Droits de l'Homme, en ce qui concerne l'article 6 et le non-respect du délai raisonnable de la procédure, [l'Etat] s'est doté d'une loi appropriée (loi du 24 mars 2001, n° 89).

4. La possibilité de soumettre à un contrôle la décision du gouvernement quant à la conduite des hostilités dans le cadre des opérations aériennes de l'OTAN contre la République fédérale de Yougoslavie ne peut être déduite de la Convention de Londres de 1951.

Le fait que les avions qui ont servi lors du bombardement de la station de radiotélévision de Belgrade aient pu utiliser des bases situées sur le territoire italien

constitue un élément de l'opération plus complexe dont on demande le contrôle de la licéité et n'est donc pas pertinent en ce qui concerne l'application de la norme édictée par le paragraphe 5 de l'article VIII de la Convention, qui suppose au contraire la commission d'un acte dont la licéité puisse être contrôlée.»

19. La décision de la Cour de cassation mit fin *ipso jure* à la procédure devant le tribunal de Rome.

## II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

20. Les articles pertinents de la Constitution italienne sont ainsi libellés :

### **Article 10 § 1**

«L'ordre juridique italien se conforme aux règles du droit international généralement reconnues.

(...)»

### **Article 24 § 1**

«Chacun peut ester en justice pour la protection de ses droits et de ses intérêts légitimes.

(...)»

### **Article 28**

«Les fonctionnaires et les agents de l'Etat et des personnes morales publiques sont directement responsables, suivant les lois pénales, civiles et administratives, des actes accomplis en violation des droits. Dans ces cas, la responsabilité civile s'étend à l'Etat et aux personnes publiques.

(...)»

### **Article 113**

«La protection juridictionnelle des droits et des intérêts légitimes devant les organes de la juridiction ordinaire ou administrative est toujours admise contre les actes de l'administration publique.

Cette protection juridictionnelle ne peut être exclue ou limitée à des voies de recours particulières ou à des catégories d'actes déterminées.

La loi détermine les organes de la juridiction qui peuvent annuler les actes de l'administration publique et prévoit dans quels cas et avec quels effets.»

21. L'article 31 du décret royal n° 1024 du 26 juin 1924 dispose :

«Le recours au Conseil d'Etat, dans le cadre de sa fonction juridictionnelle, n'est pas admis en cas d'actes ou de décisions du gouvernement dans l'exercice du pouvoir politique.»

22. L'article 2043 du code civil est ainsi libellé :

«Tout fait illicite qui cause à autrui un dommage oblige celui qui l'a commis à le réparer.»

23. L'article 41 du code de procédure civile relatif à la question de la juridiction prévoit :

«Tant que la procédure n'a pas été tranchée au fond en première instance, chaque partie peut demander à la Cour de cassation statuant en Assemblée plénière de résoudre les questions de juridiction énoncées à l'article 37. (...)»

Aux termes de l'article 37 du code de procédure civile,

«Le défaut de juridiction du juge ordinaire à l'égard de l'administration publique ou des juges spéciaux est constaté, même d'office, à quelque moment et degré de juridiction que ce soit.»

24. Les dispositions pertinentes du code pénal énoncent :

#### Article 6

«Quiconque commet un délit sur le territoire de l'Etat est puni selon la loi italienne.

Le délit est considéré comme commis sur le territoire de l'Etat quand l'action ou l'omission qui est à son origine y est survenue, entièrement ou en partie, ou quand l'événement qui est la conséquence de l'action ou de l'omission s'y est produit.»

#### Article 185

«Restitution et réparation du dommage.

Tout délit oblige à la restitution selon les lois civiles [articles 2043 et suivants du code civil].

Tout délit qui a causé un dommage patrimonial [article 2056 du code civil] ou non patrimonial [article 2059 du code civil] oblige son auteur et les personnes qui doivent répondre de ses actes selon les lois civiles [article 2047 du code civil] à le réparer.»

25. L'article 174 du code pénal militaire en temps de guerre est ainsi libellé :

«Le commandant d'une force militaire qui, pour nuire à l'ennemi, ordonne ou autorise l'utilisation d'un moyen ou d'une méthode de guerre interdit par la loi ou par les conventions internationales, ou de toute manière contraire à l'honneur militaire, est puni d'au moins cinq ans de réclusion, à moins que le fait soit qualifié de délit par une disposition législative particulière.

Si ce fait donne lieu à un massacre, la réclusion ne sera pas inférieure à dix ans.»

26. L'arrêt rendu le 10 juillet 1992 par la Cour de cassation statuant en Assemblée plénière (n° 124/1993) pose le principe du défaut de juridiction à l'égard de l'administration en matière d'actes de nature politique.

Un syndicat avait engagé une action en responsabilité à l'encontre du président du Conseil des ministres, du ministère de la Fonction publique et du ministère de l'Education nationale au motif que le gouvernement

n'avait pas respecté ses engagements. La Cour de cassation souligna entre autres que le non-respect par le gouvernement de ses engagements pouvait seulement mettre en jeu la responsabilité politique du gouvernement, sans qu'il en découle aucun droit. Elle déclara le défaut de juridiction après avoir affirmé le principe suivant :

«L'initiative législative est un acte politique, car elle est la manifestation typique de la fonction politique et gouvernementale. Partant, le comportement que l'autorité gouvernementale a adopté en l'espèce n'est pas de nature à provoquer la lésion de situations juridiques subjectives (que ce soit des droits subjectifs ou des intérêts légitimes) ; il échappe par conséquent à tout contrôle juridictionnel.»

27. Les tribunaux italiens avaient par ailleurs déjà abordé la matière dans différentes affaires et avaient décidé que du fait de leur caractère politique les actes suivants échappaient au contrôle des juridictions internes :

– la renonciation aux pouvoirs de juridiction prévus par l'article VII de la Convention de 1951 entre les Etats parties au Traité de l'Atlantique Nord sur le statut de leurs forces (Cour de cassation, troisième section criminelle, 21 mars 1962, n° 1645, Kinardi et autres, Giust. Pen., 1963, III, 80) ;

– la cession de biens de ressortissants italiens en vertu de la Convention de Londres de 1951 (Cour de cassation, Assemblée plénière pénale, 12 juillet 1968, n° 2452, De Langlade c. ministère du Trésor, *Rivista diritto internazionale*, 1969, 583) ;

– le décret du ministère des Transports suspendant les autorisations de transports de marchandises vers l'Autriche (tribunal de Rome, 18 mai 1993, Soc. S. et C Transp. GmbH c. ministère des Transports, *Rivista diritto internazionale privato e processuale*, 1995, 755) ;

– l'acte du ministère du Travail nommant les représentants des salariés en qualité de délégués auprès de l'Organisation internationale du travail (tribunal administratif régional du Latium, 20 août 1976, n° 492, CISNAL c. ministère du Travail et ministère des Affaires étrangères, *Italian Yearbook of International Law*, 1978-1979, 184) ;

– la déclaration de guerre ainsi que les dispositions relatives à l'indemnisation des dommages de guerre prévue dans le cadre d'un traité (tribunal administratif régional du Latium (I), 28 janvier 1985, n° 106, Pestalozza c. ministre du Trésor, Trib. Amm. Reg., 1985, 381).

28. La Cour de cassation statuant en Assemblée plénière a rendu le 11 mars 2004 un autre arrêt (n° 5044) qui concernait la juridiction des tribunaux civils italiens en matière de réparation des dommages subis par une personne capturée par les forces militaires allemandes en 1944 et déportée pour travailler dans les entreprises allemandes. L'Allemagne avait invoqué son immunité et le tribunal de première instance et la cour d'appel s'étaient déclarés incompétents pour condamner l'Allemagne. La

Cour de cassation examina très longuement les conventions internationales en matière de crimes internationaux, d'imprescriptibilité, de responsabilité internationale des Etats et d'immunité de juridiction, ainsi que la jurisprudence de différents tribunaux internationaux. Elle conclut que l'immunité de juridiction ne pouvait pas être retenue et que les juridictions italiennes devaient statuer sur la demande. Elle s'exprima notamment comme suit :

« (...) Par une décision n° 8157 du 5 juin 2002, cette Assemblée plénière a en effet dit que les actes accomplis par l'Etat dans la conduite des hostilités de guerre sont soustraits à tout contrôle juridictionnel, dans la mesure où ils constituent la manifestation d'une fonction «de caractère politique», par rapport à laquelle «on ne peut faire valoir une situation d'intérêt protégé, de sorte que les actes par lesquels elle se manifeste ont ou n'ont pas un contenu déterminé». En application de ce principe, le défaut de juridiction a été déclaré quant à la demande en réparation formulée à l'encontre de la présidence du Conseil des ministres et du ministère de la Défense de l'Italie en raison de la destruction, lors d'opérations aériennes de l'OTAN contre la République Fédérale de Yougoslavie, d'un objectif non militaire et du décès de certains civils qui en est résulté. Mais il est facile d'observer, d'une part, que le fait de ne pouvoir contester les modalités de déroulement de l'activité de direction suprême de la *res publica* ne constitue pas un obstacle au constat des éventuels délits commis dans ce contexte et de la responsabilité y relative, aussi bien en droit pénal qu'en droit civil (articles 90 et 96 de la Constitution; article 15 de la loi constitutionnelle n° 1 de 1953; article 30 de la loi n° 20 de 1962), et, d'autre part, qu'en application du principe d'adaptation fixé par l'article 10 § 1 de la Constitution les règles du droit international «généralement reconnues» qui régissent la liberté et la dignité de la personne humaine en tant que valeurs fondamentales et qualifient de «crimes internationaux» les comportements qui portent le plus gravement atteinte à l'intégrité de ces valeurs sont devenues «automatiquement» une composante de notre système et sont dès lors pleinement aptes à assumer le rôle de facteur d'évaluation de l'injustice du dommage causé à autrui par un «fait» dolosif ou imprudent. Il est donc évident que les principes contenus dans cette décision ne peuvent être pris en considération dans le cas d'espèce. (...)

9.1. Reconnaître l'immunité de juridiction en faveur des Etats qui se sont rendus responsables de tels méfaits contredit manifestement les données normatives susmentionnées puisque pareille reconnaissance met obstacle à la défense des valeurs dont la protection doit au contraire être considérée comme essentielle pour toute la communauté internationale, à l'instar de ces normes et de ces principes, au point de justifier, dans les hypothèses les plus graves, même des formes de réactions obligatoires. Et il n'y a aucun doute qu'il faut résoudre l'antinomie en donnant la priorité aux normes de rang plus élevé, comme cela a été souligné dans l'opinion dissidente exprimée par les juges de la minorité (huit contre neuf) jointe à l'arrêt *Al-Adsani [Al-Adsani c. Royaume-Uni [GC]]*, n° 35763/97, CEDH 2001-XI, en excluant dans ce genre d'hypothèse que l'Etat puisse jouir de l'immunité de poursuites devant la juridiction étrangère.»

29. En 1993, le gouvernement italien avait décidé l'envoi d'un corps d'expédition militaire en Somalie pour accomplir des opérations de maintien de la paix. Après le retour de la mission militaire en Italie, il



est apparu que des militaires avaient torturé des prisonniers somaliens. Deux militaires ont été inculpés puis condamnés à des peines de réclusion et au dédommagement de la partie civile. Par un jugement du 7 mars 2002, dont le texte fut déposé au greffe le 10 juillet 2002 (n° 28154), le tribunal civil de Rome a condamné un autre militaire italien et le ministère de la Défense à réparer les dommages subis par les proches d'un civil tué de manière illicite par le militaire.

### III. AUTRES DISPOSITIONS PERTINENTES

30. Les requérants ont invoqué devant les juridictions nationales le Protocole additionnel du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I). Ce protocole, ratifié par l'Italie par la loi n° 672 du 11 décembre 1985, contient notamment les dispositions suivantes :

#### **Article 35 – Règles fondamentales**

« 1. Dans tout conflit armé, le droit des Parties au conflit de choisir des méthodes ou moyens de guerre n'est pas illimité.

2. Il est interdit d'employer des armes, des projectiles et des matières ainsi que des méthodes de guerre de nature à causer des maux superflus.

3. Il est interdit d'utiliser des méthodes ou moyens de guerre qui sont conçus pour causer, ou dont on peut attendre qu'ils causeront, des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel.

(...)»

#### **Article 48 – Règle fondamentale**

«En vue d'assurer le respect et la protection de la population civile et des biens de caractère civil, les Parties au conflit doivent en tout temps faire la distinction entre la population civile et les combattants ainsi qu'entre les biens de caractère civil et les objectifs militaires et, par conséquent, ne diriger leurs opérations que contre des objectifs militaires.»

#### **Article 49 – Définition des attaques et champ d'application**

« 1. L'expression «attaques» s'entend des actes de violence contre l'adversaire, que ces actes soient offensifs ou défensifs.

2. Les dispositions du présent Protocole concernant les attaques s'appliquent à toutes les attaques, quel que soit le territoire où elles ont lieu, y compris le territoire national appartenant à une Partie au conflit mais se trouvant sous le contrôle d'une Partie adverse.

3. Les dispositions de la présente Section s'appliquent à toute opération terrestre, aérienne ou navale pouvant affecter, sur terre, la population civile, les personnes civiles et les biens de caractère civil. Elles s'appliquent en outre à toutes les attaques

navales ou aériennes dirigées contre des objectifs sur terre, mais n'affectent pas autrement les règles du droit international applicable dans les conflits armés sur mer ou dans les airs.

4. Les dispositions de la présente Section complètent les règles relatives à la protection humanitaire énoncées dans la IV<sup>e</sup> Convention, en particulier au Titre II, et dans les autres accords internationaux qui lient les Hautes Parties contractantes, ainsi que les autres règles du droit international relatives à la protection des civils et des biens de caractère civil contre les effets des hostilités sur terre, sur mer et dans les airs.

(...)»

### **Article 51 – Protection de la population civile**

« 1. La population civile et les personnes civiles jouissent d'une protection générale contre les dangers résultant d'opérations militaires. Pour que cette protection soit effective, les règles suivantes, qui s'ajoutent aux autres règles du droit international applicable, doivent être observées en toutes circonstances.

2. Ni la population civile en tant que telle ni les personnes civiles ne doivent être l'objet d'attaques. Sont interdits les actes ou menaces de violence dont le but principal est de répandre la terreur parmi la population civile.

3. Les personnes civiles jouissent de la protection accordée par la présente Section, sauf si elles participent directement aux hostilités et pendant la durée de cette participation.

4. Les attaques sans discrimination sont interdites. L'expression «attaques sans discrimination» s'entend:

- a) des attaques qui ne sont pas dirigées contre un objectif militaire déterminé;
- b) des attaques dans lesquelles on utilise des méthodes ou moyens de combat qui ne peuvent pas être dirigés contre un objectif militaire déterminé; ou
- c) des attaques dans lesquelles on utilise des méthodes ou moyens de combat dont les effets ne peuvent pas être limités comme le prescrit le présent Protocole;

et qui sont, en conséquence, dans chacun de ces cas, propres à frapper indistinctement des objectifs militaires et des personnes civiles ou des biens de caractère civil.

5. Seront, entre autres, considérés comme effectués sans discrimination les types d'attaques suivants:

- a) les attaques par bombardement, quels que soient les méthodes ou moyens utilisés, qui traitent comme un objectif militaire unique un certain nombre d'objectifs militaires nettement espacés et distincts situés dans une ville, un village ou toute autre zone contenant une concentration analogue de personnes civiles ou de biens de caractère civil;
- b) les attaques dont on peut s'attendre à ce qu'elles causent incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil, ou une combinaison de ces pertes et dommages, qui seraient excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu.

6. Sont interdites les attaques dirigées à titre de représailles contre la population civile ou des personnes civiles.

7. La présence ou les mouvements de la population civile ou de personnes civiles ne doivent pas être utilisés pour mettre certains points ou certaines zones à l'abri d'opérations militaires, notamment pour tenter de mettre des objectifs militaires à l'abri d'attaques ou de couvrir, favoriser ou gêner des opérations militaires. Les Parties au conflit ne doivent pas diriger les mouvements de la population civile ou des personnes civiles pour tenter de mettre des objectifs militaires à l'abri des attaques ou de couvrir des opérations militaires.

8. Aucune violation de ces interdictions ne dispense les Parties au conflit de leurs obligations juridiques à l'égard de la population civile et des personnes civiles, y compris l'obligation de prendre les mesures de précaution prévues par l'article 57.

(...)»

#### **Article 52 – Protection générale des biens de caractère civil**

«1. Les biens de caractère civil ne doivent être l'objet ni d'attaques ni de représailles. Sont biens de caractère civil tous les biens qui ne sont pas des objectifs militaires au sens du paragraphe 2.

2. Les attaques doivent être strictement limitées aux objectifs militaires. En ce qui concerne les biens, les objectifs militaires sont limités aux biens qui, par leur nature, leur emplacement, leur destination ou leur utilisation apportent une contribution effective à l'action militaire et dont la destruction totale ou partielle, la capture ou la neutralisation offre en l'occurrence un avantage militaire précis.

3. En cas de doute, un bien qui est normalement affecté à un usage civil, tel qu'un lieu de culte, une maison, un autre type d'habitation ou une école, est présumé ne pas être utilisé en vue d'apporter une contribution effective à l'action militaire.

(...)»

#### **Article 57 – Précautions dans l'attaque**

«1. Les opérations militaires doivent être conduites en veillant constamment à épargner la population civile, les personnes civiles et les biens de caractère civil.

2. En ce qui concerne les attaques, les précautions suivantes doivent être prises:

a) ceux qui préparent ou décident une attaque doivent :

i) faire tout ce qui est pratiquement possible pour vérifier que les objectifs à attaquer ne sont ni des personnes civiles, ni des biens de caractère civil, et ne bénéficient pas d'une protection spéciale, mais qu'ils sont des objectifs militaires au sens du paragraphe 2 de l'article 52, et que les dispositions du présent Protocole n'en interdisent pas l'attaque;

ii) prendre toutes les précautions pratiquement possibles quant au choix des moyens et méthodes d'attaque en vue d'éviter et, en tout cas, de réduire au minimum les pertes en vies humaines dans la population civile, les blessures aux personnes civiles et les dommages aux biens de caractère civil qui pourraient être causés incidemment;

iii) s'abstenir de lancer une attaque dont on peut attendre qu'elle cause incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil, ou une combinaison de ces pertes et dommages, qui seraient excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu;

b) une attaque doit être annulée ou interrompue lorsqu'il apparaît que son objectif n'est pas militaire ou qu'il bénéficie d'une protection spéciale ou que l'on peut s'attendre à ce qu'elle cause incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil, ou une combinaison de ces pertes et dommages, qui seraient excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu;

c) dans le cas d'attaques pouvant affecter la population civile, un avertissement doit être donné en temps utile et par des moyens efficaces, à moins que les circonstances ne le permettent pas.

3. Lorsque le choix est possible entre plusieurs objectifs militaires pour obtenir un avantage militaire équivalent, ce choix doit porter sur l'objectif dont on peut penser que l'attaque présente le moins de danger pour les personnes civiles ou pour les biens de caractère civil.

4. Dans la conduite des opérations militaires sur mer ou dans les airs, chaque Partie au conflit doit prendre, conformément aux droits et aux devoirs qui découlent pour elle des règles du droit international applicable dans les conflits armés, toutes les précautions raisonnables pour éviter des pertes en vies humaines dans la population civile et des dommages aux biens de caractère civil.

5. Aucune disposition du présent article ne peut être interprétée comme autorisant des attaques contre la population civile, les personnes civiles ou les biens de caractère civil.

(...)»

#### **Article 91 – Responsabilité**

«La Partie au conflit qui violerait les dispositions des Conventions ou du présent Protocole sera tenue à indemnité, s'il y a lieu. Elle sera responsable de tous actes commis par les personnes faisant partie de ses forces armées.»

31. Les requérants ont également invoqué devant les juridictions nationales l'article VIII paragraphe 5 de la Convention de Londres du 19 juin 1951, conclue entre les États parties au Traité de l'Atlantique Nord sur le statut de leurs forces, ratifiée en Italie avec la loi n° 1335 de 1955<sup>1</sup>.

L'article I définit certaines notions comme suit :

« (...)

d) «Etat d'origine» signifie la Partie Contractante dont relève la force;

e) «Etat de séjour» signifie la Partie Contractante sur le territoire de laquelle se trouve la force ou l'élément civil, soit en séjour, soit en transit;

(...)»

L'article VIII dispose entre autres :

« (...)

---

1. La Serbie n'est pas partie à ce traité.

5. Les demandes d'indemnité (autres que celles résultant de l'application d'un contrat et que celles auxquelles les paragraphes 6 ou 7 du présent article sont applicables) du chef d'actes ou de négligences dont un membre d'une force ou un élément civil est responsable dans l'exécution du service ou du chef de tout autre acte, négligence ou incident dont une force ou un élément civil est légalement responsable et qui ont causé sur le territoire de l'Etat de séjour des dommages à un tiers autre que l'une des Parties Contractantes, seront réglées par l'Etat de séjour conformément aux dispositions suivantes :

a) Les demandes d'indemnités sont introduites, instruites et les décisions prises, conformément aux lois et règlements de l'Etat de séjour applicables en la matière à ses propres forces armées ;

b) L'Etat de séjour peut statuer sur ces dommages ; il procède au paiement des indemnités allouées dans sa propre monnaie ;

c) Ce paiement, qu'il résulte du règlement direct de l'affaire ou d'une décision de la juridiction compétente de l'Etat de séjour, ou la décision de la même juridiction déboutant le demandeur, lie définitivement les Parties Contractantes ;

d) Toute indemnité payée par l'Etat de séjour sera portée à la connaissance des Etats d'origine intéressés qui recevront en même temps un rapport circonstancié et une proposition de répartition établie conformément aux alinéas e) i., ii. et iii. ci-dessous. A défaut de réponse dans les deux mois, la proposition sera considérée comme acceptée ;

e) La charge des indemnités versées pour la réparation des dommages visés aux alinéas précédents et au paragraphe 2 du présent article sera répartie entre les Parties Contractantes dans les conditions suivantes :

i. Quand un seul Etat d'origine est responsable, le montant de l'indemnité est réparti à concurrence de 25 % pour l'Etat de séjour et 75 % pour l'Etat d'origine ;

ii. Quand la responsabilité est encourue par plus d'un Etat, le montant de l'indemnité est réparti entre eux par parts égales ; toutefois, si l'Etat de séjour n'est pas un des Etats responsables, sa part sera la moitié de celle de chacun des Etats d'origine ;

iii. Si le dommage est causé par les forces armées des Parties Contractantes sans qu'il soit possible de l'attribuer d'une manière précise à l'une ou à plusieurs de ces forces armées, le montant de l'indemnité sera réparti également entre les Parties Contractantes intéressées ; toutefois, si l'Etat de séjour n'est pas un des Etats dont les forces armées ont causé le dommage, sa part sera la moitié de celle de chacun des Etats d'origine ;

iv. Semestriellement, un état des sommes payées par l'Etat de séjour au cours du semestre précédent pour les affaires pour lesquelles une répartition en pourcentage a été admise, sera adressé aux Etats d'origine intéressés accompagné d'une demande de remboursement. Le remboursement sera fait dans les plus brefs délais, dans la monnaie de l'Etat de séjour ;

f) Dans le cas où, par suite de l'application des dispositions des alinéas b) et e) ci-dessus, une Partie Contractante se verrait imposer une charge qui l'affecterait trop lourdement, elle peut demander au Conseil de l'Atlantique Nord de procéder à un règlement de l'affaire sur une base différente ;

g) Aucune voie d'exécution ne peut être pratiquée sur un membre d'une force ou d'un élément civil lorsqu'un jugement a été prononcé contre lui dans l'Etat de séjour s'il s'agit d'un litige né d'un acte accompli dans l'exécution du service ;

h) Excepté dans la mesure où l'alinéa e) du présent paragraphe s'applique aux demandes d'indemnité couvertes par le paragraphe 2 du présent article, les dispositions du présent paragraphe ne s'appliquent pas dans le cas de navigation, d'exploitation d'un navire, de chargement ou de déchargement ou de transport d'une cargaison, sauf s'il y a eu mort ou blessure d'une personne et que le paragraphe 4 ne soit pas applicable.

6. Les demandes d'indemnité contre les membres d'une force armée ou d'un élément civil fondées sur des actes dommageables ou des négligences qui n'ont pas été accomplis dans l'exécution du service sont réglées de la façon suivante :

a) Les autorités de l'Etat de séjour instruisent la demande d'indemnité et fixent d'une manière juste et équitable l'indemnité due au demandeur, en tenant compte de toutes les circonstances de la cause, y compris la conduite et le comportement de la personne lésée, et elles établissent un rapport sur l'affaire ;

b) Ce rapport est envoyé aux autorités de l'Etat d'origine qui décident alors sans délai si elles procéderont à une indemnisation à titre gracieux, et dans ce cas, en fixent le montant ;

c) Si une offre d'indemnité à titre gracieux est faite et acceptée à titre de dédommagement intégral par le demandeur, les autorités de l'Etat d'origine effectuent elles-mêmes ce paiement et font connaître aux autorités de l'Etat de séjour leur décision et le montant de la somme versée ;

d) Les dispositions du présent paragraphe ne s'opposent en rien à ce que la juridiction de l'Etat de séjour statue sur l'action qui pourrait être intentée contre un membre d'une force ou d'un élément civil pour autant toutefois qu'un paiement entièrement satisfaisant n'ait pas été effectué.

7. Les demandes d'indemnité fondées sur l'usage non autorisé de tout véhicule des forces armées d'un Etat d'origine seront traitées conformément aux dispositions du paragraphe 6 du présent article sauf dans le cas où la force elle-même ou l'élément civil est également responsable.

8. S'il y a contestation sur le point de savoir si l'acte dommageable ou la négligence d'un membre d'une force ou d'un élément civil ont été accomplis dans l'exécution du service ou sur le point de savoir si l'utilisation d'un véhicule appartenant aux forces armées d'un Etat d'origine n'avait pas été autorisée, l'affaire est portée devant un arbitre désigné conformément au paragraphe 2 b) du présent article, qui décide souverainement sur ce point.

9. Sauf dans les conditions prévues au paragraphe 5 g) du présent article, l'Etat d'origine ne peut, en ce qui concerne la juridiction civile des tribunaux de l'Etat de séjour, se prévaloir de l'immunité de juridiction des tribunaux de l'Etat de séjour en faveur des membres d'une force ou d'un élément civil.

10. Les autorités de l'Etat d'origine et de l'Etat de séjour se prêtent assistance pour la recherche des preuves nécessaires à un examen équitable et à une décision en ce qui concerne les demandes d'indemnités qui intéressent les Parties Contractantes.

(...)»

## EN DROIT

## I. SUR LA RECEVABILITÉ DE LA REQUÊTE

**A. Sur l'exception de non-épuisement des voies de recours internes**

32. Le gouvernement défendeur fait observer qu'après l'arrêt de la Cour de cassation, qui concernait uniquement la juridiction vis-à-vis de l'Etat italien et non pas celle vis-à-vis de l'OTAN ou de l'AFSOUTH, les requérants n'ont pas repris dans les six mois la procédure contre l'OTAN, ce qui dénote un manque d'intérêt et constitue, quoique indirectement, une cause de non-épuisement des voies de recours internes qui leur étaient ouvertes en droit italien. A l'audience, le Gouvernement a également indiqué que la demande formulée par les requérants se fondait sur des articles pertinents pour entamer une procédure pénale mais qui ne pouvaient valablement être invoqués devant les juridictions civiles, ajoutant que les intéressés n'avaient pu produire aucun précédent prouvant qu'une demande telle que la leur eût été introduite avec succès.

33. Les requérants soulignent qu'ils avaient introduit une demande en réparation contre l'Etat italien et contre l'OTAN solidairement. Toutefois, l'OTAN ayant excipé de l'immunité des quartiers généraux de l'OTAN, ils avaient renoncé à l'action contre l'OTAN. Partant, l'action contre l'OTAN s'était éteinte définitivement. Cela n'avait toutefois aucune conséquence pour l'action contre l'Etat italien. Les requérants relèvent que le Gouvernement soutient la thèse paradoxale selon laquelle ils auraient dû continuer devant les juridictions nationales une procédure pour laquelle il n'y avait pas réellement, selon lui, de droit à faire valoir.

34. La Cour rappelle que, dans l'affaire *Banković et autres*, précitée, qui avait pour origine les mêmes faits que la présente requête mais dans laquelle les requérants n'avaient pas introduit d'action devant les juridictions italiennes, le gouvernement italien avait soulevé l'exception du non-épuisement des voies de recours internes en citant justement l'affaire *Markovic* comme preuve de l'existence de cette voie de recours. La Cour note que les requérants en l'espèce ont bien exercé la voie de recours visée en menant aussi loin que possible la procédure qui avait selon eux le plus de chances de succès, l'OTAN ayant excipé au niveau national de son immunité.

35. En outre, il incombe au Gouvernement excipant du non-épuisement de convaincre la Cour que le recours était effectif et disponible tant en théorie qu'en pratique à l'époque des faits, c'est-à-dire qu'il était accessible et susceptible d'offrir au requérant le redressement de ses griefs et qu'il présentait des perspectives raisonnables de succès (*Sejdovic c. Italie* [GC], n° 56581/00, § 46, CEDH 2006-II).

En l'espèce, la Cour observe que le gouvernement défendeur n'a présenté aucun exemple concret de procédures en responsabilité civile contre l'OTAN qui auraient abouti. Partant, elle n'est pas convaincue par l'argument du gouvernement défendeur selon lequel la reprise de la procédure à l'encontre de l'OTAN aurait eu plus de chances de succès que celle dirigée contre l'Etat italien.

36. Dans ces conditions, la requête ne peut être rejetée pour non-épuisement des voies de recours internes au sens de l'article 35 § 1 de la Convention.

## **B. Les requérants relevaient-ils de la «juridiction» de l'Etat défendeur au sens de l'article 1 de la Convention ?**

### *1. Thèse du gouvernement défendeur*

37. Le gouvernement défendeur soutient que la requête est irrecevable parce qu'incompatible avec les dispositions de la Convention. Il invite la Cour à appliquer en l'espèce sous l'angle de l'article 6 le même raisonnement que celui ayant conduit à déclarer irrecevables *ratione loci* dans l'affaire *Banković et autres* les griefs concernant des droits essentiels prévus dans la Convention.

38. La mention de l'article 1 dans les questions posées par la Cour aux parties et le lien qu'il y a sans doute avec la question relative à l'article 6 indiquent que, dans l'esprit de la Cour, il s'agit d'examiner la question de l'existence en l'espèce d'un droit d'accès au tribunal qui permette de défendre un droit conventionnel et non un quelconque droit de caractère civil. Si une personne ne relève pas d'une juridiction interne, elle n'a pas de droit d'accès à une voie de recours qui lui permette de demander aux autorités de cet Etat réparation du préjudice subi. Si un Etat n'est pas responsable d'un acte commis hors de son territoire, on ne peut lui reprocher, à plus forte raison, de ne pas accepter une requête dénonçant les conséquences d'un tel acte. Selon le gouvernement défendeur, la présente requête, comme l'affaire *Banković et autres*, doit donc être traitée dans son ensemble et doit être déclarée irrecevable, y compris pour ce qui a trait à l'article 6, sans que l'on retienne le fait que, contrairement aux requérants dans l'affaire *Banković et autres*, les requérants en l'espèce se sont placés dans le champ de la juridiction de l'Etat en s'adressant aux autorités pour réclamer réparation du dommage subi.

39. Le gouvernement défendeur note aussi que le mécanisme de prise de décisions à l'OTAN ne montre aucune participation de l'Italie au choix des différentes cibles et que toutes les opérations militaires ont été menées dans le respect du droit international humanitaire. Dans ces conditions, la responsabilité conjointe de l'Italie était très difficile à



établir à cet égard et il n'y avait donc pas de lien d'ordre juridictionnel entre les requérants et l'Etat.

40. Pour le gouvernement défendeur, il serait contradictoire, dans une affaire où il n'y a pas d'obligation de protéger un droit matériel, de trouver une obligation de protéger le droit procédural correspondant, c'est-à-dire d'instaurer des moyens permettant de revendiquer ce même droit substantiel devant les juridictions nationales.

41. Le gouvernement défendeur réitère en outre les exceptions déjà soulevées dans l'affaire *Banković et autres* en ce qui concerne la responsabilité individuelle des Etats pour les actes commis par une organisation internationale dont ils sont membres. Il observe qu'il serait contradictoire d'imputer, au titre de la Convention, à l'Etat – qui n'est pas responsable des agissements des organisations internationales dont il est membre – le fait de ne pas avoir pris de mesures sur le plan interne pour remédier aux effets de ces actes. En conséquence, le gouvernement défendeur estime que la requête doit être déclarée irrecevable pour incompatibilité *ratione materiae* avec les dispositions de la Convention.

## 2. Thèse des requérants

42. Les requérants invoquent l'exception de non-épuisement soulevée par le gouvernement défendeur lui-même dans l'affaire *Banković et autres* et qui équivalait, selon eux, à une reconnaissance, au moins au regard de l'ordre juridique interne, de ce qu'ils relevaient de la juridiction nationale. Du reste, le substitut du procureur général près la Cour de cassation était du même avis puisque dans son mémoire il a demandé le rejet de l'exception d'incompétence soulevée par la présidence du Conseil des ministres.

43. Dans l'affaire *Banković et autres*, il n'y avait pas eu de saisine préalable d'une juridiction nationale. Selon les requérants, cette différence suffit à rendre incontestable qu'ils relèvent bien de la juridiction de l'Etat défendeur, au sens de l'article 1 de la Convention, et qu'en conséquence ils bénéficient de la protection de la Convention.

Les requérants estiment que la décision émanant de la juridiction suprême italienne est contraire à l'article 1 de la Convention, dans la mesure où elle fait obstacle à toute application concrète des dispositions de la Convention en droit interne.

## 3. Thèse des parties intervenantes

### a) Le gouvernement de Serbie-Monténégro

44. Le gouvernement serbo-monténégrin a considéré que le grief tiré de l'article 6 de la Convention n'était pas incompatible *ratione loci* avec les dispositions de la Convention. Il a souligné que les faits avaient été

commis soit sur le territoire de la Serbie-Monténégro soit sur le territoire de l'Italie, leurs effets s'étant quant à eux produits uniquement en Serbie-Monténégro. Selon lui, le premier élément que la Cour devrait juger important est le fait que les avions qui ont bombardé le bâtiment de la RTS ont décollé d'Italie, où la décision de l'opération avait été prise en coordination avec le quartier général de l'OTAN à Bruxelles. Le fait en question comprend également toute la préparation matérielle et logistique de l'opération, qui a entraîné le décès de seize personnes. A l'époque, l'Italie et les autres pays membres de l'OTAN contrôlaient totalement l'utilisation des armes dans l'espace aérien de la Serbie-Monténégro, mais c'était en définitive l'Italie qui avait la capacité aérienne de bombarder le bâtiment de la RTS. Ces éléments indiquent clairement le lien entre les faits litigieux et l'Italie, même si les conséquences ne se sont produites qu'en Serbie. La présente affaire est donc suffisamment distincte de l'affaire *Banković et autres* (précitée) pour mériter une conclusion différente propre à éviter un déni de justice. Le gouvernement serbo-monténégrin en a déduit qu'il ne s'agissait pas en l'espèce d'un acte exclusivement extraterritorial.

#### **b) Le gouvernement du Royaume-Uni**

45. Le gouvernement britannique rappelle la décision adoptée à l'unanimité par la Cour dans l'affaire *Banković et autres*, aux termes de laquelle toutes les dispositions de la Convention doivent être lues à la lumière de l'article 1 de la Convention, qui définit le champ de leur application. Partant, comme l'a décidé la Cour dans l'affaire *Banković et autres* et dans sa décision antérieure en l'espèce (paragraphe 4 ci-dessus), les droits et libertés garantis par la Convention ne s'appliquent pas aux incidents tels que les attaques – dans le cadre d'un conflit armé – contre des bâtiments se trouvant en dehors du territoire des Etats contractants concernés, les victimes ne relevant pas de la juridiction des Etats contractants en question.

46. Une fois établi que la Convention n'est pas applicable dans ce cas, les requérants ne jouissent d'aucun droit en vertu de la Convention. Par conséquent, il ne peut peser sur les Etats parties à la Convention aucune obligation d'offrir un recours devant leurs tribunaux pour faire valoir semblable droit.

47. Il est donc entièrement logique que la Grande Chambre, dans l'affaire *Banković et autres*, ait déclaré la requête irrecevable au titre de l'article 13, après avoir conclu qu'elle n'entraîne pas dans le champ d'application des articles 2 et 10. Se référant à l'affaire *Z et autres c. Royaume-Uni* ([GC], n° 29392/95, § 103, CEDH 2001-V), le gouvernement du Royaume-Uni considère que dans la mesure où l'article 6, contrairement à l'article 13, joue un rôle distinct dans la

défense de droits relevant d'autres dispositions de la Convention, la réponse doit être la même pour cet article.

48. Peu importe que le requérant entre ultérieurement sur le territoire d'un Etat contractant et tente d'y engager une action. Qu'il puisse relever de la juridiction de cet Etat contractant dès son entrée sur le territoire ne rend pas pour autant la Convention applicable alors qu'elle ne l'était pas au moment où les faits se sont produits. Cela ne change pas non plus la circonstance qu'au moment de l'incident la personne ne relevait pas de la juridiction de cet Etat et que celui-ci n'avait donc aucune obligation, en vertu de l'article 1, de lui garantir les droits et libertés énoncés dans la Convention. Ni l'article 13 ni l'article 6 n'obligent un Etat contractant à offrir un recours pour dénoncer la violation d'autres dispositions de la Convention si les faits en question n'entrent pas dans le champ d'application de ces dernières tel qu'il se dégage de l'article 1.

#### 4. *Appréciation de la Cour*

49. La Cour rappelle que dans l'affaire *Banković et autres* elle avait indiqué qu'«[e]n ce qui concerne le «sens ordinaire» des termes pertinents figurant à l'article 1 de la Convention (...), du point de vue du droit international public, la compétence juridictionnelle d'un Etat est principalement territoriale. Si le droit international n'exclut pas un exercice extraterritorial de sa juridiction par un Etat, les éléments ordinairement cités pour fonder pareil exercice (nationalité, pavillon, relations diplomatiques et consulaires, effet, protection, personnalité passive et universalité, notamment) sont en règle générale définis et limités par les droits territoriaux souverains des autres Etats concernés».

50. Elle avait déclaré l'inexistence d'un «lien juridictionnel», au sens de l'article 1 de la Convention, entre les personnes qui avaient été victimes de l'acte incriminé et les Etats défendeurs et avait conclu que l'action en cause n'engageait pas la responsabilité de ceux-ci au regard de la Convention. Sur la base de ce constat, elle avait jugé ne pas devoir examiner les autres questions de recevabilité soulevées par les parties.

51. Quant aux autres griefs formulés par les requérants dans la présente requête (paragraphe 4 ci-dessus), la Cour les a déclarés irrecevables au motif que les circonstances particulières de l'affaire, notamment la saisine des juridictions italiennes par les intéressés, ne permettaient pas de s'écarter de cette jurisprudence.

52. Toutefois, en ce qui concerne le grief tiré de l'article 6 en relation avec l'article 1 de la Convention, elle rappelle que le gouvernement défendeur avait, dans l'affaire *Banković et autres*, souligné la possibilité d'engager une procédure devant les juridictions nationales italiennes, ce qui portait à croire que pour des griefs autres que ceux invoqués alors

l'existence d'un lien juridictionnel n'était pas à exclure. Effectivement, les requérants étaient déjà en cours d'instance devant les juridictions nationales.

53. La Cour ne partage pas l'avis des gouvernements italien et britannique selon lequel le fait pour une personne d'engager par la suite une procédure au niveau national n'entraîne pour l'Etat aucune obligation à l'égard de cette personne. Tout dépend des droits que l'Etat en question permet de revendiquer. Si le droit interne reconnaît la possibilité d'engager une action et si le droit revendiqué est un droit ayant *a priori* les caractéristiques requises par l'article 6 de la Convention, la Cour ne voit pas pourquoi cette procédure interne devrait être évaluée différemment de toute autre procédure intentée au niveau national.

54. Même si le caractère extraterritorial des faits éventuellement à l'origine de l'action peut avoir des conséquences sur l'applicabilité de l'article 6 et sur le résultat final de la procédure, il ne peut en aucun cas en avoir sur la compétence *ratione loci* et *ratione personae* de l'Etat en question. En raison de l'existence d'une procédure civile devant les juridictions nationales, l'Etat est tenu de par l'article 1 de la Convention de garantir dans le cadre de cette procédure le respect des droits protégés par l'article 6.

La Cour estime qu'à partir du moment où une personne introduit une action civile devant les juridictions d'un Etat, il existe indiscutablement un «lien juridictionnel» au sens de l'article 1 de la Convention, et ce sans préjuger de l'issue de la procédure.

55. Or en l'espèce les requérants avaient intenté une action devant les juridictions civiles italiennes. Partant, il y avait bien un «lien juridictionnel» entre eux et l'Etat italien.

56. Dans ces conditions, les exceptions d'irrecevabilité du gouvernement défendeur ayant trait à l'inexistence d'un «lien juridictionnel» doivent être rejetées.

## **C. Sur l'applicabilité de l'article 6 à la procédure litigieuse**

### *1. Thèse du gouvernement défendeur*

57. Le gouvernement défendeur estime tout d'abord que les articles 6 et 13 ne s'appliquent pas lorsque des actes politiques sont en cause. Invoquant l'arrêt *Z et autres c. Royaume-Uni*, précité, il estime que la notion d'acte politique ne doit pas être considérée comme constituant un «obstacle procédural» au pouvoir des juridictions nationales de statuer sur un droit matériel mais comme un facteur de restriction de ce droit.

58. Il souligne enfin qu'il n'y avait pas en l'espèce de droit de caractère civil que l'on pourrait dire, au moins de manière défendable, reconnu en droit interne.

59. A cela le gouvernement défendeur invoque trois raisons : la première est qu'un droit à réparation de dommages dus à un acte de guerre supposé être illégal n'existe ni dans les règles du droit international applicables en l'espèce ni en droit interne italien ; la deuxième est que l'acte contesté est imputable à l'OTAN et non à l'Etat italien ; enfin, la troisième est que le droit invoqué par les requérants n'est pas reconnu en droit national car la théorie de l'acte politique s'opposait *in limine* à l'action contre l'Etat.

## 2. Thèse des requérants

60. Les requérants soulignent que, pour savoir si dans l'ordre juridique interne leur demande était bien ou mal fondée, il aurait fallu permettre à un tribunal de se prononcer sur cette question ; or la décision de la Cour de cassation les a empêchés de faire valoir devant les juridictions italiennes un droit reconnu par l'article 2043 du code civil. Cette décision est d'ailleurs contraire à la jurisprudence antérieure et postérieure à leur affaire. Ils déduisent de l'arrêt de la Cour de cassation n° 5044 du 11 mars 2004 (paragraphe 28 ci-dessus), d'une part, que l'immunité juridictionnelle ne peut jamais outrepasser la limite de la loi pénale et que la responsabilité civile pour des faits criminels ne peut donc jamais être exclue et, d'autre part, que les règles d'origine internationale qui protègent les droits fondamentaux de l'homme font partie intégrante de l'ordre italien et peuvent donc être utilisées comme paramètre pour dénoncer le dommage causé par des faits criminels ou par imprudence. Partant, ceux qui allèguent la violation d'un droit garanti par le biais de telles normes ont toujours accès à la protection juridictionnelle.

61. Les intéressés rappellent également le comportement pour le moins ambigu du gouvernement défendeur qui, dans l'affaire *Banković et autres*, avait excipé du non-épuisement des voies de recours internes en se référant à leur propre procédure interne pendante à cette époque devant la Cour de cassation, et qui maintenant soutient la thèse selon laquelle il n'y aurait pas eu de droit à faire valoir devant le juge national alors qu'il semblait convaincu du contraire lorsque la procédure était pendante. Lors de l'introduction de leur instance au niveau national, les requérants pouvaient donc valablement espérer avoir un droit pour le moins défendable puisque même le gouvernement défendeur en était persuadé au point de s'en prévaloir devant les instances internationales.

## 3. Thèses des parties intervenantes

### a) Le gouvernement de Serbie-Monténégro

62. Le gouvernement serbo-monténégrin a relevé que depuis les événements en cause la Serbie-Monténégro était devenue partie à la

Convention et que ses citoyens devaient avoir la possibilité de faire respecter leurs droits non seulement devant les juridictions de leur Etat d'origine mais également devant les juridictions des autres Etats parties à la Convention dans tous les cas où il existait une base légale pour le faire.

**b) Le gouvernement du Royaume-Uni**

63. Le gouvernement britannique considère que l'article 6 § 1 ne transforme pas les organes de la Convention en une cour d'appel des décisions des tribunaux nationaux qui statuerait sur le contenu du droit applicable devant ces juridictions, que ce droit soit interne ou qu'il découle du droit international public. Il estime que les règles générales sur la responsabilité, en ce qu'elles exonèrent l'Etat pour ses actes politiques, n'entrent absolument pas dans le champ d'application de l'article 6 § 1.

*4. Appréciation de la Cour*

64. La Cour considère que l'exception tirée de l'incompatibilité *ratione materiae* de la requête avec les dispositions de la Convention est très étroitement liée à la substance du grief énoncé par les requérants sur le terrain de l'article 6 de la Convention. Partant, elle estime opportun de joindre cette exception au fond (voir, notamment, *Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, § 19, série A n° 32, et *Ferrazzini c. Italie* [GC], n° 44759/98, § 18, CEDH 2001-VII).

65. La Cour estime en outre que le grief soulève des questions de fait et de droit qui nécessitent un examen au fond. Elle conclut par conséquent qu'il n'est pas manifestement mal fondé. Constatant de surcroît qu'il ne se heurte à aucun autre motif d'irrecevabilité, elle déclare le restant de la requête recevable (*Vo c. France* [GC], n° 53924/00, § 45, CEDH 2004-VIII). Conformément à sa décision d'appliquer l'article 29 § 3 de la Convention (paragraphe 6 ci-dessus), elle se penchera d'emblée sur le bien-fondé du grief des requérants (*Kleyn et autres c. Pays-Bas* [GC], n°s 39343/98, 39651/98, 43147/98 et 46664/99, § 162, CEDH 2003-VI).

**II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 6 § 1 DE LA CONVENTION, EN RELATION AVEC L'ARTICLE 1**

66. En invoquant l'article 6 de la Convention, en relation avec l'article 1, les requérants se plaignent de la décision de la Cour de cassation ayant déclaré le défaut de juridiction des cours et tribunaux italiens.

Dans ses parties pertinentes, l'article 6 se lit comme suit :

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

L'article 1 est ainsi libellé :

«Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la (...) Convention.»

## A. Thèses des parties

### 1. Thèse des requérants

67. Les requérants soulignent que le substitut du procureur général près la Cour de cassation a constaté dans ses conclusions que les questions soulevées concernaient le fond de la question et non la juridiction. Par ailleurs, selon le droit interne, pour pouvoir exercer l'action civile en indemnisation du dommage résultant d'un délit, il n'est pas nécessaire que le fait criminel soit vérifié au cours du procès pénal ou qu'il y ait eu condamnation du responsable par une juridiction pénale. Par conséquent, les requérants pouvaient tout à fait demander réparation des dommages subis sans avoir au préalable ouvert de procédure pénale afin de voir établir les responsabilités pénales individuelles, ces actions étant complètement indépendantes.

68. Les intéressés estiment que toutes les conditions requises par l'article 6 de la Convention sont remplies pour que l'on puisse reconnaître qu'ils ont demandé au tribunal de Rome de se prononcer sur un droit de caractère civil. Comme ils ont engagé une simple action en réparation du dommage moral découlant d'un fait illicite, il n'y a selon eux aucun doute qu'ils ont invoqué un droit protégé au niveau national et soumis à la pleine juridiction des juges lorsque le défendeur réside en Italie. De plus, à supposer que l'on veuille examiner la question sous un aspect territorial, c'est-à-dire en fonction du *locus commissi delicti*, l'article 6 du code pénal italien permet d'agir quand bien même le fait a été commis en partie seulement sur le territoire italien. Or le bombardement n'aurait pas pu avoir lieu sans l'accord des autorités politiques italiennes et sans les facilités militaires mises à la disposition de l'OTAN par l'Italie puisque les avions sont partis du territoire italien. En outre, en vertu de l'article 185 du code pénal italien, les infractions doivent être réparées selon les règles du droit civil. Partant, les requérants invoquaient bien un droit de caractère civil et c'est parce qu'elle ne pouvait soutenir le contraire que la Cour de cassation a déclaré le défaut de juridiction en prenant le contrepied des réquisitions du substitut du procureur général.

69. Les requérants soutiennent qu'en droit italien, comme cela ressort de la jurisprudence de la Cour de cassation antérieure et postérieure à l'arrêt dans l'affaire *Markovic*, l'absence totale de juridiction de tel ou tel juge national s'impose uniquement en l'absence dans l'ordre juridique interne de normes ou principes théoriquement aptes à protéger le droit

subjectif défendu en justice (arrêts de la Cour de cassation siégeant en Assemblée plénière du 31 mai 1985 (n° 3316) et du 24 octobre 1988 (n° 5740)). Dans le cas des requérants, par contre, la Cour de cassation, pour accueillir le recours du gouvernement et refuser l'accès à un tribunal, a dû ignorer les dispositions du droit interne et international sur lesquelles se fondaient les requérants pour demander l'indemnisation des dommages résultant d'une activité de l'administration publique italienne, activité consistant non seulement dans le bombardement de la Radiotélévision serbe, mais également dans tous les actes préparatoires réalisés en Italie avec l'autorisation et la collaboration des autorités italiennes (articles 2043 du code civil, 6 du code pénal et 174 du code pénal militaire en temps de guerre). Pour ce faire, la Cour de cassation a privé la Convention européenne des droits de l'homme de tout effet en droit interne, statuant ainsi en contradiction avec la jurisprudence de la présente Cour, selon laquelle le respect des droits prévus dans la Convention doit être assuré en substance par les Etats parties. Par ailleurs, la Cour de cassation a qualifié la conduite de l'Etat à l'origine de la demande d'«acte de gouvernement». Elle en a tiré la conséquence que celui-ci ne pouvait être attaqué devant les tribunaux et a affirmé qu'un tel principe prévalait sur la Convention européenne des droits de l'homme, empêchant que n'en dérive pour les requérants un droit d'accès à un tribunal.

70. Il s'agirait là d'une affirmation qui nie la primauté de la Convention; or cette primauté découle également, en droit interne, de l'article 117 de la Constitution selon lequel «le pouvoir législatif est exercé par l'Etat et par les régions, dans le respect de la Constitution ainsi que des liens découlant de l'organisation communautaire et des autres obligations internationales». En outre, on ne peut qualifier en droit interne le bombardement du siège de la Radiotélévision serbe d'acte de gouvernement pour exclure un contrôle juridictionnel. L'acte de gouvernement en droit italien exclut la juridiction du juge administratif, et uniquement du juge administratif, étant donné que seul un tel juge prend directement en considération l'acte de gouvernement ou peut l'annuler. L'article 31 du décret royal n° 1054 du 26 juin 1924 introduit en fait une limitation de la légalité qui ne concerne pas les droits subjectifs pouvant, comme le droit à l'indemnisation du dommage, être soumis aux juridictions judiciaires. En tout cas, même si l'on peut retenir que la limitation juridictionnelle est encore prévue dans le système italien après l'entrée en vigueur de la Constitution, elle pourrait concerner l'acte de gouvernement qui décide de la participation italienne aux opérations militaires dans l'ex-République fédérale de Yougoslavie, mais non chaque acte isolé ou opération militaire, comme l'opération qui se trouve à l'origine de la présente affaire. Une telle mission de bombardement ne peut en réalité être qualifiée d'acte de gouvernement



échappant aux juridictions. Dans une affaire analogue, la juridiction du juge italien n'a pas été exclue pour des faits illicites sur le plan pénal commis par des soldats italiens au cours de la mission militaire internationale en Somalie. Ainsi, le cadre du droit interne et de la Convention, selon les requérants, ne justifie pas l'exclusion d'un droit d'accès aux juges pour faire valoir un droit à indemnisation d'un dommage dérivant d'actes de l'administration publique, même quand ces derniers s'inscrivent dans le cadre d'une décision de nature politique. En réalité, il convient de distinguer entre le fond de la demande présentée au juge et la question de la juridiction. Quant à la question générale des effets de la Convention en droit interne, les requérants soulignent la gravité des affirmations que contient l'arrêt de la Cour de cassation, qui a nié toute juridiction, et ils relèvent que cette jurisprudence est en contradiction avec les arrêts précédents de la même Cour de cassation (arrêts Polo Castro de 1988, Mediano de 1993, Galeotti de 1998, et d'autres encore) et pourrait, si elle devait se confirmer, avoir de graves répercussions, au-delà du cas d'espèce, étant donné le caractère suprême de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation. Les requérants font toutefois observer que la Cour de cassation a abandonné dans ses arrêts postérieurs l'orientation prise dans l'affaire Markovic, ce qui met encore en évidence l'injustice subie par eux.

## *2. Thèse du gouvernement défendeur*

71. Pour le gouvernement défendeur, l'article 6 n'est pas applicable. Tout d'abord parce que le droit invoqué par les requérants est un droit dont on ne peut valablement affirmer qu'il est reconnu en droit interne.

72. Les requérants se sont fondés sur les articles 2043 du code civil, 6 et 185 du code pénal et 174 du code pénal militaire en temps de guerre. Quant à l'article 2043, la responsabilité délictuelle de l'Etat est déclenchée uniquement par un acte délictueux ou une négligence dont l'Etat est tenu d'assumer les conséquences sur la base de l'une ou l'autre disposition du droit interne ; or les dispositions invoquées n'ouvrent aucun droit à obtenir réparation de préjudices causés par un acte de guerre dont on allègue l'illégalité.

73. L'article 6 du code pénal a pour effet d'établir et de déterminer la portée de la compétence territoriale de l'Etat aux fins du droit pénal. Le gouvernement défendeur considère que l'on ne peut imputer la violation du droit d'accès à un tribunal à l'Italie en se fondant sur le fait que le droit interne italien prévoit une plus grande possibilité d'accès au tribunal en ce qu'il ménage, par le biais de l'article 6 § 2 du code pénal, un recours qui permet d'obtenir une indemnisation aussi des dommages découlant d'actes commis en dehors du territoire national, possibilité que d'autres droits nationaux ne reconnaissent pas. Par ailleurs, l'application conjointe

de l'article 174 du code pénal militaire en temps de guerre et de l'article 185 du code pénal permettrait d'engager la responsabilité de l'Etat pour des faits commis par les membres de ses forces armées.

74. Les dispositions dont se prévalent les requérants concernent toutes la commission d'un délit de caractère individuel alors que, dans la procédure en question, le grief des intéressés vise un acte dommageable commis par les forces aériennes de l'OTAN et dont on ne peut soutenir qu'il implique la responsabilité pénale individuelle des membres des forces armées italiennes. Le gouvernement défendeur relève au demeurant que la jurisprudence dont font état les requérants n'est absolument pas pertinente puisqu'elle concerne soit des affaires où était en cause la responsabilité individuelle d'un membre des forces militaires, soit des affaires où la responsabilité civile de l'Etat n'a pas été établie.

75. Le droit à réparation invoqué par les requérants ne trouve pas davantage de base légale dans les règles applicables du droit international coutumier. Devant les juridictions nationales, les requérants se sont référés aux articles 35, 48, 51 et 91 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève (Protocole I). Ces dispositions limitent le droit des parties au conflit de choisir les méthodes ou moyens de mener la guerre en rendant illégal le fait de diriger leurs opérations contre des objectifs non militaires. L'intention était de créer des droits et des obligations uniquement au niveau des Etats entre eux et non de conférer des droits aux individus, cela même lorsqu'il s'agit d'une obligation de réparation. Les dispositions en question n'emportent pas de droit subjectif à obtenir devant les tribunaux de l'Etat responsable réparation pour des dommages de guerre, ni n'impose aux Etats parties l'obligation de modifier leur droit interne à cet effet.

76. Le droit à la réparation de dommages dus à un acte de guerre prétendument illégal, même s'il pourrait être souhaitable, n'existe pas actuellement en droit italien, et l'Italie n'est pas tenue en vertu d'une obligation internationale d'introduire un tel droit dans son ordre juridique interne. Arriver à la conclusion contraire reviendrait à créer, par une interprétation de l'article 6, un droit matériel qui n'a pas de fondement dans le droit du pays concerné. Or l'article 6 ne crée pas de droits. Par ailleurs, déduire de l'article 6 de la Convention le droit d'accès à un tribunal pour plaider la responsabilité à raison d'un fait illicite de l'Etat, même dans les cas où l'atteinte à un droit de caractère civil dérive d'actes de politique internationale, y compris ceux de maintien ou d'instauration de la paix, nuirait à l'exigence pour les gouvernements d'entreprendre des actions de coopération internationale en la matière.

77. Dans la mesure où l'acte attaqué était un acte extraterritorial et de surcroît commis par une organisation internationale dont l'Italie est membre, la responsabilité conjointe de l'Italie est très difficile à établir. La possibilité d'engager avec succès une procédure en Italie pour

contester la légalité de l'action menée par les forces de l'OTAN au Kosovo était une perspective lointaine et improbable. Les requérants n'ont d'ailleurs produit aucun précédent où les plaignants auraient eu gain de cause. Invoquant la jurisprudence *Prince Hans-Adam II de Liechtenstein c. Allemagne* ([GC], n° 42527/98, CEDH 2001-VIII), le gouvernement défendeur estime donc impossible d'affirmer qu'il existe un lien suffisant entre l'issue de la procédure et la reconnaissance des droits revendiqués par les requérants.

78. Enfin, le litige n'était pas susceptible d'être porté devant la justice. La Cour de cassation a estimé que la question fondamentale sous-jacente au grief des requérants était de savoir si l'acte attaqué était illégal et engageait la responsabilité de l'Etat italien; elle a considéré qu'il s'agissait d'un « acte politique » qui ne relevait donc pas de la justice. Ce faisant, la Cour de cassation n'a pas fixé de limite au droit d'accès à un tribunal mais a défini la portée du droit matériel revendiqué par les requérants. Selon le gouvernement défendeur, la théorie de l'acte politique ne crée pas d'obstacle procédural supprimant ou limitant les possibilités de soumettre d'éventuels griefs à la justice, mais s'oppose *in limine* à l'action contre l'Etat.

79. Quant au bien-fondé du grief et à supposer que la Cour estime, en dépit de ce qui précède, que l'article 6 de la Convention s'applique au cas d'espèce, le gouvernement défendeur considère qu'il n'y a pas eu violation de cet article et que la restriction subie par les requérants dans l'exercice de leur droit d'accès à un tribunal répond à une exigence de l'Etat de droit et au principe de la séparation des pouvoirs et qu'elle est proportionnée au but légitime poursuivi.

80. Selon le gouvernement défendeur, le défaut de juridiction des tribunaux nationaux ne conduit pas à méconnaître le droit d'accès à un tribunal garanti par l'article 6 de la Convention. En effet, ce droit n'est pas illimité, mais admet une réglementation pour laquelle l'Etat dispose d'une certaine marge d'appréciation. En Italie, l'Etat, le gouvernement ou l'administration publique ne jouissent pas d'une quelconque forme généralisée d'immunité de juridiction. Le défaut de juridiction des tribunaux italiens retenu par la Cour de cassation dans la présente affaire n'est pas une restriction qui s'applique à une demande d'indemnisation du préjudice dirigée contre l'Etat en tant que tel; il se rapporte seulement à une catégorie, très restreinte, d'actes exprimant, au plus haut niveau, la « puissance étatique ». Il s'agit d'actes « politiques » qui concernent l'Etat dans son unité, par rapport à laquelle le pouvoir judiciaire ne peut être considéré comme une « tierce personne ». La loi constitue un exemple typique d'« acte de gouvernement » pouvant causer un dommage à des individus; or la Cour a déjà eu l'occasion de préciser que la Convention ne va pas jusqu'à imposer une voie de recours pour contester une loi.

81. D'autres actes expriment au plus haut niveau la «puissance étatique»; ce sont les actes de politique internationale et, à travers eux, les actes de guerre. Le principe qui veut que les actes exprimant des choix politiques fondamentaux de l'Etat soient légitimement exclus de la compétence judiciaire est une conséquence du principe de la séparation des pouvoirs et de la nécessité de ne pas impliquer le pouvoir judiciaire, par définition dépourvu de légitimité démocratique, dans l'identification des objectifs d'intérêt général et dans le choix des moyens de les atteindre. En résumé, le pouvoir judiciaire ne peut être impliqué, même *a posteriori*, dans l'activité de direction de la politique nationale.

82. La limitation de l'accès aux tribunaux en tant que conséquence de la nature politique de l'acte incriminé a ainsi un objectif légitime. Quant au critère de proportionnalité entre les moyens employés et le but recherché, il faut remarquer que cette exemption de juridiction ne porte pas atteinte à l'essence même du droit d'accès des individus à un tribunal, puisqu'elle n'entrave pas l'accès à une série d'actions civiles et ne confère pas des immunités à un vaste groupe de personnes, mais ne vaut que pour une catégorie limitée et très strictement définie d'actions civiles dirigées contre l'Etat. Il ne fait d'ailleurs pas de doute que le but poursuivi par la théorie de l'acte politique ne peut être réalisé qu'au moyen d'une exemption de la juridiction des tribunaux. Pour toutes ces raisons, il n'y a pas eu violation de l'article 6 de la Convention.

## B. Thèses des parties intervenantes

### 1. Le gouvernement de Serbie-Monténégro

83. Le gouvernement serbo-monténégrin a rappelé que le principe de la réparation des dommages est une notion fondamentale dont l'origine remonte au principe *neminem laedere* du droit romain, principe général de droit reconnu par les nations civilisées. Selon lui, la Cour a appliqué ce principe dans l'affaire *Osman c. Royaume-Uni* (28 octobre 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-VIII) lorsqu'elle a estimé qu'un Etat – qui s'octroie l'immunité en cas d'action en responsabilité en excipant d'une immunité d'intérêt public – doit prévoir d'autres moyens pour les individus qui ont souffert un dommage du fait d'un acte ou d'une omission de l'Etat d'obtenir réparation de ce dommage.

84. Il a souligné en outre que le principe de la prééminence du droit énoncé à l'article 3 du Statut du Conseil de l'Europe explique l'essence même de l'article 6 de la Convention. Il estime difficile d'imaginer ce principe sans accès à un tribunal et se réfère à l'arrêt *Fayed c. Royaume-Uni* (21 septembre 1994, § 65, série A n° 294-B), dans lequel la Cour a considéré: «[Q]u'un Etat puisse sans réserve ou sans contrôle des

organes de la Convention soustraire à la compétence des tribunaux toute une série d'actions civiles ou exonérer de toute responsabilité civile de larges groupes ou catégories de personnes ne se concilierait pas avec la prééminence du droit dans une société démocratique ni avec le principe fondamental qui sous-tend l'article 6 § 1 – les revendications civiles doivent pouvoir être portées devant un juge.»

85. Enfin il a fait remarquer qu'en Serbie-Monténégro les juridictions civiles ou constitutionnelle ne pouvaient pas refuser de trancher une question en prétextant un acte de gouvernement. Le seul problème qui pourrait se poser est celui de savoir si, au niveau interne, il y a des normes permettant le contrôle de ces actes. L'adoption de la doctrine de l'acte de gouvernement limiterait considérablement le but poursuivi par l'application de la loi en ce qui concerne l'accès et l'effectivité des voies de recours telles que garanties par la Convention. Une telle doctrine, de par sa nature, justifierait une absence de contrôle sur les actes de mise en œuvre de la politique étrangère en faisant jouer la «raison d'Etat», ce qui rendrait impossible la protection des droits de l'homme. La Serbie-Monténégro a considéré que la doctrine de l'Etat de droit devait prévaloir sur celle de la raison d'Etat.

## 2. *Le gouvernement du Royaume-Uni*

86. Selon le gouvernement britannique, la législation nationale établissant qu'une personne n'a pas droit à un dédommagement ou, partant, que l'Etat n'est pas responsable de ses actes accomplis dans le cadre de ses relations internationales n'est pas contraire à l'article 6 § 1.

87. Le gouvernement britannique fait observer que ce genre de règle se retrouve couramment dans la législation des Etats membres du Conseil de l'Europe et aussi d'autres pays, même si sa formulation varie selon les systèmes juridiques (par exemple, elle peut disposer que les décisions prises dans le cadre des relations internationales ne relèvent pas de la compétence des tribunaux ou que telle règle générale sur la responsabilité n'englobe pas les préjudices causés par des actes de guerre ou autres actions de l'Etat conduites dans le cadre de ses relations internationales).

88. Quelle que soit la formule, une telle règle limite le champ d'application du droit matériel de l'Etat concerné et non le droit d'accéder aux tribunaux pour faire appliquer ce droit matériel. D'après le gouvernement britannique, la position de fond est très proche de celle adoptée dans *Z et autres c. Royaume-Uni* (précité). Tout comme la règle restrictive du droit anglais dont il était question dans *Z et autres c. Royaume-Uni*, la législation nationale disposant que l'Etat n'est pas tenu de dédommager les personnes ayant souffert de pertes à la suite de décisions qu'il a prises dans le cadre de ses relations internationales

limite le champ d'application des règles générales sur la responsabilité en exonérant l'Etat pour ses actes de politique publique. Pour le gouvernement britannique, estimer qu'une telle règle est contraire à l'article 6 § 1 reviendrait à aller à l'encontre de ce que la Cour n'a cessé de répéter ne pas pouvoir faire, à savoir créer, par voie d'interprétation de l'article 6 § 1, un droit matériel n'ayant aucun fondement dans la législation de l'Etat contractant concerné.

89. Le gouvernement britannique pense que des règles semblables à celle mentionnée ci-dessus n'entrent absolument pas dans le champ d'application de l'article 6 § 1 et que si la Cour devait être d'un avis contraire, il conviendrait de les considérer comme des restrictions raisonnables et proportionnées du champ d'application de l'article 6 § 1 qui protège des droits indispensables dans une société démocratique.

90. Le gouvernement britannique a déjà fait observer que nombre de systèmes juridiques nationaux contiennent une règle similaire à celle que les tribunaux italiens ont appliquée en l'espèce. A quoi il faut ajouter que ce type de réglementation répond à un intérêt public manifeste dans un Etat démocratique en ce qu'il définit la nature de la séparation des pouvoirs respectifs de la justice et de l'exécutif en matière de relations internationales et d'activités militaires.

91. De l'avis du gouvernement britannique, une telle règle ne peut passer pour porter atteinte à l'article 6 § 1 de la Convention.

## C. Appréciation de la Cour

### 1. Principes généraux

92. Le droit d'accès à un tribunal au sens de l'article 6 qui est ici en cause a été défini dans l'arrêt *Golder c. Royaume-Uni* (21 février 1975, §§ 28-36, série A n° 18). Se référant aux principes de la prééminence du droit et de l'interdiction de tout pouvoir arbitraire qui sous-tendent pour une bonne part la Convention, la Cour y avait conclu que le droit d'accès à un tribunal était un élément inhérent aux garanties consacrées par l'article 6. Ainsi, l'article 6 § 1 garantit à chacun le droit de faire statuer par un tribunal sur toute contestation portant sur ses droits et obligations de caractère civil.

93. La Cour rappelle que, selon sa jurisprudence constante, l'article 6 § 1 ne vaut que pour les « contestations » relatives à des « droits et obligations » – de caractère civil – que l'on peut dire, au moins de manière défendable, reconnus en droit interne ; il n'assure par lui-même aux « droits et obligations » (de caractère civil) aucun contenu matériel déterminé dans l'ordre juridique des Etats contractants (arrêts *James et autres c. Royaume-Uni*, 21 février 1986, § 81, série A n° 98 ; *Lithgow et autres*

*c. Royaume-Uni*, 8 juillet 1986, § 192, série A n° 102, et *Les saints monastères c. Grèce*, 9 décembre 1994, § 80, série A n° 301-A). La Cour ne saurait créer, par voie d'interprétation de l'article 6 § 1, un droit matériel n'ayant aucune base légale dans l'Etat concerné (*Roche c. Royaume-Uni* [GC], n° 32555/96, §§ 116-117, CEDH 2005-X). Toutefois, il ne s'applique qu'à des contestations «réelles et sérieuses» portant aussi bien sur l'existence même d'un droit que sur son étendue ou ses modalités d'exercice (*Bentham c. Pays-Bas*, 23 octobre 1985, § 32, série A n° 97, et *Z et autres c. Royaume-Uni*, précité, § 87).

94. La distinction entre limitations matérielles et barrières procédurales détermine l'applicabilité et, le cas échéant, la portée des garanties de l'article 6. Le fait que les circonstances et les griefs propres à une affaire peuvent rendre inutile l'établissement d'une distinction entre limitations matérielles et barrières procédurales (voir, par exemple, *A. c. Royaume-Uni*, n° 35373/97, § 65, CEDH 2002-X) n'a aucune incidence sur la portée de l'article 6 de la Convention, lequel, en principe, ne peut s'appliquer aux limitations matérielles d'un droit consacré par la législation interne.

95. Dès lors, pour apprécier s'il existe un «droit» de caractère civil et déterminer quelle est la qualification (matérielle ou procédurale) à donner à la restriction en cause, il faut prendre pour point de départ les dispositions du droit national pertinent et l'interprétation qu'en font les juridictions internes (*Masson et Van Zon c. Pays-Bas*, 28 septembre 1995, § 49, série A n° 327-A). Lorsque de surcroît les juridictions nationales supérieures ont analysé de manière complète et convaincante la nature précise de la restriction litigieuse, en s'appuyant sur la jurisprudence pertinente issue de la Convention et sur les principes qui en découlent, la Cour doit avoir des motifs très sérieux pour prendre le contre-pied de ces juridictions en leur substituant ses propres vues sur une question d'interprétation du droit interne (arrêt *Z et autres c. Royaume-Uni*, précité, § 101) et en jugeant, contrairement à elles, que la personne concernée pouvait prétendre de manière défendable posséder un droit reconnu par la législation interne.

96. Enfin, dans cette appréciation, il faut, par-delà les apparences et le vocabulaire employé, s'attacher à cerner la réalité (*Van Droogenbroeck c. Belgique*, 24 juin 1982, § 38, série A n° 50). En particulier, la Cour ne doit pas se laisser indûment influencer par les techniques législatives employées (arrêt *Fayed*, précité, § 67) ou par la manière dont le droit interne qualifie la restriction en question: le terme fréquent d'«immunité» désigne tantôt une «exonération de responsabilité» (en principe, il s'agit d'une limitation matérielle), tantôt une «immunité de poursuites» (qui suggère une limitation procédurale) (arrêt *Roche*, précité, §§ 119-121).

97. Néanmoins, qu'un Etat puisse sans réserve ou sans contrôle des organes de la Convention soustraire à la compétence des tribunaux toute

une série d'actions civiles ou exonérer de toute responsabilité civile de larges groupes ou catégories de personnes ne se concilierait pas avec la prééminence du droit dans une société démocratique ni avec le principe fondamental qui sous-tend l'article 6 § 1 – à savoir que les revendications civiles doivent pouvoir être portées devant un juge (arrêt *Fayed*, précité, § 65).

98. L'article 6 § 1 peut aussi être invoqué par « quiconque, estimant illégale une ingérence dans l'exercice de l'un de ses droits (de caractère civil), se plaint de n'avoir pas eu l'occasion de soumettre pareille contestation à un tribunal répondant aux exigences de l'article 6 § 1 » (*Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique*, 23 juin 1981, § 44, série A n° 43). Lorsqu'il y a, au sujet de la légalité d'une telle ingérence, une contestation réelle et sérieuse, qu'elle soit relative à l'existence même ou à la portée du droit de caractère civil revendiqué, le justiciable a droit, en vertu de l'article 6 § 1, « à ce qu'un tribunal tranch[e] cette question de droit interne » (*Sporrong et Lönnroth c. Suède*, 23 septembre 1982, § 81, série A n° 52; voir également *Tre Traktörer AB c. Suède*, 7 juillet 1989, § 40, série A n° 159).

99. Toutefois, ce droit n'est pas absolu. Il peut être soumis à des restrictions légitimes, tels des délais légaux de prescription, des ordonnances prescrivant le versement d'une caution *judicatum solvi*, des réglementations concernant les mineurs ou les handicapés mentaux (arrêts *Stubbings et autres c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1996, §§ 51-52, *Recueil* 1996-IV; *Tolstoy Miloslavsky c. Royaume-Uni*, 13 juillet 1995, §§ 62-67, série A n° 316-B, et *Golder*, précité, § 39). Lorsque l'accès de l'individu au juge est restreint par la loi ou dans les faits, la Cour examine si la restriction touche à la substance du droit et, en particulier, si elle poursuit un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé (*Ashingdane c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, § 57, série A n° 93). Si la restriction est compatible avec ces principes, il n'y a pas violation de l'article 6 (arrêt *Z et autres c. Royaume-Uni*, précité, §§ 92-93).

## 2. Application à l'espèce

### a) Applicabilité de l'article 6 de la Convention

100. En l'espèce, les requérants ont réclamé des dommages-intérêts en vertu de l'article 2043 du code civil afin d'invoquer la responsabilité délictuelle de l'Etat et ils ont renforcé leur demande en s'appuyant sur les articles 6 du code pénal, 174 du code pénal militaire en temps de guerre et sur les dispositions du Protocole additionnel aux Conventions de Genève (Protocole I) et de la Convention de Londres de 1951 (paragraphe 22-25 et 30-31 ci-dessus). Ils se sont prévalus de différents



précédents qui ne sont, toutefois, jamais rigoureusement identiques à la présente espèce, comme le souligne le gouvernement défendeur, puisque concernant notamment la responsabilité individuelle de membres des forces militaires. Quant à la jurisprudence relative aux actes politiques indiquée par le gouvernement défendeur, si elle pouvait laisser présager de la décision, elle ne concerne pas un cas suffisamment similaire pour pouvoir être considérée comme un précédent en l'espèce. C'est donc dans l'affaire des requérants que les tribunaux internes ont été appelés pour la première fois à dire si cette situation relevait de l'article 2043 du code civil.

101. La Cour considère en conséquence qu'il y avait dès le début de la procédure une contestation réelle et sérieuse sur l'existence du droit que les requérants affirmaient tirer du régime de la responsabilité civile. L'argument du gouvernement défendeur selon lequel il n'y avait pas de «droit» défendable (de caractère civil) aux fins de l'article 6, dès lors que la haute juridiction avait conclu que, étant un acte de guerre, l'acte incriminé n'était pas susceptible de contrôle judiciaire, ne peut être pertinent que pour les allégations qui seraient présentées ultérieurement par d'autres plaignants. L'arrêt de la Cour de cassation n'a pas ôté rétroactivement aux griefs des requérants leur caractère défendable (arrêt *Z et autres c. Royaume-Uni*, précité, § 89). Dans ces conditions, la Cour estime que les requérants pouvaient prétendre, au moins de manière défendable, avoir un droit reconnu en droit interne.

102. Dès lors, l'article 6 est applicable à l'action en responsabilité qu'ils ont intentée à l'encontre de l'Etat. Partant, la Cour rejette l'objection du gouvernement défendeur à cet égard et se doit donc d'examiner si les exigences de cette disposition ont été respectées dans le cadre de la procédure en cause.

#### **b) Observation de l'article 6 de la Convention**

103. En l'espèce, les requérants allèguent que la décision de la Cour de cassation concluant au défaut de juridiction les a empêchés d'accéder à un tribunal et d'obtenir une décision sur le bien-fondé de leur demande.

104. Les requérants et le gouvernement serbo-monténégrin estiment qu'un droit à réparation existait du seul fait de l'application des dispositions des codes en vigueur, alors que les deux autres gouvernements contestent l'existence d'un tel droit en cas d'actes de guerre ou de maintien ou de rétablissement de la paix. Les requérants considéraient que leur droit à réparation découlait de l'article 2043 du code civil et renforçaient leur demande en s'appuyant sur les articles 6 du code pénal et 174 du code pénal militaire en temps de guerre, ainsi

que sur des dispositions du Protocole additionnel aux Conventions de Genève (Protocole I).

105. La Cour note avant tout que, sur le plan pratique, les requérants n'ont pas été empêchés de porter leurs griefs devant les tribunaux internes.

106. La Cour de cassation a trouvé que la réponse à donner était claire et c'est pourquoi elle a écarté cet argument relatif à la juridiction en se fondant sur un raisonnement quelque peu laconique. Elle a considéré : que l'acte incriminé était un acte de guerre ; que les actes de ce genre étaient la manifestation de décisions politiques ; que par conséquent aucun juge n'avait le pouvoir de contrôler la façon dont cette fonction politique avait été exercée. En outre, les lois donnant application aux textes de droit international invoqués ne contenaient pas de dispositions expresses offrant aux personnes lésées la possibilité de demander à l'Etat réparation des dommages subis en violation des règles du droit international.

107. La Cour réitère les principes fondamentaux qui se dégagent de sa jurisprudence relative à l'interprétation et à l'application du droit interne. Si, aux termes de l'article 19 de la Convention, la Cour a pour tâche d'assurer le respect des engagements résultant de la Convention pour les Etats contractants, il ne lui appartient pas de connaître des erreurs de fait ou de droit prétendument commises par une juridiction interne sauf si et dans la mesure où elles pourraient avoir porté atteinte aux droits et libertés sauvegardés par la Convention.

108. De plus, il incombe au premier chef aux autorités nationales, et singulièrement aux cours et tribunaux, d'interpréter et d'appliquer le droit interne. Il en va de même 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 (arrêts *Waite et Kennedy c. Allemagne* [GC], n° 26083/99, § 54, CEDH 1999-I ; *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne* [GC], n°s 34044/96, 35532/97 et 44801/98, § 49, CEDH 2001-II, et *Prince Hans-Adam II de Liechtenstein*, précité, §§ 43-50).

109. Pour ce qui est des affirmations de la Cour de cassation concernant les conventions internationales, la Cour relève, bien qu'il ne lui appartienne pas de se prononcer sur l'application du Protocole additionnel aux Conventions de Genève (Protocole I) ou de la Convention de Londres, qu'elles ne semblent pas faire apparaître une erreur d'interprétation puisque, d'une part, le Protocole I régit en effet des relations entre Etats et que, d'autre part, l'article VIII paragraphe 5 de la Convention de Londres invoqué par les requérants concerne des actes « (...) qui ont causé sur le territoire de l'Etat de séjour des dommages à un tiers (...) » (paragraphe 31 ci-dessus) ; or les dommages subis par les requérants ont été subis en Serbie et non en Italie.

Quant à l'affirmation selon laquelle les violations de la Convention ne peuvent être constatées que par la Cour, celle-ci rappelle qu'en vertu de l'article 1, aux termes duquel «[l]es Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la (...) Convention», la mise en œuvre et la sanction des droits et libertés garantis par la Convention reviennent au premier chef aux autorités nationales. Le mécanisme de plainte devant la Cour revêt donc un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de sauvegarde des droits de l'homme (*Cocchiarella c. Italie* [GC], n° 64886/01, § 38, CEDH 2006-V). En l'espèce, le grief tiré de l'article 2 de la Convention ayant été déclaré irrecevable (paragraphe 4 ci-dessus), la Cour ne relève pas de problèmes de compatibilité résultant des effets de cette interprétation.

110. Elle note aussi que, du fait des articles 41 et 37 du code de procédure civile, la question préalable de juridiction dont les ministères ont excipé dans cette affaire devait être soulevée, même d'office, à un moment ou à un autre dans la mesure où l'administration publique était concernée (paragraphe 23 ci-dessus). Il ne s'agissait donc pas d'une sorte d'immunité que l'Etat aurait pu renoncer à faire valoir.

111. Partant, ni l'interprétation du droit interne ni l'application, en droit interne, des traités internationaux invoqués ne permettaient de constater l'existence d'un «droit» à réparation fondé sur la responsabilité délictuelle dans une telle situation. A supposer, comme le font les requérants, que depuis 2004, par le biais de l'évolution jurisprudentielle, pareil droit puisse être revendiqué, cela ne permet pas de conclure qu'il existait avant cette évolution jurisprudentielle.

112. La Cour remarque également que la Cour de cassation avait déjà eu l'occasion de se prononcer quant au défaut de juridiction à l'égard de l'administration en cas d'actes de nature politique et au fait que de tels actes ne permettaient pas d'engager une action en responsabilité contre l'Etat puisqu'ils ne provoquaient pas d'atteinte à des situations juridiques subjectives, les seules, selon la jurisprudence interne, aptes à donner lieu à réparation (paragraphe 26 ci-dessus). C'est même après les débats devant elle que la Cour de cassation a donné des précisions concernant l'existence d'une prétention défendable en droit. En se prononçant sur les limites de sa juridiction, elle a ainsi précisé les contours de la responsabilité délictuelle.

113. A la différence des requérants, la Cour n'est pas convaincue que la décision litigieuse ait consacré une immunité, en fait ou en pratique, en raison de son caractère prétendument absolu ou général. Comme le relève à juste titre le gouvernement défendeur, cette décision ne portait que sur un aspect de l'exercice de l'action en responsabilité dirigée contre l'Etat, aspect limité aux dommages découlant d'un acte de gouvernement relatif à un acte de guerre, et ne saurait être considérée comme ayant eu pour

effet de soustraire arbitrairement à la compétence des tribunaux toute une série d'actions civiles (arrêt *Fayed*, précité, § 65). Comme le gouvernement britannique l'a rappelé et conformément à ce que la Cour a observé au paragraphe 93 ci-dessus, il se dégage de la jurisprudence des organes de la Convention un principe selon lequel l'article 6 n'assure par lui-même aux droits et obligations de caractère civil aucun contenu matériel déterminé dans les ordres juridiques nationaux. Pour que l'article 6 entre en jeu, il ne suffit pas que l'inexistence en droit interne d'un motif d'agir puisse passer pour avoir le même effet qu'une immunité, en ce sens qu'elle empêche l'intéressé de réclamer en justice réparation pour une catégorie donnée de préjudices (arrêt *Z et autres c. Royaume-Uni*, précité, § 98).

114. La Cour considère que la décision de la Cour de cassation n'emporte pas consécration d'une immunité mais donne uniquement des indications quant à l'étendue du contrôle qu'un juge peut exercer sur un acte de politique étrangère tel qu'un acte de guerre. En l'espèce, la Cour est amenée à conclure que l'impossibilité pour les requérants de poursuivre l'Etat découlait non pas d'une immunité mais des principes régissant le droit d'action matériel en droit interne. Or, selon la tendance jurisprudentielle interne de l'époque, il n'y avait dans ce type d'affaire aucune possibilité de mettre en jeu la responsabilité de l'Etat. Il n'y a donc pas eu de limitation à l'accès à un tribunal de l'ordre de celle qui était en cause dans l'affaire *Ashingdane* (arrêt précité, § 57).

115. En conséquence, les requérants ne peuvent soutenir avoir été privés du droit d'obtenir une décision sur le bien-fondé de leurs allégations. Leurs prétentions ont fait l'objet d'un examen équitable à la lumière des principes applicables du droit interne concernant le droit de la responsabilité délictuelle. Dès lors que la Cour de cassation avait statué sur les arguments juridiques défendables ayant mis en jeu l'applicabilité de l'article 6 § 1 de la Convention, les requérants ne pouvaient plus revendiquer, au titre de l'article 6 § 1, un droit à un débat sur les faits. Un tel débat n'aurait servi qu'à prolonger inutilement la procédure nationale, puisque même à supposer que la décision de la Cour de cassation n'eût pas mis fin de plein droit à la procédure devant le tribunal de Rome, celui-ci n'aurait pu procéder à l'évaluation du caractère de l'acte incriminé et n'aurait pu dans de telles conditions que rejeter la demande.

La Cour rejoint le gouvernement britannique lorsqu'il considère que le présent cas se rapproche de l'affaire *Z et autres c. Royaume-Uni* (précitée). Comme ceux dans l'affaire *Z et autres c. Royaume-Uni*, les requérants en l'espèce ont bien eu accès à un tribunal mais un accès limité puisqu'ils n'ont pu obtenir une décision sur le bien-fondé.

116. Au vu de ce qui précède, la Cour estime qu'il n'y a pas eu violation de l'article 6 de la Convention.

## PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Joint au fond*, à l'unanimité, l'exception préliminaire du gouvernement défendeur concernant l'applicabilité de l'article 6 de la Convention;
2. *Déclare*, à l'unanimité, le restant de la requête recevable;
3. *Dit*, à l'unanimité, que l'article 6 de la Convention est applicable au cas d'espèce et *rejette* en conséquence l'exception préliminaire du Gouvernement;
4. *Dit*, par dix voix contre sept, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 6 de la Convention.

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 14 décembre 2006.

Lawrence Early  
Greffier

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 concordante du juge Costa;
- opinion concordante du juge Bratza, à laquelle se rallie le juge Rozakis;
- opinion dissidente du juge Zagrebelsky, à laquelle se rallient les juges Zupančič, Jungwiert, Tsatsa-Nikolovska, Ugrekhelidze, Kovler et David Thór Björgvinsson.

L.W.  
T.L.E.

## OPINION CONCORDANTE DU JUGE COSTA

1. J'ai voté le dispositif de l'arrêt, en particulier ses articles 3 et 4, mais je ne suis pas convaincu par les motifs qui en sont le support. Je souhaite m'en expliquer, en me limitant aux points principaux.

2. Fondamentalement, de quoi s'agit-il? Comme dans l'affaire *Banković et autres c. Belgique et autres* ((déc.) [GC], n° 52207/99, CEDH 2001-XII), des conséquences tragiques du bombardement d'un immeuble de la Radiotélévision serbe à Belgrade, par un missile tiré d'un avion de l'OTAN. Cinq des personnes décédées des suites de cette frappe aérienne, décidée dans le contexte du conflit du Kosovo, étaient des proches des requérants dans l'affaire *Markovic*.

3. Les requérants ont considéré que ces morts engageaient la responsabilité des autorités italiennes, ainsi que du commandement des Forces alliées de l'Europe du Sud de l'OTAN, et ils ont saisi le tribunal de Rome d'une action indemnitaire contre les défendeurs (par la suite ils se sont désistés de la partie de leur action dirigée contre les forces de l'OTAN).

4. Les autorités italiennes ont estimé que le litige soulevait une question de juridiction (*giurisdizione*) et, sur la base d'un article du code de procédure civile, elles ont demandé, comme chaque partie en a le droit, à l'Assemblée plénière de la Cour de cassation de résoudre cette question préalable.

5. L'Assemblée plénière ayant conclu au «défaut de juridiction» (incompétence) du tribunal, compte tenu de la nature du litige, l'action engagée devant ce tribunal cessa *ipso jure*, comme l'indique le paragraphe 19 de l'arrêt.

6. Dans ces conditions, les requérants ont saisi notre Cour en soutenant que l'article 6 § 1 de la Convention était applicable, et que l'Italie avait violé cette stipulation, en méconnaissant leur droit d'accès à un tribunal.

7. L'arrêt admet l'applicabilité de l'article 6 § 1, mais conclut à sa non-violation.

8. Pour estimer que celui-ci est applicable, la Cour a essentiellement retenu que les requérants, qui se fondaient sur le régime de la responsabilité civile (article 2043 du code civil), avaient dès le début, au moins de manière défendable, un droit existant en droit interne.

9. J'ai hésité avant de conclure avec la majorité que l'article 6 § 1 s'appliquait. J'avais déjà éprouvé ce type d'hésitations, notamment dans l'affaire *Prince Hans-Adam II de Liechtenstein c. Allemagne* ([GC], n° 42527/98, CEDH 2001-VIII); je renvoie à mon opinion concordante jointe à cet arrêt. Mais la jurisprudence a souvent admis que l'article 6 § 1 s'appliquait dans des circonstances analogues, en particulier dans le cas d'une contestation

«réelle et sérieuse» sur l'existence même d'un «droit» au sens de l'article 6 § 1 (voir, par exemple, les arrêts *Bentham c. Pays-Bas*, 23 octobre 1985, série A n° 97, *Mennitto c. Italie* [GC], n° 33804/96, §§ 25 à 27, CEDH 2000-X, *Z et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 29392/95, § 89, CEDH 2001-V, *Prince Hans-Adam II de Liechtenstein*, précité; voir en sens inverse l'arrêt *Roche c. Royaume-Uni* [GC], n° 32555/96, §§ 124 et 125, CEDH 2005-X). Je me suis donc incliné devant la tendance dominante de la jurisprudence. On peut d'ailleurs soutenir sans excès d'artifice que puisque le tribunal de Rome n'a pas rejeté *de plano* la requête dont il était saisi pour défaut de juridiction (comme il aurait pu le constater sur la base d'un autre article du code de procédure civile), ou pour absence de tout droit à réparation, et puisqu'il a fallu réunir l'Assemblée plénière de la Cour de cassation pour trancher, l'existence du droit était «défendable» au sens de notre jurisprudence.

10. Mais l'essentiel n'est pas là; aussi bien notre Cour a-t-elle été unanime à trouver l'article 6 applicable.

11. En revanche, elle a été très divisée quant à la violation ou à la non-violation de cet article.

12. La majorité se fonde, pour conclure à la non-violation, sur un premier argument que je ne peux pas accepter: elle «note avant tout que, sur le plan pratique, les requérants n'ont pas été empêchés de porter leurs griefs devant les tribunaux internes» (paragraphe 105 de l'arrêt). Certes, mais *so what*? Ils ont pu saisir le tribunal de Rome, mais du fait de l'arrêt de la Cour de cassation, celui-ci n'a pas examiné leur demande, dont l'examen a pris fin, je le répète, *ipso jure* sans même avoir commencé. N'est-il pas étrange de dire qu'ils n'ont pas été empêchés de porter leurs griefs devant les juridictions internes? Le droit d'accès à un tribunal peut-il être théorique et illusoire (et ici se confondre avec l'accès «physique» au tribunal), ou doit-il être concret et effectif, comme l'ont dit dans d'autres matières, après *Artico c. Italie* (13 mai 1980, série A n° 37), des dizaines d'arrêts, c'est-à-dire, ici, permettre que le tribunal saisi rende une décision motivée sur le fond du litige (quitte à rejeter la requête), sans qu'un *judex ex machina* vienne dire que ce tribunal ne peut rien décider du tout? (Voir d'ailleurs le paragraphe 113 de l'arrêt.)

13. Passons. Ne se contentant pas de ce premier argument qui logiquement devrait se suffire à lui-même («avant tout»), l'arrêt échafaude, aux paragraphes 106 à 116, un long raisonnement qui, en substance, consiste à dire:

i. que la Cour de cassation italienne est la mieux placée pour dire le droit interne;

ii. que ce qu'elle a décidé «découlait non pas d'une immunité mais des principes régissant le droit matériel en droit interne» (paragraphe 114);

iii. que l'impossibilité, en droit italien, de mettre en jeu la responsabilité de l'Etat n'équivalait pas à une «limitation à l'accès à un

tribunal de l'ordre de celle qui était en cause dans l'affaire *Ashingdane* » (même paragraphe).

14. Qu'il me soit permis de trouver cette argumentation peu convaincante, et contradictoire. Elle est peu convaincante, car s'il suffit à la Cour de reconnaître à la *Corte di cassazione* le droit d'interpréter le droit interne, la question est résolue, et nul besoin n'existe d'un contrôle européen. Quant à la référence à l'arrêt *Ashingdane c. Royaume-Uni* (28 mai 1985, série A n° 93), elle est entachée de contradiction logique : cet arrêt avait conclu à la *non-violation* (par six voix contre une, celle de mon regretté prédécesseur le juge Pettiti). En quoi et par quel miracle le fait qu'il n'y ait pas dans la présente affaire une limitation « de l'ordre de celle qui était en cause dans l'affaire *Ashingdane* » permet-il de conclure que l'article 6 § 1 *n'a pas* été violé ? Je ne comprends pas.

15. A mon avis, il eût été plus simple – et plus clair – d'appliquer les principes traditionnels. Le droit d'accès à un tribunal n'est pas absolu ; il souffre des limitations implicites ; certaines de ces limitations sont inhérentes au droit d'accès à un tribunal, telles que celles qui relèvent de l'immunité des Etats en droit international.

16. La Cour a, par exemple, appliqué ces principes dans son arrêt *Fogarty c. Royaume-Uni* ([GC], n° 37112/97, CEDH 2001-XI), avec l'opinion dissidente de mon collègue Loucaides et l'opinion concordante de mes collègues Caflisch et Nina Vajić et de moi. Certes, dans *Fogarty*, il s'agissait d'une immunité de juridiction consentie par l'Etat défendeur à un Etat tiers (les Etats-Unis). Mais la transposition est facile. En droit comparé comme en droit international, *l'acte de gouvernement* est bien connu, et nul acte de gouvernement n'est plus typique que la décision d'engager des forces armées ou, comme l'a fait l'Italie en l'espèce, de participer à des frappes aériennes au sein d'une organisation internationale, en particulier en leur fournissant une base de départ et un soutien logistique. Que l'article 2043 du code civil italien instaure un très large régime de responsabilité quasi délictuelle, et que cet article s'applique, de façon générale, à l'Etat italien, et devant les juridictions judiciaires (telles que le tribunal de Rome) – et non devant les juridictions administratives comme dans d'autres pays tels que la France –, cela est certain. Mais cela ne fait pas obstacle à ce que la responsabilité de l'Etat italien n'est plus contestable et reprochable devant les juridictions internes lorsque le *fondement* de cette responsabilité réside dans ce qui constitue, sans nul doute, un acte de gouvernement. Autrement dit, en droit interne italien, l'application de l'article 2043 du code civil trouve sa limite lorsque le fait illicite dommageable allégué par le demandeur à l'action est constitué par un acte de gouvernement, ou résulte de l'exécution ou des conséquences de celui-ci.

17. Une telle irresponsabilité en droit interne s'analyse-t-elle en une atteinte disproportionnée au droit conventionnel d'accès à un tribunal ? Equivaut-elle à un déni de justice incompatible avec la Convention ? On



peut en discuter, et je peux certes comprendre le point de vue de la minorité qui a voté la violation de l'article 6. Mais, si on ne franchit pas ce pas – pour des raisons qui, à mes yeux, ne sont nullement absurdes et qui s'inscrivent dans le droit administratif de nombreux Etats européens, et dans le droit international général, tels qu'ils sont *hic et nunc* –, alors il faut le dire, et se rattacher à une jurisprudence classique. Voilà pourquoi je me permets de critiquer le raisonnement de l'arrêt *Markovic*, sans désapprouver pour autant ses conclusions.

## OPINION CONCORDANTE DU JUGE BRATZA, À LAQUELLE SE RALLIE LE JUGE ROZAKIS

(Traduction)

1. Je partage l'opinion de la majorité de la Grande Chambre, qui estime qu'il n'y a pas eu violation de l'article 6 de la Convention en l'espèce, et je peux de manière générale souscrire au raisonnement de l'arrêt. J'ajoute quelques remarques personnelles simplement en raison de l'importance de la question clé qui a divisé la Cour, c'est-à-dire celle de savoir si la décision de la Cour de cassation italienne d'après laquelle les juridictions internes n'avaient pas compétence pour connaître de la demande en réparation présentée par les requérants pour le décès de leurs proches s'analysait en une restriction injustifiée au droit d'accès des intéressés à un tribunal aux fins de l'article 6.

2. La distinction entre, d'une part, les dispositions du droit interne et la pratique qui interdisent ou limitent l'accès à une voie de recours judiciaire pour faire statuer sur le fond de demandes relatives à des «droits» de caractère civil reconnus en droit interne et qui, sauf justification, contreviendront à l'article 6 et, d'autre part, celles qui délimitent la substance du «droit» lui-même et auxquelles l'article 6 ne trouve en principe pas à s'appliquer, est bien établie dans la jurisprudence de la Cour. Il se révèle fréquemment difficile en pratique de tracer une ligne de démarcation entre limitations procédurales et limitations matérielles. Ce n'en est pas moins une distinction importante compte tenu du principe bien ancré selon lequel l'article 6 ne garantit pas aux «droits» un contenu particulier dans le droit positif des Etats contractants et selon lequel les garanties de cet article ne valent que pour les droits dont on peut dire, au moins de manière défendable, qu'ils sont reconnus par le droit interne de l'Etat concerné.

3. Certaines dispositions entrent à l'évidence dans la catégorie des restrictions procédurales: parmi elles figurent les exemples mentionnés dans l'arrêt, à savoir les délais légaux de prescription, les ordonnances obligeant à verser une caution *judicatum solvi* pour les frais, et les réglementations de l'accès à un tribunal pour les mineurs ou les handicapés mentaux. On en trouve un autre exemple dans l'affaire *Tinnelly & Sons Ltd et McElduff et autres c. Royaume-Uni* (10 juillet 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-IV), qui avait trait à la question d'un certificat délivré par un ministère et ayant pour effet d'empêcher les juridictions internes d'examiner le bien-fondé d'une plainte pour traitement discriminatoire. Les affaires qui concernent l'octroi de diverses immunités de poursuite se rapprochent peut-être plus de la ligne de démarcation. Toutefois, dans des affaires concernant l'immunité

de poursuite accordée aux Etats (*Al-Adsani c. Royaume-Uni* [GC], n° 35763/97, CEDH 2001-XI, et *Fogarty c. Royaume-Uni* [GC], n° 37112/97, CEDH 2001-XI) et à des organisations internationales (*Waite et Kennedy c. Allemagne* [GC], n° 26083/99, CEDH 1999-I), la Cour a vu dans ces immunités des barrières procédurales qui demandaient une justification et non des limitations à un droit matériel prévues par la législation interne.

4. Parmi les affaires qui se rangent de l'autre côté de la ligne de démarcation, les plus significatives sont peut-être *Z et autres c. Royaume-Uni* ([GC], n° 29392/95, CEDH 2001-V) et, plus récemment, *Roche c. Royaume-Uni* ([GC], n° 32555/96, CEDH 2005-X). Dans l'affaire *Roche*, la Cour, prenant pour point de départ l'appréciation à laquelle la Chambre des lords s'était livrée dans l'affaire *Matthews v. Ministry of Defence*, a conclu que l'article 10 de la loi sur les procédures concernant la Couronne était une disposition de droit matériel qui délimitait les droits d'un militaire à intenter contre la Couronne une action en responsabilité pour dommage corporel subi pendant le service et qu'elle ne devait pas passer pour conférer à la Couronne une immunité relativement à une action pour imprudence qui, sinon, s'offrirait à un militaire. Dans *Z et autres c. Royaume-Uni*, qui présente un intérêt plus direct pour la présente affaire, la Cour a conclu que l'impossibilité où se trouvaient les requérants de poursuivre l'autorité locale pour faute pour n'avoir pas pris de mesures afin de les soustraire à la garde de leurs parents, qui les avaient négligés et qui leur avaient infligé des sévices, découlait non d'une immunité conférée à l'autorité locale mais des principes applicables régissant le droit matériel d'action existant en droit interne, dont un élément essentiel consistait à dire qu'il était juste et raisonnable, dans les circonstances particulières de la cause, d'imposer aux défendeurs un devoir de protection.

5. La présente affaire ne se range pas aisément dans l'une ou l'autre des catégories établies. La décision de la Cour de cassation qui a dit que les juridictions italiennes n'avaient pas la compétence de connaître de l'action en réparation que les requérants avaient engagée a empêché les intéressés d'obtenir de ces juridictions qu'elles statuent sur le bien-fondé de leur action. Dans la procédure en vue d'une décision préalable, les requérants ont plaidé que les juridictions italiennes avaient bien cette compétence au motif, entre autres, que les actes prétendument illicites qui avaient entraîné la mort des proches des intéressés devaient passer pour avoir été commis en Italie, parce que l'opération militaire en question avait été organisée sur le territoire italien et s'y était déroulée en partie. Les requérants soutenaient que l'Italie avait prêté un soutien matériel et logistique à l'opération de l'OTAN et que, contrairement aux autres membres de cette organisation, elle avait fourni les bases aériennes d'où s'était envolé l'avion qui avait bombardé Belgrade et la RTS. Les

requérants s'appuyaient en outre sur le code pénal militaire en temps de guerre, sur la Convention de Londres de 1951 et sur le Protocole additionnel aux Conventions de Genève (Protocole I), qui fondaient selon eux la compétence des juridictions italiennes.

6. Pour conclure que les juridictions n'avaient pas la compétence de connaître des actions, la Cour de cassation a dit qu'en raison de la nature des actes et des fonctions invoqués pour imputer une responsabilité à l'Etat italien – à savoir en particulier la conduite des hostilités qui s'exprime par la guerre aérienne –, les tribunaux n'avaient pas la compétence d'examiner la manière dont ces fonctions avaient été exercées. Pour les motifs indiqués dans l'arrêt, la Cour de cassation a en outre rejeté la thèse des requérants qui estimaient qu'il fallait conclure à la compétence des juridictions italiennes en vertu des instruments internationaux invoqués, lesquels faisaient partie du droit interne.

7. A la nette différence du cas typique d'un obstacle procédural à l'accès au tribunal, le fait que les tribunaux italiens ne pouvaient connaître du bien-fondé de l'action ne tenait pas à une mesure législative ou à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire de l'exécutif excluant la compétence des tribunaux ou limitant leur pouvoir de contrôle ou soustrayant une catégorie particulière d'actions au contrôle judiciaire. En outre, la décision de la Cour de cassation d'après laquelle les tribunaux internes n'étaient pas compétents ne peut à mon avis être mise sur un pied d'égalité avec l'octroi aux défendeurs à l'action d'une immunité absolue de poursuite. La décision déclinatoire de compétence a représenté une limitation que les juridictions se sont imposées à elles-mêmes, la Cour de cassation concluant non seulement que les instruments invoqués par les requérants ne conféraient pas cette compétence, mais que la nature de l'action des intéressés soulevait des questions que les tribunaux nationaux ne pouvaient trancher. Pour ce faire, elle a appliqué la notion d'acte de gouvernement, notion familière aux systèmes de droit civil, en vertu de laquelle les actes politiques de gouvernement dans des domaines tels que les relations internationales, la politique étrangère et la conduite d'hostilités ne peuvent faire l'objet d'un contrôle de la part des juridictions internes.

8. Selon moi, il faut voir dans la décision de la Cour de cassation non pas la création d'un obstacle procédural à l'examen des droits des requérants par les tribunaux internes mais une limitation matérielle de ces droits, puisque la Cour de cassation a conclu qu'en raison de la nature des questions que soulevait leur action, les requérants n'avaient en droit interne aucun motif d'agir en justice.

9. Les requérants plaident que la décision de la Cour de cassation ne cadre pas avec sa jurisprudence antérieure et postérieure, que le bombardement de la RTS ne pouvait se ranger en droit interne dans la catégorie des actes de gouvernement de nature à exclure un contrôle

judiciaire et que, en concluant à l'absence de compétence pour statuer sur leur action, la Cour de cassation a fait à tort abstraction des dispositions du droit interne et du droit international sur lesquelles se fondait l'action ou les a mal interprétées. Les requérants s'appuient aussi sur la pauvreté du raisonnement de la Cour de cassation et sur le fait que la haute juridiction n'a pas mis les intérêts concurrents en balance pour exclure la compétence.

10. Quant au premier argument, les questions d'interprétation et d'application du droit interne incombent, comme le souligne l'arrêt, au premier chef aux juridictions nationales et il n'y a d'après moi aucun motif pour la Cour de substituer sa propre appréciation à celle de la Cour de cassation ou de dire que la position de celle-ci est arbitraire ou manifestement déraisonnable.

11. Le second argument suscite davantage de doutes de ma part. La motivation de la Cour de cassation était brève et on peut lui reprocher de ne nullement indiquer les limites de la doctrine d'«acte de gouvernement» qu'elle applique et de ne procéder à aucune analyse claire des questions que soulevait l'action des requérants expliquant pourquoi la cause de ceux-ci ne pouvait être portée en justice. Toutefois, aussi succinct le raisonnement de la Cour de cassation soit-il, il me semble que les motifs de la décision apparaissent suffisamment clairement, surtout si on les lit à la lumière de la jurisprudence antérieure citée par la haute juridiction elle-même et à laquelle renvoient les paragraphes 26 et 27 de l'arrêt de notre Cour. L'action des requérants concernait des décès qui étaient résultats du bombardement de la station de radio de Belgrade dans le cadre des opérations de l'OTAN au cours du conflit extrêmement complexe du Kosovo; une décision sur le bien-fondé de l'action aurait immanquablement obligé les juridictions nationales à trancher des questions se rapportant à la légalité de l'opération du point de vue du droit international, et à examiner la légitimité des actes et décisions du gouvernement italien dans l'exercice de ses pouvoirs souverains en matière de politique étrangère et de conduite des hostilités. La Cour de cassation a manifestement estimé que ces questions échappaient au domaine de contrôle revenant aux juridictions nationales et que les requérants n'avaient pas de motif d'engager une action sur laquelle ces juridictions pussent statuer.

12. La doctrine d'«acte de gouvernement» n'a pas de limites très précises et son application dépend inévitablement des circonstances particulières de la cause dans laquelle elle est invoquée. Qui plus est, à l'instar de la doctrine de l'immunité des Etats, avec laquelle elle se confond parfois, elle n'est pas statique mais peut se modifier et évoluer avec le temps. Selon moi, lorsque la Cour de cassation a conclu à l'époque considérée que, dans les circonstances particulières de la cause dont elle se trouvait saisie, cette doctrine non seulement entraînait en ligne

de compte mais empêchait les juridictions nationales de trancher les questions que soulevait l'affaire, elle n'a pas dépassé des limites acceptables.

En conséquence, le droit d'accès des requérants à un tribunal n'a pas, à mon avis, subi de restriction injustifiée emportant violation de l'article 6.

OPINION DISSIDENTE DU JUGE ZAGREBELSKY  
À LAQUELLE SE RALLIENT LES JUGES ZUPANČIČ,  
JUNGWERT, TSATSA-NIKOLOVSKA, UGREKHELIDZE,  
KOVLER ET DAVID THÓR BJÖRGVINSSON

La présente affaire, qui concerne seulement le droit au juge prévu par l'article 6 de la Convention, pose une question d'importance primordiale dans le cadre de la Convention. Il s'agit de la position de l'individu face au pouvoir. Le pouvoir dans son aspect le plus redoutable : celui de la « raison d'Etat ». C'est pur hasard si la question se pose dans une affaire contre l'Italie. Elle aurait tout aussi bien pu surgir dans une affaire concernant un autre Etat. D'où sa portée générale.

Le 19 août 1949, P.H. Teitgen, présentant à l'Assemblée Consultative le projet d'institution d'une Cour européenne des droits de l'homme, disait : «Trois menaces pèsent encore sur nos libertés. D'abord la première menace : l'éternelle raison d'Etat. Derrière l'Etat, comme une tentation permanente, et quelle que soit la forme de l'Etat, fût-il démocratique, il y a toujours la tentation de la raison d'Etat. (...) Il faut nous prémunir, même dans nos pays démocratiques, contre cette tentation de la raison d'Etat.»<sup>1</sup> Faut-il se demander si cet avertissement, adressé aux quatorze Etats membres à l'époque de l'Assemblée du Conseil de l'Europe, est devenu moins valable à l'heure actuelle pour l'Europe à quarante-six Etats ?

Je regrette que la conclusion adoptée par la majorité de la Cour ajoute le poids de l'autorité de la Cour à la force qu'ont, aujourd'hui encore, les prétentions de la « raison d'Etat ». Une « raison d'Etat » qui supporte mal le droit, et plus mal encore la « prééminence du droit », laquelle ne se conçoit guère sans la possibilité d'accéder aux tribunaux (*Golder c. Royaume Uni*, 21 février 1975, § 34, série A n° 18, et, pour le système italien, dans le même sens, Cour constitutionnelle, arrêt n° 26 de 1999).

Dans la présente affaire, la Cour de cassation a affirmé que « les situations subjectives protégées ne s'opposent pas aux fonctions de nature politique ». Fonctions politiques et droits individuels ne pourraient donc aller ensemble, puisqu'il n'y aurait pas de droit et pas de juge par rapport aux actes politiques. Il s'agit là d'une affirmation péremptoire, incompatible avec la Convention et au moins douteuse au regard du droit national tel qu'il résulte du sens des articles pertinents de la Constitution (paragraphe 20 de l'arrêt), de la portée limitée à la seule juridiction administrative d'annulation (Conseil d'Etat) de l'article 31 du décret n° 1024 de 1924 et de l'absence dans la

---

1. Recueil des Travaux préparatoires, vol. 1, p. 41, Martinus Nijhoff, La Haye, 1975.

jurisprudence de la Cour de cassation citée par le Gouvernement de précédents concernant des situations comparables à celle dont il s'agit dans la présente affaire (paragraphe 100 de l'arrêt). La Cour a par ailleurs dit elle-même que les requérants pouvaient prétendre, au moins de manière défendable, avoir un droit reconnu en droit interne. D'où l'applicabilité de l'article 6 (paragraphe 101 de l'arrêt).

Je note en outre que la Cour de cassation n'a pas précisé – mais il est vrai que la distinction revêt un caractère quelque peu artificiel dans les cas concrets – s'il s'agit d'une « exonération de responsabilité » ou bien d'une « immunité de poursuite » (paragraphe 96 de l'arrêt).

Comme le gouvernement défendeur et le gouvernement britannique, l'arrêt (paragraphe 115) fait référence à l'affaire *Z et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 29392/95, § 93, CEDH 2001-V. Dans cette affaire, la Cour avait été amenée à conclure que, même si les requérants n'avaient jamais bénéficié d'un examen des faits et du fond de l'affaire, le degré d'accès à un tribunal qui leur avait été accordé se conciliait avec l'article 6. Les requérants avaient essayé de persuader les juridictions internes d'élargir le droit au dédommagement par rapport à celui reconnu par la jurisprudence antérieure, les arguments des parties avaient été discutés aux différents stades de la procédure et ils avaient été pris en compte de manière exhaustive lors de l'arrêt définitif. En l'espèce, tout au contraire, les requérants n'ont eu accès aux juridictions italiennes que pour s'entendre déclarer que ni les juridictions civiles ni aucune autre juridiction italienne n'étaient compétentes pour connaître de leur cause. La Cour de cassation a de fait restreint la portée du droit général à réparation prévu par l'article 2043 du code civil. En outre, contrairement aux juridictions nationales dans l'affaire *Z et autres c. Royaume-Uni*, la Cour de cassation n'a pas mis en balance dans sa décision les intérêts concurrents en jeu et elle n'a pas essayé d'expliquer pourquoi, dans les circonstances particulières de l'espèce, la nature politique de l'acte en cause avait mis en échec l'action civile des requérants.

On peut facilement reconnaître que le caractère discrétionnaire – et parfois entièrement discrétionnaire – des actes politiques peut conduire à l'exclusion de tout droit de contestation. En ce sens, une telle exclusion peut se justifier par la nature même de la fonction exercée par le gouvernement et par le souci de protéger la liberté de décision politique. Pareille exclusion ne concerne pas seulement des domaines comme les relations étrangères, la défense nationale et la sécurité collective. Mais pour être compatible avec le principe de la prééminence du droit et avec le droit d'accès au tribunal qui en découle, cette exclusion trouve évidemment ses limites dans les règles de droit qui encadrent et délimitent l'exercice de l'attribution gouvernementale concernée (acte de gouvernement). Le but légitime susmentionné ne peut pas aller au-delà du champ de la discrétion que l'autorité gouvernementale exerce



légitimement, dans les limites des règles de droit. Or, dans la présente affaire, les requérants alléguaient au niveau interne que l'action des autorités italiennes était allée à l'encontre des règles du droit national et du droit international coutumier concernant les conflits armés. La question des limites devant être reconnues à la «raison d'Etat», libre de tout contrôle judiciaire, était ainsi posée.

On doit noter avec la plus grande inquiétude que ni l'arrêt de la Cour de cassation ni celui de la Cour ne définissent ni ne limitent ce qui peut être reconnu comme «acte de gouvernement» ou comme «acte politique» (les deux notions n'étant pas superposables). Tout acte des pouvoirs publics est directement ou indirectement le fruit d'une décision politique, qu'elle soit à caractère général ou à caractère particulier. Mais à mon sens le caractère général et vague de la notion de «fonction de nature politique» empêche d'admettre l'existence d'une «limitation implicite» au droit d'accès au juge. Au paragraphe 113 de l'arrêt, la Cour essaye de limiter la portée du principe qu'elle accepte en notant que la décision de la Cour de cassation «ne portait que sur un aspect de l'exercice de l'action en responsabilité dirigée contre l'Etat, aspect limité aux dommages découlant d'un acte de gouvernement relatif à un acte de guerre». Or la décision de la Cour de cassation, que la Cour estime conforme aux exigences de la Convention, se fondait simplement sur la nature politique de l'acte litigieux (paragraphe 106 de l'arrêt). Par ailleurs, on ne voit pas comment ni pourquoi, aux fins du droit au juge, on pourrait distinguer entre acte politique de guerre et tout autre acte politique.

En outre, la Cour de cassation est parvenue à sa conclusion sans tenir compte de ce que l'action en justice des requérants ne concernait pas directement le fait de la participation de l'Italie au conflit armé dans le cadre de l'OTAN et ne poursuivait pas le but de voir annuler un acte du gouvernement. Il s'agissait en effet simplement de la question du dédommagement pour des conséquences lointaines, seulement éventuelles et étrangères aux finalités de l'acte politique en question. Malgré le caractère général du droit reconnu par l'article 2043 du code civil italien, la nature politique de l'engagement dans lesdites opérations militaires a à elle seule conduit la Cour de cassation à nier l'existence en droit interne d'un juge compétent pour se prononcer sur les prétentions des requérants. Ainsi, la Cour de cassation est allée au-delà du but légitime qu'on peut reconnaître à la doctrine de l'acte politique et bien au-delà de toute proportionnalité.

On peut comprendre les raisons pour lesquelles les Etats cherchent à se prémunir contre des actions en justice comme celle dont il s'agit en l'espèce. Mais je regrette que la majorité de la Cour ait accepté une solution qui se traduit par un *vulnus* au fondement même de la Convention.



MARKOVIC AND OTHERS v. ITALY  
*(Application no. 1398/03)*

GRAND CHAMBER

JUDGMENT OF 14 DECEMBER 2006



SUMMARY<sup>1</sup>**Inability to bring civil action against State in respect of extraterritorial acts****Article 1**

*“Within their jurisdiction” – Civil action against State in respect of extraterritorial acts – Effect of institution of proceedings in domestic courts – Jurisdictional link – Recognised right under domestic law to bring action – Right prima facie within scope of Article 6*

**Article 6**

*Access to a court – Civil proceedings – Inability to bring civil action against State in respect of extraterritorial acts – Claim for damages for deaths of relatives killed in NATO air strike on Federal Republic of Yugoslavia – Applicability – Genuine and serious dispute over existence of right – Effect of subsequent adverse court ruling – Complaints not retrospectively unarguable – Compliance – Inability to sue arising out of limitations on substantive right of action, not State immunity*

\*  
\* \*

The ten applicants were all nationals of the former Serbia and Montenegro and close relatives of persons who had been killed during a NATO air strike on the headquarters of Radio-televizija Srbija in Belgrade in April 1999. They brought an action in damages in the Italian courts in respect of the deaths as they considered that Italy’s involvement in the military operations was more extensive than that of the other NATO members because it had provided major political and logistical support, including the use of its air bases. The defendants to the action were the Prime Minister’s Office, the Italian Ministry of Defence and the NATO Allied Forces Southern Europe Command. The Prime Minister’s Office and the Italian Ministry of Defence applied to the Court of Cassation for a preliminary ruling on the issue of jurisdiction. The Court of Cassation held that the Italian courts had no jurisdiction because Italy’s decision to take part in the air strikes was a political one and so not amenable to review by the courts. Moreover, the legislation that gave effect to the instruments of international law which the applicants relied on did not expressly afford injured parties a right to claim reparation from the State for damage sustained as a result of a violation of the rules of international law.

*Held*

Article 6: (a) *Admissibility* – (i) Exhaustion of domestic remedies: The respondent Government had argued that the applicants had not exhausted domestic remedies as they had failed to resume the proceedings against NATO. The Court found no concrete example of a civil action having been successfully brought against NATO

---

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

and was not convinced by the Government's argument that the proceedings against NATO would have offered better prospects of success than those against the Italian State.

(ii) "Jurisdiction" of the respondent State within the meaning of Article 1 of the Convention: The respondent Government had stated in *Banković and Others v. Belgium and Others* that it was possible for proceedings to be brought in the Italian domestic courts. That implied the existence of a jurisdictional link, despite the extraterritorial nature of the claims, and the applicants had in fact already begun such proceedings. The question whether the institution of proceedings at the national level gave rise to any obligation on the part of the State towards the person bringing the proceedings depended on the rights which could be claimed under the law of the State concerned. If the domestic law recognised a right to bring an action and if the right claimed was one which prima facie possessed the characteristics required by Article 6, there was no reason why such domestic proceedings should not be subjected to the same level of scrutiny as any other proceedings brought at the national level. Even though the extraterritorial nature of the events alleged to have been at the origin of an action might have an effect on the applicability of Article 6 and the final outcome of the proceedings, it could not under any circumstances affect the jurisdiction *ratione loci* and *ratione personae* of the State concerned. If civil proceedings were brought in the domestic courts, the State was required by Article 1 of the Convention to secure in those proceedings respect for the rights protected by Article 6. Accordingly, once the applicants had brought a civil action in the Italian courts, there was an indisputable "jurisdictional link" between them and the Italian State for the purposes of Article 1.

(iii) Applicability *ratione materiae*: This was the first case in which the domestic courts had been called upon to decide whether an action in damages in tort lay against the State under Article 2043 of the Civil Code in the circumstances relied on by the applicants. There had, therefore, from the start of the proceedings been a genuine and serious dispute over the existence of the right to which the applicants claimed to be entitled under the civil law. The Court of Cassation's decision that, as an act of war, the impugned act was not amenable to judicial review could be of relevance only to future allegations by other complainants and did not make the applicants' complaints retrospectively unarguable. The applicants had thus had, on at least arguable grounds, a claim under domestic law and Article 6 was applicable to the action against the State.

*Conclusion*: preliminary objection dismissed (unanimously).

(b) *Merits* – The Court of Cassation's ruling did not amount to recognition of an immunity, but was merely indicative of the extent of the courts' powers of review of acts of foreign policy such as acts of war. The applicants' inability to sue the State was the result not of an immunity but of the principles governing the substantive right of action in domestic law. At the relevant time, the position under the domestic case-law was such as to exclude in this type of case any possibility of the State being held liable. Consequently, the applicants' claims had been fairly examined in the light of the Italian legal principles applicable to the law of tort. The applicants had been afforded access to a court, albeit access that was limited in scope, as it did not enable them to secure a decision on the merits.

*Conclusion*: no violation (ten votes to seven).

**Case-law cited by the Court**

- Golder v. the United Kingdom*, 21 February 1975, Series A no. 18  
*Airey v. Ireland*, 9 October 1979, Series A no. 32  
*Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium*, 23 June 1981, Series A no. 43  
*Van Droogenbroeck v. Belgium*, 24 June 1982, Series A no. 50  
*Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, 23 September 1982, Series A no. 52  
*Ashingdane v. the United Kingdom*, 28 May 1985, Series A no. 93  
*Bentham v. the Netherlands*, 23 October 1985, Series A no. 97  
*James and Others v. the United Kingdom*, 21 February 1986, Series A no. 98  
*Lithgow and Others v. the United Kingdom*, 8 July 1986, Series A no. 102  
*Te Traktörer AB v. Sweden*, 7 July 1989, Series A no. 159  
*Fayed v. the United Kingdom*, 21 September 1994, Series A no. 294-B  
*The Holy Monasteries v. Greece*, 9 December 1994, Series A no. 301-A  
*Tolstoy Miloslavsky v. the United Kingdom*, 13 July 1995, Series A no. 316-B  
*Masson and Van Zon v. the Netherlands*, 28 September 1995, Series A no. 327-A  
*Stubbings and Others v. the United Kingdom*, 22 October 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-IV  
*Waite and Kennedy v. Germany* [GC], no. 26083/94, ECHR 1999-I  
*Streletz, Kessler and Krenz v. Germany* [GC], nos. 34044/96, 35532/97 and 44801/98, ECHR 2001-II  
*Z and Others v. the United Kingdom* [GC], no. 29392/95, ECHR 2001-V  
*Ferrazzini v. Italy* [GC], no. 44759/98, ECHR 2001-VII  
*Prince Hans-Adam II of Liechtenstein v. Germany* [GC], no. 42527/98, ECHR 2001-VIII  
*Banković and Others v. Belgium and Others* (dec.) [GC], no. 52207/99, ECHR 2001-XII  
*A. v. the United Kingdom*, no. 35373/97, ECHR 2002-X  
*Kleyn and Others v. the Netherlands* [GC], nos. 39343/98, 39651/98, 43147/98 and 46664/99, ECHR 2003-VI  
*Vo v. France* [GC], no. 53924/00, ECHR 2004-VIII  
*Roche v. the United Kingdom* [GC], no. 32555/96, ECHR 2005-X  
*Sejdovic v. Italy* [GC], no. 56581/00, ECHR 2006-II  
*Cocchiarella v. Italy* [GC], no. 64886/01, ECHR 2006-V





**In the case of Markovic and Others v. Italy,**

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,  
Lucius Caflisch,  
Ireneu Cabral Barreto,  
Karel Jungwiert,  
John Hedigan,  
Margarita Tsatsa-Nikolovska,  
Mindia Ugrekheldze,  
Anatoly Kovler,  
Vladimiro Zagrebelsky,  
Egbert Myjer,  
Davíd Thór Björgvinsson,  
Danutė Jočienė,  
Ján Šikuta, *judges*,

and Lawrence Early, *Section Registrar*,

Having deliberated in private on 14 December 2005, 9 January and 25 October 2006,

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

**PROCEDURE**

1. The case originated in an application (no. 1398/03) against the Italian Republic lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by ten nationals of Serbia and Montenegro, Mr Dusan Markovic and Mr Zoran Markovic, Ms Dusika Jontic and Mr Vladimir Jontic, Ms Draga Jankovic, Ms Mirjana Stevanovic and Ms Slavica Stevanovic, and Ms Milena Dragojevic, Mr Obrad Dragojevic and Mr Dejan Dragojevic (“the applicants”), on 6 December 2002.

2. The applicants applied to the Court through Ms A. Rampelli and are represented by Mr G. Bozzi, a barrister practising in Rome, and Mr A. Bozzi and Ms C. Gatti, barristers practising in Milan. The Italian Government (“the respondent Government”) were represented by their Agent, Mr I.M. Braguglia, and by their co-Agent, Mr F. Crisafulli.

3. The applicants complained in particular of a violation of Article 6 of the Convention, taken together with Article 1, as a result of a ruling by the

Italian Court of Cassation that the domestic courts had no jurisdiction to examine their claim for compensation for damage sustained as a result of an air strike by NATO forces.

4. The application was allocated to the First Section of the Court (Rule 52 § 1 of the Rules of Court). In a decision of 12 June 2003, the Section declared the application partly inadmissible with regard to the complaints under Articles 2, 10, 13 (inasmuch as it is considered to have been absorbed by Article 6) and 17 of the Convention and decided to communicate the remainder of the application to the respondent Government for their written observations. On 28 April 2005 a Chamber of that Section composed of Boštjan M. Zupančič, President, John Hedigan, Lucius Caflisch, Margarita Tsatsa-Nikolovska, Vladimiro Zagrebelsky, Egbert Myjer and Davíð Thór Björgvinsson, judges, and Vincent Berger, Section Registrar, relinquished jurisdiction in favour of the Grand Chamber, none of the parties having objected to relinquishment (Article 30 of the Convention and Rule 72).

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

6. Pursuant to Article 29 § 3 of the Convention and Rule 54A § 3, the Grand Chamber notified the parties that it might decide to examine the merits of the case at the same time as the issue of admissibility.

7. The applicants and the respondent Government each filed submissions. Observations were also received from the United Kingdom Government, 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 Government of Serbia and Montenegro exercised their right to intervene (Article 36 § 1 of the Convention and Rule 44 § 1 (b)). The applicants replied to the intervening parties' comments at the hearing (Rule 44 § 5).

8. A hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 14 December 2005 (Rule 59 § 3).

There appeared before the Court:

(a) *for the Government*

Mr F. CRISAFULLI,  
Ms A. CIAMPI,

*Co-Agent,  
Adviser;*

(b) *for the applicants*

Mr G. BOZZI, of the Rome Bar,  
Mr A. BOZZI, of the Milan Bar,  
Mr D. GALLO,

*Counsel,  
Adviser;*

(c) *for the Government of Serbia and Montenegro*

Mr S. CARIĆ,

*Agent,*

Ms K. JOSIFOR,

Ms I. BANOVCANIN-HEUBERGER,

*Advisers.*

The Court heard addresses by Mr Crisafulli, Ms Ciampi, Mr G. Bozzi, Mr A. Bozzi and Mr Carić, and their answers to the questions put by the judges.

## THE FACTS

### I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

9. The ten applicants are all citizens of Serbia and Montenegro, which was known at the time of the events in question as the Federal Republic of Yugoslavia (“the FRY”).

The first two applicants, Dusan and Zoran Markovic, were born in 1924 and 1952 respectively, and applied to the Court on behalf of Dejan Markovic, deceased son of Dusan Markovic and brother of Zoran Markovic.

The third and fourth applicants, Dusika and Vladimir Jontic, were born in 1948 and 1978 respectively, and applied to the Court on behalf of Slobodan Jontic, deceased husband of Dusika Jontic and father of Vladimir Jontic.

The fifth applicant, Draga Jankovic, was born in 1947 and applied to the Court on behalf of her deceased husband, Milovan Jankovic.

The sixth and seventh applicants, Mirjana and Slavica Stevanovic, were born in 1945 and 1974 respectively, and applied to the Court on behalf of Slavica Stevanovic, deceased son of Mirjana Stevanovic and brother of Slavica Stevanovic.

The eighth, ninth and tenth applicants, Milena, Obrad and Dejan Dragojevic, were born in 1953, 1946 and 1975 respectively, and applied to the Court on behalf of Dragorad Dragojevic, deceased son of Milena and Obrad Dragojevic and brother of Dejan Dragojevic.

10. The applicants lodged the present application to complain of the outcome of an action in damages which they had brought in the Italian courts in respect of an air strike against the FRY.

#### **A. Background and the bombing of Radio-televizija Srbija (RTS)**

11. The facts of the case relate to the same events as those considered by the Court in its decision in the case of *Banković and Others v. Belgium and Others* ((dec.) [GC], no. 52207/99, ECHR 2001-XII). The facts in that case were summarised as follows:

“6. The conflict in Kosovo between Serbian and Kosovar Albanian forces during 1998 and 1999 is well documented. Against the background of the escalating conflict, together with the growing concerns and unsuccessful diplomatic initiatives of the international community, the six-nation Contact Group (established in 1992 by the London Conference) met and agreed to convene negotiations between the parties to the conflict.

7. On 30 January 1999, and following a decision of its North Atlantic Council (NAC), the North Atlantic Treaty Organisation (NATO) announced air strikes on the territory of the FRY in the case of non-compliance with the demands of the international community. Negotiations consequently took place between the parties to the conflict from 6 to 23 February 1999 in Rambouillet and from 15 to 18 March 1999 in Paris. The resulting proposed peace agreement was signed by the Kosovar Albanian delegation but not by the Serbian delegation.

8. Considering that all efforts to achieve a negotiated political solution to the Kosovo crisis had failed, the NAC decided on, and on 23 March 1999 the Secretary General of NATO announced, the beginning of air strikes (Operation Allied Force) against the FRY. The air strikes lasted from 24 March to 8 June 1999.

...

9. Three television channels and four radio stations operated from the RTS facilities in Belgrade. The main production facilities were housed in three buildings at Takovska Street. The master control room was housed on the first floor of one of the buildings and was staffed mainly by technical staff.

10. On 23 April 1999, just after 2 a.m. approximately, one of the RTS buildings at Takovska Street was hit by a missile launched from a NATO forces’ aircraft. Two of the four floors of the building collapsed and the master control room was destroyed.

11. ... Twenty-four targets were hit in the FRY that night, including three in Belgrade.”

12. The partial collapse of the RTS building caused the deaths of sixteen people, including the five relatives of the applicants.

## **B. Civil proceedings in the Rome District Court**

13. On 31 May 2000 the first four applicants brought an action in damages in the Rome District Court under Article 2043 of the Italian Civil Code. The other six applicants applied to be joined to the proceedings on 3 November 2000.

14. The applicants believed that civil liability for the deaths of their relatives lay with the Italian Prime Minister’s Office and Ministry of Defence and with the Command of NATO’s Allied Forces in Southern Europe (AFSOUTH).

They argued that the Italian courts had jurisdiction to hear the case. In particular, on the basis of the wording of Article 6 of the Italian Criminal Code, they submitted that the unlawful act that had caused the alleged damage should be regarded as having been committed in Italy inasmuch as the military action had been organised on Italian territory and part of it

had taken place there. They based this argument on the extent of Italy's commitment – involving substantial political and logistical support – to the military mission in question. Specifically, Italy, unlike other NATO members, had provided the air bases from which the aircraft that had bombed Belgrade and the RTS had taken off. They also relied in support of their claim on Article 174 of the Wartime Military Criminal Code and on the London Convention of 1951 and the Protocol Additional to the Geneva Conventions.

15. The defendants argued that the Italian courts had no jurisdiction to hear the case. The proceedings against AFSOUTH were discontinued by the applicants.

16. The Prime Minister's Office and the Ministry of Defence subsequently sought a preliminary ruling from the Court of Cassation on the question of jurisdiction (*regolamento preventivo di giurisdizione*) under Article 41 of the Italian Code of Civil Procedure.

17. In written submissions dated 16 November 2001, Assistant Principal State Counsel at the Court of Cassation argued that the application for a preliminary ruling should be declared inadmissible as it concerned the merits of the claim, not the issue of jurisdiction. He stated as follows:

“The governmental bodies defending this claim have requested a preliminary ruling on the issue of jurisdiction, arguing that:

(a) since the action is brought against the Italian State as a specific (unitary) subject of international law for acts performed in the exercise of its *imperium (iure imperii)*, it cannot be brought in the Italian courts;

(b) paragraph 5 of Article VIII of the London Convention of 19 June 1951, which Italy ratified by Law no. 1335 of 1955, does not provide any basis for the action either, as it applies to damage caused in the receiving State.

The government seek to show through this jurisdictional issue that the Italian legal system does not contain any provision or principle capable of providing a basis for the alleged personal right [*diritto soggettivo perfetto*] or of guaranteeing it in the abstract.

Accordingly, the position is that:

(a) the government argue that the Italian State cannot be held liable for acts carried out in the exercise of its *imperium*;

(b) in addition, they deny that the said London Convention can be used to determine the place where the acts which caused the alleged damage took place (it is not by accident that the applicant has cited the provisions of the Criminal Code referring to the place where the offence was committed).

It follows that the questions thus raised go to the merits, not to the issue of jurisdiction (see judgment no. 903 of 17 December 1999 of the Court of Cassation, sitting as a full court).

For these reasons, the Court of Cassation, sitting as a full court, is asked to declare the application inadmissible, with all the consequences which that entails in law.”

18. In a ruling (no. 8157) of 8 February 2002, which was deposited with the registry on 5 June 2002 and conveyed to the applicants on 11 June 2002, the Court of Cassation, sitting as a full court (*Sezioni Unite*), found that the Italian courts had no jurisdiction. It reasoned as follows:

“... ”

2. The claim seeks to impute liability to the Italian State on the basis of an act of war, in particular the conduct of hostilities through aerial warfare. The choice of the means that will be used to conduct hostilities is an act of government. These are acts through which political functions are performed and the Constitution provides for them to be assigned to a constitutional body. The nature of such functions precludes any claim to a protected interest in relation thereto, so that the acts by which they are carried out may or may not have a specific content – see the judgments of the full court of 12 July 1968 (no. 2452), 17 October 1980 (no. 5583) and 8 January 1993 (no. 124). With respect to acts of this type, no court has the power to review the manner in which the function was performed.

3. While the purpose of the provisions of international agreements governing the conduct of hostilities – the Protocol Additional to the Geneva Conventions (Articles 35.2, 48, 49, 51, 52 and 57) and the European Convention on Human Rights (Articles 2 and 15 § 2) – is to protect civilians in the event of attack, they are rules of international law, and so also regulate relations between States.

These same treaties lay down the procedure for finding a violation and the sanctions in the event of liability (Article 91 of the Protocol and Article 41 of the Convention); they also designate the international courts and tribunals with jurisdiction to make such a finding.

However, the legislation implementing these rules in the Italian State does not contain any express provision enabling injured parties to seek reparation from the State for damage sustained as a result of a violation of the rules of international law.

The notion that provisions to that effect may implicitly have been introduced into the system through the implementation of rules of international law is at odds with the converse principle that has been mentioned which holds that protected individual interests are no bar to carrying out functions of a political nature.

Indeed, in order to enable reparation to be provided in the domestic system for loss sustained as a result of a violation of the ‘reasonable time’ requirement under Article 6 of the Convention on Human Rights, [the State] introduced appropriate legislation (Law no. 89 of 24 March 2001).

4. No entitlement to a review of the government’s decision concerning the conduct of hostilities with respect to the NATO aerial operations against the Federal Republic of Yugoslavia can be found in the London Convention of 1951.

The fact that the aircraft used to bomb the Belgrade radio and television station were able to use bases situated on Italian territory constitutes but one element of the highly complex operation whose lawfulness it is sought to review and is not therefore relevant to the application of the rule laid down in paragraph 5 of Article VIII of the Convention, which on the contrary presupposes the commission of an act that is amenable to review.”

19. The Court of Cassation’s ruling brought to an end, *ipso jure*, the proceedings in the Rome District Court.

## II. RELEVANT DOMESTIC LAW AND PRACTICE

20. The relevant provisions of the Italian Constitution are as follows:

### **Article 10 § 1**

“The Italian legal system shall comply with the generally recognised rules of international law.

...”

### **Article 24 § 1**

“Everyone may bring legal proceedings to protect his or her rights and legitimate interests.

...”

### **Article 28**

“Civil servants, other agents of the State and public entities shall be directly responsible, in accordance with the criminal, civil and administrative law, for acts committed in breach of rights. In connection with such acts, civil liability shall extend to the State and public entities.

...”

### **Article 113**

“Judicial protection of rights and legitimate interests in the ordinary and administrative courts shall always lie against acts of the public administrative authorities.

It may not be excluded or limited to extraordinary remedies or specific categories of act.

The law shall specify which judicial bodies are empowered to set aside acts of the public authorities, in what cases and with what effects.”

21. Article 31 of Royal Decree no. 1024 of 26 June 1924 provides:

“No appeal to the *Consiglio di Stato*, sitting in its judicial capacity, shall lie against acts or decisions of the government which involve the exercise of political power.”

22. Article 2043 of the Civil Code provides:

“Any unlawful act which causes damage to another will render the perpetrator liable in damages under the civil law.”

23. Article 41 of the Code of Civil Procedure, which deals with the issue of jurisdiction, provides:

“For so long as there has been no determination of the merits of the proceedings at first instance, any party may seek a ruling on a question of jurisdiction under Article 37 from the Court of Cassation, sitting as a full court. ...”

Article 37 of the Code of Civil Procedure provides:

“A ruling that an ordinary court has no jurisdiction because the case concerns a public authority or is within the province of a special court may be made at any time and at any level of jurisdiction, including by the court of its own motion.”

24. The relevant provisions of the Criminal Code provide:

**Article 6**

“Anyone who commits an offence on the territory of the State shall be punished in accordance with Italian law.

The offence will be regarded as having been committed on the territory of the State if all or part of the act or omission at the origin of the offence or all or some of the consequences of such act or omission occurred there.”

**Article 185**

“Restitution and compensation for damage.

The commission of an offence shall give rise to an obligation of restitution under the civil law [Articles 2043 et seq. of the Civil Code].

Any offence that causes pecuniary damage [Article 2056 of the Civil Code] or non-pecuniary damage [Article 2059 of the Civil Code] shall impose an obligation on the perpetrator and those accountable for his or her actions under the civil law [Article 2047 of the Civil Code] to make reparation.”

25. Article 174 of the Wartime Military Criminal Code reads as follows:

“A commanding officer of a military force who, in order to inflict damage on the enemy, orders or authorises the use of a means or method of warfare that is prohibited by law or by international treaty or which is in any event contrary to the military code of honour shall be liable on conviction to a minimum of five years’ imprisonment unless the act concerned is a criminal offence under a specific statutory provision.

If the act results in a massacre, the minimum term of imprisonment shall be ten years.”

26. In a judgment of 10 July 1992 (no. 124/1993), the Court of Cassation, sitting as a full court, established the rule that the courts had no jurisdiction to hear cases against the authorities relating to political acts.

A trade union had brought an action against the Prime Minister, the Civil Service Ministry and the Ministry of State Education on the ground that the government had failed to comply with their undertakings. The Court of Cassation noted, *inter alia*, that such a failure could only engage the government’s political responsibility, but could not create a right. It ruled that the courts had no jurisdiction to hear the case after formulating the following principle:

“Legislative action is a political act since it is the standard means of performing political and governmental functions. The governmental authority’s conduct in the



present case was not, therefore, capable in law of causing individuals damage (whether to their personal rights or to their legitimate interests); it consequently escapes all judicial scrutiny.”

27. The Italian courts had in fact already examined this question in a number of earlier cases and had ruled that, as they were political in nature, the following acts escaped the scrutiny of the domestic courts:

(i) a waiver of the right to exercise jurisdiction under Article VII of the Agreement of 1951 between the Parties to the North Atlantic Treaty regarding the Status of their Forces (Court of Cassation, Third Criminal Division, 21 March 1962, no. 1645, *Kinardi and Others*, *Giust. Pen.* [Criminal Justice], 1963, III, p. 80);

(ii) the assignment of property belonging to Italian nationals under the London Convention of 1951 (Court of Cassation, sitting as a full court, 12 July 1968, no. 2452, *De Langlade v. the Treasury*, *Rivista diritto internazionale* [*International Law Review*], 1969, p. 583);

(iii) a Transport Ministry decree suspending permission to transport goods to Austria (Rome District Court, 18 May 1993, *Soc. S. and C. Transp. GmbH v. Ministry of Transport*, *Rivista diritto internazionale privato e processuale* [*Review of Private International Law and Procedure*], 1995, p. 755);

(iv) a decision by the Ministry of Employment appointing employees' representatives as delegates to the International Labour Organisation (Lazio Regional Administrative Court, 20 August 1976, no. 492, *CISNAL v. Ministry of Employment and Ministry of Foreign Affairs*, *Italian Yearbook of International Law*, 1978-79, p. 184);

(v) a declaration of war and treaty provisions relating to compensation for war damage (Lazio Regional Administrative Court (I), 28 January 1985, no. 106, *Pestalozza v. the Treasury*, *Trib. Amm. Reg.* [*Regional Administrative Court Review*], 1985, p. 381).

28. The full court of the Court of Cassation delivered a further judgment (no. 5044) on 11 March 2004. It concerned the jurisdiction of the Italian civil courts to hear claims for compensation for damage sustained by a person who had been captured by the German military in 1944 and deported to work for German industry. Germany had pleaded State immunity and the courts of first instance and appeal had held that they had no jurisdiction to make an order against it. The Court of Cassation carried out a very extensive examination of the international treaties on international crime, imprescriptibility, the international responsibility of States, immunity from jurisdiction and of the case-law of various international tribunals. In holding that the immunity plea failed and the Italian courts had to decide the claim, it stated *inter alia*:

“... In a decision no. 8157 of 5 June 2002, this full court did indeed rule that acts performed by the State in the conduct of hostilities escape all scrutiny by the courts, as they are acts through which ‘political’ functions are carried out. The nature of these functions ‘precludes any claim to a protected interest in respect thereto, so that there

may or may not be a specific content to the acts through which they are performed'. Pursuant to this principle, the Italian courts were held to have no jurisdiction to hear a claim against the Italian Prime Minister's Office and the Italian Ministry of Defence for compensation for the destruction of a non-military objective during NATO air strikes against the Federal Republic of Yugoslavia or for the resultant civilian deaths. It is readily apparent, however, firstly, that the fact that the court cannot contest the manner in which the actions of the supreme head of the *res publica* are conducted does not prevent it from finding that a criminal offence has been committed or that there is related liability under the criminal or civil law (Articles 90 and 96 of the Constitution; section 15 of Constitutional Law no. 1 of 1953; and section 30 of Law no. 20 of 1962); secondly, by virtue of the principle of adaptation established by Article 10 § 1 of the Constitution, the 'generally recognised' principles of international law which govern the fundamental values constituted by the freedom and dignity of the human being and characterise the most serious assaults upon the integrity of those values as 'international crimes' have 'automatically' been integrated into our system and are entirely apt for use as a standard whereby the injustice of damage caused to others by intentional or negligent 'acts' may be gauged. It is evident, therefore, that the principles referred to in this decision cannot be taken into consideration in the instant case. ...

9.1 Granting immunity from jurisdiction to States who have been guilty of such wrongdoing is in manifest contradiction with the aforementioned normative rules because it constitutes an obstacle to the defence of values whose protection, like these norms and principles, must on the contrary be considered essential for the entire international community, even to the point of justifying forms of mandatory response in the most serious cases. Nor is there any doubt that the antinomy must be resolved by giving priority to the highest ranking norms, as the judges in the minority (eight to nine) stated in their dissenting opinion appended to the judgment in *Al-Adsani v. the United Kingdom* [GC], no. 35763/97, ECHR 2001-XI, by precluding in such cases any claim by the State to immunity from suit in the foreign courts."

29. In 1993 the Italian government decided to send a military expeditionary force to Somalia to perform peacekeeping operations. After the expeditionary force had returned to Italy, it was discovered that some of its members had engaged in the torture of Somali prisoners. Two members of the expedition were charged and given prison sentences. They were also ordered to pay compensation to the civil party. In judgment no. 28154 of 7 March 2002, the text of which was deposited with the registry on 10 July 2002, the Rome Civil Court ordered another Italian serviceman and the Ministry of Defence to make reparation for the damage sustained by the relatives of a civilian whom the serviceman had killed unlawfully.

### III. OTHER RELEVANT PROVISIONS

30. The applicants relied in the domestic courts on the Protocol Additional of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949, relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I). The Protocol, which Italy ratified through Law no. 672 of 11 December 1985, contains, *inter alia*, the following provisions:

**Article 35 – Basic rules**

“1. In any armed conflict, the right of the Parties to the conflict to choose methods or means of warfare is not unlimited.

2. It is prohibited to employ weapons, projectiles and material and methods of warfare of a nature to cause superfluous injury or unnecessary suffering.

3. It is prohibited to employ methods or means of warfare which are intended, or may be expected, to cause widespread, long-term and severe damage to the natural environment.

...”

**Article 48 – Basic rule**

“In order to ensure respect for and protection of the civilian population and civilian objects, the Parties to the conflict shall at all times distinguish between the civilian population and combatants and between civilian objects and military objectives and accordingly shall direct their operations only against military objectives.”

**Article 49 – Definition of attacks and scope of application**

“1. ‘Attacks’ means acts of violence against the adversary, whether in offence or in defence.

2. The provisions of this Protocol with respect to attacks apply to all attacks in whatever territory conducted, including the national territory belonging to a Party to the conflict but under the control of an adverse Party.

3. The provisions of this section apply to any land, air or sea warfare which may affect the civilian population, individual civilians or civilian objects on land. They further apply to all attacks from the sea or from the air against objectives on land but do not otherwise affect the rules of international law applicable in armed conflict at sea or in the air.

4. The provisions of this section are additional to the rules concerning humanitarian protection contained in the Fourth Convention, particularly in Part II thereof, and in other international agreements binding upon the High Contracting Parties, as well as to other rules of international law relating to the protection of civilians and civilian objects on land, at sea or in the air against the effects of hostilities.”

**Article 51 – Protection of the civilian population**

“1. The civilian population and individual civilians shall enjoy general protection against dangers arising from military operations. To give effect to this protection, the following rules, which are additional to other applicable rules of international law, shall be observed in all circumstances.

2. The civilian population as such, as well as individual civilians, shall not be the object of attack. Acts or threats of violence the primary purpose of which is to spread terror among the civilian population are prohibited.

3. Civilians shall enjoy the protection afforded by this section, unless and for such time as they take a direct part in hostilities.

4. Indiscriminate attacks are prohibited. Indiscriminate attacks are:

- (a) those which are not directed at a specific military objective;
- (b) those which employ a method or means of combat which cannot be directed at a specific military objective; or
- (c) those which employ a method or means of combat the effects of which cannot be limited as required by this Protocol;

and consequently, in each such case, are of a nature to strike military objectives and civilians or civilian objects without distinction.

5. Among others, the following types of attacks are to be considered as indiscriminate:

(a) an attack by bombardment by any methods or means which treats as a single military objective a number of clearly separated and distinct military objectives located in a city, town, village or other area containing a similar concentration of civilians or civilian objects;

and

(b) an attack which may be expected to cause incidental loss of civilian life, injury to civilians, damage to civilian objects, or a combination thereof, which would be excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated.

6. Attacks against the civilian population or civilians by way of reprisals are prohibited.

7. The presence or movements of the civilian population or individual civilians shall not be used to render certain points or areas immune from military operations, in particular in attempts to shield military objectives from attacks or to shield, favour or impede military operations. The Parties to the conflict shall not direct the movement of the civilian population or individual civilians in order to attempt to shield military objectives from attacks or to shield military operations.

8. Any violation of these prohibitions shall not release the Parties to the conflict from their legal obligations with respect to the civilian population and civilians, including the obligation to take the precautionary measures provided for in Article 57.

...”

#### **Article 52 – General Protection of civilian objects**

“1. Civilian objects shall not be the object of attack or of reprisals. Civilian objects are all objects which are not military objectives as defined in paragraph 2.

2. Attacks shall be limited strictly to military objectives. In so far as objects are concerned, military objectives are limited to those objects which by their nature, location, purpose or use make an effective contribution to military action and whose total or partial destruction, capture or neutralization, in the circumstances ruling at the time, offers a definite military advantage.

3. In case of doubt whether an object which is normally dedicated to civilian purposes, such as a place of worship, a house or other dwelling or a school, is being used to make an effective contribution to military action, it shall be presumed not to be so used.

...”

#### **Article 57 – Precautions in attack**

“1. In the conduct of military operations, constant care shall be taken to spare the civilian population, civilians and civilian objects.

2. With respect to attacks, the following precautions shall be taken:

(a) those who plan or decide upon an attack shall:

(i) do everything feasible to verify that the objectives to be attacked are neither civilians nor civilian objects and are not subject to special protection but are military objectives within the meaning of paragraph 2 of Article 52 and that it is not prohibited by the provisions of this Protocol to attack them;

(ii) take all feasible precautions in the choice of means and methods of attack with a view to avoiding, and in any event to minimizing, incidental loss or civilian life, injury to civilians and damage to civilian objects;

(iii) refrain from deciding to launch any attack which may be expected to cause incidental loss of civilian life, injury to civilians, damage to civilian objects, or a combination thereof, which would be excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated;

(b) an attack shall be cancelled or suspended if it becomes apparent that the objective is not a military one or is subject to special protection or that the attack may be expected to cause incidental loss of civilian life, injury to civilians, damage to civilian objects, or a combination thereof, which would be excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated;

(c) effective advance warning shall be given of attacks which may affect the civilian population, unless circumstances do not permit.

3. When a choice is possible between several military objectives for obtaining a similar military advantage, the objective to be selected shall be that the attack on which may be expected to cause the least danger to civilian lives and to civilian objects.

4. In the conduct of military operations at sea or in the air, each Party to the conflict shall, in conformity with its rights and duties under the rules of international law applicable in armed conflict, take all reasonable precautions to avoid losses of civilian lives and damage to civilian objects.

5. No provision of this Article may be construed as authorizing any attacks against the civilian population, civilians or civilian objects.

...”

#### **Article 91 – Responsibility**

“A Party to the conflict which violates the provisions of the Conventions or of this Protocol shall, if the case demands, be liable to pay compensation. It shall be responsible for all acts committed by persons forming part of its armed forces.”

31. The applicants also relied in the domestic courts on paragraph 5 of Article VIII of the London Convention of 19 June 1951 between the Parties

to the North Atlantic Treaty regarding the Status of their Forces<sup>1</sup>, which Italy ratified through Law no. 1335 of 1955.

Article I defines certain terms as follows:

“... ”

(d) ‘sending State’ means the Contracting Party to which the force belongs;

(e) ‘receiving State’ means the Contracting Party in the territory of which the force or civilian component is located, whether it be stationed there or passing in transit;

...”

Article VIII provides, *inter alia*:

“... ”

5. Claims (other than contractual claims and those to which paragraphs 6 or 7 of this Article apply) arising out of acts or omissions of members of a force or civilian component done in the performance of official duty, or out of any other act, omission or occurrence for which a force or civilian component is legally responsible, and causing damage in the territory of the receiving State to third parties, other than any of the Contracting Parties, shall be dealt with by the receiving State in accordance with the following provisions:

(a) Claims shall be filed, considered and settled or adjudicated in accordance with the laws and regulations of the receiving State with respect to claims arising from the activities of its own armed forces.

(b) The receiving State may settle any such claims, and payment of the amount agreed upon or determined by adjudication shall be made by the receiving State in its currency.

(c) Such payment, whether made pursuant to a settlement or to adjudication of the case by a competent tribunal of the receiving State, or the final adjudication by such a tribunal denying payment, shall be binding and conclusive upon the Contracting Parties.

(d) Every claim paid by the receiving State shall be communicated to the sending States concerned together with full particulars and a proposed distribution in conformity with sub-paragraphs (e) (i), (ii) and (iii) below. In default of a reply within two months, the proposed distribution shall be regarded as accepted.

(e) The cost incurred in satisfying claims pursuant to the preceding sub-paragraphs and paragraph 2 of this Article shall be distributed between the Contracting Parties, as follows:

(i) Where one sending State alone is responsible, the amount awarded or adjudged shall be distributed in the proportion of 25 per cent chargeable to the receiving State and 75 per cent chargeable to the sending State.

(ii) Where more than one State is responsible for the damage, the amount awarded or adjudged shall be distributed equally among them: however, if the receiving State is not one of the States responsible, its contribution shall be half that of each of the sending States.

---

1. Serbia is not a party to this Treaty.

(iii) Where the damage was caused by the armed services of the Contracting Parties and it is not possible to attribute it specifically to one or more of those armed services, the amount awarded or adjudged shall be distributed equally among the Contracting Parties concerned: however, if the receiving State is not one of the States by whose armed services the damage was caused, its contribution shall be half that of each of the sending States concerned.

(iv) Every half-year, a statement of the sums paid by the receiving State in the course of the half-yearly period in respect of every case regarding which the proposed distribution on a percentage basis has been accepted, shall be sent to the sending States concerned, together with a request for reimbursement. Such reimbursement shall be made within the shortest possible time, in the currency of the receiving State.

(f) In cases where the application of the provisions of sub-paragraphs (b) and (e) of this paragraph would cause a Contracting Party serious hardship, it may request the North Atlantic Council to arrange a settlement of a different nature.

(g) A member of a force or civilian component shall not be subject to any proceedings for the enforcement of any judgment given against him in the receiving State in a matter arising from the performance of his official duties.

(h) Except in so far as sub-paragraph (e) of this paragraph applies to claims covered by paragraph 2 of this Article, the provisions of this paragraph shall not apply to any claim arising out of or in connexion with the navigation or operation of a ship or the loading, carriage, or discharge of a cargo, other than claims for death or personal injury to which paragraph 4 of this Article does not apply.

6. Claims against members of a force or civilian component arising out of tortious acts or omissions in the receiving State not done in the performance of official duty shall be dealt with in the following manner:

(a) The authorities of the receiving State shall consider the claim and assess compensation to the claimant in a fair and just manner, taking into account all the circumstances of the case, including the conduct of the injured person, and shall prepare a report on the matter.

(b) The report shall be delivered to the authorities of the sending State, who shall then decide without delay whether they will offer an *ex gratia* payment, and if so, of what amount.

(c) If an offer of *ex gratia* payment is made, and accepted by the claimant in full satisfaction of his claim, the authorities of the sending State shall make the payment themselves and inform the authorities of the receiving State of their decision and of the sum paid.

(d) Nothing in this paragraph shall affect the jurisdiction of the courts of the receiving State to entertain an action against a member of a force or of a civilian component unless and until there has been payment in full satisfaction of the claim.

7. Claims arising out of the unauthorized use of any vehicle of the armed services of a sending State shall be dealt with in accordance with paragraph 6 of this Article, except in so far as the force or civilian component is legally responsible.

8. If a dispute arises as to whether a tortious act or omission of a member of a force or civilian component was done in the performance of official duty or as to whether the use of any vehicle of the armed services of a sending State was unauthorized, the question

shall be submitted to an arbitrator appointed in accordance with paragraph 2 (b) of this Article, whose decision on this point shall be final and conclusive.

9. The sending State shall not claim immunity from the jurisdiction of the courts of the receiving State for members of a force or civilian component in respect of the civil jurisdiction of the courts of the receiving State except to the extent provided in paragraph 5 (g) of this Article.

10. The authorities of the sending State and of the receiving State shall co-operate in the procurement of evidence for a fair hearing and disposal of claims in regard to which the Contracting Parties are concerned.

...”

## THE LAW

### I. ADMISSIBILITY OF THE APPLICATION

#### A. Objection of failure to exhaust domestic remedies

32. The respondent Government pointed out that in the six months following the Court of Cassation’s judgment, which dealt with the question of jurisdiction only in respect of the Italian State, not in respect of NATO or AFSOUTH, the applicants had not resumed the proceedings against NATO. In their submission, this reflected a lack of interest on the applicants’ part and constituted, albeit indirectly, a failure to exhaust the domestic remedies available to them under Italian law. The respondent Government added at the hearing that the applicants’ claim was based on provisions which, while of relevance to instituting criminal proceedings, could not validly be relied upon in the civil courts and they noted that the applicants had been unable to produce any example of a case in which a claim such as theirs had been successfully pleaded.

33. The applicants said that they had made a joint and several claim for reparation from the Italian State and NATO. However, after NATO claimed immunity in respect of its headquarters, they had withdrawn their claim against it with its consent. The action against NATO had therefore been finally extinguished. This had not, however, affected the action against the Italian State. The applicants pointed out that the respondent Government’s argument was illogical in that it required the applicants to pursue proceedings in the national courts when, according to the respondent Government’s own case, they had no right they could validly assert there.

34. The Court notes that in *Banković and Others*, cited above, which was based on the same facts as the present application save that the applicants in that case did not bring an action in the Italian courts, the Italian Government pleaded a failure to exhaust domestic remedies and actually cited the *Marković* case as proof of the existence of a remedy. The



applicants in the instant case made use of the remedy and pursued the proceedings which, in their view, had the greatest prospect of success as far as they could after NATO claimed immunity from the jurisdiction of the national courts.

35. It is incumbent on the Government claiming non-exhaustion to satisfy the Court that the remedy was an effective one available in theory and in practice at the relevant time, that is to say, that it was accessible, was capable of providing redress in respect of the applicant's complaints and offered reasonable prospects of success (see *Sejdovic v. Italy* [GC], no. 56581/00, § 46, ECHR 2006-II).

The respondent Government have not provided any concrete example of a civil action being successfully brought against NATO. The Court does not, therefore, find convincing their argument that resuming the proceedings against NATO would have offered better prospects of success than the proceedings against the Italian State.

36. In these circumstances, the application cannot be dismissed for failure to exhaust domestic remedies within the meaning of Article 35 § 1 of the Convention.

## **B. Whether the applicants came within the “jurisdiction” of the respondent State within the meaning of Article 1 of the Convention**

### *1. The respondent Government's submissions*

37. The respondent Government submitted that the application was inadmissible as it was incompatible with the provisions of the Convention. With reference to the Article 6 complaint, they invited the Court to adopt the reasoning it had applied in *Banković and Others* when declaring the complaints concerning the essential rights guaranteed by the Convention inadmissible *ratione loci*.

38. The reference to Article 1 in the questions that had been put to the parties by the Court and the connection that undoubtedly existed with the Article 6 issue indicated that the Court considered the relevant question to be whether a right of access to the courts to assert a Convention right as opposed to an ordinary civil right existed in the present case. A person who was not within the national jurisdiction had no right of access to a remedy that would enable him or her to claim reparation for loss from the authorities of the State concerned. If a State had no liability for acts committed outside its territory, it could hardly be criticised for declining to accept an application complaining of the consequences of such acts. The respondent Government therefore submitted that, even though – in contrast to the applicants in *Banković and Others* – the applicants in the

present case had brought themselves within the ambit of the State's jurisdiction by lodging a claim with the authorities for reparation for their losses, their application, like that in *Banković and Others*, had to be considered as a whole and all the complaints, including those under Article 6, declared inadmissible.

39. The respondent Government further noted that an analysis of NATO's decision-making system did not reveal any participation by Italy in the choice of the various targets and that all the military operations had been carried out in compliance with the rules of international humanitarian law. In those circumstances, it was very hard to establish any joint liability on the part of Italy. Accordingly, there was no jurisdictional link between the applicants and the Italian State.

40. In the respondent Government's submission, it would be absurd in a case in which no obligation to protect a substantive right arose to hold that there was an obligation to protect the corresponding procedural right, that is to say, to afford a means of asserting that same substantive right in the national courts.

41. The respondent Government also raised the same objections as in *Banković and Others* with regard to the individual responsibility of States for acts committed by an international organisation of which they were members, observing that it would be illogical to hold the State – which was not responsible for the acts of international organisations of which it was a member – accountable under the Convention for not taking domestic measures to remedy the consequences of those acts. They submitted that the application should therefore be declared inadmissible as being incompatible *ratione materiae* with the provisions of the Convention.

## 2. *The applicants' submissions*

42. The applicants referred to the respondent Government's objection in *Banković and Others* of a failure to exhaust domestic remedies. They submitted that it amounted to an acknowledgement, at least as regards the domestic legal order, that they were within the jurisdiction of the national courts. They added that Assistant Principal State Counsel at the Court of Cassation shared that view as, in his written submissions, he had argued that the lack of jurisdiction defence raised by the Prime Minister's Office should be dismissed.

43. The applicants went on to say that in *Banković and Others* there had been no prior referral to the national courts. They argued that that difference sufficed to show that they were indisputably within the jurisdiction of the respondent State within the meaning of Article 1 of the Convention and consequently enjoyed the protection of the Convention.

In their submission, the Court of Cassation's decision was irreconcilable with Article 1 of the Convention in that it precluded any practical application of the provisions of the Convention in domestic law.

### 3. *The intervening parties' submissions*

#### (a) **The Government of Serbia and Montenegro**

44. The Government of Serbia and Montenegro submitted that the complaint under Article 6 of the Convention was not incompatible *ratione loci* with the provisions of the Convention. They noted that the acts had been committed either on the territory of Serbia and Montenegro or on the territory of Italy, while the consequences had been suffered solely in Serbia and Montenegro. In their submission, the first point the Court had to take into consideration was that the aircraft which had bombed the RTS building had taken off in Italy, where the decision to carry out the raid had been taken in coordination with NATO headquarters in Brussels. The acts concerned also included all the physical and logistical preparation of the operation, which had resulted in the deaths of sixteen people. At the time, Italy and the other NATO member States had total control over the use of weapons in Serbian and Montenegrin airspace, but ultimately it was Italy which had had the aerial capacity to bomb the RTS building. These factors clearly showed the link between the events in issue and Italy, even though the consequences were suffered only in Serbia. In the Government of Serbia and Montenegro's submission, the present case was, therefore, sufficiently distinguishable from *Banković and Others* (cited above) as to warrant a different conclusion and one that would avoid a denial of justice. They concluded from the above that the act complained of in the present case was not exclusively extraterritorial.

#### (b) **The Government of the United Kingdom**

45. The British Government noted that in *Banković and Others* the Court had decided unanimously that all of the provisions of the Convention had to be read in the light of Article 1 of the Convention, which defined the scope of their application. The effect of Article 1, as the Court had decided in *Banković and Others* and in its earlier decision in the present case (see paragraph 4 above), was that the rights and freedoms guaranteed by the Convention were not applicable to an incident such as an attack – carried out in the course of an armed conflict – on a building outside the territory of the Contracting States concerned, because the persons affected by that attack were not within the jurisdiction of the Contracting States in question.

46. Once it had been established that the Convention was not applicable, it followed that those claiming in respect of that incident possessed no rights under the Convention. Accordingly, no question of a duty on the States Parties to the Convention to provide a remedy in the national courts for the violation of such rights could arise.

47. It was, therefore, entirely logical that the Grand Chamber in *Banković and Others* should have found the claim to be inadmissible with regard to Article 13 once it had found that the application did not fall within the scope of Articles 2 and 10. Referring to the case of *Z and Others v. the United Kingdom* ([GC], no. 29392/95, § 103, ECHR 2001-V), the British Government submitted that to the extent that Article 6, as opposed to Article 13, had a distinct role regarding the enforcement of rights under the other provisions of the Convention, the answer had to be the same under that Article.

48. It could make no difference that the individual applicant had subsequently entered the territory of the Contracting State and sought to bring proceedings there. While such a person could come within the jurisdiction of that Contracting State when he or she entered its territory, that fact could not retrospectively render the Convention applicable to a past event to which the Convention was not applicable at the time. Nor did it alter the fact that, at the time of the incident, that person was not within the jurisdiction of the State and accordingly it had no duty under Article 1 to guarantee to them the rights and freedoms set out in the Convention. Neither Article 13 nor Article 6 required a Contracting State to provide a remedy for violation of other provisions of the Convention if those other provisions were not applicable to the event in question because of their scope of application under Article 1.

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

49. It will be recalled that in *Banković and Others*, the Court stated: “As to the ‘ordinary meaning’ of the relevant term in Article 1 of the Convention, the Court is satisfied that, from the standpoint of public international law, the jurisdictional competence of a State is primarily territorial. While international law does not exclude a State’s exercise of jurisdiction extraterritorially, the suggested bases of such jurisdiction (including nationality, flag, diplomatic and consular relations, effect, protection, passive personality and universality) are, as a general rule, defined and limited by the sovereign territorial rights of the other relevant States.”

50. It did not find any “jurisdictional link” for the purposes of Article 1 of the Convention between the victims of the act complained of and the respondent States and held that the action concerned did not engage the

latter's responsibility under the Convention. In the light of that finding, it considered it unnecessary to examine the remaining issues of admissibility that had been raised by the parties.

51. As for the other complaints which the applicants in the present case have made in their application (see paragraph 4 above), the Court has declared them inadmissible on the grounds that the specific circumstances of the case, notably the fact that the applicants had sought a remedy in the Italian courts, did not warrant a departure from the *Banković and Others* case-law.

52. However, as regards the complaint under Article 6 taken in conjunction with Article 1 of the Convention, the Court notes that in *Banković and Others* the respondent Government stressed that it was possible for proceedings to be brought in the Italian domestic courts, thus implying that the existence of a jurisdictional link could not be excluded for future complaints made on a different basis. The applicants had in fact already begun proceedings in the domestic courts.

53. The Court does not share the view of the Italian and British Governments that the subsequent institution of proceedings at the national level does not give rise to any obligation on the part of the State towards the person bringing the proceedings. Everything depends on the rights which may be claimed under the law of the State concerned. If the domestic law recognises a right to bring an action and if the right claimed is one which *prima facie* possesses the characteristics required by Article 6 of the Convention, the Court sees no reason why such domestic proceedings should not be subjected to the same level of scrutiny as any other proceedings brought at the national level.

54. Even though the extraterritorial nature of the events alleged to have been at the origin of an action may have an effect on the applicability of Article 6 and the final outcome of the proceedings, it cannot under any circumstances affect the jurisdiction *ratione loci* and *ratione personae* of the State concerned. If civil proceedings are brought in the domestic courts, the State is required by Article 1 of the Convention to secure in those proceedings respect for the rights protected by Article 6.

The Court considers that, once a person brings a civil action in the courts or tribunals of a State, there indisputably exists, without prejudice to the outcome of the proceedings, a "jurisdictional link" for the purposes of Article 1.

55. The Court notes that the applicants in the instant case brought an action in the Italian civil courts. Consequently, it finds that a "jurisdictional link" existed between them and the Italian State.

56. In these circumstances, the Government's preliminary objections based on the lack of a jurisdictional link must be dismissed.

### C. Whether Article 6 was applicable to the proceedings

#### 1. *The respondent Government's submissions*

57. The respondent Government submitted that Articles 6 and 13 did not apply to political acts. Relying on the judgment in *Z and Others v. the United Kingdom* (cited above), they submitted that the concept of political act could not be considered a “procedural bar” to the domestic courts’ power to determine a substantive right, but a limitation on that right.

58. They submitted that there was no civil right in the present case that could be said, at least on arguable grounds, to be recognised under domestic law.

59. There were three reasons for this: firstly, no right to reparation for damage caused by an allegedly illegal act of war existed either under the rules of international law applicable in the instant case or under Italian domestic law; secondly, the impugned act was attributable to NATO, not the Italian State; thirdly and lastly, the right the applicants sought to assert was not recognised under domestic law because the political-acts doctrine precluded *in limine* any action against the State.

#### 2. *The applicants' submissions*

60. The applicants pointed out that the question whether their claim was well-founded or ill-founded under the domestic legal system should have been determined by a court. However, the Court of Cassation’s decision had prevented them from asserting in the Italian courts a right recognised by Article 2043 of the Civil Code. Moreover, it was at variance with that court’s existing case-law and subsequent decisions. In the applicants’ submission, the Court of Cassation’s judgment no. 5044 of 11 March 2004 (see paragraph 28 above) showed, firstly, that immunity from jurisdiction could never extend to the criminal law so that civil liability for criminal acts could not, therefore, ever be excluded and, secondly, that rules of international origin protecting fundamental human rights were an integral part of the Italian system and could therefore be relied on in support of a claim in respect of damage caused by criminal acts or by negligence. It followed that anyone alleging a violation of a right guaranteed by such rules was always entitled to the protection of the courts.

61. The applicants added that the respondent Government’s conduct was ambiguous to say the least: in *Banković and Others* they had pleaded a failure to exhaust domestic remedies and referred to the applicants’ own domestic-court proceedings then pending before the Court of Cassation. However, the respondent Government now sought to argue that the applicants had no right which they could assert in the national courts, although they seemed to have taken the opposite view when the

proceedings were still pending. The applicants contended that it had therefore been reasonable for them to consider that they possessed an at least arguable right when they commenced the proceedings in the domestic courts, since even the respondent Government had been sufficiently convinced that they had as to rely on that argument in the international proceedings.

### 3. *The intervening parties' submissions*

#### (a) **The Government of Serbia and Montenegro**

62. The Government of Serbia and Montenegro pointed out that since the events in question Serbia and Montenegro had acceded to the Convention and that its citizens had to be permitted to assert their rights not only in the courts of their State of origin but also in the courts of other States Parties to the Convention in all cases in which there was a basis in law for so doing.

#### (b) **The Government of the United Kingdom**

63. The British Government argued that Article 6 § 1 did not convert the Convention enforcement bodies into an appellate tribunal determining appeals from national courts as to the content of the law applicable in those courts, irrespective of whether that law was wholly national in origin or was derived from public international law. In their submission, the general rules of liability that released the State from liability for reasons of public policy did not fall within the scope of Article 6 § 1 at all.

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

64. The Court considers that the objection that the application is incompatible *ratione materiae* with the provisions of the Convention is very closely linked to the substance of the applicants' complaint under Article 6 of the Convention. It therefore considers it appropriate to join this objection to the merits (see, among other authorities, *Airey v. Ireland*, 9 October 1979, § 19, Series A no. 32; and *Ferrazzini v. Italy* [GC], no. 44759/98, § 18, ECHR 2001-VII).

65. The Court notes, further, that the application raises issues of fact and law which require an examination of the merits. It accordingly concludes that the application is not manifestly ill-founded. Having also established that no other obstacle to its admissibility exists, it declares the remainder of the application admissible (see *Vo v. France* [GC], no. 53924/00, § 45, ECHR 2004-VIII). In accordance with its decision to apply Article 29 § 3 of the Convention (see paragraph 6 above), the

Court will immediately consider the merits of the applicants' complaint (see *Kleyn and Others v. the Netherlands* [GC], nos. 39343/98, 39651/98, 43147/98 and 46664/99, § 162, ECHR 2003-VI).

## II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 6 § 1 OF THE CONVENTION TAKEN IN CONJUNCTION WITH ARTICLE 1

66. Relying on Article 6 of the Convention taken in conjunction with Article 1, the applicants complained of the Court of Cassation's ruling that the Italian courts had no jurisdiction.

The relevant parts of Article 6 read as follows:

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

Article 1 provides:

“The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of [the] Convention.”

### A. The parties' submissions

#### 1. *The applicants' submissions*

67. The applicants pointed out that, in his written submissions, Assistant Principal State Counsel at the Court of Cassation had stated that the issues that had been raised concerned the merits of the case, not the question of jurisdiction. Further, under domestic law a civil action for compensation for damage caused by a criminal offence lay irrespective of whether the offence had been made out at a criminal trial or the offender convicted by a criminal court. Consequently, they argued that they had been fully entitled to seek reparation for the damage they had sustained without being required first to bring criminal proceedings to establish individual criminal liability, which was an entirely independent form of action.

68. In their submission, their action in the Rome District Court satisfied all the conditions required by Article 6 of the Convention for it to qualify as a claim for the determination of a civil right. Since they had brought an ordinary action for the reparation of non-pecuniary damage caused by an illegal act, there could be no doubt that they had asserted a right protected under domestic law which the courts had full jurisdiction to determine if the defendant resided in Italy. Moreover, even if the question was examined from the territorial perspective, that is to say, by reference to the *locus commissi delicti*, Article 6 of the Italian Criminal Code allowed proceedings to be brought even if only part of the impugned act



was committed on Italian territory. The bombing could not have taken place without the agreement of the Italian political authorities and the military facilities placed at NATO's disposal by Italy, as the raids had been carried out from Italian territory. Furthermore, Article 185 of the Italian Criminal Code required reparation for criminal offences to be made in accordance with the civil law. It followed that the nature of the right the applicants had sought to assert was indeed civil and that it was only because that conclusion was inescapable that the Court of Cassation had been forced to rule that the Italian courts had no jurisdiction, thereby circumventing Assistant Principal State Counsel's conclusions.

69. The applicants maintained that the Court of Cassation's case-law both before and after its judgment in the present case showed that a national court could only be deemed to have no jurisdiction under Italian law if there were no rules or principles in the domestic legal order theoretically capable of protecting the personal right it was sought to assert (see the full Court of Cassation's judgments nos. 3316 of 31 May 1985 and 5740 of 24 October 1988). In the applicants' case, however, the Court of Cassation had only been able to find in favour of the respondent Government and so deny the applicants access to a court by disregarding the provisions of domestic and international law on which the applicants had based their claim for compensation for damage caused by the acts of an Italian public authority that had involved not only the bombing of the RTS building, but also all the preparatory acts performed in Italy with the permission and assistance of the Italian authorities (see Article 2043 of the Civil Code, Article 6 of the Criminal Code and Article 174 of the Wartime Criminal Military Code). Its decision had deprived the European Convention on Human Rights of all effect in domestic law and was at variance with the Court's case-law requiring the States Parties to the Convention to secure effective respect for the rights protected by the Convention. Further, the Court of Cassation had characterised the State's conduct at the origin of the claim as an "act of government". It had deduced from this that the act in question was not subject to scrutiny by the courts and had gone on to assert that this principle took precedence over the European Convention on Human Rights, so that the applicants were unable to rely upon it to secure a right of access to the courts.

70. In the applicants' submission, that proposition denied the primacy of the Convention, a primacy that was also recognised in domestic law through Article 117 of the Constitution, which provided: "Legislative power is exercised by the State and the regions in compliance with the Constitution and the links arising out of the organisation of the Community and other international obligations." Furthermore, the bombing of the RTS headquarters could not be classified in domestic law as an act of government capable of precluding judicial review. Under Italian law, an act of government excluded the jurisdiction of the

administrative courts, and only of the administrative courts, as they alone took acts of government directly into consideration in their decisions or had power to quash them. Although Article 31 of Royal Decree no. 1054 of 26 June 1924 had introduced into the system a limitation on judicial review, it did not affect personal rights, such as the right to compensation for damage, which could be asserted in the ordinary courts. In any event, even if the jurisdictional limitation could still be said to exist in the Italian system after the entry into force of the Constitution, it could only cover the act of government by which Italian participation in the military operations in the former FRY had been decided on, not each isolated act or military operation such as the operation at the origin of the instant case. In reality, a bombing mission of that kind could not be characterised as an act of government that escaped the scrutiny of the courts. In a similar case, the jurisdiction of the Italian courts to try a case concerning criminal acts committed by Italian soldiers during the international military mission to Somalia was held not to have been ousted. Thus, in the applicants' submission, neither the domestic law nor the Convention justified the exclusion of a right of access to the courts to assert a right to compensation for damage caused by the acts of a public authority, even when those acts stemmed from a political decision. It was necessary to distinguish between the merits of the claim before the courts and the issue of jurisdiction. As to the general issue of the effects of the Convention in domestic law, the applicants were at pains to point out the gravity of some of the statements which the Court of Cassation had made in its judgment denying the Italian courts all jurisdiction. They noted that the judgment was contrary to the Court of Cassation's own decisions in earlier cases (see, *inter alia*, the judgments of *Polo Castro* (1988), *Mediano* (1993), and *Galeotti* (1998)) and could, if confirmed, have serious implications extending beyond their own case, in view of the full Court of Cassation's role as the highest judicial authority. They added, however, that the Court of Cassation had later abandoned the line it had taken in their case, thus further highlighting the injustice they had suffered.

## 2. *The respondent Government's submissions*

71. The respondent Government said that Article 6 was not applicable. The first reason for this was that the right claimed by the applicants was not one that could validly be said to be recognised in domestic law.

72. They noted that the applicants had relied on Article 2043 of the Civil Code, Articles 6 and 185 of the Criminal Code and Article 174 of the Wartime Military Criminal Code. As regards Article 2043, the State's liability in tort could only be engaged by intentional or negligent acts for which the State was accountable under various provisions of domestic law.

However, the provisions that had been relied upon did not afford any right to reparation for losses caused by an allegedly illegal act of war.

73. The effect of Article 6 of the Criminal Code was to establish and determine the scope of the State's territorial jurisdiction in criminal cases. In the respondent Government's submission, Italy could not be accused of violating the right of access to a court merely because its domestic law provided greater access to a court than the laws of other States in that Article 6 § 2 of the Criminal Code afforded a remedy that enabled claims for compensation to be made for damage resulting from acts committed overseas. As to the combined application of Article 174 of the Wartime Military Criminal Code and Article 185 of the Criminal Code, it enabled the State's responsibility to be engaged for acts perpetrated by members of its armed forces.

74. All of the provisions on which the applicants had relied concerned the commission of an individual offence whereas their complaint in the proceedings referred to damage caused by NATO air forces which could not be said to have engaged the individual criminal liability of members of the Italian armed forces. The respondent Government noted in passing that the case-law cited by the applicants was totally irrelevant as it concerned either cases relating to the individual liability of a member of the armed forces or cases in which the State's civil liability had not been established.

75. Nor was any legal basis for the right to reparation claimed by the applicants to be found in the rules applicable to international customary law. In the domestic courts, the applicants had referred to Articles 35, 48, 51 and 91 of the Protocol Additional to the Geneva Conventions (Protocol I). These provisions restricted the right of parties to a conflict to choose the methods or means by which they would carry on the war by making it illegal for operations to be directed against non-military objectives. The intention was to create rights and obligations solely at the inter-State level and not to confer rights on individuals, even in cases involving an obligation to make reparation. The provisions did not afford any personal right to obtain reparation for damage sustained in war in the courts of the State responsible, or impose on the States Parties an obligation to change their domestic law to provide such a right.

76. Although perhaps desirable, no right to reparation for damage resulting from an allegedly illegal act of war currently existed under Italian law and Italy was not bound by any international obligation to introduce such a right into its domestic legal system. Reaching the opposite conclusion would entail interpreting Article 6 in such a way as to create a substantive right for which there was no basis in the law of the country concerned. Article 6 did not, however, create rights. Further, finding that Article 6 of the Convention afforded a right of access to a court to bring an action against the State for unlawful acts even in cases

where the breach of the civil right resulted from acts of international policy, including peacemaking and peacekeeping operations, would undermine the efforts being made to encourage governments to cooperate in international operations of that kind.

77. Since the impugned act was extraterritorial and had been committed by an international organisation of which Italy was a member, it would be extremely difficult to establish any joint liability on the part of Italy. The prospects of successfully instituting proceedings in Italy to challenge the lawfulness of the actions of the NATO forces in Kosovo were remote and poor. Indeed, the applicants had not furnished a single example of a case in which such a claim had succeeded. Referring to the judgment in *Prince Hans-Adam II of Liechtenstein v. Germany* ([GC], no. 42527/98, ECHR 2001-VIII), the respondent Government submitted, therefore, that it was not possible to assert that a sufficient link existed between the outcome of the proceedings and the recognition of the rights claimed by the applicants.

78. Lastly, the dispute was not of a type that could be brought before the courts. The Court of Cassation had found that the fundamental issue underlying the applicants' complaint was whether the impugned act was illegal and engaged the responsibility of the Italian State. In deciding that it was a "political act" that escaped the scrutiny of the courts, the Court of Cassation had not set a limit on the right of access to a court but had defined the scope of the substantive right claimed by the applicants. In the respondent Government's submission, the political-act doctrine did not create a procedural bar that removed or restricted the right to refer complaints to the courts, it precluded an action against the State *in limine*.

79. As to the merits of the complaint, and in the event of the Court finding Article 6 of the Convention applicable despite the above arguments, the respondent Government submitted that there had been no violation of that provision and that the restriction on the applicants' right of access to a court was both consistent with the rule of law and the principle of the separation of powers, and proportionate to the legitimate aim pursued.

80. In their view, the national courts' lack of jurisdiction had not resulted in an infringement of the right of access to a court guaranteed by Article 6 of the Convention. The right was not unlimited: it could be regulated by the State and the State enjoyed a margin of appreciation in respect thereof. In Italy, neither the State, nor the government, nor the public authorities enjoyed any general form of immunity from jurisdiction. The Court of Cassation's ruling in the present case that the Italian courts had no jurisdiction did not constitute a restriction applicable to claims for compensation for loss from the State *per se*. It referred only to a very narrow category of act asserting "State authority" at the highest level. These were "political" acts which concerned the State as a unit in relation to which the judiciary could not be regarded as a "third party".

Legislation was a typical example of an “act of government” that could cause damage to individuals. Yet the Court had already stated that the Convention did not go so far as to require the States to provide machinery for challenging legislation.

81. Other acts asserted “State authority” at the highest level: these were acts of international policy and, through them, acts of war. The rule that acts implementing a State’s fundamental political decisions were legitimately excluded from the realm of judicial competence stemmed from the principle of the separation of powers and the need to avoid involving the judiciary – which by definition had no democratic legitimacy – in the task of identifying the objectives that served the general interest or of choosing the means used to achieve such objectives. In sum, the judiciary could not be involved, even after the event, in the task of deciding national policy.

82. In the respondent Government’s submission, there was thus a legitimate purpose to the limitation imposed on access to the courts when the impugned act had a political objective. As to the rule requiring proportionality between the means used and the aim pursued, the respondent Government pointed out that the exemption from jurisdiction did not violate the very essence of the individual’s right of access to a court because it did not prevent access to a whole range of civil actions or confer immunity on large groups of people, but applied only to a limited and very strictly defined category of civil actions against the State. Nor was there any doubt that the aim pursued by the political-act doctrine could be achieved only by ousting the jurisdiction of the courts. For all these reasons, there had been no violation of Article 6 of the Convention.

## **B. The intervening parties’ submissions**

### *1. The Government of Serbia and Montenegro*

83. The Government of Serbia and Montenegro observed that the principle requiring the reparation of damage was a fundamental notion dating back to the Roman-law principle of *neminem laedere* that had been recognised as a general principle by the international treaties of civilised nations. They said that the principle had been applied by the Court in *Osman v. the United Kingdom* (28 October 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-VIII) when it ruled that a State – which had granted itself immunity on public-policy grounds in an action in tort – had to provide other means to enable victims of damage sustained as a result of an act or omission of the State to obtain reparation.

84. The Government of Serbia and Montenegro added that the underlying explanation for Article 6 of the Convention was to be found in

the principle of the rule of law enunciated in Article 3 of the Statute of the Council of Europe. They said that it would be difficult to envisage that principle being applied without access to a court and referred to the judgment in *Fayed v. the United Kingdom* (21 September 1994, § 65, Series A no. 294-B), in which the Court stated: “[I]t would not be consistent with the rule of law in a democratic society or with the basic principle underlying Article 6 § 1 – namely that civil claims must be capable of being submitted to a judge for adjudication – if, for example, a State could, without restraint or control by the Convention enforcement bodies, remove from the jurisdiction of the courts a whole range of civil claims or confer immunities from civil liability on large groups or categories of persons.”

85. Lastly, they explained that in Serbia and Montenegro, neither the civil nor the constitutional courts could decline to decide an issue on the pretext that it concerned an act of government. The sole problem that could arise was whether rules existed under the domestic law which would enable the acts concerned to be reviewed. Adopting the act of government doctrine would considerably limit the aim pursued in applying the law, as regards both access and the effectiveness of remedies such as those guaranteed by the Convention. By its very nature, such a doctrine would justify acts relating to the implementation of foreign policy being removed from scrutiny on the grounds of “reasons of State”, with the result that human-rights protection would become impossible. In the Government of Serbia and Montenegro’s submission, the doctrine of the rule of law should prevail over that of reasons of State.

## 2. *The Government of the United Kingdom*

86. The British Government submitted that a rule of national law that an individual was not entitled to compensation, or its corollary that the State did not incur liability, for acts performed by the State in the conduct of foreign relations did not violate Article 6 § 1.

87. They noted that such a rule was common in the laws both of member States of the Council of Europe and elsewhere even though different legal systems formulated it in different ways (for example, as a rule that decisions in the conduct of foreign relations were not justiciable or that a general rule relating to liability did not extend to damage caused by acts of war or other actions taken by the State in the course of its international relations).

88. Whichever way it was formulated, such a rule was a limit on the scope of the substantive law of the State concerned, not a limit on the right of access to courts to enforce that law. In the British Government’s submission, the substantive position was very similar to that in *Z and Others*

*v. the United Kingdom* (cited above). Like the limiting rule of English law which was in issue in *Z and Others*, the rule of national law that the State was not liable to compensate individuals for losses which they had suffered on account of the State's decisions in the conduct of foreign relations limited the scope of the general rules of liability in their application to the State for reasons of public policy. The British Government submitted that to treat such a rule as contrary to Article 6 § 1 would be to do precisely what the Court had repeatedly said it could not do, namely to create, by way of interpretation of Article 6 § 1, a substantive right which had no basis in the law of the Contracting State concerned.

89. While the British Government were of the view that rules of the kind considered above did not fall within the scope of Article 6 § 1 at all, and if (contrary to that view) it were held that they did, they submitted that they should be regarded as reasonable and proportionate limitations on the scope of the rights conferred by Article 6 § 1 which were necessary in a democratic society.

90. The British Government had already noted that many systems of national law had a rule similar to that applied by the Italian courts in the present case. They added that such a rule served a clear public purpose in a democratic State in defining the nature of the separation of powers between courts and executive with regard to the conduct of foreign relations and military activity.

91. In the British Government's view, such a rule could not be said to violate Article 6 § 1 of the Convention.

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

#### *1. General principles*

92. The right of access to a court in issue in the present case is derived from Article 6 and was established in *Golder v. the United Kingdom* (21 February 1975, §§ 28-36, Series A no. 18), in which the Court established, by reference to the principles of the rule of law and the avoidance of arbitrary power underlying much of the Convention, that the right of access to a court was an inherent aspect of the safeguards enshrined in Article 6. Thus, Article 6 § 1 secures to everyone the right to have a claim relating to his civil rights and obligations brought before a court.

93. The Court refers to its constant case-law to the effect that "Article 6 § 1 extends only to '*contestations*' (disputes) over (civil) 'rights and obligations' which can be said, at least on arguable grounds, to be recognised under domestic law; it does not itself guarantee any particular content for (civil) 'rights and obligations' in the substantive law of the Contracting States" (see *James and Others v. the United Kingdom*,

21 February 1986, § 81, Series A no. 98; *Lithgow and Others v. the United Kingdom*, 8 July 1986, § 192, Series A no. 102; and *The Holy Monasteries v. Greece*, 9 December 1994, § 80, Series A no. 301-A). The Court may not create by way of interpretation of Article 6 § 1 a substantive right which has no legal basis in the State concerned (see *Roche v. the United Kingdom* [GC], no. 32555/96, §§ 116-17, ECHR 2005-X). It will however apply to disputes of a “genuine and serious nature” concerning the actual existence of the right as well as to the scope or manner in which it is exercised (see *Bentham v. the Netherlands*, 23 October 1985, § 32, Series A no. 97, and *Z and Others v. the United Kingdom*, cited above, § 87).

94. The distinction between substantive limitations and procedural bars determines the applicability and, as the case may be, the scope of the guarantees under Article 6. The fact that the particular circumstances of, and complaints made in, a case may render it unnecessary to draw the distinction between substantive limitations and procedural bars (see, among other authorities, *A. v. the United Kingdom*, no. 35373/97, § 65, ECHR 2002-X) does not affect the scope of Article 6 of the Convention which can, in principle, have no application to substantive limitations on the right existing under domestic law.

95. In assessing therefore whether there is a civil “right” and in determining the substantive or procedural characterisation to be given to the impugned restriction, the starting point must be the provisions of the relevant domestic law and their interpretation by the domestic courts (see *Masson and Van Zon v. the Netherlands*, 28 September 1995, § 49, Series A no. 327-A). Where, moreover, the superior national courts have analysed in a comprehensive and convincing manner the precise nature of the impugned restriction, on the basis of the relevant Convention case-law and principles drawn therefrom, this Court would need strong reasons to differ from the conclusion reached by those courts by substituting its own views for those of the national courts on a question of interpretation of domestic law (see *Z and Others v. the United Kingdom*, cited above, § 101) and by finding, contrary to their view, that there was arguably a right recognised by domestic law.

96. Finally, in carrying out this assessment, it is necessary to look beyond the appearances and the language used and to concentrate on the realities of the situation (see *Van Droogenbroeck v. Belgium*, 24 June 1982, § 38, Series A no. 50). The Court must not be unduly influenced by, for example, the legislative techniques used (see *Fayed*, cited above, § 67) or by the labels put on the relevant restriction in domestic law: the oft-used word “immunity” can mean an “immunity from liability” (in principle, a substantive limitation) or an “immunity from suit” (suggestive of a procedural limitation) (see *Roche*, cited above, §§ 119-21).

97. Nevertheless, it would not be consistent with the rule of law in a democratic society or with the basic principle underlying Article 6 § 1



– namely that civil claims must be capable of being submitted to a judge for adjudication – if, for example, a State could, without restraint or control by the Convention enforcement bodies, remove from the jurisdiction of the courts a whole range of civil claims or confer immunities from civil liability on large groups or categories of persons (see *Fayed*, cited above, § 65).

98. Article 6 § 1 may also be relied on by “anyone who considers that an interference with the exercise of one of his (civil) rights is unlawful and complains that he has not had the possibility of submitting that claim to a tribunal meeting the requirements of Article 6 § 1” (see *Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium*, 23 June 1981, § 44, Series A no. 43). Where there is a serious and genuine dispute as to the lawfulness of such an interference, going either to the very existence or the scope of the asserted civil right, Article 6 § 1 entitles the individual “to have this question of domestic law determined by a tribunal” (see *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, 23 September 1982, § 81, Series A no. 52; see also *Tre Traktörer AB v. Sweden*, 7 July 1989, § 40, Series A no. 159).

99. The right is not absolute, however. It may be subject to legitimate restrictions such as statutory limitation periods, security for costs orders, regulations concerning minors and persons of unsound mind (see *Stubbings and Others v. the United Kingdom*, 22 October 1996, §§ 51-52, *Reports* 1996-IV; *Tolstoy Miloslavsky v. the United Kingdom*, 13 July 1995, §§ 62-67, Series A no. 316-B; and *Golder*, cited above, § 39). Where the individual’s access is limited either by operation of law or in fact, the Court will examine whether the limitation imposed impaired the essence of the right and, in particular, whether it pursued a legitimate aim and there was a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be achieved (see *Ashingdane v. the United Kingdom*, 28 May 1985, § 57, Series A no. 93). If the restriction is compatible with these principles, no violation of Article 6 will arise (see *Z and Others v. the United Kingdom*, cited above, §§ 92-93).

## 2. *Application of these principles in the instant case*

### (a) **Applicability of Article 6 of the Convention**

100. In the instant case, the applicants brought an action in damages in tort against the State under Article 2043 of the Civil Code and also relied in their claim on Article 6 of the Criminal Code, Article 174 of the Wartime Military Criminal Code and on the provisions of the Protocol Additional to the Geneva Conventions (Protocol I) and of the London Convention of 1951 (see paragraphs 22-25 and 30-31 above). They relied on various authorities although, as the respondent Government pointed out, none of them were exactly on all fours with the present case because

they primarily concerned the individual liability of members of the armed forces. The respondent Government cited a decision concerning political acts. However, while it may have been of some relevance to the decision in the instant case, it was not sufficiently similar to qualify as a precedent. It was therefore on the facts of the applicants' own case that the domestic courts were called upon to decide for the first time whether such a situation came within Article 2043 of the Civil Code.

101. The Court therefore considers that there was from the start of the proceedings a genuine and serious dispute over the existence of the right to which the applicants claimed to be entitled under the civil law. The respondent Government's argument that there was no arguable (civil) right for the purposes of Article 6 because of the Court of Cassation's decision that, as an act of war, the impugned act was not amenable to judicial review, can be of relevance only to future allegations by other complainants. The Court of Cassation's judgment did not make the applicants' complaints retrospectively unarguable (see *Z and Others v. the United Kingdom*, cited above, § 89). In these circumstances, the Court finds that the applicants had, on at least arguable grounds, a claim under domestic law.

102. Accordingly, Article 6 is applicable to the applicants' action against the State. The Court therefore dismisses the respondent Government's preliminary objection on this point. It must therefore examine whether the requirements of that provision were complied with in the relevant proceedings.

#### **(b) Compliance with Article 6 of the Convention**

103. In the present case, the applicants alleged that the Court of Cassation's ruling that the Italian courts had no jurisdiction had prevented them from gaining access to a court and securing a decision on the merits of their claim.

104. The applicants and the Government of Serbia and Montenegro considered that a right to reparation arose directly from the wording of the relevant Codes, whereas the other two Governments argued that such a right could not apply to acts of war, or to peacemaking or peacekeeping operations. The applicants submitted that their right to reparation derived from Article 2043 of the Civil Code, while also relying on Article 6 of the Criminal Code, Article 174 of the Wartime Military Criminal Code and the Protocol Additional to the Geneva Conventions (Protocol I).

105. First and foremost the Court would note that the applicants were not in practice prevented from bringing their complaints before the domestic courts.

106. The Court of Cassation considered the answer to be clear, which explains why it rejected this jurisdictional point in rather summary terms.

It found as follows: the impugned act was an act of war; since such acts were a manifestation of political decisions, no court possessed the power to review the manner in which that political function was carried out; further, the legislation that gave effect to the instruments of international law on which the applicants relied did not expressly afford injured parties a right to claim reparation from the State for damage sustained as a result of a violation of the rules of international law.

107. The Court reiterates the fundamental principles established by its case-law on the interpretation and application of domestic law. While the Court's duty, according to Article 19 of the Convention, is to ensure the observance of the engagements undertaken by the Contracting Parties to the Convention, it is not its function to deal with errors of fact or law allegedly committed by a national court unless and in so far as they may have infringed rights and freedoms protected by the Convention.

108. Moreover, it is primarily for the national authorities, notably the courts, to interpret and apply domestic law. 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 *Waite and Kennedy v. Germany* [GC], no. 26083/99, § 54, ECHR 1999-I; *Streletz, Kessler and Krenz v. Germany* [GC], nos. 34044/96, 35532/97 and 44801/98, § 49, ECHR 2001-II; and *Prince Hans-Adam II of Liechtenstein*, cited above, §§ 43-50).

109. Although it is not its role to express any view on the applicability of the Protocol Additional to the Geneva Conventions (Protocol I) or the London Convention, the Court notes that the Court of Cassation's comments on the international conventions do not appear to contain any errors of interpretation. There are two reasons for this: firstly, the statement that Protocol I regulates relations between States is true; secondly, the applicants relied on paragraph 5 of Article VIII of the London Convention, which concerns acts "... causing damage in the territory of the receiving State to third parties ..." (see paragraph 31 above), whereas the applicants' damage was sustained in Serbia, not Italy.

As to the assertion that it is the only body with power to find violations of the Convention, the Court reiterates that under Article 1, which provides "[t]he High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of th[e] Convention", the primary responsibility for implementing and enforcing the rights and freedoms guaranteed by the Convention is laid on the national authorities. The machinery of application to the Court is thus subsidiary to national systems safeguarding human rights (see *Cocchiarella v. Italy* [GC], no. 64886/01, § 38, ECHR 2006-V). Since, in the instant case, the complaint under Article 2 of the Convention has been

declared inadmissible (see paragraph 4 above), the Court does not consider that the effects of the Court of Cassation's interpretation give rise to any problems of compatibility.

110. The Court further notes that by virtue of Articles 41 and 37 of the Code of Civil Procedure, the preliminary jurisdictional point taken by the ministries in this case would have had to be raised at some point, even by the trial court of its own motion, in view of the involvement of a public authority (see paragraph 23 above). It did not, therefore, amount to a form of immunity which the State was at liberty to waive.

111. Consequently, it is not possible to conclude from the manner in which the domestic law was interpreted or the relevant international treaties were applied in domestic law that a "right" to reparation under the law of tort existed in such circumstances. Even if the applicants' assertion is correct that, as a result of changes in the case-law, it has been possible to claim such a right since 2004, this does not justify the conclusion that such a right existed before then.

112. The Court also notes that the Court of Cassation had already ruled in an earlier case that the Italian courts had no jurisdiction over the authorities for acts of a political nature and that such acts did not give rise to a cause of action against the State because they did not damage personal legal interests, which were the only interests capable of affording a right to compensation under the domestic case-law (see paragraph 26 above). Indeed, it was after the hearing before it that the Court of Cassation provided clarification as to what constituted an arguable claim in law. In determining the limits of its jurisdiction, the Court of Cassation marked out the bounds of the law of tort.

113. The Court does not accept the applicants' assertion that the impugned decision constituted an immunity, either *de facto* or in practice, because of its allegedly absolute or general nature. As the respondent Government rightly noted, the decision concerned only one aspect of the right to bring an action against the State, this being the right to claim damages for an act of government related to an act of war, and cannot be regarded as an arbitrary removal of the courts' jurisdiction to determine a whole range of civil claims (see *Fayed*, cited above, § 65). As was pointed out by the British Government and as the Court observed in paragraph 93 above, it is a principle of Convention case-law that Article 6 does not in itself guarantee any particular content for civil rights and obligations in national law. It is not enough to bring Article 6 § 1 into play that the non-existence of a cause of action under domestic law may be described as having the same effect as an immunity, in the sense of not enabling the applicant to sue for a given category of harm (see *Z and Others v. the United Kingdom*, cited above, § 98).

114. The Court considers that the Court of Cassation's ruling in the present case does not amount to recognition of an immunity but is

merely indicative of the extent of the courts' powers of review of acts of foreign policy such as acts of war. It comes to the conclusion that the applicants' inability to sue the State was the result not of an immunity but of the principles governing the substantive right of action in domestic law. At the relevant time, the position under the domestic case-law was such as to exclude in this type of case any possibility of the State being held liable. There was, therefore, no limitation on access to a court of the kind in issue in *Ashingdane* (cited above, § 57).

115. It follows that the applicants cannot argue that they were deprived of any right to a determination of the merits of their claims. Their claims were fairly examined in the light of the domestic legal principles applicable to the law of tort. Once the Court of Cassation had considered the relevant legal arguments that brought the applicability of Article 6 § 1 of the Convention into play, the applicants could no longer claim any entitlement under that provision to a hearing of the facts. Such a hearing would only have served to protract the domestic proceedings unnecessarily because, even assuming that the Court of Cassation's decision did not automatically bring the proceedings pending in the Rome District Court to an end, the District Court would only have had power to determine the nature of the impugned acts and, in the circumstances of the case, would have had no alternative but to dismiss the claim.

The Court agrees with the British Government that the present case bears similarities to the aforementioned case of *Z and Others v. the United Kingdom*. As in that case, the applicants in the present case were afforded access to a court; however, it was limited in scope, as it did not enable them to secure a decision on the merits.

116. In the light of the foregoing, the Court finds that there has been no violation of Article 6 of the Convention.

#### FOR THESE REASONS, THE COURT

1. *Joins to the merits*, unanimously, the respondent Government's preliminary objection with respect to the applicability of Article 6 of the Convention;
2. *Declares*, unanimously, the remainder of the application admissible;
3. *Holds*, unanimously, that Article 6 of the Convention is applicable in the instant case and, consequently, *dismisses* the respondent Government's preliminary objection;
4. *Holds*, by ten votes to seven, that there has been no violation of Article 6 of the Convention.

Done in English and in French, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 14 December 2006.

Lawrence Early  
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) concurring opinion of Judge Costa;
- (b) concurring opinion of Judge Bratza joined by Judge Rozakis;
- (c) dissenting opinion of Judge Zagrebelsky joined by Judges Zupančič, Jungwiert, Tsatsa-Nikolovska, Ugrekhelidze, Kovler and Davíd Thór Björgvinsson.

L.W.  
T.L.E.

## CONCURRING OPINION OF JUDGE COSTA

(Translation)

1. I voted with the majority on the operative provisions of the judgment, in particular points 3 and 4 thereof, but do not agree with the reasoning. I should like to explain why, but will confine myself to the salient points.

2. What, fundamentally, was this case about? As in *Banković and Others v. Belgium and Others* ((dec.) [GC], no. 52207/99, ECHR 2001-XII), it concerned the tragic consequences of the partial destruction of the Radio-televizija Srbija (RTS) building in Belgrade after it was hit by a missile fired by a NATO aircraft. Five of the people who died as a result of the air strike, which was launched in connection with the Kosovo conflict, were relatives of the applicants in the *Markovic* case.

3. The applicants considered the Italian authorities and the Command of NATO's Allied Forces in Southern Europe responsible for the deaths and brought an action in damages against them in the Rome District Court (they subsequently discontinued the action against NATO forces).

4. The Italian authorities considered that the dispute raised an issue of jurisdiction (*giurisdizione*) and, relying on a provision of the Code of Civil Procedure, sought a preliminary ruling on this question from the Court of Cassation, sitting as a full court, as they were entitled to do like any other party to proceedings.

5. The Court of Cassation held that the District Court had no jurisdiction. In view of the nature of the dispute and as is noted in paragraph 19 of the present judgment, this decision brought the action pending in the District Court to an end, *ipso jure*.

6. Under these circumstances, the applicants lodged an application with the Court in which they argued that Article 6 § 1 of the Convention was applicable and had been violated as Italy had denied them access to a court.

7. The majority agreed that Article 6 § 1 was applicable but held that there had been no violation.

8. In essence, the Court's decision that that provision was applicable was based on the fact that the applicants, whose action was founded on the law of tort (Article 2043 of the Civil Code) had, from the outset, possessed on at least arguable grounds a claim under domestic law.

9. I was somewhat hesitant about joining the majority in finding Article 6 § 1 applicable. I have had similar reservations in the past, in particular in the case of *Prince Hans-Adam II of Liechtenstein v. Germany* ([GC], no. 42527/98, ECHR 2001-VIII) and would refer to my concurring opinion annexed to that judgment. However, the Court has found Article 6

§ 1 to be applicable in similar situations on a number of occasions in the past, in particular when there is a serious and genuine dispute over the very existence of a “right” within the meaning of Article 6 § 1 (see, among other authorities, *Bentham v. the Netherlands*, 23 October 1985, Series A no. 97; *Mennitto v. Italy* [GC], no. 33804/96, §§ 25-27, ECHR 2000-X; *Z and Others v. the United Kingdom* [GC], no. 29392/95, § 89, ECHR 2001-V; and *Prince Hans-Adam II of Liechtenstein*, cited above; and, for the opposite view, *Roche v. the United Kingdom* [GC], no. 32555/96, §§ 124-25, ECHR 2005-X). I therefore decided to defer to the dominant line of authority in the case-law. Indeed, a reasonably forceful case can be made for saying that, since the Rome District Court did not dismiss the application before it *de plano* for lack of jurisdiction (as a separate provision of the Code of Civil Procedure permitted it to do) or of a cause of action and, since the full court of the Court of Cassation had to be called upon to decide the issue, an “arguable” claim existed for the purposes of the Court’s case-law.

10. That, however, is not the main point. The Court was thus unanimous in holding Article 6 to be applicable.

11. Conversely, it was extremely divided on the question whether or not there had been a violation of that provision.

12. The first argument on which the majority relied in concluding that there had been no violation is not one that I am able to accept. It runs as follows: “First and foremost the Court would note that the applicants were not in practice prevented from bringing their complaints before the domestic courts” (see paragraph 105 of the judgment). While this may be true, so what? Although they were able to bring proceedings in the Rome District Court, the District Court was prevented by the Court of Cassation’s judgment from examining their claim as the proceedings were, I repeat, brought to an end *ipso jure*, before they had even got under way. Surely it is strange to say that they were not prevented from bringing their complaints before the domestic courts. Can the right of access to a court be theoretical and illusory (in this instance amounting to mere “physical” access), or must it be practical and effective as has been stated in other spheres in dozens of judgments beginning with that in *Artico v. Italy* (13 May 1980, Series A no. 37). In the instant case, this would have meant enabling the relevant court to deliver a reasoned decision (even one dismissing the claim) on the merits of the dispute, without a *judex ex machina* saying that it was precluded from deciding anything at all (paragraph 113 of the judgment is instructive here, too).

13. But allow me to move on. Not content with this first argument, which logically should have been self-sufficient (“first and foremost”), the judgment goes on to construct, in paragraphs 106 to 116, a lengthy rationale which in substance boils down to holding that:



(i) the Italian Court of Cassation is the best-placed Italian court to decide issues of domestic law;

(ii) its decision “was the result not of an immunity but of the principles governing the substantive right of action in domestic law” (paragraph 114);

(iii) the fact that there was no possibility under Italian law of the State being held liable did not amount to a “limitation on access to a court of the kind in issue in *Ashingdane*” (same paragraph).

14. I have to say that I find this line of reasoning unconvincing and self-contradictory. It is unconvincing because if all the Court needed to do was to recognise that the Court of Cassation had the right to interpret domestic law, the solution was to hand without any need for European supervision. As to the reference to *Ashingdane* (*v. the United Kingdom*, 28 May 1985, Series A no. 93), it is logically flawed as the Court in that case held that there had been *no violation* (by six votes to one, the sole judge in the minority being my late predecessor, Judge Pettiti). How and by what miraculous process could the fact that in the present case there was no limitation “of the kind in issue in *Ashingdane*” lead to the conclusion that there has been *no violation* of Article 6 § 1? That I fail to understand.

15. To my mind, it would have been simpler – and clearer – to apply the standard principles. The right of access to a court is not absolute, but may be subject to implied limitations. Some of these limitations are inherent in the right of access to a court, for instance those arising out of State immunity in international law.

16. As an example, the Court applied these principles in *Fogarty v. the United Kingdom* ([GC], no. 37112/97, ECHR 2001-XI), with a dissenting opinion by my colleague Judge Loucaides and a concurring opinion by me and my colleagues Judges Caflisch and Vajić. It is true that *Fogarty* concerned immunity from jurisdiction granted by the respondent State to a third-party State (the United States). But the situation is readily transposable. The concept of *act of government* is familiar to both comparative law and international law and there is no more typical example of an act of government than the decision to send troops into battle or, as with Italy in the instant case, to participate in air strikes as a member of an international organisation, in particular by supplying a base for the strikes and logistical support. It is clear that Article 2043 of the Italian Civil Code affords a very wide array of remedies in quasi-tort and in general applies to the Italian State and in proceedings in the ordinary courts (such as the Rome District Court), not in the administrative courts, unlike the position in countries such as France. But that is no bar to the domestic courts’ jurisdiction to hear claims against the Italian State being ousted when the *basis* of liability lies in what is undoubtedly an act of government. In other words, in Italian domestic law, no claim can be made under Article 2043 of the Civil Code when the allegedly unlawful

act that caused the injury is an act of government, the result of the execution of such an act or an indirect consequence thereof.

17. Does this exemption from liability in domestic law constitute a disproportionate interference with the right of access to a court afforded by the Convention? Does it amount to a denial of justice that is incompatible with the Convention? This is a debatable point and I can certainly understand the view expressed by the minority who voted in favour of finding a violation of Article 6. However, if one decides not to go that far – for reasons which, in my view, are in no way absurd and accord with the administrative law of many European countries and general international law as they stand here and now – then one should say so and cite a standard line of authority. It is for these reasons that I am critical of the reasoning in the *Markovic* case, without, however, disagreeing with the conclusions.

## CONCURRING OPINION OF JUDGE BRATZA JOINED BY JUDGE ROZAKIS

1. I share the view of the majority of the Grand Chamber that there has been no violation of Article 6 of the Convention in the present case and can in general agree with the reasoning in the Court's judgment. I add some remarks of my own only because of the importance of the central question which has divided the Court, namely whether the decision of the Italian Court of Cassation that the national courts had no jurisdiction to entertain the applicants' claim for damages in respect of the deaths of their relatives amounted to an unjustified restriction on their access to a court for the purposes of Article 6.

2. The distinction between provisions of domestic law and practice which bar or restrict access to a judicial remedy to determine the merits of claims relating to "rights" of a civil nature recognised in domestic law and which will, unless justified, contravene Article 6 and those which delimit the substantive content of the "right" itself and to which in principle Article 6 has no application, is well-established in the Court's case-law. The borderline between procedural restrictions and substantive limitations has frequently proved difficult to draw in practice. It remains, nevertheless, an important distinction in view of the settled principle that Article 6 does not guarantee any particular content for "rights" in the substantive law of the Contracting States and that its guarantees extend only to rights which can be said, at least on arguable grounds, to be recognised in the domestic law of the State concerned.

3. Certain provisions fall clearly into the category of procedural restrictions: these include the examples referred to in the judgment of statutory limitation periods, orders for security for costs and regulations governing access to a court by minors and persons of unsound mind. A further example is provided by the case of *Tinnelly & Sons Ltd and Others and McElduff and Others v. the United Kingdom* (10 July 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-IV) which concerned the issue of a conclusive ministerial certificate, the effect of which was to preclude the domestic courts' examination of the merits of claims of discriminatory treatment. Perhaps closer to the borderline are cases concerning the grant of various immunities from suit. However, in cases concerning the conferring of immunities on States (see *Al-Adsani v. the United Kingdom* [GC], no. 35763/97, ECHR 2001-XI, and *Fogarty v. the United Kingdom* [GC], no. 37112/97, ECHR 2001-XI) and on international organisations (see *Waite and Kennedy v. Germany* [GC], no. 26083/99, ECHR 1999-I), the Court interpreted such immunities as procedural bars which required justification rather than as limitations on a substantive right under domestic law.

4. Of the cases falling the other side of the borderline, those of *Z and Others v. the United Kingdom* ([GC], no. 29392/95, ECHR 2001-V) and, more recently, *Roche v. the United Kingdom* ([GC], no. 32555/96, ECHR 2005-X) are perhaps the most significant. In *Roche*, the Court, taking as its starting-point the assessment of the House of Lords in *Matthews v. Ministry of Defence*, concluded that section 10 of the Crown Proceedings Act was a provision of substantive law which delimited the rights of servicemen to claim in tort against the Crown for personal injuries sustained while on duty and was not to be seen as conferring on the Crown an immunity from a claim in negligence which would otherwise have been open to a serviceman. More directly relevant to the present case, the Court in *Z and Others v. the United Kingdom* concluded that the inability of the applicants to sue the local authority in negligence for failing to take steps to remove them from the care of the parents by whom they had been neglected and abused, flowed not from an immunity conferred on the local authority but from the applicable principles governing the substantive right of action in domestic law, an essential element of which was that it should be just and reasonable to impose a duty of care on the defendants in the particular circumstances of the case.

5. The present case does not fit easily into either of the established categories. The applicants were prevented from having the merits of their claim in damages determined by the Italian courts by the decision of the Court of Cassation that those courts lacked jurisdiction to entertain the claim. In the proceedings for a preliminary ruling the applicants argued that the Italian courts had such jurisdiction on the grounds, *inter alia*, that the alleged unlawful acts which had resulted in the deaths of their relatives should be regarded as having been committed in Italy, in that the relevant military action had been organised on Italian soil and part of it had taken place there: it was contended that Italy had lent substantial and logistical support to the NATO action and had, unlike other NATO members, provided the airbases from which the aircraft which bombed Belgrade and the RTS had taken off. The applicants relied in addition on the Wartime Military Criminal Code, on the London Convention of 1951 and on the Protocol Additional to the Geneva Conventions (Protocol I) as founding the national court's jurisdiction.

6. In ruling that the courts had no jurisdiction to entertain the claims, the Court of Cassation held that the nature of the acts and functions which were relied on to impute liability to the Italian State – in particular, the conduct of hostilities through aerial warfare – were such that the courts had no competence to review the manner in which those functions were performed. The Court of Cassation further rejected, on grounds set out in the judgment, the applicants' claim that the

jurisdiction of the Italian courts was to be found as a matter of domestic law in the international instruments relied on.

7. In marked contrast to the typical case of a procedural bar on access to a court, the fact that the Italian courts were unable to examine the merits of the claim stemmed not from a legislative measure or the exercise of a discretion by the executive to exclude the jurisdiction of the courts or to limit their powers of review or to remove a particular class of claim from judicial scrutiny. Moreover, the Court of Cassation's decision that the national courts lacked jurisdiction cannot in my view be equated with the conferring of a blanket immunity on the defendants to the suit. The decision to decline jurisdiction was a self-imposed limitation, the Court of Cassation concluding not only that such jurisdiction was not conferred by the instruments relied on by the applicants, but that the nature of the applicants' claim gave rise to issues which were not capable of being determined in the national courts. It did so by applying the concept of act of government, a familiar concept in systems of civil law, whereby political acts of government in fields including international relations, foreign policy and the conduct of hostilities are not capable of being reviewed by the domestic courts.

8. In my view, the decision of the Court of Cassation is to be seen not as creating a procedural bar to the determination of the applicants' rights by the national courts but rather as a substantive limitation on those rights, the Court of Cassation concluding that, because of the nature of the issues raised by their claim, the applicants had no justiciable cause of action in domestic law.

9. It is argued that the Court of Cassation's decision was inconsistent with its own previous and subsequent case-law, that the bombing of the RTS could not be classified in domestic law as an act of government capable of excluding judicial review and that, in holding that there was no jurisdiction to determine the applicants' claim, the Court of Cassation had wrongly disregarded or misinterpreted the provisions of domestic and international law on which the claim had been based. Reliance is also based on the paucity of the reasoning of the court and on the fact that there was no weighing of the competing interests by the court in holding jurisdiction to be excluded.

10. As to the former argument, questions of interpretation and application of domestic law are, as the judgment emphasises, primarily for the national courts to determine and there exist in my view no grounds on which the Court could substitute its own view for that of the Court of Cassation or hold those views to be arbitrary or manifestly unreasonable.

11. The latter argument gives me greater cause for doubt. The reasoning of the Court of Cassation was brief and open to the criticism that it contained no exposition of the boundaries of the doctrine of "act

of government” which it was applying and, no clear analysis of the issues to which the applicants’ claim gave rise, which rendered the case non-justiciable. However, succinct as the court’s reasoning is, it seems to me that the grounds for the decision emerge sufficiently clearly, particularly when read with the earlier case-law cited by the Court of Cassation itself and referred to in paragraphs 26 and 27 of the Court’s judgment. The applicants’ claim concerned deaths which occurred as the result of the bombing of the radio station in Belgrade as part of NATO operations during the highly complex Kosovo conflict and the determination of the merits of the claim would inevitably involve the national courts having to decide questions relating to the legality of the operation as a matter of international law, as well as reviewing the legitimacy of the acts and decisions of the Italian government in the exercise of their sovereign powers in the realm of foreign policy and the conduct of hostilities. It was the clear view of the Court of Cassation that these issues fell outside the proper scope of review of the national courts and that the applicants had no cause of action which was capable of being determined by those courts.

12. The doctrine of “act of government” has no very precise boundaries and the application of the doctrine must inevitably depend on the particular circumstances of the case in which it is raised. Moreover, like the doctrine of State immunity, with which it may sometimes overlap, it is not static but is liable to change and development over time. In my view, in concluding at the material time that, in the particular circumstances of the case before it, the doctrine was not only material but precluded the national courts from determining the issues raised by the case, the Court of Cassation did not exceed any acceptable limits.

Accordingly, there has in my view been no unjustified restriction on the applicants’ access to a court in violation of Article 6 of the Convention.

DISSENTING OPINION OF JUDGE ZAGREBELSKY  
JOINED BY JUDGES ZUPANČIČ, JUNGWIERT,  
TSATSA-NIKOLOVSKA, UGREKHELIDZE, KOVLER AND  
DAVÍD THÓR BJÖRGVINSSON

(Translation)

This case, which is solely concerned with the right to a court under Article 6 of the Convention, raises a question of paramount importance under the Convention, namely the position of the individual when set face to face with authority. This is authority in its most formidable form: authority based on “reason of State”. It was by pure chance that the question arose in a case against Italy. It could just as easily have been another State. The question is thus of interest to all.

In his address to the Parliamentary Assembly on 19 August 1949 presenting the proposal to institute the European Court of Human Rights, P.H. Teitgen said: “Three things still threaten our freedom. The first threat is the eternal reason of State. Behind the State, whatever its form, were it even democratic, there ever lurks as a permanent temptation, this reason of State. ... Even in our democratic countries we must be on guard against this temptation of succumbing to reason of State.”<sup>1</sup> Is there any reason to suppose that this warning addressed to the fourteen member States of which the Assembly of the Council of Europe was composed at the time is of any less relevance to our present-day Europe of forty-six nations?

I regret that the conclusion adopted by the majority should have added the Court’s authoritative backing to the strong plea that is made, even today, in favour of “reason of State”. “Reason of State” has little time for law, still less for the “rule of law”, which one can scarcely conceive of without there being a possibility of having access to the courts (see *Golder v. the United Kingdom*, 21 February 1975, § 34, Series A no. 18; and, to the same effect with respect to the Italian legal system, the Constitutional Court’s judgment no. 26 of 1999).

The Court of Cassation stated in the present case: “... protected individual interests are no bar to carrying out functions of a political nature.” Political functions and individual rights cannot, therefore, coexist, as no rights can be asserted in relation to political acts. That is a rather bald statement, one that is incompatible with the Convention and at least dubious under domestic law, as reflected in the relevant provisions

---

1. Collected edition of the “Travaux préparatoires”, vol. 1, p. 41, Martinus Nijhoff, The Hague, 1975.

of the Constitution (see paragraph 20 of the judgment), in the fact that the scope of Article 31 of Decree no. 1024 of 1924 is limited to the sole administrative court with powers of review (*Consiglio di Stato*) and in the lack of any example among the decisions of the Court of Cassation cited by the Government of a situation comparable to that which obtained in the present case (see paragraph 100 of the judgment). Indeed, the Court itself said that the applicants had, at least on arguable grounds, a claim under domestic law, which is why Article 6 was adjudged to be applicable (see paragraph 101 of the judgment).

I also note that the Court of Cassation did not specify – although it is true that the distinction is somewhat artificial in concrete cases – whether it considered there to be “immunity from liability” or “immunity from suit” (see paragraph 96 of the judgment).

In common with the respondent Government and the British Government, the majority (see paragraph 115 of the judgment) referred to *Z and Others v. the United Kingdom* ([GC], no. 29392/95, § 93, ECHR 2001-V) in which the Court concluded that, even though the facts and merits of the case had not been examined, the degree of access to the court given to the applicants was sufficient to satisfy the requirements of Article 6. The applicants had sought to persuade the courts to expand the scope of the right to compensation beyond what had previously been accepted. The parties’ arguments were heard at each of the various levels of jurisdiction through which the case passed and were exhaustively addressed in the final judgment. However, the position in the present case was quite the opposite. Although the applicants were given access to the Italian courts, it was only to be told that neither the civil courts, nor any other Italian court, had jurisdiction to hear their case. The Court of Cassation thereby restricted for all practical purposes the scope of the general law of reparation contained in Article 2043 of the Civil Code. Furthermore, unlike the domestic courts in *Z and Others v. the United Kingdom*, it did not balance the competing interests at stake and made no attempt to explain why in the specific circumstances of the applicants’ case the fact that the impugned act was of a political nature should defeat their civil action.

It is easy to see how the discretionary – sometimes wholly discretionary – nature of political or governmental acts may lead to the exclusion of all right to contest them. From this perspective, the exclusion may be justified by the nature of the function performed by the government and the need to protect freedom of political decision. It is not only fields such as foreign affairs, national defence and general security that are concerned by the exclusion. However, in order to be compatible with the principle of the rule of law and the right of access to the courts inherent therein, the scope of the exclusion clearly cannot extend beyond the bounds laid down in the legal rules that regulate and circumscribe the



exercise of the relevant governmental attributions (act of government). The aforesaid legitimate aim cannot go beyond the scope of the discretion which the government authority is entitled to exercise within the limitations imposed by law. In the present case, the applicants argued in the domestic courts that the Italian authorities' actions had contravened the rules of national law and international customary law on armed conflict. In so doing, they raised the question of the limits that should be placed on the notion of a "reason of State" free from all judicial scrutiny.

It is a matter of great concern that neither the Court of Cassation nor the Court provided any definition of what might qualify as an "act of government" or "political act" (which are not identical concepts) or of what the limitations on such acts might be. Any act by a public authority will, directly or indirectly, be the result of a political decision, whether it is general or specific in content. However, to my mind, because it is too vague and too general a concept, the "function of a political nature" formula precludes any "implied limitation" on the right of access to a court. In paragraph 113 of the judgment, the Court seeks to limit the scope of the principle it has accepted by noting that the Court of Cassation's decision: "concerned only one aspect of the right to bring an action against the State, this being the right to claim damages for an act of government related to an act of war." However, the Court of Cassation's decision, which in the Court's view satisfied the requirements of the Convention, was merely based on the political nature of the impugned act (see paragraph 106 of the judgment). Nor is it clear how or why a distinction may be drawn between political acts of war and other forms of political act for the purposes of deciding whether access should be given to a court.

In reaching its conclusion, the Court of Cassation chose to disregard the nature of the court proceedings instituted by the applicants: these proceedings did not directly concern Italy's participation in the armed conflict as a member of NATO and their purpose was not to have an act of government set aside. Their aim was simply to obtain compensation for the remote consequences of the political act concerned, consequences that were purely potential and unrelated to the purpose of the acts. Despite the general nature of the right set out in Article 2043 of the Italian Civil Code, the Court of Cassation ultimately refused to accept that any Italian court had jurisdiction to hear the applicants' claims under domestic law, solely because the decision to participate in the aforementioned military operations was political in nature. The Court of Cassation thus went beyond any legitimate aim the political-act doctrine may be recognised as furthering and far beyond the bounds of proportionality.

I can understand why the States should seek to protect themselves against the threat of legal actions such as that in the present case.

However, I regret that the majority of the Court should have accepted a solution which strikes a blow at the very foundation of the Convention.

QUARK FISHING LTD v. THE UNITED KINGDOM  
(*Application no. 15305/06*)

FOURTH SECTION<sup>1</sup>

DECISION OF 19 SEPTEMBER 2006<sup>2</sup>

---

1. Sitting as a Chamber composed of Josep Casadevall, *President*, Nicolas Bratza, Matti Pellonpää, Stanislav Pavlovski, Lech Garlicki, Ljiljana Mijović, Ján Šikuta, *judges*, and Lawrence Early, *Section Registrar*.

2. English original.



SUMMARY<sup>1</sup>**Absence of a declaration under Article 56 extending Protocol No. 1 to an overseas territory****Article 56**

*Territorial application – Absence of a declaration under Article 56 extending Protocol No. 1 to an overseas territory – Effective control principle – Distinction between that principle and system of declarations in respect of overseas territories – Interpretation – Limitations on evolutive interpretation – Declarations in respect of only a part of Convention and its Protocols*

\*  
\* \*

The applicant company owned a fishing vessel which operated in the waters of the South Georgia and the South Sandwich Islands (“SGSSI”), a British Overseas Territory for whose international relations the United Kingdom is responsible. As the coastal State responsible for enforcing fishing limits in SGSSI waters under the Convention on the Conservation of Antarctic Marine Living Resources, the United Kingdom has operated a licensing system since 1997. In 2001 the SGSSI authorities refused to renew the applicant company’s fishing licence. The applicant company applied for judicial review of that decision and ultimately obtained an order quashing as unlawful instructions that had been issued by the Foreign and Commonwealth Office in London for licences to be allocated to other vessels. It then claimed damages on the basis of Article 1 of Protocol No. 1 for the losses it had incurred as a result of the refusal of a licence, but its claim was struck out on the ground that the United Kingdom had not made a declaration under Article 56 of the Convention extending Protocol No. 1 to the SGSSI.

*Held*

Article 56: The applicant company had argued that the absence of a declaration extending Protocol No. 1 to the SGSSI was not fatal to their claim in that, firstly, the responsibility of a Contracting State was capable of being engaged in respect of any territory over which it exercised effective control and, secondly, that the declarations system was outdated and the Convention should not be interpreted so as to allow the States to escape responsibility for their unlawful actions when there was no objective justification for failing to extend its protection fully.

As to the first argument, the Court noted that the “effective control” principle did not replace the system of declarations which the Contracting States had decided, when drafting the Convention, to apply to territories overseas for whose international relations they were responsible. The situations it covered were clearly separate and distinct from circumstances where a Contracting State had not made a declaration under Article 56.

---

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

As to the second argument, although the situation had changed considerably since the Convention was drafted and interpretation was a necessary tool for rendering the protection of Convention rights practical and effective, it could only go so far and could not unwrite provisions contained in the Convention. If the Contracting States wished to bring the declarations system to an end, they could only do so through a duly signed and ratified amendment to the Convention. The fact that the United Kingdom had extended the Convention proper to the SGSSI gave no ground for finding that Protocol No. 1 also had to apply or for requiring it to justify its failure to make a declaration in respect of the Protocol. There was no obligation under the Convention for any Contracting State to ratify any particular Protocol or to give reasons for their decisions in that regard concerning their national jurisdictions. Still less could there be any such obligation as regards the territories falling under the scope of Article 56: incompatible *ratione loci*.

...

## THE FACTS

The applicant, a Falkland Islands registered company (25.1% owned by island residents and 74.9% owned by Spanish interests), was represented by Mr S.J. Swabey, a solicitor practising in London.

### **The circumstances of the case**

The facts of the case, as submitted by the applicant, may be summarised as follows.

South Georgia and the South Sandwich Islands (“SGSSI”) were acquired by the Crown by settlement. There were no indigenous peoples. From 1908 until 1985 it was a British Dependent Territory and a Dependency of the Falkland Islands. After 18 April 1985, SGSSI ceased to be a dependency of the Falkland Islands and became a British Overseas Territory as defined in the British Overseas Territory Act 2002. The United Kingdom is responsible for its international relations. The government of the SGSSI comprises officials from the United Kingdom who are posted to and operate from the Falkland Islands. There is no democratic mechanism. No one lives on the SGSSI apart from a transient group of scientists working for the British Antarctic Survey.

The applicant owns a fishing vessel – *MV Jacqueline* – which operated under a Falkland Islands flag and was specially equipped with long lines to fish the Patagonian toothfish, found in the waters of the SGSSI. Fishing in SGSSI waters is regulated pursuant to the Convention on the Conservation of Antarctic Marine Living Resources (“CCAMLR”) to which the United Kingdom is a party. Annual total allowable catches are set by the CCAMLR Commission to particular designated blocks of ocean. The coastal State countries enforce those limits. In the case of the SGSSI, the relevant coastal State is the United Kingdom. From 1997 it operated a licensing system which limited the amount of fish caught by each licensed vessel.

The *Jacqueline* was granted a licence for every year from 1997 until 2001. In that year the applicant sought a licence as usual but was refused by the SGSSI authorities. It was unaware of the reasons.

The applicant applied for judicial review of the refusal before the Supreme Court of the Falkland Islands. Evidence was submitted indicating that the Foreign and Commonwealth Office (FCO) had intervened in order to reduce the number of United Kingdom flagged vessels receiving licences in favour of vessels from other coastal States to avoid adverse diplomatic repercussions in a

sensitive area and had indicated that licences should be given to United Kingdom vessels with the best conservation-compliance record, which in their view excluded the applicant. But for this intervention, the SGSSI Director of Fisheries would have given a licence to the applicant. By an order of 1 June 2001, the Chief Justice declared that the SGSSI decision, taken on advice from the FCO and not pursuant to an instruction within the meaning of the SGSSI Order 1985 (SI 1985/449, which forms the constitution of the territory), was not properly based on relevant matters to be taken into account and accordingly was unlawful. He ordered that the application be remitted for fresh consideration.

On 7 June 2001 the Secretary of State for the Foreign and Commonwealth Office in London formally instructed the SGSSI Commissioner to instruct the SGSSI Director of Fisheries to allocate licences to any United Kingdom flagged vessel, other than to two vessels named in the instruction (which did not include the applicant's).

The applicant challenged the lawfulness of the instruction in the High Court in London.

On 5 December 2001 the High Court judge found, noting the flawed basis on which the FCO had taken the view that the applicant had not complied with conservation measures, that the criteria on which the licences were granted had not been made clear or transparent and there had been manifest unfairness in the way in which the FCO had issued its instructions to exclude the applicant. The instruction was accordingly unlawful and quashed.

On 30 October 2002 the Court of Appeal upheld the lower court's decision, making adverse comment on the way the authorities had acted. The applicant had sought damages for the losses from the 2001 season and this claim, stayed during the earlier proceedings, was revived, relying on Article 1 of Protocol No. 1.

On 22 July 2003 Mr Justice Collins struck out the claim for damages, accepting the argument of the Secretary of State that Protocol No. 1 had not been extended to the SGSSI.

On 29 April 2004 the Court of Appeal rejected the applicant's appeal finding that the applicant was unable to bring a claim for damages based on Article 1 of Protocol No. 1 because the latter provision had not been extended to the SGSSI by the United Kingdom. It held that the issue of control over territory – which had founded the extraterritorial reach of the European Convention of Human Rights in other circumstances – was not relevant to a case such as that before it, where a declaration had to be made for the provision in question to apply.

On 13 October 2005 the House of Lords dismissed the applicant's appeal, also finding that Article 1 of Protocol No. 1 did not apply to the SGSSI.



## COMPLAINTS

The applicant complained under Article 1 of Protocol No. 1 that there was an interference with its possessions, namely its entitlement to a licence for the 2001 fishing season, which it would have received but for the intervention by the Secretary of State. This interference was unlawful and in breach of this provision. It argued that Article 1 of Protocol No. 1 did apply to the SGSSI as the officials in the territory were either directly controlled or could be overruled by the Contracting State, and persons within a territory could rely on the full range of Convention rights if a Contracting State exercised effective overall control over that territory. Alternatively, even without this control, the issue of extensions reflected a position which no longer existed with the demise of colonial government or could be distinguished from the present case which concerned a territory to which all Convention rights had been extended save those under Protocol No. 1. The United Kingdom had put forward no objective justification for failing to extend the other rights, and the Convention should be interpreted to prevent Contracting States avoiding legal responsibility for their unlawful acts and to avoid lacunae.

## THE LAW

The applicant company complained of an unlawful interference with its possessions, namely, its entitlement to a licence for fishing, relying on Article 1 of Protocol No. 1, which provides:

“Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.

The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties.”

The Court notes at the outset that in light of the findings of the various domestic courts as to the unlawful nature of the Secretary of State’s intervention in the allocation of fishing licences for the SGSSI in 2001, the principal issue in this case is whether Protocol No. 1 applies to the case. The courts in the United Kingdom were unanimous in finding that it did not, and although varying somewhat in their reasoning, they all found that the SGSSI was a territory for which the United Kingdom was responsible within the meaning of Article 56 of the Convention and no declaration extending Protocol No. 1 to that territory had been lodged by the United Kingdom.

The applicant sought to argue that the absence of such a declaration is, however, not fatal to their claim before this Court

Firstly, it relied on the Court's case-law which indicates that in certain circumstances the responsibility of a Contracting State was capable of being engaged outside its national territory where it exercised effective control (see *Banković and Others v. Belgium and Others* (dec.) [GC], no. 52207/99, § 70, ECHR 2001-XII). This "effective control" principle, recently identified, does not, however, replace the system of declarations which the Contracting States decided, when drafting the Convention, to apply to territories overseas for whose international relations they were responsible. This can be seen from a careful reading of the above case and those cited therein. *Banković and Others*, a decision of the Grand Chamber, emphasises the regional basis of the Convention and the exceptional nature of extensions beyond that legal space (§ 80). The situations which it covers are clearly separate and distinct from circumstances where a Contracting State has not, through a declaration under Article 56 (former Article 63), extended the Convention or any of its Protocols to an overseas territory for whose international relations it is responsible (see *Gillow v. the United Kingdom*, 24 November 1986, § 62, Series A no. 109; *Bui Van Thanh and Others v. the United Kingdom*, no. 16137/90, Commission decision of 12 March 1990, Decisions and Reports 65, p. 330; and *Yonghong v. Portugal* (dec.), no. 50887/99, ECHR 1999-IX).

Secondly, the applicants contend that the declarations system set out in Article 56 is outdated, geared to the colonial systems in the aftermath of the Second World War, and the Convention should not be interpreted so as to allow the United Kingdom to escape responsibility for its unlawful actions where there is no objective justification for failing to extend the Convention and its Protocols fully. The Court can only agree that the situation has changed considerably since the time that the Contracting Parties drafted the Convention, including former Article 63. Interpretation, albeit a necessary tool to render the protection of Convention rights practical and effective, can only go so far. It cannot unwrite provisions contained in the Convention. If the Contracting States wish to bring the declarations system to an end, this can only be possible through an amendment to the Convention to which those States agree and give evidence of their agreement through signature and ratification. Since there is no dispute as to the status of the SGSSI as a territory for whose international relations the United Kingdom is responsible within the meaning of Article 56, the Court finds that the Convention and its Protocols cannot apply unless expressly extended by declaration. The fact that the United Kingdom has extended the Convention itself to the territory gives no ground for finding that Protocol No. 1 must also apply or for the Court to require the United

Kingdom somehow to justify its failure to extend that Protocol. There is no obligation under the Convention for any Contracting State to ratify any particular Protocol or to give reasons for their decisions in that regard concerning their national jurisdictions. Still less can there be any such obligation as regards the territories falling under the scope of Article 56 of the Convention.

In these circumstances, the Court concludes that Article 1 of Protocol No. 1 is not applicable in the present case and that it has no jurisdiction to entertain the complaints under this provision. The application is rejected as incompatible with the provisions of the Convention and as such inadmissible pursuant to Article 35 §§ 3 and 4 of the Convention.

For these reasons, the Court unanimously

*Declares* the application inadmissible.



QUARK FISHING LTD c. ROYAUME-UNI  
(Requête n° 15305/06)

QUATRIÈME SECTION<sup>1</sup>

DÉCISION DU 19 SEPTEMBRE 2006<sup>2</sup>

---

1. Siégeant en une chambre composée de Josep Casadevall, *président*, Nicolas Bratza, Matti Pellonpää, Stanislav Pavlovski, Lech Garlicki, Ljiljana Mijović, Ján Šikuta, *juges*, et de Lawrence Early, *greffier de section*.

2. Traduction; original anglais.



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Absence d'une déclaration au titre de l'article 56 étendant le Protocole n° 1 à un territoire d'outre-mer****Article 56**

*Application territoriale – Absence d'une déclaration au titre de l'article 56 étendant le Protocole n° 1 à un territoire d'outre-mer – Principe du contrôle effectif – Distinction entre ce principe et le système des déclarations concernant les territoires d'outre-mer – Interprétation – Limites de l'interprétation évolutive – Déclarations pour une partie seulement de la Convention et de ses Protocoles*

\*  
\*   \*

La société requérante était propriétaire d'un navire de pêche opérant dans les eaux des îles de Géorgie du Sud et Sandwich du Sud (les «IGSSS»), un territoire britannique d'outre-mer dont le Royaume-Uni assure les relations internationales. Etat côtier chargé de veiller au respect des quotas de pêche dans les eaux des IGSSS en application de la Convention sur la conservation de la faune et de la flore marines de l'Antarctique, le Royaume-Uni instaura en 1997 un système de licences. En 2001, les autorités des IGSSS refusèrent de renouveler la licence de pêche de la société requérante. Celle-ci introduisit une demande de contrôle juridictionnel de ce refus et obtint en définitive une ordonnance déclarant illégale et annulant en conséquence une instruction qui avait été émise par le ministère des Affaires étrangères et du Commonwealth à Londres relativement aux licences qui devaient être attribuées à d'autres navires. Invoquant l'article 1 du Protocole n° 1, la société requérante forma alors une action en dommages-intérêts pour le manque à gagner que lui avait causé le refus en question, mais elle fut déboutée au motif que le Royaume-Uni n'avait pas fait, en vertu de l'article 56 de la Convention, de déclaration étendant le champ d'application du Protocole n° 1 aux IGSSS.

Article 56: la société requérante soutenait que l'absence de déclaration étendant le Protocole n° 1 aux IGSSS ne faisait pas échec à sa doléance car, selon elle, premièrement, un Etat pouvait voir sa responsabilité engagée en dehors de son territoire national relativement aux zones sur lesquelles il exerçait un contrôle effectif et, deuxièmement, le système de déclarations était dépassé et la Convention ne pouvait être interprétée comme autorisant les Etats à se soustraire à leur responsabilité pour leurs actes illégaux lorsqu'il n'existait aucune justification objective de ne pas étendre pleinement la protection de la Convention.

En ce qui concerne le premier argument, la Cour relève que le principe du «contrôle effectif» n'a pas vocation à se substituer au système de déclarations

---

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

que les Etats ont décidé, lors de la rédaction de la Convention, d'appliquer aux territoires d'outre-mer dont ils assurent les relations internationales. Les situations que ce principe recouvre sont assurément différentes et distinctes des cas où un Etat contractant n'a pas fait de déclaration au titre de l'article 56.

Quant au second argument, même si la situation a considérablement évolué depuis l'époque où les Parties contractantes ont rédigé la Convention et que l'interprétation de la Convention est nécessaire pour assurer une protection réelle et effective des droits qui y sont consacrés, elle a des limites et ne peut supprimer les dispositions que cet instrument contient. S'ils souhaitent abolir le système de déclarations, les Etats ne peuvent le faire que moyennant un amendement de la Convention dûment signé et ratifié. Le fait que le Royaume-Uni ait étendu la Convention proprement dite aux IGSSS ne permet pas de conclure que le Protocole n° 1 doit lui aussi être réputé applicable sur le territoire en question ni que le Royaume-Uni soit tenu de justifier pourquoi il n'a pas étendu la portée de ce Protocole. La Convention n'oblige aucun Etat contractant à ratifier un quelconque protocole ou à motiver ses décisions concernant l'étendue territoriale de sa juridiction. Elle ne peut *a fortiori* receler pareille obligation pour les territoires visés par l'article 56 : incompatibilité *ratione loci*.



(...)

## EN FAIT

La requérante, société immatriculée aux îles Malouines (détenue à 25,1 % par des résidents locaux et à 74,9 % par des actionnaires espagnols), est représentée devant la Cour par M. S.J. Swabey, *solicitor* exerçant à Londres.

### **Les circonstances de l'espèce**

Les faits de la cause, tels qu'ils ont été exposés par la société requérante, peuvent se résumer comme suit.

Les îles de Géorgie du Sud et Sandwich du Sud (les «IGSSS») furent annexées par la Couronne. Elles n'étaient habitées par aucun peuple indigène. De 1908 à 1985, elles furent un territoire dépendant du Royaume-Uni et une dépendance des îles Malouines, mais le 18 avril 1985, elles perdirent ce statut et acquirent celui de territoire britannique d'outre-mer, tel que défini par la loi de 2002 sur les territoires d'outre-mer britanniques. Le Royaume-Uni assure les relations internationales des IGSSS. Elles sont administrées depuis les îles Malouines par des agents du Royaume-Uni. Il n'existe aucun dispositif démocratique. A l'exception d'une mission scientifique provisoire travaillant pour le *British Antarctic Survey*, les IGSSS sont inhabitées.

La société requérante possède un bateau de pêche – *MV Jacqueline* – battant pavillon des îles Malouines et spécialement équipé de longs filets pour la pêche à la légine australe, poisson que l'on trouve au large des IGSSS. La pêche dans les eaux de celles-ci se trouve régie par la Convention sur la conservation de la faune et de la flore marines de l'Antarctique, à laquelle le Royaume-Uni est partie. La Commission pour la conservation de la faune et de la flore marines de l'Antarctique fixe les prises annuelles totales autorisées pour les différentes zones de l'océan. Les Etats côtiers sont chargés de veiller au respect de ces quotas. Dans le cas des IGSSS, c'est le Royaume-Uni qui assume ce rôle. En 1997, il instaura un système de licences venant restreindre la quantité de poisson pouvant être capturé par chaque bateau titulaire d'une licence.

Une licence fut accordée pour le *Jacqueline* chaque année de 1997 à 2000. En 2001, la société requérante demanda à bénéficier d'une licence comme d'habitude, mais les autorités des IGSSS lui opposèrent un refus sans lui en indiquer les motifs.

La société requérante introduisit une demande de contrôle juridictionnel de ce refus devant la Cour suprême des îles Malouines. D'après les éléments produits devant cette juridiction, le ministère des Affaires étrangères et du Commonwealth était intervenu, par souci

d'éviter des conséquences diplomatiques fâcheuses dans une zone sensible, afin de voir réduire, au profit de bateaux dépendant d'autres Etats côtiers, le nombre de navires battant pavillon britannique qui bénéficiaient d'une licence. Les licences réservées aux bateaux britanniques devaient désormais être attribuées à ceux d'entre eux qui respectaient le mieux les normes en matière de conservation, ce qui selon le ministère excluait la société requérante. Sans cette intervention, le directeur de la pêche des IGSSS aurait octroyé une licence à cette société. Par une ordonnance du 1<sup>er</sup> juin 2001, le président de la Cour suprême conclut que la décision des autorités des IGSSS, prise suivant l'avis du ministère des Affaires étrangères et du Commonwealth et non pas en vertu d'une instruction au sens de la loi de 1985 (SI 1985/449, valant constitution du territoire des IGSSS), n'était pas fondée sur les éléments adéquats et qu'elle était par conséquent illégale. Il ordonna le réexamen de la demande.

Le 7 juin 2001, le ministre des Affaires étrangères et du Commonwealth à Londres donna formellement instruction au commissaire des IGSSS de charger le directeur de la pêche des IGSSS de délivrer une licence à tous les navires battant pavillon britannique sauf deux nommément désignés (et n'incluant pas celui de la société requérante).

La société requérante contesta devant la *High Court* à Londres la légalité de l'instruction donnée par le ministre.

Le 5 décembre 2001, relevant le défaut de fondement de l'avis du ministère des Affaires étrangères et du Commonwealth suivant lequel la requérante ne se serait pas conformée aux mesures de conservation, le juge de la *High Court* conclut que les critères d'attribution des licences n'avaient pas été précisés et n'étaient pas transparents et que la manière dont le ministère avait donné instruction d'exclure la société requérante manquait manifestement d'équité. L'instruction en question fut donc jugée illégale et annulée.

Le 30 octobre 2002, la Cour d'appel confirma la décision de la juridiction inférieure et critiqua l'attitude des autorités. La demande de dommages-intérêts que la société requérante avait formée pour le manque à gagner de la saison 2001 et qui avait été suspendue durant la phase précédente de la procédure, fut réactivée, l'article 1 du Protocole n° 1 à l'appui.

Le 22 juillet 2003, souscrivant à l'argument du ministre selon lequel le champ d'application du Protocole n° 1 n'avait pas été étendu aux IGSSS, le juge Collins rejeta la demande en question.

Le 29 avril 2004, la Cour d'appel statua à son tour en défaveur de la société requérante, estimant que celle-ci ne pouvait prétendre à des dommages-intérêts en invoquant l'article 1 du Protocole n° 1, dont le Royaume-Uni n'avait pas étendu l'application aux IGSSS. Elle conclut que la question du contrôle territorial – qui, dans d'autres circonstances,

avait justifié la portée extraterritoriale de la Convention européenne des droits de l'homme – n'était pas pertinente dans une affaire comme celle qui lui était soumise, où une déclaration était nécessaire pour que la disposition en cause pût s'appliquer.

Le 13 octobre 2005, la Chambre des lords débouta la société requérante du pourvoi dont elle l'avait saisie, au motif que l'article 1 du Protocole n° 1 n'était pas applicable aux IGSSS.

## GRIEFS

Invoquant l'article 1 du Protocole n° 1, la société requérante se plaint d'une atteinte au respect de ses biens, en l'occurrence son droit à une licence de pêche pour la saison 2001, licence que, selon elle, elle aurait obtenue n'eût été l'intervention du ministre. Pareille atteinte serait illégale et violerait l'article 1 du Protocole n° 1. Cette disposition s'appliquerait aux IGSSS puisque les agents présents sur le territoire en question soit seraient directement sous le contrôle de l'Etat contractant, soit pourraient voir la décision de ce dernier prévaloir contre la leur; d'autre part, dans le cas où un Etat contractant exerce un contrôle effectif global sur un territoire donné, les personnes qui s'y trouvent pourraient invoquer l'ensemble des droits garantis par la Convention. A titre subsidiaire, même en l'absence de pareil contrôle, la question des extensions se rapporterait à une situation résolue avec la fin du gouvernement colonial ou pouvant être distinguée de celle en cause dans la présente affaire, qui concernerait un territoire auquel tous les droits garantis par la Convention, sauf ceux prévus dans son Protocole n° 1, ont été étendus. Le Royaume-Uni n'aurait fourni aucun motif objectif à la non-extension des autres droits et la Convention devrait être interprétée de façon à empêcher les Etats contractants de se soustraire à leur responsabilité juridique à raison de leurs actes illégaux et à éviter des lacunes.

## EN DROIT

La société requérante se plaint d'une atteinte illégale au respect de ses biens, en l'occurrence à son droit à une licence de pêche, et invoque l'article 1 du Protocole n° 1, dont les dispositions sont ainsi libellées :

« 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 relève, à titre liminaire, qu'à la lumière des conclusions des différentes juridictions internes sur l'illégalité de l'intervention du ministre dans l'octroi des licences de pêche pour les IGSSS en 2001, la principale question qui se pose en l'espèce est de savoir si le Protocole n° 1 est applicable ici. Les juridictions britanniques ont unanimement conclu qu'il ne l'était pas et, quoique avec une motivation relativement différente, elles ont toutes relevé que les IGSSS se trouvaient sous la responsabilité du Royaume-Uni au sens de l'article 56 de la Convention et que cet Etat n'avait pas fait de déclaration étendant le champ d'application du Protocole n° 1 à ce territoire.

La société requérante cherche à démontrer que l'absence de déclaration n'est cependant pas de nature à faire échec à sa requête devant la Cour.

D'abord, elle invoque la jurisprudence de la Cour selon laquelle un Etat contractant peut, dans certaines circonstances, voir sa responsabilité engagée en dehors de son territoire national relativement aux zones sur lesquelles il exerce un contrôle effectif (*Banković et autres c. Belgique et autres* (déc.) [GC], n° 52207/99, § 70, CEDH 2001-XII). Toutefois, ce principe du «contrôle effectif», récemment dégagé par la Cour, n'a pas vocation à se substituer au système de déclarations que les Etats contractants ont décidé, lors de la rédaction de la Convention, d'appliquer aux territoires d'outre-mer dont ils assurent les relations internationales. Cela ressort d'une lecture attentive de la décision ci-dessus et des affaires qui y sont citées. La décision *Banković et autres* rendue par la Grande Chambre souligne la vocation essentiellement régionale du système de la Convention et le caractère exceptionnel de son applicabilité au-delà de l'espace juridique des Etats qui y sont parties (§ 80). Les situations que ce principe recouvre sont assurément différentes et distinctes des cas où un Etat contractant n'a pas indiqué, au moyen d'une déclaration au sens de l'article 56 (ancien article 63), que la Convention ou l'un ou l'autre de ses Protocoles sont applicables à un territoire d'outre-mer dont il assure les relations internationales (*Gillow c. Royaume-Uni*, 24 novembre 1986, § 62, série A n° 109; *Bui Van Thanh et autres c. Royaume-Uni*, n° 16137/90, décision de la Commission du 12 mars 1990, Décisions et rapports 65, p. 330; *Yonghong c. Portugal* (déc.), n° 50887/99, CEDH 1999-IX).

Ensuite, la société requérante soutient que, conçu pour les régimes coloniaux au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, le système de notification de l'article 56 est maintenant dépassé et que la Convention ne peut être interprétée comme autorisant le Royaume-Uni à se soustraire à sa responsabilité pour ses actes illégaux lorsqu'il n'existe aucune justification objective de ne pas étendre pleinement le champ

d'application de la Convention et de ses Protocoles. La Cour doit admettre que la situation a considérablement évolué depuis l'époque où les Parties contractantes ont rédigé la Convention, et notamment l'ancien article 63. Néanmoins, l'interprétation de la Convention, quoique nécessaire pour assurer une protection réelle et effective des droits qui y sont consacrés, a des limites. Elle ne peut supprimer les dispositions que cet instrument contient. S'ils souhaitent abolir le système de déclarations, les Etats contractants ne peuvent le faire que moyennant un amendement de la Convention auquel ils donnent leur accord et manifestent leur adhésion en le signant et le ratifiant. Dès lors que le statut des IGSSS est incontestablement celui d'un territoire dont le Royaume-Uni assure les relations internationales au sens de l'article 56, la Cour conclut que, sauf à ce que la portée de la Convention et de ses Protocoles soit expressément étendue par voie de déclaration, ces textes ne sauraient s'appliquer audit territoire. Le fait que le Royaume-Uni ait étendu la Convention proprement dite aux IGSSS ne permet pas de conclure que le Protocole n° 1 doive lui aussi être réputé applicable sur le territoire en question et n'autorise pas la Cour à exiger du Royaume-Uni qu'il justifie d'une manière ou d'une autre pourquoi il n'a pas étendu la portée de ce Protocole. La Convention n'oblige aucun Etat contractant à ratifier un quelconque protocole ou à motiver ses décisions concernant l'étendue territoriale de sa juridiction. Elle ne peut *a fortiori* receler pareille obligation pour les territoires visés par l'article 56.

Dans ces conditions, la Cour conclut que l'article 1 du Protocole n° 1 n'est pas applicable dans la présente affaire et qu'elle n'a pas compétence pour connaître des griefs énoncés sur le terrain de cette disposition. La requête est rejetée comme incompatible avec les dispositions de la Convention et, dès lors, comme irrecevable conformément à l'article 35 §§ 3 et 4 de la Convention.

Par ces motifs, la Cour, à l'unanimité,

*Déclare* la requête irrecevable.



PALUSIŃSKI v. POLAND  
(*Application no. 62414/00*)

FOURTH SECTION<sup>1</sup>

DECISION OF 3 OCTOBER 2006<sup>2</sup>

---

1. Sitting as a Chamber composed of Nicolas Bratza, *President*, Josep Casadevall, Giovanni Bonello, Kristaq Traja, Stanislav Pavlovski, Lech Garlicki, Ljiljana Mijović, *judges*, and Lawrence Early, *Section Registrar*.

2. English original.





SUMMARY<sup>1</sup>**Conviction for publication of a book inciting readers to use drugs****Article 10**

*Freedom of expression – Conviction for publication of a book inciting readers to use drugs – Criminal conviction – Interference – Prescribed by law – Protection of health – Protection of morals – Potential financial gain – Margin of appreciation – Proportionality – Necessary in a democratic society*

\*  
\*   \*

In 1994 the applicant published a book called “Narcotics – A guide”. Relying on an expert assessment of the contents of the book, the domestic court convicted the applicant of inciting readers to use drugs and sentenced him to a fifteen-month suspended prison term and a fine.

*Held*

Article 10: Even though the views expressed by the applicant went against domestic anti-drugs policy, the Court was not convinced by the Government’s argument that he had sought to employ Article 10 as the basis for a right to engage in activities aimed at the destruction of the rights and freedoms set forth in the Convention within the meaning of Article 17. The applicant’s conviction constituted lawful interference with his right to freedom of expression and had been aimed at the protection of health and morals. The Court endorsed the domestic courts’ findings that the book had offered very little, if any, information on the negative consequences of the use of drugs or on possible addiction. It had included instructions on how to obtain ingredients, how to prepare drugs, recommended doses and the like. It could not be said that the domestic courts’ assessment of the facts had been unacceptable or that they had failed to apply the standards embodied in Article 10. Given that the applicant had stood to gain financially by publishing the book, a suspended prison sentence and a fine could not be regarded as disproportionate. In sum, the national courts could not be said to have exceeded their wide margin of appreciation in the sphere of protection of public health and morals. The interference complained of could thus be regarded as “necessary in a democratic society”: manifestly ill-founded.

**Case-law cited by the Court**

*Lawless v. Ireland*, 1 July 1961, Series A no. 3

*Handyside v. the United Kingdom*, 7 December 1976, Series A no. 24

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

---

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

- Lehideux and Isorni v. France*, 23 September 1998, *Reports* 1998-VII  
*Selmouni v. France* [GC], no. 25803/94, ECHR 1999-V  
*Kudła v. Poland* [GC], no. 30210/96, ECHR 2000-XI  
*Mifsud v. France* (dec.) [GC], no. 57220/00, ECHR 2002-VIII  
*Skalka v. Poland*, no. 43425/98, 27 May 2003  
*Garaudy v. France* (dec.), no. 65831/01, ECHR 2003-IX  
*Szott-Medyńska and Others v. Poland* (dec.), no. 47414/99, 9 October 2003  
*Cumpănă and Mazăre v. Romania* [GC], no. 33348/96, ECHR 2004-XI  
*Perrin v. the United Kingdom* (dec.), no. 5446/03, ECHR 2005-XI  
*Pachla v. Poland* (dec.), no. 8812/02, 8 November 2005

...

## THE FACTS

The applicant, Mr Robert Palusiński, is a Polish national who was born in 1963. He is a writer, translator and publisher and lives in Cracow. The Polish Government were represented by their Agent, Mr J. Wołásiewicz, of the Ministry of Foreign Affairs.

The facts of the case, as submitted by the parties, may be summarised as follows.

### A. The circumstances of the case

#### 1. *The book*

In 1994 the applicant published a book called “Narcotics – A guide” (*Narkotyki – przewodnik*). The book had the following subtitle: “Part 1: Soft drugs. Marijuana – LSD-25 – Mushrooms. History – Production – How to use – Effects – Dangers.”

The book opened with the following introduction:

“From the author:

I am aware of the fact that among persons knowledgeable on the subject, the use of the word ‘narcotics’ in the title may be controversial because of the complexity surrounding the meaning of that word. I would therefore like to add the following explanation.

The word ‘narcotics’ actually means agents used in surgical anaesthetics and in painkillers not used in surgery (for example, morphine). However, in common parlance it is understood much more widely, probably because an appropriate term, akin to the English ‘drugs’, for instance, has not been established in the Polish language. I think that the broad meaning given to the word ‘narcotics’ in common parlance stems from the publication ‘Narcotics and the unwashed soul’ by S.J. Witkiewicz, and from the way the word is currently used by the media.

Probably the most appropriate title for this book would be: ‘Psychosocial implications of the pharmacodynamics of psychoactive agents and their neurophysiological, cultural, qualitative and quantitative determinants.’ However, in my view this title is slightly too long for a book aimed at the general public.

At the same time, I would like to state that it is not my intention in any way to solicit, encourage or propagate the use of psychoactive agents.

The aim of this publication is to fill the alarming void which exists in our country resulting from widespread ignorance and lack of knowledge about the basic issue referred to (mistakenly and often improperly) as drug addiction.”

The book was divided into the following chapters:

**1. Narcotics – what is the problem?**

**2. Marijuana**

- Criminalisation
- The end of the Anslinger era?
- The plant and how it is processed
- More useful than harmful
- Application in medicine
- Effects
- Sex and marijuana

**3. LSD-25**

- David and Goliath

**4. Mushrooms**

- *Amanita muscaria*
- A mushroom deity

On the back cover of the book the applicant included a quotation that began as follows:

“People do not take drugs because they are bad. They do not take drugs out of perversity. They take them because the drugs make them feel good. Very good indeed.”

The quotation was attributed to Mr J.C. Flynn, a professor at Baylor University in Texas.

*2. The applicant’s prosecution and trial*

On an unspecified date in 1995 the Rzeszów district prosecutor started an investigation into allegations that the applicant’s book contained instructions on the production and use of drugs. The prosecutor appointed experts to assess the content of the book.

On 7 June 1995 the district prosecutor charged the applicant under section 32 of the Prevention of Drug Addiction Act 1985 with inciting readers of his book to use drugs.

On 28 September 1995 the applicant was indicted before the Cracow District Court.

On 25 January 1996 the applicant was tried by the Cracow-Śródmieście District Court. He was convicted as charged and sentenced to a fifteen-month prison term suspended for two years and a fine of 2,000 Polish zlotys (PLN). The court gave the following reasons for the applicant’s conviction:

“In view of the evidence before it the Court considers that there can be no doubt as to Robert Palusiński’s guilt and the circumstances of the case.

Between September 1994 and June 1995 R. Palusiński published his book entitled ‘Narcotics – A guide – Part 1: Soft drugs’. He distributed the book throughout the country. One of the reasons the defendant wrote the above book was for financial gain. This was admitted by the defendant, who said that all economic activity was aimed at financial gain.

The defendant also acted in pursuit of personal goals since he published his book and sold it throughout the country, presenting it as his contribution to the discussion concerning the legalisation of narcotics, in an attempt to establish himself as a published author.

The defendant referred in his book to his own claims as well as citing numerous quotations from Polish and foreign publications. In the same vein, he intentionally selected information in support of his claims designed to create the impression not just that the narcotics described were not dangerous, but that taking them benefited human mental and physical health. In order to achieve this aim, the defendant omitted numerous pieces of information which were known to him and which showed the harmful influence of these psychoactive agents on the human body.

Another fact which it is important to point out is that the defendant addressed his book mainly to young people, as demonstrated by the quotation printed on the back cover. The Court considers that reading this quotation in a bookshop is liable to make a potential reader interested in the content of the book.

The Court is of the view that the aim of the message contained in the book was to persuade ... readers to try out one of the narcotics described therein when the opportunity arose. In order to achieve this aim, the defendant sought to break down the psychological barriers normally encountered by reasonable individuals by choosing his words carefully, using analogies, outlining what he saw as the numerous qualities and advantages for the prospective consumer, and hiding or referring only in general terms to several dangerous consequences of drug use. No individual knows himself sufficiently well to be certain whether and how a certain narcotic may influence his psyche.

The book in question was intended to be read in particular by young people. It is widely known that different types of narcotics, including those described by the defendant, are trafficked among high-school students and even among older pupils in primary schools. Moreover, it is known from radio, television and the press that the narcotics described by the defendant are taken by people, some of them teenagers, at private social events and in discotheques. Experience and observation of the environment tell us that persons of such a young age have not developed the necessary degree of self-criticism to allow them to approach the content of Robert Palusiński’s book with the required objectivity.

The Court considers that the average reader will not analyse in depth the philosophical content of the book, but will remember simple facts designed to show that the narcotics described bring immediate pleasure and unforgettable experiences – including experiences of a religious nature – and, more importantly, that taking the doses suggested by the defendant ... will not have any negative consequences for life and health.

The Court considers, therefore, that the approach taken by the defendant, consisting of publishing selected information, was aimed at inducing and making it easier for readers to take the narcotics described.

The defendant published detailed information in his book on how to obtain ingredients and prepare them. He also gave instructions on the doses to be taken and described the states of mind which might be experienced. His actions were therefore aimed at making it easier for the reader to use narcotics.

The defendant did not deny that access to narcotics in Cracow was very easy. It is well known from the media that there are places where almost anyone who wants to experiment with a chosen narcotic may buy it. In the context of this widely known information, the defendant advised readers to buy ingredients from verified sources.

The Court is of the view that the average young person, after reading the book, buying narcotics and, under the influence of the book, forgetting his or her fears and apprehensions, is liable to decide unhesitatingly to take the narcotics. After reading the book he would feel certain that he was unlikely to become addicted and that he would not experience any negative effects, while being able for many years to experience new states of mind without fear.

In view of the above, the Court has come to the conclusion that the actions of the defendant, Robert Palusiński, fit the characteristics of the misdemeanour described in section 32(1) of the Prevention of Drug Addiction Act of 31 January 1985. ...

When sentencing the defendant, the Court took into account, as a factor counting against him, the significant degree of social harm which could be caused by his actions in the context of increasing drug addiction among young people.

The Court also took into account the following circumstances in the defendant's favour: the fact that he had no criminal record, the positive opinion of his neighbours and the fact that only 2,780 copies of the book had been printed, making it less accessible to potential readers in Poland.

In sentencing the defendant the Court further took into account the profit he made from the sale of the book, his ability to earn a living and the fact that he has to support a wife and two children.

In view of the above-mentioned circumstances in the defendant's favour, his personal circumstances and his lifestyle, which justify the assumption that he will comply with the law and will not reoffend, the Court has decided to suspend his sentence. ..."

### *3. The appeal proceedings*

The applicant appealed against his conviction but the appeal was dismissed by the Cracow Regional Court on 30 April 1996. The appellate court fully subscribed to the District Court's findings and agreed that the book was actually a "guide for drug addicts". The court was of the opinion that the introduction to the book, in which the applicant denied his "intention in any way to solicit, encourage or propagate the use of psychoactive agents", was in complete contradiction to the content of the book. The court also relied on the opinions of two experts who considered the book to be "a set of instructions for drug addicts [and] incitement to

the use [of drugs]” given that the applicant was of the view that narcotics were “less harmful [than generally assumed] or not harmful at all”.

On 19 August 1996 the applicant lodged an appeal on points of law with the Supreme Court. Between 19 August 1996 and 14 March 2001 the case lay dormant before the Supreme Court.

On 15 March 2001 the Supreme Court dismissed the applicant’s appeal on points of law. It followed the lower court’s findings and agreed with its opinion that the applicant’s book incited readers to use drugs and facilitated the taking of drugs by young people.

## **B. Relevant domestic law**

### *1. Relevant constitutional provisions*

Article 14 of the Constitution, which was adopted by the National Assembly on 2 April 1997 and came into force on 17 October 1997, states:

“The Republic of Poland shall ensure freedom of the press and other means of social communication.”

Article 31 § 3 of the Constitution, which lays down a general prohibition on disproportionate limitations on constitutional rights and freedoms (the principle of proportionality), provides:

“Any limitation upon the exercise of constitutional freedoms and rights may be imposed only by statute, and only when necessary in a democratic State for the protection of its security or public order, or to protect the natural environment, health or public morals or the freedoms and rights of other persons. Such limitations shall not violate the essence of freedoms and rights.”

Article 54 § 1 of the Constitution guarantees freedom of expression. It states, in so far as relevant:

“The freedom to express opinions and to acquire and disseminate information shall be secured to everyone.”

For more details on the constitutional provisions, see *Pachla v. Poland* (dec.), no. 8812/02, 8 November 2005.

### *2. Relevant provision of the Prevention of Drug Addiction Act*

Section 32(1) of the Prevention of Drug Addiction Act of 31 January 1985 reads as follows:

“Anyone who, for financial gain or in pursuit of personal goals, provides another person with narcotic or psychotropic products, facilitates their use or incites others to use them, shall be liable to a term of imprisonment of between one and ten years.”

### 3. Remedies against unreasonable length of proceedings

On 17 September 2004 the Law of 17 June 2004 on complaints about a breach of the right to trial within a reasonable time (*Ustawa o skardze na naruszenie prawa strony do rozpoznania sprawy w postępowaniu sądowym bez nieuzasadnionej zwłoki*) (“the 2004 Act”) came into force. It lays down various legal means designed to counteract and/or afford redress for the undue length of judicial proceedings. For a more detailed exploration of the relevant domestic legal provisions, see *Charzyński v. Poland* (dec.), no. 15212/03, §§ 12-23, ECHR 2005-V.

Section 2 of the 2004 Act reads, in so far as relevant:

“(1) Parties to proceedings may lodge a complaint that their right to a trial within a reasonable time has been breached [in the proceedings] if the proceedings in the case last longer than is necessary to examine the factual and legal circumstances of the case ... or longer than is necessary to conclude enforcement proceedings or other proceedings concerning the execution of a court decision (unreasonable length of proceedings).”

Section 18 lays down transitional rules in relation to applications already pending before the Court. It reads, in so far as relevant:

“(1) Within six months of the date of entry into force of this Act persons who, before that date, had lodged a complaint with the European Court of Human Rights ... complaining of a breach of the right to trial within a reasonable time guaranteed by Article 6 § 1 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms ... may lodge a complaint about the unreasonable length of the proceedings on the basis of the provisions of this Act if their complaint to the Court was lodged in the course of the impugned proceedings and if the Court has not adopted a decision concerning the admissibility of their case.”

## COMPLAINTS

1. The applicant complained under Article 6 § 1 of the Convention of the unreasonable length of the proceedings in his case.

2. He also complained that he had been convicted and sentenced to imprisonment and a fine in breach of Article 10 of the Convention.

## THE LAW

1. The applicant complained under Article 6 § 1 of the Convention that the length of the proceedings in his case had exceeded a “reasonable time” within the meaning of that provision.

The Government pleaded non-exhaustion of domestic remedies on the ground that the applicant had not made use of the remedies provided for by the 2004 Act.

The applicant maintained that those remedies were not effective for the purposes of Article 35 § 1 of the Convention.



Article 35 § 1 of the Convention, in its relevant parts, provides:

“The Court may only deal with the matter after all domestic remedies have been exhausted, according to the generally recognised rules of international law ...”

The Court observes that the present application was lodged with it when the relevant proceedings were pending before the domestic court.

It further observes that, under section 18 of the 2004 Act, it was open to persons such as the applicant in the present case whose cases were pending before the Court to lodge, within six months from 17 September 2004, a complaint regarding the unreasonable length of the proceedings with the relevant domestic court, provided that their application to the Court had been lodged in the course of the impugned proceedings and that it had not yet been declared admissible.

The Court has already examined that remedy for the purposes of Article 35 § 1 of the Convention and found it to be effective in respect of complaints regarding the excessive length of judicial proceedings in Poland. In particular, it considered that it was capable both of preventing the alleged violation of the right to a hearing within a reasonable time or its continuation, and of providing adequate redress for any violation that had already occurred (see *Charzyński v. Poland* (dec.), no. 15212/03, §§ 36-42, ECHR 2005-V).

However, the applicant chose not to avail himself of this remedy.

It follows that the complaint must be rejected under Article 35 §§ 1 and 4 of the Convention for non-exhaustion of domestic remedies.

2. The applicant also complained under Article 10 of the Convention of his conviction for inciting readers of his book to use drugs.

Article 10, in so far as relevant, provides:

“1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority ...

2. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society ... for the protection of health or morals, [or] for the protection of the ... rights of others ...”

### **A. Applicability of Article 10**

The Court notes the Government’s submission that the application should be regarded as constituting an abuse of rights within the meaning of Article 17 of the Convention and should be rejected accordingly.

The Court reiterates that the purpose of Article 17 of the Convention, “in so far as it refers to ... individuals, is to make it impossible for them to derive from the Convention a right to engage in any activity or perform any act aimed at destroying any of the rights and freedoms set forth in the

Convention; ... no person may be able to take advantage of the provisions of the Convention to perform acts aimed at destroying the aforesaid rights and freedoms ..." (see *Lawless v. Ireland*, 1 July 1961, Series A no. 3, p. 45, § 7). The Court has also held that, "like any other remark directed against the Convention's underlying values, the justification of a pro-Nazi policy could not be allowed to enjoy the protection afforded under Article 10" and that there is "a category of clearly established historical facts – such as the Holocaust – whose negation or revision would be removed from the protection of Article 10 by Article 17" (see *Lehideux and Isorni v. France*, 23 September 1998, §§ 47 and 53, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-VII, and *Garaudy v. France* (dec.), no. 65831/01, ECHR 2003-IX).

In the present case, however, the applicant published a book in which, as the domestic courts established, he incited readers to use narcotics by describing them as beneficial to mental and physical health. Even though the views expressed by the applicant went against domestic anti-drugs policy, the Court is not convinced by the Government's argument that the applicant essentially sought to employ Article 10 as a basis under the Convention for a right to engage in activities contrary to the text and spirit of the Convention which, if granted, would contribute to the destruction of the rights and freedoms set forth in the Convention. The Court therefore considers that the applicant can rely on Article 10 and that the complaint is not incompatible *ratione materiae* with the provisions of the Convention.

### **B. The Government's plea of non-exhaustion of domestic remedies**

The Government further submitted that the applicant had not exhausted all domestic remedies as required by Article 35 § 1 of the Convention. In particular, the applicant could have availed himself of the possibility of lodging a constitutional complaint with the Constitutional Court. They relied on a previous case in which the Court had recognised a constitutional complaint as an effective remedy (compare *Szott-Medyńska and Others v. Poland*, no. 47414/99, 9 October 2003).

The applicant disagreed with the Government. He submitted that a constitutional complaint was not an effective remedy within the meaning of Article 35 § 1 of the Convention. Under Article 79 of the Constitution, a constitutional complaint was a means of striking down laws which were unconstitutional; the provisions of the Prevention of Drug Addiction Act, however, which had formed the basis for his conviction, were obviously compatible with the Constitution.

The Court observes that the object of the rule on exhaustion of domestic remedies is to allow the national authorities (primarily the judicial authorities) to address alleged violations of Convention rights and, where

appropriate, to afford redress before those allegations are submitted to the Court (see *Kudła v. Poland* [GC], no. 30210/96, § 152, ECHR 2000-XI). Further, the Court reiterates that Article 35 of the Convention, which sets out the rule on exhaustion of domestic remedies, provides for a distribution of the burden of proof. It is incumbent on the Government claiming non-exhaustion to satisfy the Court that the remedy was an effective one available in theory and in practice at the relevant time, that is to say, that it was accessible, was one which was capable of providing redress in respect of the applicant's complaints and offered reasonable prospects of success (see *Selmouni v. France* [GC], no. 25803/94, § 76, ECHR 1999-V, and *Mifsud v. France* (dec.) [GC], no. 57220/00, ECHR 2002-VIII).

The Court has also held that a constitutional complaint in Poland can be recognised as an effective remedy, within the meaning of the Convention, only where: (1) the individual decision which allegedly violated the Convention was adopted in direct application of an unconstitutional provision of national legislation; and (2) procedural regulations applicable to the revision of such individual decisions provided for the reopening of the case or the quashing of the final decision in consequence of the judgment of the Constitutional Court in which the finding of unconstitutionality was made (see *Pachla v. Poland* (dec.), no. 8812/02, 8 November 2005, and *Szott-Medyńska and Others*, cited above).

Turning to the circumstances of the instant case, the Court is of the opinion that the applicant's conviction was not based on a direct application of section 32(1) of the Prevention of Drug Addiction Act penalising incitement to use drugs. Rather, his conviction was the result of a judicial interpretation which applied the relevant provision to the particular circumstances of the applicant's case. In that connection the Court points to the established case-law of the Constitutional Court, according to which constitutional complaints based solely on the allegedly wrongful interpretation of a legal provision are excluded from its jurisdiction.

The Court therefore considers that a constitutional complaint cannot be regarded with a sufficient degree of certainty as an effective remedy in the applicant's case.

For these reasons, the Government's plea of inadmissibility on the ground of non-exhaustion of domestic remedies must be dismissed.

### **C. Compliance with Article 10**

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

The applicant contended that his prosecution, conviction and sentence amounted to unjustified interference with his right to freedom of

expression. He argued that there was no evidence that anybody had sustained any harm after reading his book. Moreover, he submitted that foreign authors whose books on the subject were available in Poland at the material time had not been prosecuted. The applicant was also of the opinion that all authors published their books for financial gain and that the domestic courts should not have relied on the fact that he had made a profit from sales of the book as one of the grounds for his conviction.

The Government submitted that in matters relating to protection of public morals and health the Contracting States enjoyed a wide margin of appreciation. They maintained that, according to the Supreme Court's judgment, the restriction on the applicant's right to freedom of expression was justified not only on the basis of domestic law but also on the basis of the 1961 Single Convention on Narcotic Drugs. The domestic courts had established that the book, which was addressed to young people, described narcotics as presenting no danger and actually being beneficial to individuals' mental and physical health. The Government therefore concluded that the sentence imposed on the applicant was to be regarded as a measure proportionate to the aim of protection of public morals and health.

## 2. *The Court's assessment*

The Court reiterates that freedom of expression constitutes one of the essential foundations of a democratic society and one of the basic conditions for its progress and for each individual's self-fulfilment. Subject to paragraph 2 of Article 10, it is applicable not only to "information" or "ideas" that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb. Such are the demands of pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no "democratic society".

Although the Court's case-law has enshrined the overriding and essential nature of this freedom in a democratic society, it has also laid down its limits (see *Lehideux and Isorni*, cited above, §§ 47 and 53, and *Garaudy*, cited above). As set forth in Article 10, this freedom is subject to exceptions, which must, however, be construed strictly, and the need for any restrictions must be established convincingly (see, among many other authorities, *Hertel v. Switzerland*, 25 August 1998, § 46, *Reports* 1998-VI).

The adjective "necessary", within the meaning of Article 10 § 2, implies the existence of a "pressing social need". The Contracting States have a certain margin of appreciation in assessing whether such a need exists, but it goes hand in hand with European supervision embracing both the legislation and the decisions applying it, even those given by an independent court. The Court is therefore empowered to give the final

ruling on whether a “restriction” is reconcilable with freedom of expression as protected by Article 10.

The Court’s task, in exercising its supervisory jurisdiction, is not to take the place of the competent national authorities but rather to review under Article 10 the decisions they delivered pursuant to their power of appreciation. This does not mean that the supervision is limited to ascertaining whether the respondent State exercised its discretion reasonably, carefully and in good faith; what the Court has to do is to look at the interference complained of in the light of the case as a whole and determine whether it was “proportionate to the legitimate aim pursued” and whether the reasons adduced by the national authorities to justify it are “relevant and sufficient”. In doing so, the Court has to satisfy itself that the national authorities applied standards which were in conformity with the principles embodied in Article 10 and, moreover, that they relied on an acceptable assessment of the relevant facts.

Turning to the particular circumstances of the instant case the Court notes that it is clear, and this has not been disputed, that there was interference with the applicant’s right to freedom of expression on account of his conviction and sentence. Such interference will contravene Article 10 unless it is “prescribed by law”, pursues one or more of the legitimate aims referred to in paragraph 2 of Article 10 and is “necessary in a democratic society” in order to achieve them.

The Court accepts that, since the applicant’s conviction was based on section 32(1) of the Prevention of Drug Addiction Act, the resultant interference with his right to freedom of expression could be regarded as “prescribed by law”. The applicant has not specifically disputed this.

The Government submitted that the interference was aimed at the protection of health and morals. The Court considers that this is a legitimate aim under Article 10 § 2. It remains to be established whether the interference was necessary in a democratic society.

The Court notes that the applicant was convicted for having written and published a book in which he examined in detail marijuana, LSD and magic mushrooms, calling them “soft drugs”. The book offered very little if any information on the negative consequences of the use of those substances or on the possible risk of addiction. The book included – and this was also pointed out by the domestic courts – “instructions on how to obtain ingredients and prepare them” and the “doses to be taken” and contained descriptions of “the states of mind which might be experienced” after taking them. The Court also agrees with the domestic courts’ finding that the facts in the book were “designed to show that the narcotics described [brought] immediate pleasure and unforgettable experiences ... and, more importantly, that taking the doses suggested by the defendant ... [would] not have any negative consequences for life and health” (see the translation of the District Court’s judgment above). In

the light of the above, it cannot be said that the domestic courts' assessment of the facts was unacceptable or that they failed to apply the standards embodied in Article 10 of the Convention. The Court considers accordingly that the authorities gave "relevant and sufficient" reasons for their decisions.

Finally, the Court reiterates that the nature and severity of the penalties imposed are factors to be taken into account when assessing the proportionality of interference with the freedom of expression guaranteed by Article 10 (see *Cumpănă and Mazăre v. Romania* [GC], no. 33348/96, § 111, ECHR 2004-XI, and *Skalka v. Poland*, no. 43425/98, § 41, 27 May 2003).

In the present case, the Court considers that a suspended prison sentence and a fine of PLN 2,000 cannot be regarded as disproportionate. Given that the applicant stood to gain financially by publishing the book, it was reasonable for the domestic authorities to consider that a purely financial penalty would not have constituted sufficient punishment or deterrent (see *Perrin v. the United Kingdom* (dec.), no. 5446/03, ECHR 2005-XI). Nor does the length of the sentence of fifteen months suspended for two years in itself render the interference disproportionate. In fixing the sentence, the domestic courts assessed the seriousness of the offence and in suspending it they took into account the fact that the applicant had no previous convictions. The assessment in question depends on the domestic authorities' view of the demands of the protection of morals, an area where national authorities are usually granted a wide margin of appreciation (see *Handyside v. the United Kingdom*, 7 December 1976, § 57, Series A no. 24).

In sum, regard being had to the particular circumstances of the case, the Court does not consider that the applicant's conviction and the sentence handed down to him could be said to have exceeded the national courts' wide margin of appreciation in the area of protection of public health and morals. The interference complained of may therefore be regarded as "necessary in a democratic society".

It follows that this part of the application is manifestly ill-founded and must be rejected in accordance with Article 35 §§ 3 and 4 of the Convention.

For these reasons, the Court unanimously

*Declares* the application inadmissible.

PALUSIŃSKI c. POLOGNE  
(Requête n° 62414/00)

QUATRIÈME SECTION<sup>1</sup>

DÉCISION DU 3 OCTOBRE 2006<sup>2</sup>

---

1. Siégeant en une chambre composée de Nicolas Bratza, *président*, Josep Casadevall, Giovanni Bonello, Kristaq Traja, Stanislav Pavlovski, Lech Garlicki, Ljiljana Mijović, *juges*, et de Lawrence Early, *greffier de section*.

2. Traduction; original anglais.





SOMMAIRE<sup>1</sup>**Condamnation pour la publication d'un livre incitant les lecteurs à l'usage de stupéfiants****Article 10**

*Liberté d'expression – Condamnation pour la publication d'un livre incitant les lecteurs à l'usage de stupéfiants – Condamnation pénale – Ingérence – Prévu par la loi – Protection de la santé – Protection de la morale – Possibilité de gagner de l'argent – Marge d'appréciation – Proportionnalité – Nécessaire dans une société démocratique*

\*

\* \*

En 1994, le requérant publia un livre intitulé «Guide des stupéfiants». En s'appuyant sur l'appréciation par des experts du contenu de l'ouvrage, les tribunaux internes déclarèrent le requérant coupable d'incitation à l'usage de stupéfiants et le condamnèrent à une peine d'emprisonnement de quinze mois avec sursis et à une amende.

Article 10: même si les opinions exprimées par le requérant allaient à l'encontre de la politique nationale de lutte contre la drogue, la Cour n'est pas convaincue par l'argument du Gouvernement selon lequel l'auteur aurait cherché essentiellement à utiliser l'article 10 pour s'arroger le droit de se livrer à des activités visant à la destruction des droits et libertés garantis par la Convention, au sens de l'article 17. La condamnation du requérant a constitué dans son droit à la liberté d'expression une ingérence qui était prévue par la loi et visait à la protection de la santé et de la morale. La Cour souscrit à la conclusion des juridictions internes selon laquelle le livre ne contenait quasiment aucune information sur les conséquences néfastes qu'entraîne l'usage de stupéfiants ou sur les risques de dépendance. L'ouvrage comportait en revanche des instructions sur la manière de se procurer les ingrédients et de préparer la drogue, les doses à prendre et autres informations. On ne saurait dire que les tribunaux internes ont procédé à une appréciation inacceptable des faits ou qu'ils n'ont pas appliqué les normes consacrées par l'article 10. Etant donné que le requérant avait des chances de gagner de l'argent en publiant son livre, une peine d'emprisonnement avec sursis et une amende ne sauraient passer pour disproportionnées. En résumé, les juridictions internes n'ont pas outrepassé la large marge d'appréciation dont elles bénéficient en matière de protection de la santé et de la morale publiques. L'ingérence litigieuse peut donc passer pour «nécessaire dans une société démocratique»: défaut manifeste de fondement.

---

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

**Jurisprudence citée par la Cour**

- Lawless c. Irlande*, 1<sup>er</sup> juillet 1961, série A n° 3  
*Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, série A n° 24  
*Hertel c. Suisse*, 25 août 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-VI  
*Lehideux et Isorni c. France*, 23 septembre 1998, *Recueil* 1998-VII  
*Selmouni c. France* [GC], n° 25803/94, CEDH 1999-V  
*Kudla c. Pologne* [GC], n° 30210/96, CEDH 2000-XI  
*Mifsud c. France* (déc.) [GC], n° 57220/00, CEDH 2002-VIII  
*Skalka c. Pologne*, n° 43425/98, 27 mai 2003  
*Garaudy c. France* (déc.), n° 65831/01, CEDH 2003-IX  
*Szott-Medyńska et autres c. Pologne* (déc.), n° 47414/99, 9 octobre 2003  
*Cumpănă et Mazăre c. Roumanie* [GC], n° 33348/96, CEDH 2004-XI  
*Perrin c. Royaume-Uni* (déc.), n° 5446/03, CEDH 2005-XI  
*Pachla c. Pologne* (déc.), n° 8812/02, 8 novembre 2005

(...)

## EN FAIT

Le requérant, M. Robert Palusiński, est un ressortissant polonais né en 1963. Ecrivain, traducteur et éditeur de son état, il réside à Cracovie, en Pologne. Le Gouvernement polonais est représenté devant la Cour par son agent, M. J. Wołásiewicz, du ministère des Affaires étrangères.

Les faits de la cause, tels qu'ils ont été exposés par les parties, peuvent se résumer comme suit.

### A. Les circonstances de l'espèce

#### 1. *Le livre*

En 1994, le requérant publia un ouvrage intitulé «Guide des stupéfiants» (*Narkotyki – przewodnik*) qui comportait le sous-titre suivant : «Partie I: Drogues douces. Marijuana – LSD-25 – Champignons. Histoire – Production – Consommation – Effets – Risques».

Le livre commençait par l'introduction suivante :

«Avertissement de l'auteur :

Je suis conscient que, parmi les personnes bien informées sur la question, l'utilisation dans le titre de ce livre du mot «stupéfiants» peut être controversée en raison de la complexité entourant le sens de ce terme. Aussi, j'aimerais ajouter l'explication suivante.

Le mot «stupéfiants» désigne en réalité des substances utilisées dans des anesthésiants chirurgicaux et des analgésiques non chirurgicaux (comme la morphine). Néanmoins, dans le langage courant, il revêt un sens beaucoup plus large probablement parce qu'un terme adapté, à l'instar par exemple du mot anglais «*drugs*», n'a pas été adopté dans la langue polonaise. Je pense que l'acception large du mot «stupéfiants» dans le langage courant vient de la publication intitulée «Les stupéfiants et l'âme impure» de S.J. Witkiewicz, ainsi que de la manière dont ce mot est actuellement utilisé par les médias.

Le titre le plus adapté pour ce livre serait probablement : «Effets psychosociaux de la pharmacodynamie des substances psychotropes et leurs déterminants neurophysiologiques, culturels, qualitatifs et quantitatifs». Cependant, il me semble que ce titre est un peu trop long pour un livre destiné au grand public.

En même temps, j'aimerais dire que mon intention n'est nullement de vanter, d'encourager ou de répandre l'usage des substances psychotropes.

Le but de la présente publication est de combler le vide alarmant qui existe dans notre pays du fait d'une grande ignorance et d'un manque de connaissances au sujet de la question fondamentale désignée (par erreur et souvent de façon impropre) par le terme de toxicomanie.»

Le livre était divisé en chapitres comme indiqué ci-dessous :

**1. Stupéfiants – quel est le problème ?**

**2. Marijuana**

- Criminalisation
- La fin de l'ère Anslinger?
- La plante et son procédé de traitement
- Plus utile que nuisible
- Application médicale
- Effets
- Sexe et marijuana

**3. LSD-25**

- David et Goliath

**4. Champignons**

- *Amanita muscaria*
- Une divinité champignon

Sur la quatrième de couverture, le requérant avait ajouté une citation qui commençait ainsi :

«Les gens ne prennent pas de la drogue parce qu'ils sont mauvais ou par perversité, mais parce qu'elle leur procure un sentiment de bien-être, et même de plénitude.»

La citation était attribuée à M. J.C. Flynn, professeur à l'université de Baylor, au Texas.

*2. Les poursuites engagées à l'encontre du requérant et son procès*

En 1995, à une date non précisée, le procureur du district de Rzeszów ouvrit une enquête à propos d'allégations selon lesquelles l'ouvrage du requérant contenait les indications nécessaires à la production et à l'usage de drogues. Le procureur désigna des experts et les chargea d'évaluer le contenu du livre.

Le 7 juin 1995, le procureur de district inculpa l'intéressé, en vertu de l'article 32 de la loi de 1985 sur la prévention de la toxicomanie, d'incitation des lecteurs à l'usage de stupéfiants.

Le 28 septembre 1995, le requérant fut traduit devant le tribunal de district de Cracovie.

Le 25 janvier 1996, il fut jugé par le tribunal de district de Cracovie-Śródmieście. Il fut reconnu coupable des faits qui lui étaient reprochés et condamné à une peine d'emprisonnement de quinze mois assortie d'un sursis de deux ans, ainsi qu'à une amende de 2 000 zlotys polonais (PLN). Le tribunal motiva la condamnation dans les termes suivants :

«Eu égard aux preuves produites devant lui, le tribunal estime que nul doute ne subsiste quant à la culpabilité de Robert Palusiński et aux faits de la présente cause.

Entre septembre 1994 et juin 1995, R. Palusiński a publié un livre intitulé « Guide des stupéfiants – Partie I: drogues douces ». Il l'a diffusé dans tout le pays. Le prévenu l'a écrit notamment pour gagner de l'argent. Il a d'ailleurs admis cela, déclarant que toute activité économique visait à réaliser un profit.

Le prévenu poursuivait également des objectifs personnels dans la mesure où il a publié son livre et l'a vendu dans tout le pays en le présentant comme sa contribution au débat sur la législation relative aux stupéfiants, afin de tenter de se faire reconnaître comme un auteur publié.

Dans son livre, l'intéressé fait référence à ses propres thèses et utilise de nombreuses citations tirées d'ouvrages polonais et étrangers. Dans le même ordre d'idées, il a sélectionné de propos délibéré à l'appui de ses thèses des informations destinées à donner l'impression non seulement que les stupéfiants décrits ne présentent pas de danger, mais qu'en faire usage est bénéfique pour la santé physique et mentale de l'être humain. Afin d'atteindre cet objectif, il a omis de nombreuses informations connues de lui et montrant l'influence néfaste de ces substances psychotropes sur le corps humain.

Autre élément digne d'être noté: le prévenu a destiné son livre principalement aux jeunes, comme le montre la citation imprimée sur la quatrième de couverture. Le tribunal estime que le fait pour un lecteur potentiel de lire la citation en question dans une librairie est de nature à l'amener à s'intéresser au contenu du livre.

Le tribunal estime que l'objet du message véhiculé par le livre est de convaincre (...) les lecteurs d'essayer l'un des stupéfiants qui y sont décrits lorsque l'occasion s'en présente. A cette fin, le prévenu a essayé d'éliminer les blocages psychologiques auxquels des individus raisonnables se heurtent habituellement en choisissant soigneusement ses mots, en utilisant des analogies, en soulignant ce qu'il considère comme étant les nombreux avantages et qualités pour le futur consommateur et en omettant de mentionner les différentes conséquences néfastes liées à la consommation de stupéfiants ou en ne s'y référant qu'en des termes généraux. Or aucun individu ne se connaît suffisamment bien pour être sûr de savoir si un stupéfiant donné peut entraîner des effets sur son psychisme et lesquels.

Le livre en question a été conçu pour être lu en particulier par les jeunes. Il est notoire que différents types de stupéfiants, dont ceux décrits par le prévenu, font l'objet d'un trafic parmi les collégiens et lycéens, voire les élèves les plus âgés des écoles primaires. De plus, on sait par la radio, la télévision et la presse que les stupéfiants décrits par l'intéressé sont consommés par les personnes, dont des adolescents, qui fréquentent des réceptions privées et les discothèques. L'expérience et l'observation de la société montrent que les gens d'un si jeune âge n'ont pas encore atteint un niveau suffisant d'esprit critique pour appréhender le contenu du livre de Robert Palusiński avec l'objectivité requise.

Le tribunal considère que le lecteur moyen n'en analysera pas en profondeur la portée philosophique mais se souviendra de faits simples destinés à montrer que les stupéfiants décrits procurent un plaisir immédiat et font vivre des expériences inoubliables – y compris des expériences d'ordre religieux – et, chose plus importante, que la consommation aux doses suggérées par le prévenu (...) n'aura aucune conséquence néfaste sur la vie et la santé.

Par conséquent, le tribunal considère que l'approche suivie par le prévenu consistant à publier des informations choisies a pour but d'inciter les lecteurs à faire usage des stupéfiants décrits et de les aider à cela.

Le prévenu publie dans son livre des informations détaillées sur la manière de se procurer les ingrédients et de les préparer. De plus, il donne des instructions sur les doses à prendre et décrit les états psychiques dont on peut faire l'expérience. Ses actes visent donc à permettre au lecteur de faire plus facilement usage de stupéfiants.

Le prévenu n'a pas contesté qu'il était très facile de se procurer des stupéfiants à Cracovie. On sait très bien, grâce aux médias, qu'il y a des endroits où pratiquement toute personne souhaitant faire l'expérience d'un stupéfiant de son choix peut l'acheter. Cette information étant largement diffusée, l'auteur conseille aux lecteurs d'acheter des ingrédients auprès de sources sûres.

Le tribunal estime qu'après avoir lu le livre en question, acheté des stupéfiants et, sous l'influence du livre, oublié ses peurs et appréhensions, un individu moyen de jeune âge est susceptible de décider sans hésitation de faire usage des stupéfiants achetés. Après cette lecture, il aura la certitude que, tout en étant capable de faire pendant plusieurs années et sans crainte l'expérience de nouveaux états psychiques, il est peu probable qu'il devienne dépendant et ne subira pas d'effets négatifs.

Dans ces conditions, le tribunal conclut que les actes du prévenu, Robert Palusiński, sont constitutifs du délit défini à l'article 32 § 1 de la loi du 31 janvier 1985 sur la prévention de la toxicomanie. (...)

Pour fixer la peine, le tribunal tient compte d'un élément à charge, à savoir le préjudice social important susceptible d'être causé par les actes de l'intéressé dans un contexte de dépendance accrue aux stupéfiants parmi les jeunes.

De plus, il prend en considération les circonstances atténuantes suivantes : l'absence de casier judiciaire de l'intéressé, l'opinion positive de ses voisins et le fait que seulement 2 780 exemplaires du livre ont été imprimés, ce qui rend celui-ci moins accessible à des lecteurs potentiels en Pologne.

Enfin, il prend en compte le profit tiré de la vente de l'ouvrage, la capacité de l'intéressé à gagner sa vie, ainsi que le fait que celui-ci ait à entretenir une épouse et deux enfants.

Vu les circonstances susmentionnées en faveur du prévenu, sa situation personnelle et son mode de vie, qui permettent de supposer qu'il se conformera à la loi et ne récidivera pas, le tribunal décide d'assortir la condamnation d'un sursis. (...)

### 3. *La procédure en appel*

Le requérant interjeta appel de sa condamnation mais, le 30 avril 1996, il fut débouté par le tribunal régional de Cracovie. Ce dernier souscrivit pleinement aux conclusions du tribunal de district et convint que le livre était en réalité un «guide pour toxicomanes». Le tribunal estima que l'introduction du livre, dans laquelle l'auteur niait avoir l'«intention (...) de vanter, d'encourager ou de répandre l'usage des substances psychotropes» était en totale contradiction avec le contenu de l'ouvrage. De plus, il s'appuya sur les conclusions de deux experts

qui estimaient que le livre était «un recueil d'instructions pour toxicomanes [et] une incitation à l'usage [de stupéfiants]» sachant que, selon l'intéressé, les stupéfiants «présentaient moins de risques [qu'on ne le pensait généralement] voire n'en présentaient absolument pas».

Le 19 août 1996, le requérant se pourvut en cassation auprès de la Cour suprême. A partir de cette date et jusqu'au 14 mars 2001, l'affaire resta au point mort devant cette juridiction.

Le 15 mars 2001, la Cour suprême rejeta le pourvoi. Elle fit sienne les conclusions de la juridiction inférieure et se rallia à l'avis de cette dernière selon lequel l'ouvrage concerné incitait les lecteurs à faire usage de stupéfiants et facilitait la prise de drogues chez les jeunes.

## **B. Le droit interne pertinent**

### *1. Dispositions constitutionnelles pertinentes*

L'article 14 de la Constitution, adopté par l'Assemblée nationale le 2 avril 1997 et entré en vigueur le 17 octobre 1997, est ainsi libellé :

«La République de Pologne garantit la liberté de la presse et des autres médias.»

L'article 31 § 3 de la Constitution, qui énonce l'interdiction générale des restrictions disproportionnées aux droits et libertés constitutionnels (principe de proportionnalité), dispose :

«L'exercice des libertés et des droits constitutionnels ne peut faire l'objet que des seules restrictions prévues par la loi lorsqu'elles sont nécessaires, dans un Etat démocratique, à la sécurité ou à l'ordre public, à la protection de l'environnement, de la santé et de la morale publiques ou des libertés et des droits d'autrui. Ces restrictions ne peuvent porter atteinte à l'essence des libertés et des droits.»

L'article 54 § 1 de la Constitution garantit la liberté d'expression. Ses dispositions pertinentes en l'espèce se lisent comme suit :

«Toute personne a droit à la liberté d'exprimer ses opinions et à la liberté de recevoir et de diffuser des informations.»

Pour plus de détails sur les dispositions de la Constitution, voir *Pachla c. Pologne* (déc.), n° 8812/02, 8 novembre 2005.

### *2. Dispositions pertinentes de la loi sur la prévention de la toxicomanie*

L'article 32 § 1 de la loi du 31 janvier 1985 sur la prévention de la toxicomanie est libellé comme suit :

«Toute personne qui fournit à autrui, à des fins financières ou personnelles, des produits stupéfiants ou psychotropes, en facilite l'usage ou incite autrui à en faire usage, est passible d'une peine d'emprisonnement de un à dix ans.»

### 3. *Recours contre la durée excessive d'une procédure*

La loi du 17 juin 2004 sur les plaintes relatives à une violation du droit à faire entendre sa cause dans un délai raisonnable (*Ustawa o skardze na naruszenie prawa strony do rozpoznania sprawy w postępowaniu sądowym bez nieuzasadnionej zwłoki*) («la loi de 2004») est entrée en vigueur le 17 septembre 2004. Ce texte prévoit divers moyens juridiques visant à faire obstacle et/ou à remédier aux lenteurs indues d'une procédure judiciaire. Pour un examen plus détaillé des dispositions pertinentes du droit interne, voir *Charzyński c. Pologne* (déc.), n° 15212/03, §§ 12-23, CEDH 2005-V.

L'article 2 de la loi de 2004 énonce en ses passages pertinents :

«1. Des parties à une procédure peuvent se plaindre [dans le cadre de la procédure] d'une violation de leur droit à faire entendre leur cause dans un délai raisonnable si la procédure dure plus longtemps que nécessaire pour examiner les circonstances factuelles et juridiques de l'affaire (...) ou pour mener à son terme une procédure d'exécution ou une autre procédure concernant l'exécution d'une décision de justice (durée excessive d'une procédure).»

L'article 18 contient des dispositions transitoires applicables aux requêtes déjà pendantes devant la Cour. Sa partie pertinente en l'espèce est ainsi libellée :

«1. Dans les six mois après la date d'entrée en vigueur de la présente loi, les personnes qui, avant cette date, ont saisi la Cour européenne des droits de l'homme (...) pour se plaindre d'une violation du droit à faire entendre leur cause dans un délai raisonnable garanti par l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (...) peuvent déposer une plainte relative à la durée excessive de la procédure conformément aux dispositions de la présente loi si elles ont soumis leur requête à la Cour au cours de la procédure litigieuse et si la Cour n'a pas encore adopté de décision sur la recevabilité de leur requête.»

## GRIEFS

1. Le requérant dénonce sur le terrain de l'article 6 § 1 de la Convention la durée excessive de la procédure à son encontre.

2. De plus, il se plaint d'avoir été condamné à une peine d'emprisonnement et à une amende au mépris de l'article 10 de la Convention.

## EN DROIT

1. Invoquant l'article 6 § 1, le requérant allègue que la durée de la procédure dirigée contre lui a dépassé un «délai raisonnable» au sens de cette disposition.



Le Gouvernement excipe du non-épuisement des voies de recours internes au motif que le requérant n'a pas exercé les recours offerts par la loi de 2004.

Le requérant soutient qu'il ne s'agissait pas de recours effectifs aux fins de l'article 35 § 1 de la Convention.

Cette disposition prévoit, en ses passages pertinents :

«La Cour ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies de recours internes, tel qu'il est entendu selon les principes de droit international généralement reconnus (...).»

La Cour constate qu'elle a été saisie de la présente requête alors que la procédure visée était en cours devant les juridictions internes.

De plus, elle fait observer qu'aux termes de l'article 18 de la loi de 2004, il était loisible aux personnes, comme le requérant, dont la requête était pendante devant la Cour, d'engager devant la juridiction interne compétente dans un délai de six mois à compter du 17 septembre 2004 une plainte relative à la durée excessive de la procédure, à condition que la Cour ait été saisie au cours de la procédure litigieuse et qu'elle n'ait pas encore statué sur la recevabilité de la requête.

La Cour a déjà eu l'occasion d'évaluer ce recours pour les besoins de l'article 35 § 1 de la Convention et a conclu à son caractère effectif s'agissant des griefs tirés de la durée excessive de procédures judiciaires en Pologne. Elle a en particulier estimé que pareil recours peut empêcher la survenance ou la continuation de la violation du droit à faire entendre sa cause dans un délai raisonnable et fournir un redressement approprié pour toute violation s'étant déjà produite (*Charzyński c. Pologne* (déc.), n° 15212/03, §§ 36-42, CEDH 2005-V).

Néanmoins, le requérant a choisi de ne pas exercer ce recours.

Il s'ensuit que le grief doit être rejeté, en application de l'article 35 §§ 1 et 4 de la Convention, pour non-épuisement des voies de recours internes.

2. Par ailleurs, sur le terrain de l'article 10 de la Convention, le requérant se plaint d'avoir été condamné pour avoir incité les lecteurs de son livre à faire usage de stupéfiants.

L'article 10 est ainsi libellé en ses passages pertinents :

«1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques (...)

2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique (...) à la protection de la santé ou de la morale [ou] à la protection (...) des droits d'autrui (...).»

### A. Applicabilité de l'article 10

La Cour prend note de l'argument du Gouvernement selon lequel la requête devrait être considérée comme constitutive d'un abus de droit au sens de l'article 17 de la Convention et en conséquence être rejetée.

La Cour rappelle que le but de l'article 17 de la Convention, «pour autant qu'il vise (...) des individus, a pour but de les mettre dans l'impossibilité de tirer de la Convention un droit qui leur permette de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits et libertés reconnus dans la Convention; (...) personne ne doit pouvoir se prévaloir des dispositions de la Convention pour se livrer à des actes visant à la destruction des droits et libertés ci-dessus visés» (*Lawless c. Irlande*, 1<sup>er</sup> juillet 1961, série A n° 3, p. 45, § 7). La Cour a également dit que «à l'égal de tout autre propos dirigé contre les valeurs qui sous-tendent la Convention (...) la justification d'une politique pronazie ne saurait bénéficier de la protection de l'article 10» et qu'il existe une «catégorie [de] faits historiques clairement établis – tel l'Holocauste – dont la négation ou la révision se verrait soustraite par l'article 17 à la protection de l'article 10» (*Lehideux et Isorni c. France*, 23 septembre 1998, §§ 47 et 53, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-VII, et *Garaudy c. France* (déc.), n° 65831/01, CEDH 2003-IX).

Toutefois, en l'espèce, comme les juridictions internes l'ont établi, le requérant a publié un livre dans lequel il incitait les lecteurs à faire usage de stupéfiants en décrivant ceux-ci comme bénéfiques pour la santé mentale et physique. Même si les opinions exprimées par l'intéressé allaient à l'encontre de la politique nationale de lutte contre la drogue, la Cour n'est pas convaincue par l'argument du Gouvernement selon lequel l'auteur aurait cherché essentiellement à utiliser l'article 10 pour s'arroger, au regard de la Convention, un droit de se livrer à des activités contraires à la lettre et à l'esprit de celle-ci, droit qui, s'il était reconnu, contribuerait à la destruction des droits et libertés garantis par la Convention. La Cour considère en conséquence que le requérant peut invoquer l'article 10 et que le grief n'est pas incompatible *ratione materiae* avec les dispositions de la Convention.

### B. Exception de non-épuisement des voies de recours internes formulée par le Gouvernement

Le Gouvernement soutient également que le requérant n'a pas employé l'ensemble des voies de recours internes comme l'exige l'article 35 § 1 de la Convention. L'intéressé aurait notamment pu introduire un recours devant la Cour constitutionnelle. Le Gouvernement s'appuie sur une précédente affaire dans laquelle la Cour

a admis qu'un tel recours était effectif (*Szott-Medyńska et autres c. Pologne* (déc.), n° 47414/99, 9 octobre 2003).

Le requérant conteste la thèse du Gouvernement. Il soutient qu'un recours constitutionnel ne constitue pas un recours effectif au sens de l'article 35 § 1 de la Convention. Aux termes de l'article 79 de la Constitution, un tel recours est un moyen de faire annuler les lois qui ne sont pas conformes à la Constitution; or les dispositions de la loi sur la prévention de la toxicomanie, sur lesquelles sa condamnation a été fondée, sont manifestement compatibles avec la Constitution.

La Cour rappelle que la finalité de la règle de l'épuisement des voies de recours internes consiste à permettre aux autorités nationales (avant tout aux autorités judiciaires) de connaître des violations alléguées des droits garantis par la Convention et, le cas échéant, de les redresser avant que la Cour n'en soit saisie (*Kudła c. Pologne* [GC], n° 30210/96, § 152, CEDH 2000-XI). De plus, la Cour réitère que l'article 35 de la Convention, qui énonce la règle de l'épuisement des voies de recours internes, prévoit une répartition de la charge de la preuve. Il incombe au Gouvernement excipant du non-épuisement de convaincre la Cour que le recours était effectif et disponible tant en théorie qu'en pratique à l'époque des faits, c'est-à-dire qu'il était accessible, était susceptible d'offrir au requérant le redressement de ses griefs et présentait des perspectives raisonnables de succès (*Selmouni c. France* [GC], n° 25803/94, § 76, CEDH 1999-V, et *Mifsud c. France* (déc.) [GC], n° 57220/00, CEDH 2002-VIII).

De plus, la Cour a déjà dit qu'en Pologne un recours constitutionnel peut passer pour une voie de recours effective au sens de la Convention seulement si: 1) la décision individuelle présentée comme enfreignant la Convention a été adoptée à la suite de l'application directe d'une disposition de droit interne inconstitutionnelle; et 2) les dispositions procédurales applicables à la révision de telles décisions individuelles prévoient la réouverture de l'affaire ou l'annulation de la décision finale à la suite de l'arrêt de la Cour constitutionnelle ayant conclu à l'inconstitutionnalité (*Pachla c. Pologne* (déc.), n° 8812/02, 8 novembre 2005, et *Szott-Medyńska et autres*, décision précitée).

Pour en venir aux faits de la cause, la Cour estime que la condamnation du requérant ne s'est pas fondée sur une application directe de l'article 32 § 1 de la loi sur la prévention de la toxicomanie, qui réprime l'incitation à l'usage de stupéfiants, mais a découlé d'une interprétation judiciaire en vertu de laquelle la disposition pertinente a été appliquée aux circonstances particulières de l'affaire. A cet égard, la Cour renvoie à la jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle selon laquelle sont exclus de la compétence de cette dernière les recours constitutionnels reposant uniquement sur une interprétation prétendument erronée d'une disposition de loi.

Par conséquent, la Cour considère qu'un recours constitutionnel ne saurait en l'espèce être considéré avec un degré suffisant de certitude comme un recours effectif.

Par ces motifs, il y a lieu de rejeter l'exception d'irrecevabilité pour non-épuisement des voies de recours internes formulée par le Gouvernement.

### **C. Observation de l'article 10**

#### *1. Arguments des parties*

Le requérant déclare que les poursuites engagées contre lui et sa condamnation ont constitué une ingérence injustifiée dans son droit à la liberté d'expression. Il fait valoir qu'il n'y a aucune preuve que quiconque ait subi un dommage après la lecture de son ouvrage. De plus, il avance que les auteurs étrangers dont les livres traitant du sujet en question étaient disponibles en Pologne à l'époque des faits n'ont pas été poursuivis. Enfin, il estime que tous les auteurs publient leurs livres pour gagner de l'argent et que les juridictions internes n'auraient pas dû retenir, parmi les motifs fondant sa condamnation, le fait qu'il ait retiré un profit de la vente du livre.

Le Gouvernement fait observer que, dans le domaine de la protection de la santé et de la morale publiques, les Etats contractants jouissent d'une ample marge d'appréciation. Il estime que, conformément à la décision de la Cour suprême, la restriction au droit du requérant à la liberté d'expression était justifiée non seulement si l'on se réfère à la législation interne mais aussi au regard de la Convention unique sur les stupéfiants de 1961. Les juridictions internes ont établi que le livre en question, qui était destiné à un lectorat de jeunes gens, décrivait les stupéfiants comme totalement inoffensifs et même comme bénéfiques pour la santé mentale et physique des individus. Le Gouvernement en conclut donc que la condamnation prononcée à l'encontre de l'intéressé doit passer pour une mesure proportionnée à l'objectif de protection de la morale et de la santé.

#### *2. Appréciation de la Cour*

La Cour rappelle que la liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique et l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. Sous réserve du paragraphe 2 de l'article 10, cette liberté vaut non seulement pour les « informations » ou « idées » accueillies favorablement ou considérées comme inoffensives ou qui ne suscitent pas de réaction particulière, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent : ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de « société démocratique ».

Si la jurisprudence de la Cour a consacré le caractère éminent et essentiel de la liberté d'expression dans une société démocratique, elle en a également défini les limites (*Lehideux et Isorni*, précité, §§ 47 et 53, et *Garaudy*, décision précitée). Telle que la consacre l'article 10, cette liberté est assortie d'exceptions qui appellent toutefois une interprétation étroite, et le besoin de la restreindre doit se trouver établi de manière convaincante (voir, parmi beaucoup d'autres, *Hertel c. Suisse*, 25 août 1998, § 46, *Recueil* 1998-VI).

L'adjectif «nécessaire», au sens de l'article 10 § 2, implique un «besoin social impérieux». Les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour juger de l'existence d'un tel besoin, mais elle se double d'un contrôle européen portant à la fois sur la loi et sur les décisions qui l'appliquent, même quand elles émanent d'une juridiction indépendante. La Cour a donc compétence pour statuer en dernier lieu sur le point de savoir si une «restriction» se concilie avec la liberté d'expression que protège l'article 10.

La Cour n'a point pour tâche, lorsqu'elle exerce son contrôle, de se substituer aux juridictions internes compétentes, mais de vérifier sous l'angle de l'article 10 les décisions qu'elles ont rendues en vertu de leur pouvoir d'appréciation. Il ne s'ensuit pas qu'elle doive se borner à rechercher si l'Etat défendeur a usé de ce pouvoir de bonne foi, avec soin et de façon raisonnable; il lui faut considérer l'ingérence litigieuse à la lumière de l'ensemble de l'affaire pour déterminer si elle était «proportionnée au but légitime poursuivi» et si les motifs invoqués par les autorités nationales pour la justifier apparaissent «pertinents et suffisants». Ce faisant, la Cour doit se convaincre que les autorités nationales ont appliqué des règles conformes aux principes consacrés à l'article 10 et ce, de surcroît, en se fondant sur une appréciation acceptable des faits pertinents.

Pour en venir aux circonstances particulières de la présente cause, la Cour relève qu'il apparaît clairement – et nul ne le conteste – qu'il y a eu une ingérence dans le droit du requérant à la liberté d'expression à raison de sa condamnation. Pareille ingérence méconnaît l'article 10 sauf si elle est «prévue par la loi», vise un ou plusieurs des buts légitimes énoncés au paragraphe 2 de l'article 10 et est «nécessaire dans une société démocratique» pour les atteindre.

La Cour admet que, dès lors que la condamnation du requérant était fondée sur l'article 32 § 1 de la loi sur la prévention de la toxicomanie, l'ingérence qui s'en est suivie dans le droit de l'intéressé à la liberté d'expression peut être considérée comme «prévue par la loi». Le requérant n'a pas contesté ce point en particulier.

Le Gouvernement fait observer que l'ingérence en cause était destinée à protéger la santé et la morale. La Cour estime qu'il s'agit d'un objectif légitime au sens de l'article 10 § 2. Il reste à

déterminer si l'ingérence était nécessaire dans une société démocratique.

La Cour note que le requérant a été condamné pour avoir écrit et publié un livre dans lequel il se livrait en détail à l'étude de la marijuana, du LSD et des champignons hallucinogènes, et où il les qualifiait de «drogues douces». Le livre ne contient quasiment aucune information sur les conséquences négatives qu'entraîne l'usage de ces substances ou sur les risques de dépendance. Il comporte en revanche – ce que les juridictions internes ont également relevé – des «instructions sur la manière de se procurer les ingrédients et de les préparer» ainsi que sur les «doses à prendre» et décrit les «états psychiques dont on peut faire l'expérience» après en avoir pris. La Cour partage également la conclusion des juridictions internes selon laquelle les faits cités dans le livre étaient «destinés à montrer que les stupéfiants décrits procurent un plaisir immédiat et font vivre des expériences inoubliables (...) et, chose plus importante, que la consommation aux doses suggérées par le prévenu (...) n'aura aucune conséquence néfaste sur la vie et la santé» (voir les extraits du jugement du tribunal de district cités plus haut). A la lumière de ce qui précède, on ne saurait dire que les tribunaux internes ont procédé à une appréciation inacceptable des faits ou qu'ils n'ont pas appliqué les normes consacrées par l'article 10 de la Convention. Dès lors, la Cour estime que les autorités ont justifié leurs décisions par des motifs «pertinents et suffisants».

Enfin, la Cour rappelle que la nature et la lourdeur des peines infligées sont des éléments à prendre en considération lorsqu'il s'agit de mesurer la proportionnalité d'une atteinte au droit à la liberté d'expression garanti par l'article 10 (*Cumpănă et Mazăre c. Roumanie* [GC], n° 33348/96, § 111, CEDH 2004-XI, et *Skatka c. Pologne*, n° 43425/98, § 41, 27 mai 2003).

En l'espèce, la Cour estime qu'une peine d'emprisonnement avec sursis assortie d'une amende de 2000 PLN ne saurait passer pour disproportionnée. Etant donné que le requérant avait des chances de gagner de l'argent en publiant son livre, il était raisonnable de la part des autorités internes de considérer qu'une sanction purement financière n'aurait pas eu un effet dissuasif suffisant ou aurait constitué une peine trop légère (*Perrin c. Royaume-Uni* (déc.), n° 5446/03, CEDH 2005-XI). La durée de la peine infligée – quinze mois avec un sursis de deux ans – ne saurait non plus en tant que telle rendre l'ingérence disproportionnée. Lorsqu'elles ont fixé la peine tout en l'assortissant d'un sursis, les juridictions internes ont respectivement apprécié la gravité de l'infraction et tenu compte du fait que l'intéressé n'avait encore jamais été condamné. L'appréciation en question dépend de la manière dont les autorités internes conçoivent les exigences de la protection de la morale, domaine dans lequel lesdites autorités nationales jouissent d'une grande

marge d'appréciation (*Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, § 57, série A n° 24).

En résumé, eu égard aux circonstances particulières de l'affaire, la Cour estime que la condamnation du requérant et la peine qui lui a été infligée ne sauraient être considérées comme ayant outrepassé la large marge d'appréciation dont bénéficient les juridictions internes en matière de protection de la santé et de la morale publiques. L'ingérence dont se plaint l'intéressé peut donc passer pour «nécessaire dans une société démocratique».

Par conséquent, il y a lieu de rejeter cette partie de la requête pour défaut manifeste de fondement en application de l'article 35 §§ 3 et 4 de la Convention.

Par ces motifs, la Cour, à l'unanimité,

*Déclare* la requête irrecevable.





ASSOCIATION SOS ATTENTATS ET DE BOËRY c. FRANCE  
(*Requête n° 76642/01*)

GRANDE CHAMBRE<sup>1</sup>

DÉCISION DU 25 OCTOBRE 2006

---

1. Siégeant en une Grande Chambre composée de Luzius Wildhaber, *président*, Christos Rozakis, Nicolas Bratza, Boštjan M. Zupančič, Ireneu Cabral Barreto, Karel Jungwiert, Volodymyr Butkevych, Matti Pellonpää, Margarita Tsatsa-Nikolovska, András Baka, Mindia Ugrekhelidze, Antonella Mularoni, Elisabeth Steiner, Elisabet Fura-Sandström, Alvina Gyulumyan, Dean Spielmann, *juges*, Vincent Coussirat-Coustère, *juge ad hoc*, et de Michael O'Boyle, *greffier adjoint*.



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Radiation – ensemble de circonstances justifiant de ne plus poursuivre l'examen de la requête****Article 37 § 1 c)**

*Radiation – Poursuite de l'examen de la requête non justifiée – Ensemble de circonstances justifiant de ne plus poursuivre l'examen de la requête – Signature d'un accord par les requérantes avec une entité distincte de l'Etat défendeur – Accord sur le versement de sommes en contrepartie d'une renonciation à toute action – Refus de signer l'acte de renonciation – Grande latitude de la Cour quant à l'identification des motifs justifiant une radiation au titre de l'article 37 § 1 c) – Conditions devant être remplies pour l'application de l'article 37 § 1*

\*  
\* \*

L'association requérante regroupe des victimes d'actes terroristes et leurs ayants droit. La sœur de la seconde requérante figure parmi les 170 victimes, dont de nombreux Français, qui trouvèrent la mort dans l'attentat terroriste perpétré en 1989 contre un avion de la compagnie française UTA, lequel explosa en vol au-dessus du désert du Ténéré. Dans le cadre des poursuites engagées en France, des ressortissants libyens, appartenant ou liés aux services secrets libyens, furent renvoyés en jugement devant une cour d'assises, et condamnés par contumace à la réclusion criminelle à perpétuité et au versement d'indemnités aux familles des victimes. La seconde requérante et sa famille ont perçu certaines sommes à ce titre.

En 1999, les requérantes déposèrent une plainte avec constitution de partie civile contre le colonel Kadhafi, chef de l'Etat libyen, pour complicité d'homicides volontaires et destruction de biens par substance explosive ayant entraîné la mort, en relation avec une entreprise terroriste. Le juge d'instruction estima qu'il y avait lieu à informer. La chambre d'accusation de la cour d'appel, tout en rappelant l'existence de l'immunité de juridiction des chefs d'Etat étrangers, estima qu'eu égard à l'évolution du droit international cette immunité n'était plus absolue et ne pouvait couvrir les crimes dénoncés en l'espèce. En 2001, la Cour de cassation cassa et annula sans renvoi cet arrêt, jugeant qu'en l'état du droit international ces crimes ne relevaient pas des exceptions au principe de l'immunité de juridiction des chefs d'Etat étrangers en exercice, et dit n'y avoir lieu à informer.

En 2004, les familles des victimes, représentées par l'association requérante et une autre, ont conclu un accord avec la Fondation mondiale Gaddafi pour les associations caritatives. Aux termes de cet accord, les familles des 170 victimes devaient toucher chacune un million de dollars américains en contrepartie de leur renonciation écrite et dûment signée «à toutes poursuites civiles ou pénales

---

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

devant n'importe quel tribunal français ou international ayant leur fondement dans l'explosion de l'avion»; les associations représentant les familles se sont obligées à «ne pas engager d'action hostile ou de contestation à l'égard de la Libye ou de personnes physiques ou morales libyennes relatives à l'explosion de l'avion». La seconde requérante refusa de signer l'acte de renonciation prévu par l'accord, attendant les conclusions de la Cour de Strasbourg pour prendre sa décision définitive.

Article 37 § 1 : la signature de l'accord de 2004 a été portée à l'attention de la Cour après l'introduction de la requête. Il convient de vérifier si ce fait nouveau est susceptible d'entraîner la radiation de la requête du rôle en application de l'article 37 § 1 de la Convention.

a) Pour conclure qu'il ne saurait être question de rayer la requête du rôle en application de l'article 37 § 1 a), il suffit à la Cour de constater que les requérantes indiquent expressément devant elle qu'elles entendent la maintenir.

b) les requérantes se plaignent principalement d'une violation du droit des proches des victimes de l'attentat d'accéder à un tribunal aux fins de voir trancher la question de la responsabilité du colonel Kadhafi et d'obtenir le cas échéant sa condamnation à réparation. L'accord dont il est question a été conclu après l'arrêt de 2001, alors que – à la supposer avérée – la violation alléguée de la Convention résultant de l'entrave apportée au droit d'accès à un tribunal était définitivement consommée du fait même de cette décision. L'accord, auquel l'Etat français, en tant que tel, n'est pas partie, n'a pas pour objet ou pour effet d'ouvrir aux intéressées l'accès aux juridictions françaises, et le Gouvernement ne prétend pas qu'un quelconque autre élément ou événement postérieur à l'introduction de la requête devant la Cour aurait une telle conséquence. Dès lors, l'essentiel des faits dont les requérantes font directement grief persiste, ce qui suffit pour conclure que le litige n'a pas été «résolu» au sens de l'article 37 § 1 b).

c) Quant à l'application de l'article 37 § 1 c), la conclusion de l'accord de 2004 est due en grande partie à l'entremise diplomatique française et, sans aucun doute, va dans le sens de l'intérêt des proches des victimes de l'attentat.

L'accord prévoit le versement de sommes substantielles aux familles des victimes. Si la seconde requérante a refusé de signer l'acte de renonciation conditionnant le versement, il ressort des déclarations de ses conseils lors de l'audience devant la Cour que la somme qui lui revient en vertu de l'accord est toujours disponible à la Caisse des dépôts et consignations et qu'elle prendra sa décision définitive au vu de l'issue de la requête.

Par ailleurs, l'attitude de l'association requérante est quelque peu contradictoire puisque, bien que signataire d'un accord reposant sur le versement de sommes en contrepartie notamment de la renonciation à toute procédure devant le juge français contre des citoyens libyens ayant leur fondement dans l'attentat, elle persiste à inviter la Cour à poursuivre l'examen de griefs tirés de l'impossibilité pour les proches des victimes d'avoir accès à une telle procédure.

Enfin, en 1999, les juridictions françaises ont condamné six officiels libyens par contumace à la réclusion criminelle à perpétuité et au versement d'indemnités pour préjudice moral aux familles de victimes, parties civiles. Or, lors de l'audience devant la Cour, les conseils des requérantes ont pour la première fois

précisé que certaines sommes ont été effectivement payées à ce titre, notamment à la seconde requérante et sa famille.

En résumé, la conclusion de l'accord de 2004, les termes de celui-ci et le fait que la seconde requérante a obtenu un jugement effectif sur la question de la responsabilité de six officiels libyens constituent des circonstances qui, prises ensemble, conduisent la Cour à considérer qu'il ne se justifie plus de poursuivre l'examen de la requête au sens de l'article 37 § 1 c). Aucun motif touchant au respect des droits de l'homme garantis par la Convention n'exigeant la poursuite de l'examen de la présente requête, la Cour décide, à l'unanimité, de la rayer du rôle.

### Jurisprudence citée par la Cour

- Gladkowski c. Pologne* (radiation), n° 29697/96, 14 mars 2000  
*Akman c. Turquie* (radiation), n° 37453/97, CEDH 2001-VI  
*S.G. c. France* (radiation), n° 40669/98, 18 septembre 2001  
*Haran c. Turquie*, n° 25754/94, 26 mars 2002  
*Pisano c. Italie* (radiation) [GC], n° 36732/97, 24 octobre 2002  
*Sevgi Erdoğan c. Turquie* (radiation), n° 28492/95, 29 avril 2003  
*Tahsin Acar c. Turquie* (question préliminaire) [GC], n° 26307/95, CEDH 2003-VI  
*Ohlen c. Danemark* (radiation), n° 63214/00, 24 février 2005  
*Meriakri c. Moldova* (radiation), n° 53487/99, 1<sup>er</sup> mars 2005  
*Calì et autres c. Italie* (radiation), n° 52332/99, 19 mai 2005  
*La Rosa et Alba c. Italie* (radiation), n° 58274/00, 28 juin 2005  
*Van Houten c. Pays-Bas* (radiation), n° 25149/03, CEDH 2005-IX  
*Falkovitch c. Ukraine* (radiation), n° 64200/00, 4 octobre 2005  
*Hun c. Turquie* (radiation), n° 5142/04, 10 novembre 2005  
*Mürrüvet Küçük c. Turquie* (radiation), n° 21784/04, 10 novembre 2005  
*Zu Leiningen c. Allemagne* (déc.), n° 59624/00, CEDH 2005-XIII  
*Grimaylo c. Ukraine* (déc.), n° 69364/01, 7 février 2006  
*Fleury c. France* (déc.), n° 2361/03, 6 juillet 2006



(...)

## PROCÉDURE

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 76642/01) dirigée contre la République française et dont une ressortissante de cet Etat, M<sup>me</sup> Béatrix de Boëry, épouse de Castelnau d'Essenault, et une personne morale de droit français, l'association SOS Attentats, SOS Terrorisme, ont saisi la Cour le 11 septembre 2001 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »).

2. Les requérantes sont représentées par la société civile professionnelle Piwnica & Molinié ainsi que par M<sup>c</sup> D. Bouthors, avocats 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. La requête a été attribuée à la deuxième section de la Cour (article 52 § 1 du règlement).

A la suite du dépôt de Jean-Paul Costa, juge élu au titre de la France, le Gouvernement a désigné Vincent Coussirat-Coustère pour siéger en qualité de juge *ad hoc* (articles 27 § 2 de la Convention et 29 § 1 du règlement).

Le 5 janvier 2006, une chambre de ladite section, composée des juges dont le nom suit : Ireneu Cabral Barreto, Karel Jungwiert, Volodymyr Butkevych, Mindia Ugrekhelidze, Antonella Mularoni, Elisabet Fura-Sandström et Vincent Coussirat-Coustère, ainsi que de Sally Dollé, greffière 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).

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

5. Le 19 octobre 2004, comme le permettait l'article 29 § 3 de la Convention, la chambre avait décidé que seraient examinés en même temps la recevabilité et le fond de l'affaire. Le 7 mars 2006 le président de la Cour a décidé de poursuivre l'application de cette disposition devant la Grande Chambre.

6. Tant les requérantes que le Gouvernement ont déposé des observations écrites sur la recevabilité et le fond de l'affaire. Des observations ont également été reçues du Gouvernement britannique, que le président avait autorisé à intervenir dans la procédure écrite (articles 36 § 2 de la Convention et 44 § 2 du règlement) ; les requérantes ont répondu à ces observations (article 44 § 5 du règlement).

7. Une audience s'est déroulée en public au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 21 juin 2006 (article 59 § 3 du règlement).

Ont comparu :

– *pour le Gouvernement*

M<sup>mes</sup> E. BELLARD, directrice des affaires juridiques  
 au ministère des Affaires étrangères, *agent*,  
 A.-F. TISSIER, sous-directrice des droits  
 de l'homme à la direction des affaires juridiques  
 du ministère des Affaires étrangères,  
 M. MONGIN-HEUZÉ, rédactrice à la sous-direction des droits  
 de l'homme du ministère des Affaires étrangères  
 MM. T. CHAUTAGNAT, représentant du ministère de la Justice,  
 P. BODEAU, membre de la direction des affaires juridiques  
 du ministère des Affaires étrangères, *conseillers* ;

– *pour le requérant*

M<sup>es</sup> E. PIWNICA,  
 D. BOUTHORS, avocats au Conseil d'Etat  
 et à la Cour de cassation, *conseils*,  
 R. POUPET, avocate au barreau de Paris, *conseillère*.

La Cour a entendu M<sup>me</sup> Belliard, M<sup>e</sup> Piwnica et M<sup>e</sup> Bouthors en leurs déclarations ainsi qu'en leurs réponses aux questions posées par des juges.

## EN FAIT

8. Créée en 1986, la première requérante, l'association SOS Attentats, SOS Terrorisme, a son siège social à Paris ; elle regroupe des victimes du terrorisme et leurs ayants droit et, aux termes de l'article 2 de ses statuts, a pour objet « la défense des intérêts des victimes d'attentats ». La seconde requérante, M<sup>me</sup> Béatrix de Boëry, réside à Paris ; sa sœur, Laurence de Boëry, a trouvé la mort lors de l'attentat du 19 septembre 1989 dont il est question en l'espèce.

9. Le 19 septembre 1989 un attentat fut commis contre un avion DC 10 de la compagnie française UTA ; il explosa en vol au-dessus du désert du Ténéry ; 170 personnes, dont de nombreux Français, furent ainsi tuées.

Une information fut ouverte en France, à l'issue de laquelle six ressortissants libyens furent renvoyés devant la cour d'assises de Paris spécialement composée : Abdallah Senoussi, beau-frère du colonel Mouammar Kadhafi et responsable des services secrets libyens, Ibrahim Naeli, Arbas Musbah, Abdelsalam Issa Shibani, Abdelsalam Hammouda, tous quatre officiers de ces mêmes services, et Ahmed Abdallah Elazragh, fonctionnaire du ministère des Affaires étrangères en poste à l'ambassade de Libye à Brazzaville. Le 10 mars 1999, ils furent condamnés par



contumace à la réclusion criminelle à perpétuité. Ils furent en outre condamnés à verser des indemnités pour préjudice moral aux familles des victimes, parties civiles; lors de l'audience devant la Grande Chambre, les conseils des requérantes ont précisé que certaines sommes ont été effectivement payées à ce titre aux parties civiles, notamment à M<sup>me</sup> de Boëry et sa famille qui ont perçu entre 100 000 francs français (FRF) (15 244,90 euros (EUR)) et 200 000 FRF (30 489,80 EUR).

10. Le 16 juin 1999, les requérantes déposèrent une plainte avec constitution de partie civile contre le colonel Mouammar Kadhafi, chef de l'Etat libyen, pour complicité d'homicides volontaires, et destruction de biens par substance explosive ayant entraîné la mort, en relation avec une entreprise collective ayant pour objet de troubler l'ordre public, par l'intimidation ou la terreur.

11. Le 6 octobre 1999, le juge d'instruction rendit une ordonnance disant y avoir lieu à informer.

12. Saisie par le ministère public, la chambre d'accusation de la cour d'appel de Paris confirma cette ordonnance par un arrêt du 20 octobre 2000 ainsi motivé :

« (...)

Considérant que si, comme le soutiennent les parties civiles, les juridictions françaises sont par application des articles 113-7 du code pénal, 689 et suivants du code de procédure pénale, compétentes pour juger des crimes commis à l'étranger, lorsque les victimes sont, comme en l'espèce, de nationalité française, il n'en demeure pas moins que cette compétence n'existe plus, lorsque la personne poursuivie, pour avoir commis un tel crime, bénéficie d'une immunité de juridiction ;

Considérant que l'immunité de juridiction d'un chef d'Etat étranger n'est effectivement garantie, ni par un traité international auquel la France serait partie, ni par aucun autre texte ;

Que toutefois, la coutume internationale, entendue comme preuve d'une pratique générale acceptée par tous comme étant le droit, régit les rapports entre Etats, qu'elle a la même autorité juridique que les traités, un Etat ne pouvant, en conséquence, être lié par la coutume que s'il l'a acceptée ;

Que la France a, dans le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, reprise par référence par la Constitution de 1958, consacré la force de la coutume internationale dans l'ordre juridique interne en stipulant que « la République française, fidèle à ses traditions, se conforme au droit public international » ;

Considérant que l'immunité de juridiction des chefs d'Etat étrangers, y compris des chefs d'Etat de fait investis d'une autorité effective à l'intérieur et à l'extérieur de leur pays et reçus comme chefs d'Etat à l'étranger, a toujours été admise par la société internationale y compris par la France, les juridictions françaises de l'ordre judiciaire ayant, comme la doctrine, constamment reconnu l'existence de cette immunité de juridiction, les juridictions civiles en ayant fait application à de nombreuses reprises ;

Que cependant cette immunité, à l'origine absolue, comporte depuis la fin de la seconde guerre mondiale, des limites ;

Qu'en effet, de nombreuses conventions internationales ratifiées par la France, notamment la conférence de Londres du 8 août 1945 créant le Tribunal militaire international siégeant à Nuremberg, le statut du Tribunal militaire siégeant à Tokyo approuvé le 19 janvier 1946, la résolution de l'Assemblée générale de l'ONU en date du 11 décembre 1946, la convention internationale sur la répression du crime d'apartheid, adoptée le 30 novembre 1973 et entrée en vigueur le 18 juillet 1976, les résolutions n° 827 et 955 du Conseil de sécurité des Nations Unies ayant adopté respectivement le statut du Tribunal international de La Haye pour l'ex-Yougoslavie et celui du Tribunal pénal d'Arusha pour le Rwanda, la convention, portant statut de la Cour pénale internationale adoptée le 17 juillet 1998, ont écarté cette immunité, pour les crimes les plus graves, crimes contre l'humanité, de génocide, d'apartheid et de guerre;

Que ces trois premières conventions précisent que la situation officielle d'un accusé, comme chef d'Etat, ne sera pas considérée comme une excuse absolutoire, que la quatrième cite les représentants de l'Etat parmi les personnes tenues pour pénalement responsables sur le plan international du crime d'apartheid, que les deux suivantes stipulent que la qualité de chef d'Etat n'exonère pas l'accusé de sa responsabilité pénale, tandis que le statut de la Cour pénale internationale indique qu'il s'applique à tous de manière générale, sans aucune distinction fondée sur la qualité officielle;

Que ces conventions, loin de constituer des exceptions limitatives à une immunité absolue, traduisent, au contraire, la volonté de la communauté internationale de poursuivre les faits les plus graves, y compris lorsqu'ils ont été commis par un chef d'Etat dans l'exercice de ses fonctions, dès lors que ceux-ci constituent des crimes internationaux, contraires aux exigences de la conscience universelle;

Qu'au demeurant, la convention portant statut de la Cour pénale internationale, qui limite la compétence de cette Cour aux crimes contre l'humanité, de génocide, d'apartheid et de guerre, dont la loi du 30 mars 2000 a autorisé la ratification par la France, indique, dans son préambule, «qu'il est du devoir de chaque Etat de soumettre à sa juridiction criminelle les responsables de crimes internationaux», tandis que son article 22 précise «qu'un comportement» peut être «qualifié de crime au regard du droit international, indépendamment du présent statut»;

Qu'il est ainsi reconnu par cette convention qu'il est du devoir pour les Etats l'ayant ratifiée de juger les crimes internationaux, lesquels ne sauraient, aux termes de l'article 22 susvisé, être limités aux crimes contre l'humanité, de génocide, d'apartheid et de guerre, ce quand bien même la personne poursuivie aurait la qualité officielle de chef d'Etat ou de gouvernement;

Que ces textes, mais aussi des décisions juridictionnelles, notamment celles rendues par la Chambre des Lords de Grande-Bretagne dans le cadre de la procédure d'extradition du Général Pinochet, comme les poursuites exercées à l'encontre du Général Noriega, chef d'Etat en exercice, par les Etats-Unis d'Amérique pour trafic de stupéfiants, sont la preuve d'une pratique générale acceptée par tous, y compris par la France, comme étant le droit, selon laquelle l'immunité ne couvre que les actes de puissance publique ou d'administration publique accomplis par le chef d'Etat, à condition qu'ils ne soient pas considérés comme des crimes internationaux;

Qu'il en résulte qu'aucune immunité ne saurait couvrir des faits de complicité d'homicide volontaires et de destruction de biens par substance explosive ayant entraîné la mort, en relation avec une entreprise terroriste, consistant, pour un chef d'Etat, à avoir ordonné l'explosion d'un avion de ligne transportant 170 civils;

Qu'en effet, ces faits, à les supposer établis, entreraient dans la catégorie des crimes internationaux, et ne pourraient, en tout état de cause, être considérés comme ressortissant des fonctions d'un chef d'Etat ;

(...)»

13. Statuant sur pourvoi du procureur général près la cour d'appel de Paris, la Cour de cassation cassa et annula sans renvoi l'arrêt du 20 octobre 2000, et dit n'y avoir lieu à informer. Prononcé le 13 mars 2001, l'arrêt de la haute juridiction est ainsi motivé :

« (...)

Vu les principes généraux du droit international :

Attendu que la coutume internationale s'oppose à ce que les chefs d'Etat en exercice puissent, en l'absence de dispositions internationales contraires s'imposant aux parties concernées, faire l'objet de poursuites devant les juridictions pénales d'un Etat étranger ;

(...)

Attendu que, pour confirmer l'ordonnance du juge d'instruction disant y avoir lieu à informer, nonobstant des réquisitions contraires du ministère public, les juges du second degré retiennent que, si l'immunité des chefs d'Etat étrangers a toujours été admise par la société internationale, y compris la France, aucune immunité ne saurait couvrir les faits de complicité de destruction d'un bien par l'effet d'une substance explosive ayant entraîné la mort d'autrui, en relation avec une entreprise terroriste ;

Mais attendu qu'en [se] prononçant ainsi, alors qu'en l'état du droit international, le crime dénoncé, quelle qu'en soit la gravité, ne relève pas des exceptions au principe de l'immunité de juridiction des chefs d'Etat étrangers en exercice, la chambre d'accusation a méconnu le principe susvisé ;

D'où il suit que la cassation est encourue ; qu'elle aura lieu sans renvoi, la Cour de cassation étant en mesure d'appliquer la règle de droit et de mettre fin au litige ainsi que le permet l'article L. 131-5 du code de l'organisation judiciaire ;

(...)»

14. Le 9 janvier 2004, un accord a été signé entre la Fondation mondiale Gaddafi pour les associations caritatives, les familles des victimes, représentées par la première requérante et l'association « Les familles du DC 10 UTA en colère! », et la Caisse des dépôts et consignations.

Le préambule de cet accord est ainsi libellé :

« Dans le cadre des activités humanitaires de la Fondation mondiale Gaddafi pour les associations caritatives à travers le monde, et avec le désir d'aboutir à un règlement global des conséquences de l'explosion à bord du DC 10 du vol UT 772, le 19 septembre 1989,

A la demande des associations représentant les familles des victimes de l'explosion mentionnée précédemment,

Et en conséquence de l'encouragement des deux gouvernements libyens et français pour l'intervention de la Fondation mondiale Gaddafi pour les associations caritatives dans ce rôle humanitaire,

Les parties sont convenues de ce qui suit (...)

Aux termes de l'article 1<sup>er</sup> de l'accord, la fondation «payera un dédommagement gracieux aux familles des victimes de l'explosion de l'avion, dont le montant est la contre-valeur en euros d'1 million (...) de dollars américains (USD) pour la famille de chacune des 170 victimes (...). En contrepartie de la perception de ce dédommagement, les membres des familles se désisteront totalement de toutes les actions et demandes intentées contre la Libye ou contre des citoyens libyens et ayant leur fondement dans les conséquences de l'explosion de l'avion, qui n'ont pas encore été tranchées par un tribunal, et renonceront à toutes poursuites civiles ou pénales devant n'importe quel tribunal français ou international ayant leur fondement dans l'explosion de l'avion».

Les articles 2 et 3 de l'accord précisent que la Fondation mondiale Gaddafi pour les associations caritatives versera 170 millions d'USD à la Caisse des dépôts et consignations, à charge pour elle de créer, avec les associations sus-citées, une fondation de droit français ayant pour mission de verser aux membres des familles des victimes le montant qui leur revient, en contrepartie de la remise d'un document de renonciation dûment signé.

Par ailleurs, les deux associations représentant les familles se sont obligées à «ne pas engager d'action hostile ou de contestation à l'égard de la Libye ou de personnes physiques ou morales libyennes relatives à l'explosion de l'avion» (article 8 de l'accord).

Lors de l'audience devant la Grande Chambre, les conseils des requérantes ont précisé qu'à l'inverse de membres de sa famille mais à l'instar d'autres parents de victimes, M<sup>me</sup> de Boëry a, à ce jour, refusé de signer l'acte de renonciation prévu par l'accord; la somme qui lui revient en vertu de celui-ci (soit 70 000 EUR) est consignée à la Caisse des dépôts et consignations, et elle prendra sa décision définitive à cet égard au vu des conclusions de la Cour européenne des droits de l'homme en la présente affaire.

## GRIEFS

15. Invoquant l'article 6 § 1, les requérantes dénoncent une entrave à leur droit d'accès à un tribunal, résultant de l'arrêt du 13 mars 2001, par lequel la Cour de cassation dit n'y avoir lieu à informer sur leur plainte avec constitution de partie civile dirigée contre le colonel Kadhafi au motif que le crime dénoncé ne relevait pas des exceptions au principe de l'immunité de juridiction des chefs d'Etat étrangers en exercice.

Invoquant l'article 13 de la Convention, elles soutiennent en sus que la Cour de cassation les a ainsi privées de tout «recours effectif» quant à la violation du droit à la vie consacré par l'article 2 de la Convention dont elles entendaient obtenir réparation; elles se plaignent également de ce qu'«aucun recours [ne leur est offert] pour contester l'absence de tribunal (qui constitue une violation de l'article 6 § 1 de la Convention)».

## EN DROIT

16. Les requérantes voient dans l'arrêt de la Cour de cassation du 13 mars 2001 une entrave à leur droit d'accès à un tribunal. Elles soulignent à cet égard que la haute juridiction a appliqué de manière automatique la coutume internationale relative à l'immunité de juridiction des chefs d'Etat étrangers en exercice «qu'elle a cru pouvoir identifier», sans rechercher l'existence de considérations d'intérêt général concurrentes et, en particulier, sans prendre en compte la circonstance que les faits imputés au colonel Kadhafi étaient constitutifs d'une violation des droits de l'homme. Par ailleurs, elles mettent en exergue la gravité du dommage dont elles ne peuvent, du fait de cette décision, demander réparation, et indiquent qu'elles ne disposaient d'aucun recours alternatif. Elles dénoncent une violation de l'article 6 § 1 de la Convention, lequel est ainsi libellé :

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

Les requérantes ajoutent qu'en disant n'y avoir lieu à informer sur leur plainte avec constitution de partie civile dirigée contre le colonel Kadhafi au motif que le crime dénoncé ne relevait pas des exceptions au principe de l'immunité de juridiction des chefs d'Etat étrangers en exercice, l'arrêt de la Cour de cassation du 13 mars 2001 les a privées de tout «recours effectif» quant à la violation du droit à la vie consacré par l'article 2 de la Convention dont elles entendaient obtenir réparation. Elles se plaignent également de ce qu'«aucun recours [ne leur est offert] pour contester l'absence de tribunal (qui constitue une violation de l'article 6 § 1 de la Convention)». Elles invoquent l'article 13 de la Convention – qui, soulignent-elles, consacre un droit à un recours effectif «alors même que la violation dénoncée aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles» – aux termes duquel :

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

### 1. Thèses des parties

#### a) Le Gouvernement

17. Le Gouvernement expose que, grâce à son entremise diplomatique, un accord a été conclu le 9 janvier 2004 entre la Fondation mondiale Gaddafi pour les associations caritatives et les familles des victimes, représentées par la première requérante et l'association «Les familles du DC 10 UTA en colère!». En exécution de cet accord, les familles des victimes ont touché chacune 1 million d'USD (article 3 de l'accord) en contrepartie de leur renonciation «à toutes poursuites civiles ou pénales devant n'importe quel tribunal français ou international ayant leur fondement dans l'explosion de l'avion» (article 1<sup>er</sup> de l'accord), et l'association requérante s'est quant à elle obligée «à ne pas engager d'action hostile ou de contestation à l'égard de la Libye ou de personnes physiques ou morales libyennes relatives à l'explosion de l'avion» (article 8 de l'accord). Selon le Gouvernement, grâce à l'action diplomatique qu'il a engagée à cette fin, les requérantes ont obtenu une réparation: la France aurait ainsi fait en sorte que les règles du droit international n'aient pas pour conséquence l'altération du droit matériel des victimes.

Le Gouvernement en déduit, à titre principal, que la requête est irrecevable pour défaut de la qualité de «victime» des requérantes. A cet égard, citant notamment la décision *Malama c. Grèce* (n° 43622/98, CEDH 2001-II), il rappelle tout d'abord que la question de savoir si un requérant peut se prétendre victime d'une violation de la Convention se pose à tous les stades de la procédure; il estime ensuite que le raisonnement suivi par la Cour dans la décision *Caraher c. Royaume-Uni* (n° 24520/94, CEDH 2000-I) s'applique *mutatis mutandis* en l'espèce: lorsqu'un membre de la famille accepte une indemnité dans le cadre d'un règlement amiable de ses actions internes et renonce à se prévaloir des recours internes, il ne peut plus prétendre être «victime» d'une violation de la Convention au sens de son article 34.

18. Selon le Gouvernement, «plus simplement», la requête devrait être rayée du rôle en application de l'article 37 de la Convention, dès lors que l'on peut voir dans l'accord du 9 janvier 2004 des «circonstances permett[ant] de conclure que le[s] requérant[es] n'entend[ent] plus la maintenir» ou une résolution du litige, ou en déduire qu'il ne se justifie plus d'en poursuivre l'examen.

19. Le Gouvernement soutient également que les requérantes n'ont pas épuisé les voies de recours internes, au sens de l'article 35 § 1 de la Convention. Il expose à cet égard qu'elles avaient la possibilité de saisir les juridictions administratives, sur le fondement de l'égalité des citoyens devant les charges publiques, d'une demande en indemnisation du dommage résultant de la mise en œuvre en leur cause d'un principe de

droit international public. Lors de l'audience devant la Grande Chambre, il a ajouté qu'elles pouvaient en outre, en application de l'article 706-3 du code de procédure pénale, saisir la Commission d'indemnisation des victimes d'infractions en vue d'obtenir réparation de leurs préjudices.

20. Dans ses observations écrites, faisant référence aux arrêts *Perez c. France* ([GC], n° 47287/99, CEDH 2004-I) et *Al-Adsani c. Royaume-Uni* ([GC], n° 35763/97, CEDH 2001-XI), le Gouvernement déclare ne pas contester l'applicabilité de l'article 6 § 1 de la Convention en l'espèce. Cependant, par la suite, lors de l'audience devant la Grande Chambre, il a soutenu que l'immunité de juridiction des chefs d'Etat étrangers en exercice est un obstacle *in limine* à la saisine des juridictions et en a déduit que «l'applicabilité de l'article 6 § 1 de la Convention dans la présente espèce est (...) loin d'être évidente».

21. Quant au fond, se référant à l'arrêt *Al-Adsani* précité, le Gouvernement soutient en premier lieu que le refus d'informer poursuivait le but légitime d'observer le droit international puisqu'il se fondait sur l'immunité de juridiction tant civile que pénale accordée aux chefs d'Etat étrangers en exercice par la coutume internationale. Sur ce dernier point, il renvoie à l'arrêt de la Cour internationale de justice *République démocratique du Congo c. Belgique* du 14 février 2002, et souligne qu'il a toujours été admis, en droit international, que les chefs d'Etat en exercice bénéficient d'une immunité attachée à leur personne, ce qui les met à l'abri de toutes poursuites judiciaires jusqu'à la fin de leur mandat, y compris pour des agissements privés. Il ajoute qu'à ce jour aucun tribunal national n'a accepté de connaître de poursuites dirigées contre un chef d'Etat étranger en exercice au motif que les crimes reprochés échappent par nature à l'immunité coutumière, précisant à cet égard que, dans l'affaire Pinochet, la Chambre des lords n'a écarté l'immunité dont se prévalait le général Pinochet que parce qu'il n'était plus en exercice et que le Chili était partie à la convention contre la torture (ce que la Chambre des lords a interprété comme une renonciation à l'immunité en ce qui concerne les crimes de torture). Selon le Gouvernement, le droit international coutumier, ainsi que l'a confirmé la Cour internationale de justice, impose aux Etats de respecter le principe de l'immunité de juridiction des chefs d'Etat étrangers en exercice : il s'agit là d'une obligation.

Dans ce contexte, indique le Gouvernement, l'immunité de juridiction dont bénéficie un chef d'Etat étranger en exercice ne signifie pas qu'il jouit d'une impunité, mais que sa responsabilité ne peut être recherchée que dans des circonstances bien précises : lorsque l'Etat qu'il représente ou a représenté décide de lever cette immunité ; dès l'instant où la personne a cessé d'occuper cette fonction, elle ne bénéficie plus de la totalité des immunités de juridiction que lui accordait le droit international dans les autres Etats ; elle peut faire l'objet de poursuites

pénales devant certaines juridictions internationales dès lors que celles-ci sont compétentes. Par ailleurs, il peut être poursuivi dans son propre pays.

Ensuite, se référant à l'arrêt *Al-Adsani* précité, le Gouvernement soutient que la restriction au droit d'accès à un tribunal dont se plaignent les requérantes était proportionnée au but poursuivi. Il expose en sus que la Cour de cassation ne pose *a priori* pas en principe absolu l'impossibilité pour les justiciables de mettre en cause un chef d'Etat étranger: une lecture *a contrario* de l'arrêt rendu en la cause des requérantes laisserait penser que sa position aurait pu être autre s'il avait été question d'un chef d'Etat qui n'était plus en exercice. Le Gouvernement souligne surtout que les faits dont se plaignent les requérantes ont donné lieu à des poursuites pénales en France: des investigations ont été réalisées et ont permis de mettre en cause six hauts fonctionnaires libyens – cinq membres des services secrets et un membre du personnel diplomatique – lesquels ont été condamnés par contumace par la cour d'assises de Paris spécialement composée, le 10 mars 1999, à une peine de réclusion criminelle à perpétuité; la limitation mise en œuvre en l'espèce n'aurait donc pas restreint l'accès aux tribunaux offert aux requérantes d'une manière ou à un point tels que leur droit s'en serait trouvé atteint dans sa substance même.

Le Gouvernement conclut en conséquence, à titre infiniment subsidiaire, au défaut manifeste de fondement de ce grief.

#### **b) Les requérantes**

22. Les requérantes répliquent qu'elles conservent la qualité de «victime» nonobstant la conclusion de l'accord du 9 janvier 2004. Elles soulignent à cet égard que l'instance devant la Cour, d'une part, a débuté avant la signature dudit accord et, d'autre part, n'est pas dirigée contre la Libye ou des citoyens libyens mais contre l'Etat français; il ne saurait donc être déduit des termes de cet accord qu'elles se sont engagées à renoncer à poursuivre la procédure devant la Cour. Elles ajoutent que, la procédure interne ne s'étant pas soldée par un règlement amiable, la solution retenue par la Cour dans la décision *Caraher* citée par le Gouvernement n'est pas transposable en leur cause. Citant l'arrêt *Kaya c. Turquie* du 19 février 1998 (*Recueil des arrêts et décisions* 1998-I), elles soutiennent qu'il y a lieu au contraire de retenir qu'aucune protection procédurale du droit à la vie n'ayant été mise en place en France pour les victimes d'attentats commis par des chefs d'Etat étrangers, elles n'ont pas perdu la qualité de victime au sens de l'article 34 de la Convention.

23. Ensuite, les requérantes réfutent la thèse du Gouvernement selon laquelle il y a lieu de rayer la requête du rôle en application de l'article 37 de la Convention. Elles réaffirment que l'on ne peut voir dans l'accord du 9 janvier 2004 un engagement de leur part à se



désister de la présente instance, soulignent qu'elles entendent maintenir leur requête et qu'aucun motif ne justifie que la Cour abandonne l'examen de l'affaire.

24. Répondant à l'exception de non-épuisement des voies de recours internes soulevée par le Gouvernement, les requérantes soutiennent qu'en l'absence d'un constat de culpabilité du colonel Kadhafi par les juridictions répressives, la saisine des juridictions administratives d'une demande en réparation du dommage causé par la mise en œuvre d'une immunité de juridiction eût été illusoire.

25. Sur le fond, les requérantes rappellent que la Cour a jugé dans l'arrêt *Al-Adsani* (précité) que l'Etat jouit d'une immunité en cas d'action civile en dommages et intérêts pour des actes de torture et que cette immunité se distingue de la responsabilité pénale d'un individu pour de tels actes. Or, soulignent-elles, en l'espèce, dès lors qu'elles ont opté pour la voie de la plainte avec constitution de partie civile comme le leur permettait le droit français, c'est la responsabilité pénale du colonel Kadhafi qui était en premier lieu en cause, de sorte que l'immunité dont il est question dans l'arrêt *Al-Adsani* ne peut être invoquée. Elles précisent que, si l'immunité de juridiction pénale des chefs d'Etat étrangers en exercice n'avait pas été retenue et si le juge répressif avait été saisi comme elles le demandaient et avait reconnu le colonel Kadhafi coupable du crime qu'elles lui imputaient, ledit juge aurait pu statuer sur leurs demandes en réparation des préjudices résultant de ce crime.

Les requérantes ajoutent qu'en tout état de cause l'arrêt *Al-Adsani* qui reconnaît l'existence d'une immunité en droit international n'a été adopté qu'à une courte majorité de neuf voix contre huit, ce qui indiquerait que cette jurisprudence se doit d'évoluer, d'autant plus que le développement du terrorisme international depuis 1991 – date des faits commis dans l'affaire *Al-Adsani* – a «rehaussé le niveau d'exigence de protection de nos sociétés démocratiques». Elles rejettent la thèse selon laquelle il existerait une coutume internationale en vertu de laquelle les chefs d'Etat étrangers en exercice bénéficient d'une immunité de juridiction absolue: il n'y aurait pas dans ce domaine une pratique constante et générale, soutenue par l'*opinio juris*; au contraire, le droit international évoluerait vers l'exclusion de cette immunité lorsque les faits imputés à un chef d'Etat étranger sont constitutifs de crimes particulièrement graves tels que des actes terroristes ayant entraîné la mort. Elles estiment en particulier que la référence que fait à cet égard le Gouvernement à l'arrêt rendu le 14 février 2002 par la Cour internationale de justice est dépourvue de pertinence, dès lors que, pour conclure à l'existence d'une immunité de juridiction pénale en droit international au profit d'un ministre des Affaires étrangères en exercice, ladite Cour s'est notamment fondée sur l'arrêt rendu par la Cour de cassation française en leur cause.

Quoi qu'il en soit, selon les requérantes, l'accord de certains Etats autour d'une norme barbare de cette nature ne fait pas obstacle à ce que la présente Cour, gardienne des droits de l'homme, constate que les exigences inhérentes à la protection des droits fondamentaux dans une société démocratique ont été méconnues. Plus encore, la Convention n'étant pas une règle subsidiaire par rapport aux autres normes de droit international, il ne suffirait pas de constater le caractère impératif d'une disposition de droit international pour pouvoir conclure qu'une décision d'un Etat partie prise en application d'une telle disposition est, de ce seul fait, conforme à la Convention. Il ressortirait en réalité de l'arrêt *Al-Adsani* précité (§ 55) et de la décision *Banković et autres c. Belgique et autres* du 12 décembre 2001 ([GC], n° 52207/99, § 57, CEDH 2001-XII) que la Cour n'a pas consacré la supériorité du droit international classique sur la Convention, mais a au contraire dégagé une règle de conciliation conduisant à faire prévaloir les dispositions de la Convention sur les dispositions incompatibles du droit international classique. Selon les requérantes, en tout état de cause, l'immunité de juridiction des chefs d'Etat étrangers en exercice, à la supposer absolue, devrait s'effacer devant le droit fondamental des victimes d'actes constitutifs d'atteintes aux droits de l'homme d'avoir accès à la justice en vue d'obtenir réparation de leur préjudice.

## 2. Observations du gouvernement britannique, tiers intervenant

26. Le gouvernement britannique souligne que l'immunité de juridiction des chefs d'Etat étrangers en exercice, expression du principe de l'égalité souveraine des Etats, est consacrée par la coutume internationale; elle a récemment été réaffirmée par la Cour internationale de justice dans son arrêt République démocratique du Congo c. Belgique (précité) ainsi que par l'Institut du droit international dans une résolution de 2001 (*Annuaire de l'Institut*, session de Vancouver, 2001, vol. II, p. 742), et les tribunaux nationaux d'un certain nombre d'Etats sont arrivés à une conclusion analogue.

Le droit international exigerait ainsi de tous les Etats qu'ils accordent aux chefs d'Etat étrangers en exercice une immunité de juridiction pénale devant leurs tribunaux; il s'agirait d'une immunité *ratione personae* – s'appliquant indépendamment du caractère officiel ou privé des actions concernées – absolue: en particulier, ni la gravité de l'infraction imputée à un chef d'Etat étranger en exercice ni le statut de la norme de droit international supposée avoir été ainsi violée ne pourrait justifier une exception à cette obligation. L'interprétation correcte du droit international conduirait à la conclusion qu'ils doivent également bénéficier d'une immunité de juridiction civile générale devant les tribunaux d'autres Etats, dès lors que les décisions juridictionnelles selon

lesquelles l'immunité des chefs d'Etat étrangers en exercice est plus restreinte en matière civile que pénale se borneraient à indiquer qu'elle ne couvre pas les actes ayant un caractère purement privé.

27. Le gouvernement britannique en déduit l'inapplicabilité de l'article 6 § 1 de la Convention: le droit international imposant l'immunité de juridiction, tous faits imputés à un chef d'Etat étranger en exercice et couverts par cette immunité échappent complètement à la juridiction des cours et tribunaux nationaux et donc à l'empire de cette disposition. Il concède que la Cour a rejeté cette thèse dans l'arrêt *Al-Adsani* (précité), mais l'invite à la réexaminer à la lumière du principe selon lequel la Convention doit s'interpréter et s'appliquer conformément au droit international dans son ensemble.

Dans l'hypothèse où la Cour devait néanmoins conclure à l'applicabilité de l'article 6 § 1, le Gouvernement britannique l'invite à confirmer l'approche suivie dans les affaires *Al-Adsani* (arrêt précité), *Fogarty c. Royaume-Uni* ([GC], n° 37112/97, CEDH 2001-XI), *McElhinney c. Irlande* ([GC], n° 31253/96, CEDH 2001-XI) et *Kalogeropoulou et autres c. Grèce et Allemagne* ((déc.), n° 59021/00, CEDH 2002-X), et à juger qu'une limitation au droit d'accès à la justice ne peut être tenue pour disproportionnée lorsqu'elle s'impose à un Etat partie au titre de ses obligations de droit international. En d'autres termes, selon le gouvernement britannique, l'article 6 § 1 ne peut être interprété comme exigeant d'une Partie à la Convention qu'elle agisse en violation du droit international.

### 3. *Appréciation de la Cour*

28. Après l'introduction de la requête (11 septembre 2001), un fait nouveau a été porté à l'attention de la Cour: le 9 janvier 2004, un accord a été signé entre la Fondation mondiale Gaddafi pour les associations caritatives, les familles des victimes (représentées par la première requérante et l'association «Les familles du DC 10 UTA en colère!») et la Caisse des dépôts et consignations.

Cet accord prévoit le paiement par la fondation d'1 million d'USD aux familles de chacune des 170 victimes. Il précise qu'«en contrepartie de la perception de ce dédommagement, les membres des familles se désisteront totalement de toutes les actions et demandes intentées contre la Libye ou contre des citoyens libyens et ayant leur fondement dans les conséquences de l'explosion de l'avion, qui n'ont pas encore été tranchées par un tribunal, et renonceront à toutes poursuites civiles ou pénales devant n'importe quel tribunal français ou international ayant leur fondement dans l'explosion de l'avion»; concrètement, aux termes de l'accord, pour percevoir sa part, chaque membre des familles concernées est tenu de signer un document de renonciation. Quant à

l'association requérante, signataire de l'accord, elle s'est obligée à « ne pas engager d'action hostile ou de contestation à l'égard de la Libye ou de personnes physiques ou morales libyennes relatives à l'explosion de l'avion ».

29. Selon la Cour, il y a lieu de vérifier avant tout si ce fait nouveau est de nature à la conduire à décider de rayer la requête du rôle en application de l'article 37 § 1 de la Convention, aux termes duquel :

« A tout moment de la procédure, la Cour peut décider de rayer une requête du rôle lorsque les circonstances permettent de conclure

- a) que le requérant n'entend plus la maintenir; ou
- b) que le litige a été résolu; ou
- c) que, pour tout autre motif dont la Cour constate l'existence, il ne se justifie plus de poursuivre l'examen de la requête.

Toutefois, la Cour poursuit l'examen de la requête si le respect des droits de l'homme garantis par la Convention et ses Protocoles l'exige.»

#### **a) Sur l'application de l'article 37 § 1 a) de la Convention**

30. Le Gouvernement semble vouloir déduire de l'accord du 9 janvier 2004 que les requérantes ont renoncé à la procédure devant la Cour et qu'en conséquence elles n'entendent plus maintenir leur requête au sens de l'article 37 § 1 a) de la Convention.

S'il est vrai que l'engagement d'un requérant à renoncer à la procédure qu'il a initiée devant la Cour est susceptible de justifier la radiation de sa requête du rôle en application de l'article 37 § 1 de la Convention, il faut pour ce faire que cette renonciation soit établie de manière non équivoque (*Zu Leiningen c. Allemagne* (déc.), n° 59624/00, CEDH 2005-XIII). Or, comme cela est rappelé précédemment, l'association requérante s'est obligée en signant cet accord à « ne pas engager d'action hostile ou de contestation à l'égard de la Libye ou de personnes physiques ou morales libyennes relatives à l'explosion de l'avion »; manifestement, cette clause ne concerne pas la procédure devant la Cour, celle-ci étant dirigée contre la France. Quant à la seconde requérante, elle n'a pas à ce jour accepté le montant auquel elle peut prétendre au titre de l'accord en sa qualité de membre de la famille de l'une des victimes et n'a pas signé l'acte de renonciation qui constituerait la contrepartie du versement; ainsi, à supposer même qu'il résulte des termes de l'accord que cette renonciation couvrirait la procédure devant la Cour, force est de constater que la seconde requérante ne s'est pas ainsi liée.

31. Cela étant, pour conclure qu'il ne saurait être question de rayer la requête du rôle en application de l'article 37 § 1 a), il suffit à la Cour de constater que les requérantes indiquent expressément devant elle qu'elles entendent la maintenir (arrêt *Pisano c. Italie* (radiation) [GC], n° 36732/97,

§ 41, 24 octobre 2002; voir aussi, notamment, l'arrêt *Ohlen c. Danemark* (radiation), n° 63214/00, § 25, 24 février 2005).

**b) Sur l'application de l'article 37 § 1 b) de la Convention**

32. Pour déterminer en l'espèce si «le litige a été résolu» au sens de l'article 37 § 1 b) de sorte que le maintien de la requête ne se justifie plus objectivement, il faut examiner, d'une part, si les faits dont les requérantes font directement grief persistent ou non et, d'autre part, si les conséquences qui pourraient résulter d'une éventuelle violation de la Convention à raison de ces faits ont également été effacées. Cette approche reflète la structure du mécanisme de contrôle de la Convention qui prévoit à la fois une décision, ou un arrêt motivé, sur la question de savoir si les faits contestés sont en conformité avec les exigences de la Convention (article 45) et, si tel n'est pas le cas, l'octroi d'une satisfaction équitable s'il y a lieu (article 41) (*Pisano* précité, § 42).

33. La Cour précise à titre liminaire que le «litige» dont il est question est celui qui oppose devant elle les requérantes à la France, au cœur duquel se trouve le déni de justice qu'elles dénoncent. Il convient de rappeler à cet égard qu'elles se plaignent principalement d'une violation du droit des proches des victimes de l'attentat du 19 septembre 1989 – dont la seconde requérante – d'accéder à un tribunal aux fins de voir trancher la question de la responsabilité du colonel Kadhafî et d'obtenir le cas échéant sa condamnation à la réparation des préjudices en résultant; en particulier, elles dénoncent l'arrêt rendu par la Cour de cassation en leur cause le 13 mars 2001, en ce que, sur le fondement de l'immunité de juridiction des chefs d'Etat étrangers en exercice, il dit n'y avoir lieu à informer.

34. Cela étant souligné, la Cour constate que l'accord dont il est question a été conclu après l'arrêt du 13 mars 2001, alors que – à la supposer avérée – la violation alléguée de la Convention résultant du déni de justice dénoncé était définitivement consommée du fait même de cette décision. Elle relève ensuite que cet accord, auquel l'Etat français, en tant que tel, n'est pas partie, n'a pas pour objet ou pour effet d'ouvrir aujourd'hui aux intéressées l'accès aux juridictions françaises. Elle note en sus que le Gouvernement ne prétend pas qu'un quelconque autre élément ou événement postérieur à l'introduction de la requête devant la Cour aurait une telle conséquence; bien au contraire, il soutient avec force que le droit international coutumier fait obstacle à ce qu'un chef d'Etat étranger en exercice soit poursuivi devant les tribunaux d'un autre Etat. Il apparaît ainsi que, nonobstant la conclusion de l'accord du 9 janvier 2004, l'essentiel des faits dont les requérantes font directement grief persistent, ce qui suffit en principe pour conclure que le litige n'a pas été «résolu» au sens de l'article 37 § 1 b).

Surabondamment, la Cour souligne que l'accord n'efface pas les conséquences qui pourraient résulter d'une éventuelle violation de la Convention à raison de ces faits. En effet, à supposer que les sommes allouées aux familles des victimes en vertu de l'accord soient destinées à couvrir le préjudice dont les requérantes entendaient obtenir réparation devant les juridictions françaises et que cela suffise pour considérer que l'accord répond ainsi entièrement à l'objet d'une action en responsabilité civile (*id est* voir désigner le responsable d'un préjudice et obtenir réparation de ce préjudice), un tel préjudice est – en partie tout au moins – distinct de celui résultant le cas échéant de la violation de leur droit à un tribunal.

35. En conclusion, les conditions sus-rappelées n'étant pas remplies, il ne saurait être question de rayer la requête du rôle en application de l'article 37 § 1 b).

#### c) Sur l'application de l'article 37 § 1 c) de la Convention

36. Pour décider s'il y a lieu de rayer la requête du rôle en application de l'article 37 § 1 c), la Cour doit rechercher si «les circonstances permettent de conclure» que, «pour tout autre motif (...), il ne se justifie plus de poursuivre l'examen de [celle-ci]».

37. Il ressort de ces termes que la Cour dispose d'une grande latitude quant à l'identification des motifs susceptibles d'être retenus pour procéder à une radiation sur ce fondement, étant entendu cependant qu'ils doivent se trouver dans les circonstances particulières à chaque cause.

Sa jurisprudence en offre l'illustration. La Cour a par exemple jugé que dans certaines circonstances il peut être indiqué de rayer une requête du rôle en vertu de cette disposition, sur la base d'une déclaration unilatérale du gouvernement défendeur, même si le requérant souhaite que l'examen de l'affaire se poursuive (voir l'arrêt *Tahsin Acar c. Turquie* (question préliminaire) [GC], n° 26307/95, §§ 75-77, CEDH 2003-VI; voir aussi, notamment, les arrêts *Akman c. Turquie* (radiation), n° 37453/97, CEDH 2001-VI, *Haran c. Turquie*, n° 25754/94, 26 mars 2002, *Meriakri c. Moldova* (radiation), n° 53487/99, 1<sup>er</sup> mars 2005, et *Van Houten c. Pays-Bas* (radiation), n° 25149/03, CEDH 2005-IX). Elle a également procédé de la sorte dans des cas où les requérants avaient conclu avec des autorités internes un accord ou une transaction satisfaisant dans une grande mesure aux revendications qu'ils formulaient sur le terrain de la Convention, perdant ainsi leur qualité de victime (voir, par exemple, les arrêts *Calì et autres c. Italie* (radiation), n° 52332/99, 19 mai 2005, et *La Rosa et Alba c. Italie* (radiation), n° 58274/00, 28 juin 2005). Elle a par ailleurs rayé des requêtes du rôle en application de ce texte au motif que le requérant était décédé en cours de procédure et qu'aucun héritier ou

parent n'avait exprimé la volonté de poursuivre celle-ci (voir, par exemple, les arrêts *Gladkowski c. Pologne* (radiation), n° 29697/96, 14 mars 2000, et *Sevgi Erdoğan c. Turquie* (radiation), n° 28492/95, 29 avril 2003) ou que l'héritier qui s'était manifesté n'avait pas d'intérêt légitime à cet égard (*S.G. c. France* (radiation), n° 40669/98, 18 septembre 2001), ou encore, au vu du manque de diligence du requérant (voir, par exemple, les arrêts *Hun c. Turquie* (radiation), n° 5142/04, 10 novembre 2005, et *Mürriyevet Küçük c. Turquie* (radiation), n° 21784/04, 10 novembre 2005) ou de son avocat (voir, par exemple, l'arrêt *Falkovitch c. Ukraine* (radiation), n° 64200/00, 4 octobre 2005, et la décision *Fleury c. France*, n° 2361/03, 6 juillet 2006), ou au motif que le requérant avait omis de désigner un conseil pour le représenter devant elle en application de l'article 36 §§ 2 et 4 a) de son règlement (*Grimaylo c. Ukraine* (déc.), n° 69364/01, 7 février 2006).

38. En l'espèce, la Cour ne doute pas que, comme le souligne le Gouvernement, la conclusion de l'accord du 9 janvier 2004 est due en grande partie à l'entremise diplomatique de ce dernier. Elle relève en outre les moyens qu'il a mis en œuvre, par le biais de la Caisse des dépôts et consignations (partie à l'accord) essentiellement, pour garantir et faciliter le paiement des sommes revenant à ce titre aux proches des victimes de l'attentat du 19 septembre 1989.

La Cour est par ailleurs convaincue que cet accord va dans le sens de l'intérêt de ces derniers, ce que tend à confirmer le fait que des associations représentant cet intérêt – dont l'association requérante – en sont signataires. Elle rappelle à cet égard que, dans l'optique « d'aboutir à un règlement global des conséquences de l'explosion à bord du DC 10 du vol UT 772 », l'accord prévoit le versement de sommes substantielles aux familles des victimes de l'attentat du 19 septembre 1989 : 1 million d'USD pour chacune d'entre elles. Elle relève que certaines des personnes concernées – dont des membres de la famille de la seconde requérante – ont d'ores et déjà perçu le montant qui leur est dû à ce titre ; d'autres ont refusé à ce jour de signer l'acte de renonciation conditionnant le versement. Si la seconde requérante fait partie de ces dernières, il ressort des déclarations de ses conseils lors de l'audience devant la Grande Chambre que la somme qui lui revient en vertu de l'accord – soit 70 000 EUR – est toujours disponible à la Caisse des dépôts et consignations et qu'elle prendra sa décision définitive au vu des conclusions de la Cour en la présente affaire (paragraphe 14 ci-dessus).

La Cour estime en outre devoir prendre en compte l'économie générale de l'accord du 9 janvier 2004, qui repose sur le versement des sommes conséquentes sus-évoquées en contrepartie notamment de la renonciation des proches des victimes à toutes procédures devant les juridictions françaises contre des citoyens libyens ayant leur fondement dans l'attentat du 19 septembre 1989. Elle voit une certaine contradiction dans l'attitude de l'association requérante qui, bien que

signataire d'un accord ainsi articulé, persiste à inviter la Cour à poursuivre l'examen de griefs tirés de l'impossibilité pour les proches des victimes d'avoir accès à une telle procédure.

La Cour constate en sus que, comme le rappelle le Gouvernement, une information fut ouverte en France à la suite de l'attentat du 19 septembre 1989, à l'issue de laquelle six officiels libyens furent renvoyés devant la cour d'assises de Paris spécialement composée et furent condamnés par contumace à la réclusion criminelle à perpétuité et au versement d'indemnités pour préjudice moral aux familles de victimes, parties civiles. Or, lors de l'audience devant la Grande Chambre, les conseils des requérantes ont pour la première fois précisé que certaines sommes ont été effectivement payées à ce titre aux parties civiles, notamment à M<sup>me</sup> de Boëry et sa famille (qui ont perçu entre 100 000 FRF (15 244,90 EUR) et 200 000 FRF (30 489,80 EUR); paragraphe 9 ci-dessus).

39. En résumé, la conclusion de l'accord du 9 janvier 2004, les termes de celui-ci et le fait que la seconde requérante a obtenu un jugement effectif sur la question de la responsabilité de six officiels libyens constituent des circonstances qui, prises ensemble, conduisent la Cour à considérer qu'il ne se justifie plus de poursuivre l'examen de la requête au sens de l'article 37 § 1 c) de la Convention.

#### **d) Considérations finales**

40. Enfin, la Cour estime qu'aucun motif touchant au respect des droits de l'homme garantis par la Convention n'exige la poursuite de l'examen de la requête en vertu de l'article 37 § 1 *in fine*.

41. Il résulte de ce qui précède qu'il y a lieu de mettre fin à l'application de l'article 29 § 3 de la Convention et de rayer la requête du rôle, cette conclusion dispensant la Cour d'examiner les exceptions d'irrecevabilité soulevées par le Gouvernement, tirées de la perte de qualité de victime des requérantes et du défaut d'épuisement des voies de recours internes.

Par ces motifs, la Cour, à l'unanimité,

*Décide* de rayer la requête du rôle.



ASSOCIATION SOS ATTENTATS AND DE BOËRY v. FRANCE  
(Application no. 76642/01)

GRAND CHAMBER<sup>1</sup>

DECISION OF 25 OCTOBER 2006

---

1. Sitting as a Grand Chamber composed of Luzius Wildhaber, *President*, Christos Rozakis, Nicolas Bratza, Boštjan M. Zupančič, Ireneu Cabral Barreto, Karel Jungwiert, Volodymyr Butkevych, Matti Pellonpää, Margarita Tsatsa-Nikolovska, Andrés Baka, Minda Gyekhelidze, Antonella Mularoni, Elisabeth Steiner, Elisabet Fura-Sandström, Alvina Gyulumyan, Dean Spielmann, *judges*, Vincent Coussirat-Coustère, *ad hoc judge*, and Michael O'Boyle, *Deputy Registrar*.



SUMMARY<sup>1</sup>**Striking out – Circumstances, taken together, justifying discontinuation of examination of the application****Article 37 § 1 (c)**

*Striking out – Continued examination of the application not justified – Circumstances, taken together, justifying discontinuation of examination of the application – Signature of an agreement between the applicants and an entity distinct from the respondent State – Agreement on payment in exchange for waiver of any action – Refusal to sign the waiver – Wide discretion enjoyed by the Court in identifying grounds justifying striking out under Article 37 § 1 (c) – Conditions to be fulfilled for application of Article 37 § 1*

\*  
\*   \*

The first applicant is an association which brings together victims of terrorist acts and their heirs. The sister of the second applicant was one of the 170 victims, who included many French nationals, killed in a terrorist attack in 1989 against an aircraft operated by the French company UTA, which exploded in flight above the Tenere desert. In the context of proceedings brought in France, Libyan nationals, belonging to or linked with the Libyan secret service, were committed for trial before an assize court, and were sentenced *in absentia* to life imprisonment and ordered to pay compensation to the victims' families. The second applicant and her family received certain sums in this respect.

In 1999 the applicants lodged a civil-party complaint (*plainte avec constitution de partie civile*) against Colonel Gaddafi for complicity in murder and destruction of property, by use of an explosive substance which caused loss of life in furtherance of a conspiracy calculated to disturb public order through intimidation or terror. The investigating judge ruled that there was a case to answer. The indictment division of the court of appeal, while drawing attention to the existence of the immunity from prosecution of foreign heads of State, considered that, having regard to the development of international law, this immunity was no longer absolute and could not cover the crimes complained of in the instant case. In 2001 the Court of Cassation quashed that judgment and declared it void, without remitting the case, holding that under international law as it stood those crimes were not covered by the exceptions to the principle of immunity from jurisdiction for foreign heads of State in office, and held that there was no case to answer.

In 2004 the victim's families, represented by the applicant association and another association, signed an agreement with the Gaddafi International Foundation for Charity Associations. Under this agreement, the families of the 170 victims would each receive one million United States dollars in exchange for a duly signed declaration waiving "the right to bring any kind of civil or criminal proceedings

---

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

before any French or international court based on the explosion on board the aircraft”; the associations representing the families undertook “not to conduct any hostile action or dispute against Libya, Libyan nationals or Libyan legal entities relating to the explosion on board the aircraft”. The second applicant refused to sign the waiver provided for in the agreement, preferring to await the Strasbourg Court’s conclusions before taking her final decision.

*Held*

Article 37 § 1: The signing of the 2004 agreement had been brought to the Court’s attention after the application had been lodged. It was therefore necessary to determine whether this new fact was such as to lead it to decide to strike the application out of its list of cases in application of Article 37 of the Convention.

(a) In order to conclude that there could be no question of striking the application out of the list of cases in application of Article 37 § 1 (a), it was sufficient for the Court to note that the applicants had expressly indicated before it that they wished to pursue the case.

(b) The applicants complained primarily that there had been a violation, in respect of the victims’ families, of their right of access to a court for the purpose of determining Colonel Gaddafi’s responsibility and, if appropriate, a sentence ordering him to provide reparation. The agreement in question had been concluded subsequent to the judgment of 2001, although – assuming it were proved – the alleged violation of the Convention resulting from the impugned denial of justice actually occurred as a direct result of that decision. This agreement, to which the French State was not, as such, a party, was not intended to enable the applicants to have access to the French courts, nor had the Government claimed that any other element or event subsequent to the lodging of the application with the Court would have such a consequence. It followed that the key aspect of the applicants’ direct complaint persisted, which sufficed to conclude that the dispute had not been “resolved” within the meaning of Article 37 § 1 (b).

(c) As to the application of Article 37 § 1 (c), the conclusion of the 2004 agreement was due in large part to France’s diplomatic intervention and was unquestionably in line with the interests of the families of the victims of the attack.

The agreement provided for the payment of substantial sums to the families of the victims. Although the second applicant had refused to sign the waiver on which payment was dependent, it appeared from the statements made by her counsel at the hearing before the Court that the amount payable to her under the agreement remained available at the Bank for Official Deposits and that she would take her final decision in the light of the Court’s conclusions in this application.

In addition, there was a certain contradiction in the attitude of the applicant association, which, despite having undertaken in the agreement not to bring any proceedings against Libyan citizens based on the explosion on board the aircraft, still wished the Court to pursue the examination of complaints based on the impossibility for the victims’ relatives to have access to such proceedings.

Finally, in 1999 the French courts had sentenced six Libyan officials *in absentia* to life imprisonment and ordered them to pay compensation for non-pecuniary damage to the victims’ families, civil parties to those proceedings. At the hearing before the Court the applicants’ counsel stated for the first time that various sums

had indeed been paid in this connection to the civil parties, including to the second applicant and her family.

In sum, the conclusion of the 2004 agreement, the latter's terms and the fact that the second applicant had obtained a judgment on the question of the responsibility of six Libyan officials were circumstances which, taken together, led the Court to consider that it was no longer justified to continue the examination of the application within the meaning of Article 37 § 1 (c). As no other element regarding respect for human rights as guaranteed by the Convention required that this application be examined further, the Court decided, unanimously, to strike it out of the list.

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

*Gladkowski v. Poland* (striking out), no. 29697/96, 14 March 2000  
*Akman v. Turkey* (striking out), no. 37453/97, ECHR 2001-VI  
*S.G. v. France* (striking out), no. 40669/98, 18 September 2001  
*Haran v. Turkey*, no. 25754/94, 26 March 2002  
*Pisano v. Italy* (striking out) [GC], no. 36732/97, 24 October 2002  
*Sevgi Erdoğan v. Turkey* (striking out), no. 28492/95, 29 April 2003  
*Tahsin Acar v. Turkey* (preliminary issue) [GC], no. 26307/95, ECHR 2003-VI  
*Ohlen v. Denmark* (striking out), no. 63214/00, 24 February 2005  
*Meriakri v. Moldova* (striking out), no. 53487/99, 1 March 2005  
*Calì and Others v. Italy* (striking out), no. 52332/99, 19 May 2005  
*La Rosa and Alba v. Italy* (striking out), no. 58274/00, 28 June 2005  
*Van Houten v. the Netherlands* (striking out), no. 25149/03, ECHR 2005-IX  
*Falkovych v. Ukraine* (striking out), no. 64200/00, 4 October 2005  
*Hun v. Turkey* (striking out), no. 5142/04, 10 November 2005  
*Mürrüvet Küçük v. Turkey* (striking out), no. 21784/04, 10 November 2005  
*Zu Leiningen v. Germany* (dec.), no. 59624/00, ECHR 2005-XIII  
*Grimaylo v. Ukraine* (dec.), no. 69364/01, 7 February 2006  
*Fleury v. France* (dec.), no. 2361/03, 6 July 2006



...

## PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 76642/01) against the French Republic lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by a French national, Béatrix de Boëry, wife of Castelnau d’Essenault, and a legal entity under French law, the association SOS Attentats, SOS Terrorisme (SOS Terrorist Attacks) (“the applicants”), on 11 September 2001.

2. The applicants were represented by Piwnica & Molinié, Partners, and Mr D. Bouthors, lawyers practising 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, Ministry of Foreign Affairs.

3. The application was allocated to the Court’s Second Section (Rule 52 § 1 of the Rules of Court).

Jean-Paul Costa, the judge elected in respect of France, withdrew from sitting in the case. The Government accordingly appointed Vincent Coussirat-Coustère to sit as an *ad hoc* judge (Article 27 § 2 of the Convention and Rule 29 § 1).

On 5 January 2006 a Chamber of that Section, composed of Ireneu Cabral Barreto, Karel Jungwiert, Volodymyr Butkevych, Mindia Ugrehelidze, Antonella Mularoni, Elisabet Fura-Sandström and Vincent Coussirat-Coustère, judges, and Sally Dollé, Section Registrar, relinquished jurisdiction in favour of the Grand Chamber, none of the parties having objected to relinquishment (Article 30 of the Convention and Rule 72).

4. The composition of the Grand Chamber was determined in accordance with the provisions of Article 27 §§ 2 and 3 of the Convention and Rule 24.

5. On 19 October 2004, under the provisions of Article 29 § 3, the Chamber had decided to examine the admissibility and merits of the application at the same time. On 7 March 2006 the President of the Court decided to continue the application of that provision before the Grand Chamber.

6. The applicants and the Government each filed observations on the admissibility and merits of the case. Observations were also received from the British Government, 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 observations (Rule 44 § 5).

7. A hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 21 June 2006 (Rule 59 § 3).

There appeared before the Court:

(a) *for the Government*

Mrs E. BELLIARD, Director of Legal Affairs,  
 Ministry of Foreign Affairs, *Agent*,  
 Mrs A.-F. TISSIER, Deputy Head of the  
 Human Rights Section, Directorate of Legal Affairs,  
 Ministry of Foreign Affairs,  
 Mrs M. MONGIN-HEUZÉ, drafting secretary,  
 Human Rights Section, Ministry of Foreign Affairs,  
 Mr T. CHAUTAGNAT, representative of the Ministry  
 of Justice,  
 Mr P. BODEAU, member of the Directorate of Legal Affairs,  
 Ministry of Foreign Affairs, *Counsel*;

(b) *for the applicants*

Mr E. PIWNICA,  
 Mr D. BOUTHORS, both members of the Conseil d'Etat  
 and Court of Cassation Bar, *Counsel*,  
 Mrs R. POUPET, of the Paris Bar, *Adviser*.

The Court heard addresses by Mrs Belliard, Mr Piwnica and Mr Bouthors and also replies to questions put by the Court.

## THE FACTS

8. Founded in 1986, the first applicant is an association named SOS Attentats, SOS Terrorisme (SOS Terrorist Attacks), which has its registered office in Paris. Its members are victims of terrorism and their heirs. Its object, as expressed in Article 2 of its constitution, is "defence of the interests of the victims of terrorist attacks". The second applicant, Béatrix de Boëry, lives in Paris; her sister, Laurence de Boëry, died in the bomb attack on 19 September 1989 which forms the background to the present case.

9. On 19 September 1989 a bomb attack was committed against a DC 10 aircraft operated by the French company UTA; it blew up in flight above the Tenere desert. 170 people, including many French nationals, were killed.

After a judicial investigation in France, six Libyan nationals were committed for trial in the Paris Assize Court, sitting in a special composition. The defendants were Abdallah Senussi, the brother-in-law of Colonel Muammar Gaddafi and Head of the Libyan secret service, Ibrahim Naëli, Arbas Musbah, Abdelsalam Issa Shibani and



Abdelsalam Hammudda, all secret service agents, and Ahmed Abdallah Elazragh, a civil servant of the Ministry of Foreign Affairs serving at the Libyan Embassy in Brazzaville. On 10 March 1999 they were sentenced *in absentia* to life imprisonment. They were also ordered to pay compensation for non-pecuniary damage to the victims' families, who had participated in the trial as civil parties; during the hearing before the Grand Chamber, counsel for the applicants stated that certain sums had indeed been paid to the civil parties as compensation, including to Mrs de Boëry and her family, who had received between 100,000 French francs (FRF) (15,244.90 euros (EUR)) and FRF 200,000 (EUR 30,489.80).

10. On 16 June 1999 the applicants lodged a civil-party complaint (*une plainte avec constitution de partie civile*) against Colonel Muammar Gaddafi, the Libyan Head of State, for complicity in murder and destruction of property by use of an explosive substance which caused loss of life in furtherance of a conspiracy calculated to disturb public order through intimidation or terror.

11. On 6 October 1999 the investigating judge ruled that there was a case to answer.

12. On an application by the public prosecutor's office, the Indictment Division of the Paris Court of Appeal upheld that ruling in a judgment of 20 October 2000, in which it held as follows.

“... ”

Although, as the civil parties submitted, the French courts have jurisdiction, by virtue of Article 113-7 of the Criminal Code and Articles 689 et seq. of the Code of Criminal Procedure, to judge serious crimes committed abroad where the victims are, as in the present case, of French nationality, their jurisdiction does not extend to a person accused of such a crime who enjoys immunity from jurisdiction.

The immunity from jurisdiction of a foreign head of State is not guaranteed either by an international treaty to which France is party or by any other instrument.

However, international custom – that term being taken to mean evidence of a general practice accepted as law by all – governs relations between States and has the same legal authority as a treaty, so that a State cannot be bound by custom unless it has consented to be so bound.

In the Preamble to the Constitution of 27 October 1946, later endorsed by a reference to it in the 1958 Constitution, France enshrined the authority of international custom in its domestic legal order in the following terms: ‘The French Republic, faithful to her traditions, complies with public international law.’

The immunity from jurisdiction of foreign heads of State, including *de facto* heads of State vested with effective authority within and outside their countries and received as heads of State abroad, has always been accepted by the international community, including France, as the ordinary French courts, and learned legal writers too, have always recognised the existence of that immunity. The civil courts have applied it on numerous occasions.

However, since the end of the Second World War immunity from jurisdiction, which was originally absolute, has been subject to limits.

Numerous international conventions ratified by France, including the London Agreement of 8 August 1945 setting up the International Military Tribunal which sat at Nuremberg, the Charter of the International Military Tribunal sitting at Tokyo, approved on 19 January 1946, the Resolution of the General Assembly of the United Nations of 11 December 1946, the International Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid, adopted on 30 November 1973, which came into force on 18 July 1976, United Nations Security Council Resolutions nos. 827 and 955, in which were adopted, respectively, the Statute of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia at the Hague, and that of the International Tribunal for Rwanda at Arusha, and the Statute of the International Criminal Court, adopted on 17 July 1998, excluded that immunity for the most serious crimes, crimes against humanity, genocide, crimes committed in furtherance of apartheid and war crimes.

The first three of the above conventions make it clear that a defendant's official status as head of State will not be considered an exculpatory excuse. The fourth lists representatives of the State among the persons held to be criminally liable at international level for the crime of apartheid. The next two provide that the status of head of State does not exonerate a defendant from criminal responsibility. The Statute of the International Criminal Court states that it applies to all persons in general, without any distinction based on official status.

These conventions, far from being exhaustive exceptions to absolute immunity, reflect, on the contrary, the will of the international community to prosecute the perpetrators of the most serious crimes, including those committed by a head of State in the performance of his duties, where these constitute international crimes contrary to society's conscience.

Furthermore, the convention laying down the Statute of the International Criminal Court, which limits that court's jurisdiction to crimes against humanity, genocide, apartheid and war crimes, and whose ratification by France was authorised by the Law of 30 March 2000, states in its Preamble that 'it is the duty of every State to exercise its criminal jurisdiction over those responsible for international crimes', and Article 22 provides that 'conduct' may be characterised 'as criminal under international law independently of this Statute'.

The above convention thus acknowledges that it is the duty of States that have ratified it to mount prosecutions for international crimes, which cannot, by the terms of Article 22, be limited to crimes against humanity, genocide, crimes committed in furtherance of apartheid and war crimes, even if the defendant has the official status of head of State or government.

In addition to these instruments, judicial precedents, particularly the decisions of the House of Lords in the United Kingdom in the proceedings for the extradition of General Pinochet and the prosecution of General Noriega, an incumbent head of State, by the United States of America for drug trafficking, are evidence of a general practice accepted by all, including France, as currently valid law to the effect that immunity covers only acts of public authority or public administration performed by a head of State, provided that these are not considered international crimes.

It follows that no immunity can cover complicity in murder and destruction of property by an explosive substance causing loss of life in furtherance of a terrorist

conspiracy in which a head of State ordered the destruction in flight by explosives of an airliner carrying 170 civilians.

The above facts, if established, would fall into the category of international crimes and could not, in any event, be considered part of the duties of a head of State.

...”

13. Principal State Counsel at the Paris Court of Appeal lodged an appeal on points of law. The Court of Cassation quashed the judgment of 20 October 2000, declared it void, without remitting the case, and ruled that there was no case to answer. Its judgment, rendered on 13 March 2001, included the following reasoning.

“...

Regard being had to the general principles of international law;

Whereas, in the absence of contrary international provisions binding on the parties concerned, international custom is opposed to the prosecution of incumbent heads of State in the criminal courts of a foreign State;

...

Whereas, in upholding the investigating judge’s decision that there was a case to answer, notwithstanding State Counsel’s submissions to the contrary, the Indictment Division held that although the immunity of foreign heads of State had always been accepted by the international community, including France, no immunity could cover complicity in the destruction of property through the use of an explosive substance causing loss of life in furtherance of a terrorist conspiracy;

But whereas, in making that ruling, when under international law as it stands at present the crime complained of, whatever its gravity, is not covered by any of the exceptions to the principle of immunity from jurisdiction for foreign heads of State in office, the Indictment Division infringed that principle;

It follows that the judgment is void and is hereby quashed without the case being remitted, as the Court of Cassation is able to apply the appropriate legal rule, thus putting an end to the dispute, as it is empowered to do by Article L. 131-5 of the Judicature Code.

...”

14. On 9 January 2004 an agreement was signed between the Gaddafi International Foundation for Charity Associations, the victims’ families, represented by the first applicant and the association Les familles du DC 10 UTA en colère! (The UTA DC 10 families in angry mood!) and the Bank for Official Deposits.

The preamble to the agreement is worded as follows.

“In the framework of the humanitarian activities of the Gaddafi International Foundation for Charity Associations throughout the world, and wishing to reach an overall settlement of the consequences of the explosion on board the DC 10 of flight UT 772 on 19 September 1989,

At the request of the associations representing the families of the victims of the explosion mentioned above,

And in consequence of the Libyan and French governments' encouragement of the Gaddafi International Foundation for Charity Associations' intervention in this humanitarian role,

The parties have agreed as follows ...”

Article 1 of the agreement provides that the Foundation “will make an *ex gratia* payment to the families of the victims of the explosion on board the aircraft amounting to the equivalent in euros of one million ... United States dollars [(USD)] for the family of each of the 170 victims ... In exchange for receipt of that compensation the members of the families will desist from any and all actions or claims against Libya or against Libyan citizens based on the consequences of the explosion on board the aircraft which have not yet been settled by a court and will waive the right to bring any kind of civil or criminal proceedings before any French or international court based on the explosion on board the aircraft.”

Articles 2 and 3 of the agreement state that the Gaddafi International Foundation for Charity Associations will pay USD 170 million to the Bank for Official Deposits, which will be responsible for establishing, with the above-mentioned associations, a foundation registered under French law whose task will be to pay the members of the victims' families the sums to which they are entitled, in exchange for the handing-over of a duly signed waiver.

In addition, the two associations representing the families undertook “not to conduct any hostile action or dispute against Libya, Libyan nationals or Libyan legal entities relating to the explosion on board the aircraft” (Article 8 of the agreement).

At the hearing before the Grand Chamber, counsel for the applicants stated that, unlike members of her family but in common with other relatives of the victims, Mrs de Boëry had to date refused to sign the waiver provided for in the agreement; the sum due to her under it (EUR 70,000) had been deposited at the Bank for Official Deposits, and she would make her final decision in this respect in the light of the conclusions reached by the European Court of Human Rights in the instant case.

## COMPLAINTS

15. Relying on Article 6 § 1, the applicants complained of a restriction on their right of access to a court as a result of the judgment of 13 March 2001, by which the Court of Cassation had held that there was no case to answer with regard to their civil-party complaint against Colonel Gaddafi

on the ground that the crime complained of was not covered by any of the exceptions to the principle of immunity from jurisdiction of foreign heads of State in office.

Relying on Article 13 of the Convention, they also alleged that the Court of Cassation had thus deprived them of any “effective remedy” in respect of the infringement of the right to life enshrined in Article 2 of the Convention for which they sought to obtain redress; they also complained that no remedy was open to them whereby they could have challenged the lack of access to a court (which constituted a violation of Article 6 § 1 of the Convention).

## THE LAW

16. The applicants considered that the Court of Cassation’s judgment of 13 March 2001 had frustrated their right of access to a court. In this connection they emphasised that the Court of Cassation had automatically applied the international custom concerning the immunity from jurisdiction of foreign heads of State in office “that it believed it had identified”, without seeking to establish the existence of competing considerations of public policy and, in particular, without taking into account that the crimes attributed to Colonel Gaddafi constituted a violation of human rights. In addition, they insisted on the seriousness of the damage for which they were unable to seek compensation as a result of that judgment, and stated that no alternative remedy was available to them. They complained of a violation of Article 6 § 1 of the Convention, which provides:

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

The applicants added that in holding, with regard to their civil-party complaint against Colonel Gaddafi, that there was no case to answer on the ground that the crime complained of was not covered by the exceptions to the principle of immunity from jurisdiction for foreign heads of State in office, the Court of Cassation in its judgment of 13 March 2001 had left them with no “effective remedy” for the infringement of the right to life, enshrined in Article 2 of the Convention, for which they sought compensation. They further complained that no remedy had been offered to them whereby they could have challenged the lack of access to a court (which constituted a violation of Article 6 § 1 of the Convention). They relied on Article 13 of the Convention, emphasising that it guaranteed the right to an effective remedy “notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity”. Article 13 provides:

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

1. *The parties' submissions*

(a) **The Government**

17. The Government submitted that, through their diplomatic intervention, an agreement had been concluded on 9 January 2004 between the Gaddafi International Foundation for Charity Associations and the victims' families, represented by the first applicant and the association Les familles du DC 10 UTA en colère! In application of that agreement, the victims' families had each been paid USD 1 million (Article 3 of the agreement) in exchange for waiving the right “to bring any kind of civil or criminal proceedings before any French or international court based on the explosion on board the aircraft” (Article 1 of the agreement), and the applicant association, for its part, had given an undertaking “not to conduct any hostile action or dispute against Libya, Libyan nationals or Libyan legal entities relating to the explosion on board the aircraft” (Article 8 of the agreement). According to the Government, through the diplomatic activity which they had undertaken to that end, the applicants had obtained compensation. France had thus ensured that the rules of international law had not resulted in impairment of the victims' substantive right.

The Government argued on that basis, as their main submission, that the application was inadmissible because the applicants were not “victims”. In that connection, referring in particular to *Malama v. Greece* ((dec.), no. 43622/98, ECHR 2001-II), they observed, firstly, that the question whether an applicant could claim to be the victim of a violation of the Convention arose at all stages of the proceedings. They further submitted that the reasoning followed by the Court in *Caraher v. the United Kingdom* ((dec.), no. 24520/94, ECHR 2000-I) applied, *mutatis mutandis*, in the present case: where a relative accepted a sum of compensation in settlement of civil claims and renounced further use of local remedies, he or she would generally no longer be able to claim to be a victim of a violation of the Convention within the meaning of Article 34.

18. “More simply”, as they put it, the Government alleged that the application should be struck out under Article 37 of the Convention; given that the agreement of 9 January 2004 could be seen as “circumstances lead[ing] to the conclusion” that the applicants did “not intend to pursue [their] application”, that the matter had been resolved or that it was no longer justified to continue the examination of the application.

19. The Government also alleged that the applicants had not exhausted domestic remedies within the meaning of Article 35 § 1 of the Convention. In this connection they stated that the applicants had had the possibility of applying to the administrative courts, on the basis of the rule that public burdens must be borne equally, to obtain compensation for damage sustained as a result of the implementation in their case of a principle of public international law. At the hearing before the Grand Chamber they added that the applicants could also, in application of Article 706-3 of the Code of Criminal Procedure, have applied to the Criminal Damage Compensation Board (*Commission d'indemnisation des victimes d'infractions*) in order to obtain compensation for the damage sustained by them.

20. In their written observations, referring to the judgments in *Perez v. France* ([GC], no. 47287/99, ECHR 2004-I) and *Al-Adsani v. the United Kingdom* ([GC], no. 35763/97, ECHR 2001-XI), the Government said they did not contest the applicability of Article 6 § 1 of the Convention in the present case. Subsequently, however, at the hearing before the Grand Chamber, they argued that the immunity from jurisdiction of foreign heads of State in office barred *in limine* an application to the courts and concluded from that fact that “the applicability of Article 6 § 1 of the Convention in the present case was ... far from obvious”.

21. As regards the merits, the Government submitted in the first place, with reference to the above-mentioned judgment in *Al-Adsani*, that the ruling that there was no case to answer had been given in pursuit of the legitimate aim of complying with international law, since it had been based on the immunity from both civil and criminal jurisdiction traditionally accorded to incumbent foreign heads of State by international custom. On that point they referred to the judgment of the International Court of Justice in *Democratic Republic of the Congo v. Belgium* (14 February 2002), submitting that it had always been accepted in international law that foreign heads of State in office enjoyed immunity attached to their person, which protected them from judicial proceedings until the end of their term of office; this included proceedings concerning their private conduct. To date, no national court had agreed to try an incumbent head of State on the ground that the nature of the alleged crimes placed them outside the protection of customary immunity. In the *Pinochet* case the House of Lords had lifted the immunity claimed by General Pinochet only because he was no longer in office and Chile was a party to the Convention against Torture (which the House of Lords had interpreted as a waiver of immunity in respect of crimes of torture). According to the Government, customary international law, as upheld by the International Court of Justice, required States to respect the principle of the immunity from jurisdiction of foreign heads of State in office: this amounted to an obligation.

In that context, the Government submitted, the immunity from jurisdiction enjoyed by an incumbent head of State did not mean that he could act with impunity, but that an attempt to establish his liability could be made only in very specific circumstances, such as when the State he represented or had represented decided to lift that immunity. Secondly, where a person had ceased to be head of State he no longer enjoyed to the full extent the immunity from jurisdiction formerly accorded under international law by other States. Thirdly, criminal proceedings could be brought against a head of State in certain international courts empowered to try the case. Moreover, he could be prosecuted in his own country.

Referring to the above-mentioned judgment in *Al-Adsani*, the Government went on to say that the restriction on the right of access to a court complained of by the applicants was proportionate to the aim pursued. They further submitted that the Court of Cassation did not *a priori* impose as an absolute principle the impossibility of instituting proceedings against a foreign head of State: a reading *a contrario* of the judgment given in the applicants' case would suggest that the Court of Cassation might have taken a different line if the case had concerned a head of State no longer in office. Above all, the facts complained of by the applicants had given rise to criminal prosecutions in France. Investigations had been carried out and had made it possible to bring proceedings against six senior Libyan officials – five members of the secret service and a member of the diplomatic corps – who had been sentenced *in absentia* on 10 March 1999 by the Paris Assize Court, sitting in a special composition, to life imprisonment. The limitation applied in the present case had not therefore restricted the applicants' access to the courts in a manner or to a degree such that the very substance of their right had been impaired.

The Government accordingly concluded, placing only the slightest weight on this last alternative submission, that the complaint was manifestly ill-founded.

**(b) The applicants**

22. The applicants replied that they were still “victims” notwithstanding the agreement of 9 January 2004. They pointed out in that connection that the proceedings before the Court had begun before that agreement had been signed and were directed not against Libya or Libyan citizens but against the French State. It could not therefore be argued on the basis of the terms of the agreement that they had undertaken not to pursue the proceedings before the Court. Since the domestic proceedings had not ended with a friendly settlement, the solution adopted by the Court in the *Caraher* decision cited by the Government was not transposable to their case. Citing *Kaya v. Turkey* (19 February 1998,



*Reports of Judgments and Decisions* 1998-I), they submitted that the Court should find, on the contrary, that since no procedural protection of the right to life had been put in place by France for the victims of terrorist attacks committed by foreign heads of State, they had not lost the status of victims within the meaning of Article 34 of the Convention.

23. Secondly, the applicants contested the Government's argument that the application should be struck out under Article 37 of the Convention. They repeated their submission that the agreement of 9 January 2004 could not be seen as an undertaking on their part to withdraw from the present case and emphasised that they intended to maintain their application and that there was no good reason why the Court should decline all further examination of the case.

24. Replying to the objection of non-exhaustion of domestic remedies raised by the Government, the applicants submitted that, in the absence of a finding of Colonel Gaddafi's guilt by the criminal courts, an application to the administrative courts for compensation for the damage sustained through the application of immunity from jurisdiction would have been illusory.

25. On the merits, the applicants pointed out that the Court had held in *Al-Adsani*, cited above, that the State enjoyed immunity from civil actions for damages in respect of acts of torture and that this immunity was to be distinguished from an individual's criminal liability for such acts. But in the present case, they stressed, once they had chosen to pursue the path of a civil-party complaint, as they were entitled to do under French law, it was primarily the criminal liability of Colonel Gaddafi which was in issue, so that the type of immunity to which *Al-Adsani* related could not be relied on. They stated that, if the immunity from criminal jurisdiction of foreign heads of State in office had not been admitted and if the criminal court had examined the case as they requested and had convicted Colonel Gaddafi of the crime which they imputed to him, that court could have ruled on their claims for compensation for the damage resulting from that crime.

The applicants added that, in any event, the judgment in *Al-Adsani*, which acknowledged the existence of an immunity in international law, had been adopted by a slender majority of only nine votes to eight, which showed that the case-law was bound to evolve, especially as the development of international terrorism since 1991 – the date of the acts committed in the *Al-Adsani* case – had “raised the level of protection required by our democratic societies”. They dismissed the argument that there was an international custom whereby foreign heads of State in office enjoyed absolute immunity from jurisdiction: there was no consistent and general practice, supported by *opinio juris*, in this area; on the contrary, international law was moving towards the abolition of that immunity where the offences imputed to a foreign head of State constituted

particularly serious crimes, such as terrorist acts resulting in loss of life. In particular, they considered that the Government's reference, in this connection, to the judgment given on 14 February 2002 by the International Court of Justice was not relevant, since, in finding that an incumbent Minister of Foreign Affairs enjoyed immunity from criminal jurisdiction under international law, that court had cited, among other precedents, the judgment given by the French Court of Cassation in their case.

In any event, according to the applicants, the fact that certain States agreed to a barbarous standard of this nature did not prevent this Court, the guardian of human rights, from finding that the requirements inherent in the protection of fundamental rights in a democratic society had not been met. Further, given that the Convention was not a subsidiary text in relation to other norms of international law, it was not sufficient to note the mandatory nature of a provision of international law in order to conclude that a decision by a State, taken in application of such a provision, was, on that basis alone, compatible with the Convention. In reality, it appeared from *Al-Adsani* (cited above, § 55) and the decision in *Banković and Others v. Belgium and Others* ((dec.) [GC], no. 52207/99, § 57, ECHR 2001-XII) that the Court had not recognised the superiority of traditional international law over the Convention but had, on the contrary, identified a conciliation rule that gave precedence to the Convention's provisions over incompatible provisions of classic international law. In any event, according to the applicants, the immunity from jurisdiction of foreign heads of State in office, even supposing it was absolute, ought to give way before the fundamental right of victims of acts amounting to violations of human rights to have access to the justice system in order to obtain compensation for their loss.

## 2. *Observations by the British Government, third-party intervener*

26. The British Government emphasised that the immunity from jurisdiction of foreign heads of State in office, which stemmed from the principle of the sovereign equality of States, was governed by customary international law; it had recently been reaffirmed by the International Court of Justice in its judgment in *Democratic Republic of the Congo v. Belgium* (cited above) and by the Institut du droit international in a 2001 resolution (*Annuaire de l'Institut*, Vancouver Session, 2001, vol. II, p. 742), and the national courts in a number of States had reached a similar conclusion.

Thus, it was submitted that international law required all States to accord foreign heads of State in office immunity from the jurisdiction of their courts in criminal proceedings; this was an immunity *ratione personae* – it applied irrespective of whether the proceedings concerned official or

private actions – and was absolute: in particular, neither the gravity of the offence imputed to a foreign head of State in office nor the status of the rule of international law which was said to have been violated, gave rise to an exception to that duty. The correct interpretation of international law was that they should also enjoy a general immunity from the civil jurisdiction of other States, given that court decisions to the effect that the immunity of foreign heads of State in office was more restricted in civil than in criminal proceedings suggested only that acts of a purely private character did not attract immunity.

27. The British Government concluded that Article 6 § 1 of the Convention was inapplicable: since international law required immunity from jurisdiction, all actions imputed to a foreign head of State in office and covered by that immunity fell outside the jurisdiction of the national courts and, consequently, of that provision. They accepted that the Court had dismissed this argument in *Al-Adsani* (cited above), but invited it to reconsider this issue in the light of the principle that the Convention fell to be interpreted and applied in accordance with international law as a whole.

However, in the event that the Court considered that Article 6 § 1 was applicable, the British Government invited it to confirm the approach taken in *Al-Adsani* (cited above), *Fogarty v. the United Kingdom* ([GC], no. 37112/97, ECHR 2001-XI), *McElhinney v. Ireland* ([GC], no. 31253/96, ECHR 2001-XI), and *Kalogeropoulou and Others v. Greece and Germany* ((dec.), no. 59021/00, ECHR 2002-X), and to hold that a limitation on a right of access to justice could not be regarded as disproportionate if it was necessary in order for the State Party to comply with its international law obligations. In other words, according to the British Government, Article 6 § 1 could not be interpreted as requiring a Party to the Convention to act in violation of international law.

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

28. After the application had been lodged (11 September 2001), a new fact was brought to the Court's attention: on 9 January 2004 an agreement was signed between the Gaddafi International Foundation for Charity Associations, the families of the victims (represented by the first applicant and by the association Les familles du DC 10 UTA en colère!) and the Bank for Official Deposits.

This agreement provides for payment by the Foundation of USD 1 million to the families of each of the 170 victims. It states that “[i]n exchange for receipt of that compensation the members of the families will desist from any and all actions or claims against Libya or against Libyan citizens based on ... the explosion on board the aircraft which have not yet been settled by a court and will waive the right to

bring any kind of civil or criminal proceedings before any French or international court based on the explosion on board the aircraft”; in practical terms, under the agreement, each member of the families concerned is obliged to sign a waiver in order to receive his or her share. As to the applicant association, it has undertaken “not to conduct any hostile action or dispute against Libya, Libyan nationals or Libyan legal entities relating to the explosion on board the aircraft”.

29. In the Court’s view, it is necessary first of all to determine whether this new fact is such as to lead it to decide to strike the application out of its list of cases in application of Article 37 § 1 of the Convention, which provides:

“The Court may at any stage of the proceedings decide to strike an application out of its list of cases where the circumstances lead to the conclusion that

- (a) the applicant does not intend to pursue his application; or
- (b) the matter has been resolved; or
- (c) for any other reason established by the Court, it is no longer justified to continue the examination of the application.

However, the Court shall continue the examination of the application if respect for human rights as defined in the Convention and the Protocols thereto so requires.”

**(a) The application of Article 37 § 1 (a) of the Convention**

30. The Government seemed to wish to conclude from the agreement of 9 January 2004 that the applicants had agreed to desist from the proceedings before the Court and that, consequently, they no longer intended to pursue their application within the meaning of Article 37 § 1 (a) of the Convention.

While it is true that an applicant’s undertaking to withdraw from proceedings which he or she has initiated before the Court is capable of justifying the striking out of that application, in accordance with Article 37 § 1 of the Convention, such a waiver, in order to be valid, must be unequivocal (see *Zu Leiningen v. Germany* (dec.), no. 59624/00, ECHR 2005-XIII). As has been noted above, the applicant association undertook, in signing the agreement, “not to conduct any hostile action or dispute against Libya, Libyan nationals or Libyan legal entities relating to the explosion on board the aircraft”; clearly, this phrase does not concern the proceedings before the Court, as these are directed against France. The second applicant has not to date accepted the amount to which she could lay claim under the agreement in her capacity as a family member of one of the victims, and has not signed the waiver which would represent the consideration for the payment; thus, even supposing that the terms of the agreement meant that this waiver would

cover the proceedings before the Court, it must be recognised that the second applicant has not bound herself in this way.

31. This being so, in order to conclude that there can be no question of striking the application out of its list of cases in application of Article 37 § 1 (a), it is sufficient for the Court to note that the applicants have expressly stipulated that they intend to pursue it (see *Pisano v. Italy* (striking out) [GC], no. 36732/97, § 41, 21 October 2002; see also, *inter alia*, *Ohlen v. Denmark* (striking out), no. 63214/00, § 25, 24 February 2005).

**(b) The application of Article 37 § 1 (b) of the Convention**

32. In order to conclude in the instant case that the matter has been resolved within the meaning of Article 37 § 1 (b) and that there is therefore no longer any objective justification for the applicant to pursue his application, it is necessary to examine, firstly, whether the circumstances complained of directly by the applicants still obtain and, secondly, whether the effects of a possible violation of the Convention on account of those circumstances have also been redressed. This approach reflects the structure of the Convention's supervisory machinery, which provides both for a reasoned decision or judgment as to whether the facts in issue are compatible with the requirements of the Convention (Article 45), and, if they are not, for an award of just satisfaction if necessary (Article 41) (see *Pisano*, cited above, § 42).

33. The Court makes clear, firstly, that the "matter" in question is the dispute which brings the applicants and France before it, at the nub of which is the denial of justice of which the applicants complained. In this connection it is recalled that they complained primarily of a violation of the right of the relatives of the victims of the attack of 19 September 1989 – including the second applicant – to have access to a court for the purpose of determining Colonel Gaddafi's responsibility and, if appropriate, a sentence ordering him to provide reparation for the resulting damage; in particular, they complained of the Court of Cassation's judgment in their case on 13 March 2001, in that it had ruled, on the basis of the immunity from jurisdiction of foreign heads of State in office, that there was no case to answer.

34. This having been emphasised, the Court notes that the agreement in question was concluded subsequent to the judgment of 13 March 2001, although – assuming it were proved – the alleged violation of the Convention resulting from the impugned denial of justice actually occurred as a direct result of that decision. It further notes that this agreement, to which the French State is not, as such, a party, is not intended to enable the applicants to have access to the French courts, nor has it done so in practice. The Court also observes that the Government did not claim that any other element or event subsequent to the lodging of the

application with the Court would have such a consequence; on the contrary, they argued strongly that customary international law prevented a foreign head of State in office being brought before the courts of another State. It would thus appear, notwithstanding the conclusion of the agreement of 9 January 2004, that the key aspect of the applicants' direct complaint persists, which suffices in principle to conclude that the dispute has not been "resolved" within the meaning of Article 37 § 1 (b).

Furthermore, the Court emphasises that the agreement does not make reparation for the consequences which could arise from a possible violation of the Convention as a result of these circumstances. Indeed, even supposing that the sums awarded to the victims' families under the agreement were intended to cover the prejudice for which the applicants sought to obtain redress before the French courts and that this was sufficient for the Court to hold that the agreement thus corresponded fully to the purpose of an action for damages (that is, to have the person responsible for the prejudice identified and to obtain compensation for that prejudice), such prejudice is – at least in part – distinct from any which might result from the violation of their right to a court.

35. In conclusion, as the aforementioned conditions have not been met, there can be no question of striking the application out of the list in application of Article 37 § 1 (b).

#### (c) The application of Article 37 § 1 (c) of the Convention

36. In order to decide whether the application should be struck out of the list in application of Article 37 § 1 (c), the Court must consider whether the circumstances lead it to conclude that "for any other reason ... it is no longer justified to continue the examination of [it]".

37. It is clear from this provision that the Court enjoys a wide discretion in identifying grounds capable of being relied upon in striking out an application on this basis, it being understood, however, that such grounds must reside in the particular circumstances of each case.

Its case-law illustrates this point. The Court has, for example, ruled that in certain circumstances it may be appropriate to strike an application out of its list of cases under this provision on the basis of a unilateral declaration by the respondent Government even though the applicant wishes the examination of the merits of his case to be continued (see *Tahsin Acar v. Turkey* (preliminary issue) [GC], no. 26307/95, § 75-77, ECHR 2003-VI; see also, in particular, *Akman v. Turkey* (striking out), no. 37453/97, ECHR 2001-VI; *Haran v. Turkey*, no. 25754/94, 26 March 2002; *Meriakri v. Moldova* (striking out), no. 53487/99, 1 March 2005; and *Van Houten v. the Netherlands* (striking out), no. 25149/03, ECHR 2005-IX). It has also proceeded in that manner in cases where the applicants had reached an agreement or

settlement with the domestic authorities which largely satisfied the demands that they had made under the Convention, and had thus lost their victim status (see, for example, *Calì and Others v. Italy* (striking out), no. 52332/99, 19 May 2005, and *La Rosa and Alba v. Italy* (striking out), no. 58274/00, 28 June 2005). It has also struck applications out of its list in application of this provision on the ground that the applicant in question had died in the course of the proceedings and that no heir or close member of their family had expressed the wish to pursue the proceedings (see, for example, *Gładkowski v. Poland* (striking out), no. 29697/96, 14 March 2000, and *Sevgi Erdoğan v. Turkey* (striking out), no. 28492/95, 29 April 2003) or that the heir who expressed such an intention had no legitimate interest in that regard (see *S.G. v. France* (striking out), no. 40669/98, 18 September 2001), or, in the light of a lack of diligence on the part of the applicant (see, for example, *Hun v. Turkey* (striking out), no. 5142/04, 10 November 2005, and *Mürüvet Küçük v. Turkey* (striking out), no. 21784/04, 10 November 2005) or his or her lawyer (see, for example, *Falkovych v. Ukraine* (striking out), no. 64200/00, 4 October 2005; and *Fleury v. France* (dec.), no. 2361/03, 6 July 2006), or on the ground that the applicant had failed to appoint a lawyer to represent him pursuant to Rule 36 §§ 2 and 4 (a) of its Rules of Court (see *Grimaylo v. Ukraine* (dec.), no. 69364/01, 7 February 2006).

38. In the instant case the Court does not doubt that, as the Government pointed out, the conclusion of the agreement of 9 January 2004 is due in large part to the latter's diplomatic intervention. It also takes note of the resources that they have made available, essentially through the Bank for Official Deposits (a party to the agreement), to guarantee and facilitate payment of the sums due under that agreement to the family members of the victims of the attack of 19 September 1989.

The Court is, moreover, satisfied that this agreement is in line with the latter's interests, a view that is supported by the fact that the associations representing those interests – including the applicant association – are signatories to it. It points out in this respect that, with a view to reaching “an overall settlement of the consequences of the explosion on board the DC 10 of flight UT 772”, the agreement provides for the payment of substantial sums to the families of the victims of the attack of 19 September 1989: USD 1 million for each victim. Some of those concerned, including members of the second applicant's family, have already received the amount due to them under the agreement; others have to date refused to sign the waiver on which payment is dependent. Although the second applicant is one of those individuals, it appears from the statements made by her counsel at the hearing before the Grand Chamber that the amount payable to her under the agreement, namely EUR 70,000, remains available at the Bank for Official Deposits and that she will take her final decision in the light of the Court's conclusions in the instant case (see paragraph 14 above).

The Court further considers that it must take into account the internal logic of the agreement of 9 January 2004, which is based on the payment of the substantial sums referred to above in exchange, in particular, for the waiver by the victims' families of the right to bring any proceedings before the French courts against Libyan citizens based on the attack of 19 September 1989. It sees a certain contradiction in the attitude of the applicant association, which, despite being a signatory to an agreement worded in those terms, still wishes the Court to pursue the examination of complaints based on the impossibility for the victims' relatives to have access to such proceedings.

The Court further observes that, as the Government pointed out, an investigation was opened in France following the attack of 19 September 1989, at the close of which six Libyan nationals were committed for trial before the Paris Assize Court, sitting in a special composition, and were sentenced *in absentia* to life imprisonment and ordered to pay compensation for non-pecuniary damage to the victims' families, civil parties to those proceedings. At the hearing before the Grand Chamber the applicants' counsel stated for the first time that various sums had indeed been paid in this connection to the civil parties, including to Mrs de Boëry and her family (who have received between FRF 100,000 (EUR 15,244.90) and FRF 200,000 (EUR 30,489.80) – see paragraph 9 above).

39. In sum, the conclusion of the agreement of 9 January 2004, the latter's terms and the fact that the second applicant has obtained a judgment on the question of the responsibility of six Libyan officials are circumstances which, taken together, lead the Court to consider that it is no longer justified to continue the examination of the application within the meaning of Article 37 § 1 (c) of the Convention.

**(d) Final considerations**

40. Finally, the Court considers that no other element regarding respect for human rights as guaranteed by the Convention requires that the application be examined further under Article 37 § 1 *in fine*.

41. It follows from the above that it is appropriate to put an end to the application of Article 29 § 3 of the Convention and to strike the application out of the list, this conclusion making it unnecessary for the Court to examine the pleas of inadmissibility raised by the Government, based on the loss of the applicants' victim status and a failure to exhaust domestic remedies.

For these reasons, the Court unanimously

*Decides* to strike the application out of its list.



TROCELLIER c. FRANCE  
(Requête n° 75725/01)

PREMIÈRE SECTION<sup>1</sup>

DÉCISION DU 5 OCTOBRE 2006<sup>2</sup>

---

1. Siégeant en une chambre composée de Christos Rozakis, *président*, Loukis Loucaides, Jean-Paul Costa, Françoise Tulkens, Nina Vajić, Anatoly Kovler, Elisabeth Steiner, *juges*, et de Søren Nielsen, *greffier de section*.

2. Texte français original.



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Conséquences dommageables et imprévisibles d'une intervention chirurgicale, du fait d'une prédisposition à la somatisation non connue avant l'opération****Article 8**

*Respect de la vie privée – Conséquences dommageables et imprévisibles d'une intervention chirurgicale, du fait d'une prédisposition à la somatisation non connue avant l'opération – Obligations positives – Obligation d'information des patients par le médecin uniquement sur les conséquences prévisibles d'une intervention médicale*

\*  
\* \*

La requérante subit dans un hôpital public une hystérectomie sous anesthésie générale. A son réveil, sa jambe gauche était paralysée. Alors qu'elle était valide avant l'opération, elle ne se déplace plus aujourd'hui qu'en fauteuil roulant ou avec l'aide de cannes-béquilles. Saisi à cette fin par l'intéressée, le président du tribunal administratif désigna un expert médical, qui rendit un rapport. Tout en concluant à l'absence de faute médicale ou d'erreur d'organisation du service hospitalier, l'expert releva chez la requérante une prédisposition à la somatisation, non connue avant l'opération, ayant favorisé l'installation à la suite de l'intervention d'une monoplégie pithiatique. La requérante saisit le tribunal administratif d'une demande tendant à ce que le centre hospitalier où elle avait été opérée fût déclaré responsable des conséquences dommageables de l'hystérectomie qu'elle avait subie et condamné à réparer son préjudice corporel. Le tribunal la débouta, estimant que le lien de causalité entre l'intervention et la paralysie dont elle se plaignait n'était pas établi. Elle saisit alors la cour administrative d'appel, dénonçant en particulier le fait que le centre hospitalier avait manqué à son obligation de l'informer complètement des risques liés à l'opération et avait omis de rechercher préalablement si elle présentait une prédisposition à la somatisation. La cour administrative d'appel réfuta ses arguments sur les deux points et confirma le jugement de première instance. Enfin, le Conseil d'Etat rejeta le pourvoi formé par la requérante. Il estima qu'en jugeant qu'il n'existait pas de lien de causalité directe entre les symptômes présentés et l'intervention subie et en constatant ainsi que la condition nécessaire à tout engagement de la responsabilité du centre hospitalier, que ce fût sur le terrain de la responsabilité sans faute ou celui de la responsabilité pour faute, n'était pas remplie, la cour d'appel n'avait pas dénaturé les faits ni les conclusions du rapport d'expertise et avait suffisamment motivé son arrêt.

---

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

Article 8: les principes développés dans la jurisprudence de la Cour sur le terrain du droit à la vie consacré par l'article 2 – selon lesquels les Etats parties ont l'obligation de mettre en place d'une part un système judiciaire efficace et indépendant permettant d'établir la cause du décès d'un individu se trouvant sous la responsabilité de professionnels de la santé relevant tant du secteur public que des structures privées, et d'autre part un cadre réglementaire imposant aux hôpitaux, qu'ils soient publics ou privés, l'adoption de mesures propres à assurer la protection de la vie de leurs malades – valent également, dans le même contexte, pour les atteintes graves à l'intégrité physique entrant dans le champ d'application de l'article 8. En l'espèce, sur le premier point, la requérante a eu accès à une procédure permettant de juger la responsabilité de l'équipe médicale du centre hospitalier qui l'a opérée et, le cas échéant, d'obtenir réparation de son préjudice corporel, et tant l'expert médical désigné par le président du tribunal administratif que les juridictions internes ont conclu que l'opération s'est déroulée normalement et ont exclu toute faute ou négligence médicale. Quant au second point, la Cour a déjà souligné l'importance du consentement du patient et la nécessité, pour les personnes exposées à un risque pour leur santé, d'avoir accès aux informations leur permettant d'évaluer celui-ci. Elle estime pouvoir en déduire que les Etats parties sont tenus de prendre les mesures réglementaires nécessaires pour que les médecins s'interrogent sur les conséquences prévisibles de l'intervention médicale projetée sur l'intégrité physique de leurs patients et qu'ils en informent préalablement ceux-ci. En corollaire, si un risque prévisible de cette nature se réalise sans que le patient en ait été dûment informé au préalable par ses médecins et que, comme en l'espèce, ceux-ci exercent au sein d'un hôpital public, l'Etat partie concerné peut être tenu pour directement responsable sur le terrain de l'article 8 du fait de ce défaut d'information. En l'espèce, le droit positif français consacrait déjà à l'époque des faits en cause une obligation d'information pesant sur les médecins et, au demeurant, la requérante ne prétend pas n'avoir reçu aucune information préopératoire. Par ailleurs, il apparaît qu'une paralysie de l'intensité et de la persistance de celle dont souffre l'intéressée n'est pas, en tant que telle, une conséquence prévisible des interventions chirurgicales de cette nature. Selon l'expert, les troubles de la requérante relèvent de la somatisation. Or il n'y a aucune raison de ne pas accorder de crédit à l'argument du Gouvernement selon lequel le champ de la somatisation est très peu étudié par la médecine et les données possédées sont encore hypothétiques, de sorte qu'il serait difficile de l'inclure par principe dans l'obligation d'information pesant sur les médecins. Dans le cas spécifique de la requérante en outre, si l'expert note une prédisposition de l'intéressée à ce type de réaction, il souligne que cette prédisposition n'était pas connue avant l'opération (ce que retient également la cour administrative d'appel): défaut manifeste de fondement.

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

*Herczegfalvy c. Autriche*, 24 septembre 1992, série A n° 244

*Raninen c. Finlande*, 16 décembre 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-VIII

*Guerra et autres c. Italie*, 19 février 1998, *Recueil* 1998-I

*Botta c. Italie*, 24 février 1998, *Recueil* 1998-I

*Fressoz et Roire c. France* [GC], n° 29183/95, CEDH 1999-I  
*Selmouni c. France* [GC], n° 25803/94, CEDH 1999-V  
*Calvelli et Ciglio c. Italie* [GC], n° 32967/96, CEDH 2002-I  
*Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, CEDH 2002-III  
*Y.F. c. Turquie*, n° 24209/94, CEDH 2003-IX  
*M.C. c. Bulgarie*, n° 39272/98, CEDH 2003-XII  
*Roche c. Royaume-Uni* [GC], n° 32555/96, CEDH 2005-X



(...)

## EN FAIT

La requérante, M<sup>me</sup> Marie-Thérèse Trocellier, est une ressortissante française, née en 1943 et résidant à Marvejols. Elle est représentée devant la Cour par M<sup>e</sup> P. Sirgue, avocat à Bordeaux. 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.

Les faits de la cause, tels qu'ils ont été exposés par les parties, peuvent se résumer comme suit.

Le 11 juillet 1988, la requérante subit dans un hôpital public – le centre hospitalier de Montpellier – une opération chirurgicale gynécologique (une hystérectomie) sous anesthésie générale. A son réveil, sa jambe gauche était paralysée. Alors qu'elle était valide avant l'opération, elle ne peut plus se déplacer qu'en fauteuil roulant ou avec l'aide de cannes-béquilles.

### *1. Les expertises médicales*

Le 2 mai 1990, le docteur Arnaud, médecin légal et expert près la cour d'appel, examina la requérante à la demande de celle-ci. Son rapport indique notamment ce qui suit :

« (...) dans les suites immédiates de [l']intervention, est apparue une paralysie de tout le membre inférieur (...) gauche. A ce jour, malgré les diverses hypothèses envisagées, malgré les explorations multiples et approfondies qui ont été pratiquées (...), il n'a pas été possible d'affecter à la paralysie de M<sup>me</sup> Trocellier une étiologie précise à l'origine de ses troubles sensitivomoteurs. Le seul fait indiscutable est que cette paralysie flasque est apparue dans les suites immédiates (dès le lendemain) de la dernière intervention du 11 juillet 1988. Il y a vraisemblablement chez M<sup>me</sup> Trocellier un «terrain» médicopsychologique qui a pu influencer défavorablement la pérennisation des troubles et l'installation dans l'état où elle se trouve à l'heure actuelle. Il n'en demeure pas moins, et tous les spécialistes en sont d'accord, qu'il y a chez [elle] une atteinte neurologique sensitivomotrice sévère intéressant tout le membre inférieur gauche qui a succédé à l'intervention du 11 juillet 1988. S'agit-il de lésions traumatiques directes des troncs nerveux (...) ou par malposition sur la table d'opération? Il apparaît bien difficile de choisir entre les différentes hypothèses évoquées. Quoi qu'il en soit, [la requérante] présente une infirmité sévère qui, malgré tous les soins rééducatifs, paraît fixée et sans possibilités vraiment significatives d'amélioration. Même si, comme on a pu l'envisager, le «terrain» psychopathologique personnel de M<sup>me</sup> Trocellier a pu participer à cette situation, il n'en est pas à l'origine, mais celle-ci doit être portée au débit de l'intervention du 11 juillet 1988. Il paraît donc raisonnable de demander réparation de ces complications post-opératoires au centre hospitalier de Montpellier. En revanche, une faute «lourde» détachable du service ne peut être reprochée aux différents spécialistes qui ont prodigué leurs soins à la malade. »

Le 13 avril 1991, le docteur Bondeelle, diplômé en réparation juridique du préjudice corporel et expert près le tribunal de Carpentras, examina la requérante à la demande de celle-ci. Daté du 29 avril 1991, son rapport constate que la paralysie dont souffre la requérante est apparue à la suite immédiate de l'opération du 11 juillet 1988 et conclut ainsi :

« (...) les seules hypothèses seraient : a) une malposition de l'opérée sur la table ; b) ou, ce qui est très voisin, le syndrome du dormeur (...) Quel que puisse être l'état psychologique sous-jacent, et sur ce point nous (...) [avons] trouvé M<sup>me</sup> Trocellier non seulement non revendicative mais encore étonnante de sérénité, le lien de causalité ne peut échapper à quiconque. »

Saisi en référé à cette fin par la requérante, le président du tribunal administratif de Montpellier désigna un expert médical (le docteur Giraud), lequel examina la requérante et prit connaissance de son dossier médical. Daté du 10 décembre 1992, le rapport conclut à l'absence de faute médicale ou d'erreur de l'organisation du service hospitalier ; il précise notamment ce qui suit :

« (...) M<sup>me</sup> Trocellier est opérée le 11.07.88 d'une hystérectomie. Elle présente dans les suites de l'intervention une atteinte crurale gauche, c'est-à-dire des petits troubles de la sensibilité et de motricité dans le territoire du membre inférieur gauche qui est innervé par le nerf crural. Cette atteinte est assez fréquente dans les suites opératoires des hystérectomies. On ne connaît pas encore de façon précise la raison de l'apparition de ces troubles ; on sait par contre que ces troubles cèdent généralement au bout de trois mois environ. Pourtant, quatre ans après, M<sup>me</sup> Trocellier souffre toujours d'une monoplégie du membre inférieur gauche (...). Nous sommes (...) amenés à dire qu'il s'agit bien ici d'une monoplégie pithiatique du membre inférieur gauche liée à un syndrome de conversion. Aucun substratum psychosomatique ou anatomique ne correspond aux troubles allégués. En conséquence, nous pouvons affirmer que la monoplégie de type syndrome de conversion que nous constatons est sans aucun lien de cause à effet avec l'intervention. Toutefois, si l'intervention n'est pour rien dans l'installation de cette monoplégie pithiatique, il est certain que cette monoplégie pithiatique s'est produite immédiatement après l'intervention et surtout après une atteinte crurale liée à cette intervention. Cette monoplégie pithiatique n'a pu apparaître que chez une femme qui avait une prédisposition aux troubles psychologiques de cette nature, mais la Cour de cassation a jugé qu'on ne peut en aucun cas faire état d'une prédisposition qui n'était pas révélée et il ne semble pas que M<sup>me</sup> Trocellier ait présenté dans les années qui ont précédé l'intervention des troubles psychologiques de cette nature, ni qu'elle ait vu un médecin pour cela, ni qu'elle ait été soignée ni à son domicile ni en clinique pour cela. (...) Il n'y a eu aucune faute médicale et l'intervention s'est déroulée normalement, mais sur un terrain prédisposé, l'intervention a déclenché sur un point de polarisation un syndrome de conversion qui a pris la forme chez M<sup>me</sup> Trocellier d'une monoplégie pithiatique du membre inférieur gauche. Par conséquent, même s'il n'y a aucune erreur, ni faute de la part de l'équipe soignante ou de l'hôpital, les troubles ayant été indiscutablement déclenchés dans la suite de cette intervention, on peut peut-être juridiquement envisager l'indemnisation des troubles comme étant la conséquence sans erreur médicale de l'intervention ; il appartiendra au tribunal d'en décider. Nous soulignons que dans cette perspective, l'imputabilité doit être considérée comme totale du point de vue médico-légal puisque



la preuve de l'état antérieur n'a pas pu être mise en évidence, même si médicalement cet état antérieur est parfaitement certain. (...)»

## 2. *La procédure en indemnisation devant les juridictions administratives*

La requérante saisit le tribunal administratif de Montpellier d'une demande tendant à ce que le centre hospitalier de Montpellier soit déclaré responsable des conséquences dommageables de l'intervention chirurgicale du 11 juillet 1988 et à ce qu'il soit condamné à réparer son préjudice corporel. Sa requête fut rejetée par un jugement du 8 octobre 1997 ainsi motivé :

« (...) Considérant qu'il résulte de l'instruction, et notamment du rapport de l'expertise ordonnée par voie de référé, que l'intervention (...) s'est déroulée de façon normale, sans qu'aucune faute médicale ou de l'équipe soignante ne puisse être mise en cause dans l'apparition des troubles dont se plaint la requérante, et que la monoplégie constatée chez l'intéressée n'est pas imputable aux conditions dans lesquelles a été réalisée l'intervention; que la circonstance que cette intervention ait pu, en tant que facteur psychologique, déclencher sur un point de polarisation un syndrome de conversion ayant pris chez la patiente la forme d'une monoplégie pithiatique du membre inférieur gauche ne permet pas, à elle seule, d'établir un lien de causalité entre ladite intervention et la paralysie dont se plaint l'intéressée (...)»

La requérante interjeta appel de ce jugement devant la cour administrative d'appel de Marseille. Elle se plaignait en particulier du fait que le centre hospitalier avait manqué à son obligation de l'informer complètement des risques liés à l'opération qu'elle devait subir, de sorte qu'elle n'avait pu donner un consentement éclairé, et avait omis de rechercher préalablement si elle présentait une prédisposition à la somatisation. La cour administrative d'appel rejeta la requête par un arrêt du 1<sup>er</sup> avril 1999 ainsi motivé :

« (...) Considérant qu'il résulte du rapport d'expertise que si les troubles dont souffre M<sup>me</sup> Trocellier, et qui sont apparus dans les heures qui ont suivi l'intervention, avant de s'installer de manière durable, sont survenus à l'occasion de cette intervention, ils n'en sont pas la conséquence directe, mais ne sont que l'expression d'une tendance à la conversion somatique déjà manifestée antérieurement par M<sup>me</sup> Trocellier; qu'ainsi il n'existe pas de lien de causalité directe entre les symptômes présentés et l'intervention subie;

Considérant que M<sup>me</sup> Trocellier recherche également la responsabilité du centre hospitalier en soutenant que ce dernier aurait commis une faute en n'approfondissant pas ses investigations avant l'opération aux fins de prendre en compte cette prédisposition et de renoncer à l'intervention dont s'agit; que, d'une part, il n'est pas allégué que le centre hospitalier ait eu connaissance de cette fragilité psychologique de M<sup>me</sup> Trocellier et que, d'autre part, en tout état de cause, il résulte de l'instruction que la persistance des troubles gynécologiques de l'intéressée pendant plusieurs mois malgré diverses interventions constituait une indication incontestable de l'opération au regard du caractère chronique et invalidant de ces troubles que l'opération a d'ailleurs fait cesser totalement. (...)»

La requérante saisit le Conseil d'Etat. Dans son mémoire ampliatif, faisant notamment grief à l'arrêt d'appel de ne pas avoir répondu à son moyen tiré du défaut d'investigation et d'information, elle invitait la haute juridiction à conclure à la cassation et à régler l'affaire au fond.

Le 6 juin 2001, le Conseil d'Etat rejeta le pourvoi par un arrêt libellé comme il suit :

« (...) Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond qu'en estimant « qu'il n'existe pas de lien de causalité directe entre les symptômes présentés et l'intervention subie », la Cour n'a dénaturé ni les faits de l'espèce, ni les conclusions du rapport d'expertise établi à la demande du tribunal administratif de Montpellier qui mentionnait que la monophtélie dont souffre M<sup>me</sup> Trocellier était sans aucun lien de cause à effet avec l'intervention;

Considérant qu'en jugeant « qu'il n'existe pas de lien de causalité directe entre les symptômes présentés et l'intervention subie » et en constatant ainsi que la condition nécessaire à tout engagement de la responsabilité du centre hospitalier, que ce fût sur le terrain de la responsabilité sans faute ou celui de la responsabilité pour faute, n'était pas remplie, la cour a suffisamment motivé son arrêt (...) »

Dans ses observations en réponse à celles du Gouvernement, la requérante ajoute que, sollicité par son conseil, un expert dénommé Michelet a confirmé ce qui suit dans un rapport du 30 avril 2005 (non produit) :

« Dans ce dossier, il existe une cause évidente aux troubles présentés par la patiente; c'est l'intervention du 1[1] juillet 1988 compliquée d'une lésion du nerf crural gauche.

La relation entre cette cause et ces conséquences est étayée par plusieurs éléments: une atteinte initiale du nerf crural confirmée par électromyogramme; un syndrome neurologique d'impotence fonctionnelle du membre inférieur gauche, fixé chez une personne prédisposée; une conversion inconsciente en rapport avec le vécu de l'intervention et sa complication à type d'atteinte du nerf crural ayant évolué vers une conversion pithiatique.

Ces complications sont de nature démesurée par rapport à ce que l'on pouvait attendre de l'hystérectomie réalisée initialement.

Conclusion: les troubles constatés ce jour sont à prendre en relation directe et exclusive avec les suites de l'intervention du 11 juillet 1988. »

## GRIEF

La requérante se plaint du fait que, valide avant l'opération qu'elle a subie, elle s'est réveillée partiellement paralysée, et de ce qu'elle n'a pas été avisée avant l'opération qu'elle risquait d'en sortir paralysée. Dans sa requête, elle n'invoque aucune disposition de la Convention mais dénonce une violation de son droit à la vie et de son droit à la santé ainsi qu'une atteinte à l'intégrité de son corps.

## EN DROIT

1. La requérante se plaint du fait que, valide avant l'opération qu'elle a subie, elle s'est réveillée partiellement paralysée. Elle se plaint en outre de ce qu'elle n'a pas été avisée avant l'opération qu'elle risquait d'en sortir paralysée. Dans sa requête, elle n'invoque aucune disposition de la Convention mais dénonce une violation de son droit à la vie et de son droit à la santé ainsi qu'une atteinte à l'intégrité de son corps.

La Cour rappelle qu'entrent dans le champ de l'article 8 de la Convention les questions liées à l'intégrité morale et physique des individus (voir, par exemple, *mutatis mutandis*, les arrêts *Raninen c. Finlande*, 16 décembre 1997, § 63, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-VIII, *Botta c. Italie*, 24 février 1998, § 32, *Recueil* 1998-I, *Y.F. c. Turquie*, n° 24209/94, § 33, CEDH 2003-IX, et *M.C. c. Bulgarie*, n° 39272/98, CEDH 2003-XII), à leur participation au choix des actes médicaux qui leur sont prodigués ainsi qu'à leur consentement à cet égard (voir notamment, *mutatis mutandis*, les arrêts *Herczegfalvy c. Autriche*, 24 septembre 1992, § 86 et §§ 82-83, série A n° 244, *Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, § 63, CEDH 2002-III, et *Y.F. c. Turquie*, précité, mêmes références), et à l'accès à des informations leur permettant d'évaluer les risques sanitaires auxquels il sont exposés (voir en particulier, *mutatis mutandis*, les arrêts *Guerra et autres c. Italie*, 19 février 1998, § 60, *Recueil* 1998-I, et *Roche c. Royaume-Uni* [GC], n° 32555/96, § 155, CEDH 2005-X). Elle en déduit que cette disposition s'applique aux circonstances dénoncées par la requérante.

Il y a donc lieu d'examiner la présente affaire sous l'angle de l'article 8 de la Convention, aux termes duquel :

« 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. »

2. Le Gouvernement soutient à titre principal que la requérante n'a pas épuisé les voies de recours internes au sens de l'article 35 § 1 de la Convention. Il expose à cet égard que, si elle a saisi comme il se devait les juridictions administratives d'une demande d'indemnisation pour faute, elle n'a développé devant elles aucun grief tiré de l'atteinte à son intégrité physique ou à un droit en rapport avec la Convention; elle se serait bornée à arguer d'une faute médicale et à rechercher la réparation des conséquences dommageables de celle-ci.

A titre subsidiaire, le Gouvernement conclut au défaut manifeste de fondement de la requête. Prenant acte de la jurisprudence de la Cour selon

laquelle l'intégrité physique et morale d'un individu fait partie de sa vie privée au sens de l'article 8 de la Convention, il indique que le droit positif français consacre une obligation d'information pesant sur les médecins. Sauf urgence, ils doivent recueillir le consentement du patient en l'informant des risques connus de décès et d'invalidité d'un acte médical, même si ces risques présentent un caractère exceptionnel (le Gouvernement se réfère à cet égard aux arrêts du Conseil d'Etat Assistance Publique-Hôpitaux de Paris c. M.G. et consorts T. et Caisse régionale d'assurance maladie d'Ile-de-France, du 5 janvier 2000 et du 19 mai 2004 respectivement), étant entendu que cette obligation ne vaut que pour les risques connus et établis par la communauté scientifique (il cite à ce propos l'arrêt du Conseil d'Etat Assistance publique de Marseille, du 27 février 2002), et liés à l'intervention chirurgicale préconisée. S'agissant spécifiquement du risque de somatisation, le Gouvernement expose que son champ est très peu étudié par la médecine et que les données possédées sont encore hypothétiques; il serait donc difficilement imaginable de l'inclure dans l'obligation d'information pesant sur les médecins.

En l'espèce, selon le Gouvernement, le risque de paralysie par somatisation était inconnu des médecins qui ont traité la requérante puisqu'elle n'avait pas présenté de prédisposition. Il précise à cet égard que l'expertise médicale réalisée dans le cadre de la procédure interne montre que, si la requérante a pu présenter une prédisposition aux troubles psychologiques à l'origine de la paralysie dont elle souffre, cette prédisposition ne s'était pas révélée avant l'opération; cette paralysie était donc «difficilement décelable avant la réalisation de l'opération elle-même». Il ajoute que cette paralysie n'est pas directement liée à l'hystérectomie subie ou à un geste opératoire; elle en est une conséquence collatérale ou indirecte, et ne fait donc pas partie des risques connus de l'acte médical prodigué. Enfin, selon lui, si l'information relative à l'éventuelle somatisation avait été dispensée à la requérante, il n'est pas certain que cette dernière aurait renoncé à l'hystérectomie vu les risques qu'aurait représentés le fait de ne pas pratiquer cette opération, ni que le risque de somatisation aurait été moindre. Aucune faute ne serait donc imputable auxdits médecins et ceux-ci n'auraient pas manqué à leur devoir d'information.

3. La requérante ne répond pas à l'exception de non-épuisement des voies de recours internes.

Pour le reste, elle souligne ce qui suit: sa paralysie a été occasionnée directement par l'intervention, ce lien étant reconnu par les cinq experts qui ont examiné son cas; l'état de prédisposition ne résulte d'aucune pièce aux débats; s'il y avait eu prédisposition, elle aurait dû en être informée de manière à être en mesure de prendre une décision éclairée quant à l'intervention; même en l'absence de prédisposition, la paralysie étant un risque connu mais exceptionnel, il convenait de l'en informer pour lui

permettre de décider de manière éclairée de l'opportunité de l'intervention ; les conséquences de l'opération sont sans proportion avec son état antérieur.

Selon elle, il s'agit d'un cas typique d'aléa thérapeutique, indemnisé en France tant par les juridictions administratives que civiles depuis l'arrêt Bianchi du Conseil d'Etat du 9 avril 1993, qui concernait l'indemnisation d'un accident dont avait été victime un patient qui, après une opération sous anesthésie, s'était réveillé tétraplégique ; cet arrêt préciserait qu'en l'absence de faute la responsabilité de l'hôpital peut être engagée sur le terrain du risque médical dès lors que les quatre conditions suivantes sont réunies : l'acte médical litigieux est nécessaire au diagnostic ou au traitement ; il présente un risque dont l'existence est connue, mais dont la réalisation est exceptionnelle ; le patient prouve qu'il n'y était pas particulièrement exposé ; l'exécution de cet acte est directement à l'origine d'un dommage d'une extrême gravité et sans rapport avec l'état initial du patient ou son évolution prévisible. Les juridictions administratives auraient par la suite appliqué ces critères avec souplesse, faisant droit à une demande d'indemnisation dans un cas de décès survenu à la suite d'une intervention chirurgicale non thérapeutique sous anesthésie générale (Conseil d'Etat, Hôpital Joseph Imbert d'Arles, 3 novembre 1997) et d'une césarienne sous anesthésie générale (cour administrative d'appel de Nancy, M. Kaluszka, 29 janvier 1998), ou après avoir jugé que, s'agissant d'une thérapie nouvelle d'application récente dont les conséquences n'étaient pas entièrement connues, les complications exceptionnelles et anormalement graves subies par la victime engageaient, même en l'absence de faute, la responsabilité du service public hospitalier (cour administrative d'appel de Bordeaux, Centre hospitalier général de Montauban, 14 décembre 1998). Cette jurisprudence aurait par la suite été consacrée par la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 (code de la santé publique ; article L. 1142-1 II).

Or les quatre critères de l'arrêt Bianchi seraient réunis en sa cause. Premièrement, nul ne contesterait l'opportunité de l'hystérectomie qu'elle a subie. Deuxièmement, bien qu'exceptionnel, le risque de paralysie à la suite d'une hystérectomie serait connu ; tous les experts l'auraient d'ailleurs évoqué. Troisièmement, si les juridictions françaises ont retenu une prédisposition à la somatisation, aucun état antérieur ou traitement antérieur pour somatisation, problème psychologique ou paralysie n'aurait été démontré devant les juridictions internes. Quatrièmement, la paralysie résultant de l'intervention qu'elle a subie est gravissime eu égard à son état antérieur. Elle en déduit qu'en l'état du droit positif l'hôpital aurait dû être condamné à l'indemniser, et que le principe de prééminence du droit n'a pas été respecté en sa cause. Arguant en sus d'une atteinte à son état de santé, elle invite la Cour à conclure à la violation de l'article 8.

4. La Cour rappelle qu'aux termes de l'article 35 § 1 de la Convention elle ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies de recours

internes ; tout requérant doit avoir préalablement donné aux juridictions internes l'occasion que cette disposition a pour finalité de ménager en principe aux Etats contractants : éviter ou redresser les violations alléguées contre eux. Le grief dont on entend saisir la Cour doit avoir été soulevé, au moins en substance, dans les formes et délais prescrits par le droit interne, devant les juridictions nationales appropriées (voir, parmi d'autres, l'arrêt *Selmouni c. France* [GC], n° 25803/94, § 74, CEDH 1999-V), étant entendu que l'article 35 doit cependant s'appliquer avec une certaine souplesse et sans formalisme excessif (voir, notamment, l'arrêt *Selmouni* précité, § 77).

En l'espèce, la requérante a saisi les juridictions administratives d'une demande tendant à ce que le centre hospitalier de Montpellier – un établissement public – soit déclaré responsable des conséquences dommageables de l'intervention chirurgicale du 11 juillet 1988 et à ce qu'il soit condamné à réparer son préjudice corporel. La Cour relève en outre que, dans le cadre de cette procédure, l'intéressée faisait notamment grief au centre hospitalier d'avoir manqué à son obligation de l'informer des risques liés à l'opération qu'elle devait subir – de sorte qu'elle n'avait pu donner un consentement éclairé – et d'avoir omis de rechercher préalablement si elle présentait une prédisposition à la somatisation.

Ainsi, s'il est vrai que la requérante n'a pas invoqué l'article 8 de la Convention devant les juridictions françaises, celles-ci se trouvaient néanmoins saisies des questions de la responsabilité des autorités hospitalières du fait de l'atteinte à l'intégrité physique dont elle souffre et de l'insuffisance alléguée de l'information préopératoire qu'elle a reçue, lesquelles, comme indiqué précédemment, entrent dans le champ de cette disposition. La Cour en déduit que le respect de droits garantis par l'article 8 était en cause devant les juridictions internes – fût-ce de façon sous-jacente –, que les arguments juridiques avancés par la requérante à ce stade contenaient une doléance liée à de tels droits, et que cette dernière a invoqué devant elles, au moins en substance, le grief dont elle saisit la Cour (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt *Fressoz et Roire c. France* [GC], n° 29183/95, § 39, CEDH 1999-I). L'Etat défendeur ayant eu de la sorte l'occasion de redresser la violation alléguée contre lui devant la Cour, l'exception de non-épuisement des voies de recours internes soulevée par le Gouvernement ne saurait être retenue.

Quant au fond, la Cour rappelle qu'aux engagements plutôt négatifs contenus dans l'article 8, comme dans d'autres dispositions de la Convention, peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un respect effectif des droits garantis (voir, parmi de nombreux autres, l'arrêt *Roche* précité, § 157).

La Cour a ainsi jugé, sur le terrain du droit à la vie consacré par l'article 2, que les Etats parties ont l'obligation d'instaurer un système

judiciaire efficace et indépendant permettant d'établir la cause du décès d'un individu se trouvant sous la responsabilité de professionnels de la santé, tant ceux agissant dans le cadre du secteur public que ceux travaillant dans des structures privées; elle a précisé que, dans le contexte spécifique des négligences médicales, l'accès à une procédure en responsabilité « civile » suffit en principe (arrêt *Calvelli et Ciglio c. Italie* [GC], n° 32967/96, §§ 48-51, CEDH 2002-I). Les Etats parties ont en sus l'obligation de mettre en place un cadre réglementaire imposant aux hôpitaux, qu'ils soient publics ou privés, l'adoption de mesures propres à assurer la protection de la vie de leurs malades (*ibidem*). Ces principes valent sans aucun doute également s'agissant, dans le même contexte, d'atteintes graves à l'intégrité physique entrant dans le champ d'application de l'article 8 de la Convention.

Sur le premier point, la Cour relève que la requérante a eu accès à une procédure permettant de juger la responsabilité de l'équipe médicale du centre hospitalier qui l'a opérée et, le cas échéant, d'obtenir réparation de son préjudice corporel. Elle en déduit qu'aucune question ne se pose en l'espèce sous cet angle. Au surplus, à supposer que la requérante entend soutenir qu'une erreur médicale imputable au service public hospitalier, ayant causé un dommage corporel, est susceptible de fonder directement la responsabilité de l'Etat sur le terrain de l'article 8, la Cour constate que, quelle que soit la réponse à donner à cette question, tant l'expert médical désigné par le président du tribunal administratif de Montpellier que les juridictions internes ont conclu que l'opération s'est déroulée normalement et ont exclu toute faute ou négligence médicale.

Quant au second point, la Cour relève tout d'abord que l'obligation d'adopter des mesures réglementaires propres à assurer le respect de l'intégrité physique des patients qui s'impose aux Etats parties repose sur la nécessité de préserver ces derniers, autant que faire se peut, des conséquences graves que peuvent avoir à cet égard les interventions médicales. Elle rappelle ensuite *mutatis mutandis* qu'elle a déjà mis en exergue non seulement l'importance du consentement des patients, soulignant notamment dans l'arrêt *Pretty* (précité, § 63) que « l'imposition d'un traitement médical sans le consentement du patient s'il est adulte et sain d'esprit s'analyserait en une atteinte à l'intégrité physique de l'intéressé pouvant mettre en cause les droits protégés par l'article 8 § 1 », mais aussi celle, pour les personnes exposées à un risque pour leur santé, d'avoir accès aux informations leur permettant d'évaluer celui-ci (voir notamment l'arrêt *Guerra et autres* précité, § 60). Elle estime pouvoir déduire de ce qui précède (voir également, *mutatis mutandis*, les autres arrêts mentionnés au paragraphe I ci-dessus) que les Etats parties sont, au titre de cette obligation, tenus de prendre les mesures réglementaires nécessaires à ce que les médecins s'interrogent sur les conséquences prévisibles que l'intervention médicale projetée peut avoir

sur l'intégrité physique de leurs patients et qu'ils en informent préalablement ceux-ci de manière qu'ils soient en mesure de donner un accord éclairé. En corollaire, en particulier, si un risque prévisible de cette nature se réalise sans que le patient en ait été dûment préalablement informé par ses médecins et que, comme en l'espèce, lesdits médecins exercent au sein d'un hôpital public, l'Etat partie concerné peut être directement responsable sur le terrain de l'article 8 du fait de ce défaut d'information.

En l'espèce cependant, d'une part, le Gouvernement expose sans être contredit par la requérante que, déjà à l'époque des faits de sa cause, le droit positif français consacrait une obligation d'information pesant sur les médecins: sauf urgence, ils doivent recueillir le consentement du patient en l'informant des risques connus de décès et d'invalidité que comporte l'acte médical projeté, même si ces risques présentent un caractère exceptionnel. Au demeurant, la requérante ne prétend pas n'avoir reçu aucune information préopératoire.

D'autre part, si les experts qui ont examiné le cas de la requérante s'accordent à constater que la paralysie dont elle souffre est apparue dans les suites immédiates de l'intervention du 11 juillet 1988, le docteur Giraud, expert médical désigné par le président du tribunal administratif, souligne dans son rapport du 10 décembre 1992 que, si des «petits troubles» de la sensibilité et de la motricité sont des conséquences «assez fréquente[s]» du type d'opération dont il s'agit, ceux-ci cessent «généralement» au bout de trois mois.

Il apparaît ainsi qu'une paralysie de l'intensité et de la persistance de celle dont souffre la requérante n'est pas, en tant que telle, une conséquence prévisible des interventions chirurgicales de cette nature.

De l'avis de l'expert, les troubles dont souffre la requérante relèvent de la somatisation. Or la Cour ne voit aucune raison de ne pas accorder de crédit à l'argument du Gouvernement selon lequel le champ de la somatisation est très peu étudié par la médecine et les données possédées sont encore hypothétiques, de sorte qu'il serait difficile de l'inclure par principe dans l'obligation d'information pesant sur les médecins. Dans le cas spécifique de la requérante en outre, si ledit expert note une prédisposition de l'intéressée à ce type de réaction, il souligne que cette prédisposition n'était pas connue avant l'opération (ce que retient également la cour administrative d'appel).

Il s'ensuit que la requête est manifestement mal fondée et doit être rejetée en application de l'article 35 §§ 3 et 4 de la Convention.

Par ces motifs, la Cour, à l'unanimité,

*Déclare* la requête irrecevable.



TROCELLIER v. FRANCE  
(*Application no. 75725/01*)

FIRST SECTION<sup>1</sup>

DECISION OF 5 OCTOBER 2006<sup>2</sup>

---

1. Sitting as a Chamber composed of Christos Rozakis, *President*, Loukis Loucaides, Jean-Paul Costa, Françoise Tulkens, Nina Vajić, Anatoly Kovler, Elisabeth Steiner, *judges*, and Søren Nielsen, *Section Registrar*.

2. Translation; original French.



SUMMARY<sup>1</sup>**Unforeseeable harmful effects of surgery on account of psychosomatic tendencies not known prior to operation****Article 8**

*Respect for private life – Unforeseeable harmful effects of surgery on account of psychosomatic tendencies not known prior to operation – Positive obligations – Obligation on doctor to inform patients only of foreseeable consequences of medical intervention*

\*  
\*   \*

The applicant underwent a hysterectomy under general anaesthetic in a public hospital. When she came round, her left leg was paralysed. Whereas she had been able-bodied before the operation, subsequently she could only move about in a wheelchair or on crutches. The applicant brought proceedings before the administrative court, whose president appointed a medical expert. The latter produced a report finding that there had been no medical negligence or organisational error on the part of the hospital, but that the applicant had psychosomatic tendencies which had not been known before the operation and which had contributed to psychosomatically induced monoplegia following the operation. The applicant lodged an application with the administrative court seeking to have the hospital in question held liable for the harmful effects of her hysterectomy and ordered to provide compensation for personal injury. The court rejected the application, finding that no causal link had been established between the operation and the paralysis complained of by the applicant. The applicant lodged an appeal with the administrative court of appeal, complaining in particular that the hospital had failed in its obligation to provide her with comprehensive information on the risks of the operation and had omitted to investigate beforehand whether she had psychosomatic tendencies. The administrative court of appeal dismissed her arguments on both points and upheld the judgment of the first-instance court. Finally, the *Conseil d'Etat* dismissed the applicant's appeal on points of law. It found that the administrative court of appeal, in ruling that there was no direct causal link between the applicant's symptoms and her operation and that the conditions for finding the hospital liable, on the basis of either strict liability or liability for negligence, had therefore not been met, had not distorted the facts or the conclusions of the expert report and had given sufficient reasons for its judgment.

*Held*

Article 8: The principles in the Court's case-law concerning the right to life under Article 2 – which required Contracting States to set up an effective independent judicial system so that the cause of death of an individual in the care of health

---

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

professionals, whether in the public or private sector, could be determined, and to introduce regulations compelling both public and private hospitals to adopt appropriate measures for the protection of their patients' lives – were undoubtedly equally applicable in the same context to serious interference with a person's physical integrity within the scope of Article 8. In the instant case, on the first point, the applicant had had access to proceedings to establish whether the medical team which had performed the operation was liable and enabling her, if appropriate, to obtain compensation for personal injury. Not only the medical expert appointed by the president of the administrative court but also the domestic courts themselves had found that the operation had proceeded normally, and had ruled out any fault or medical negligence. As to the second point, the Court had already stressed the importance of patient consent and the need for persons facing risks to their health to have access to information enabling them to assess those risks. It considered it reasonable to infer from this that Contracting States were obliged to introduce the necessary regulations requiring doctors to consider the foreseeable consequences of the planned procedure on their patients' physical integrity and to inform patients accordingly beforehand. As a corollary to this, if a foreseeable risk of this nature materialised without the patient having been duly informed in advance by doctors, and if, as in the instant case, the doctors worked in a public hospital, the State Party concerned could be held directly responsible under Article 8 for the lack of information. In the instant case, French law as it stood at the material time already required doctors to provide patients with information; besides, the applicant had not claimed not to have received any information prior to the operation. Furthermore, it appeared that paralysis as intense and lasting as that experienced by the applicant was not, as such, a foreseeable consequence of an operation of this kind. According to the expert, the applicant's problem was of a psychosomatic nature. There was no reason not to lend credence to the Government's argument that very little medical research had been conducted in the field of psychosomatic symptoms and that the data available were still based on hypothesis, making it difficult to require that they be included as a matter of principle in the information to be provided by doctors. In the specific case of the applicant, moreover, while the expert had noted a tendency towards such a reaction, he had stressed that this had not been known before the operation (a fact also accepted by the administrative court of appeal): manifestly unfounded.

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

*Herczegfalvy v. Austria*, 24 September 1992, Series A no. 244  
*Raninen v. Finland*, 16 December 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-VIII  
*Guerra and Others v. Italy*, 19 February 1998, *Reports* 1998-I  
*Botta v. Italy*, 24 February 1998, *Reports* 1998-I  
*Fressoz and Roire v. France* [GC], no. 29183/95, ECHR 1999-I  
*Selmouni v. France* [GC], no. 25803/94, ECHR 1999-V  
*Calvelli and Ciglio v. Italy* [GC], no. 32967/96, ECHR 2002-I  
*Pretty v. the United Kingdom*, no. 2346/02, ECHR 2002-III  
*Y.F. v. Turkey*, no. 24209/94, ECHR 2003-IX  
*M.C. v. Bulgaria*, no. 39272/98, ECHR 2003-XII  
*Roche v. the United Kingdom* [GC], no. 32555/96, ECHR 2005-X

...

## THE FACTS

The applicant, Mrs Marie-Thérèse Trocellier, is a French national who was born in 1943 and lives in Marvejols. She was represented before the Court by Mr P. Sirgue, a lawyer practicing in Bordeaux. The French Government (“the Government”) were represented by their Agent, Mrs E. Belliard, Director of Legal Affairs, Ministry of Foreign Affairs.

The facts of the case, as presented by the parties, may be summarised as follows.

On 11 July 1988, the applicant underwent gynaecological surgery (a hysterectomy) under general anaesthetic in the Montpellier Public Hospital. When she came round, her left leg was paralysed. Whereas she had been able-bodied prior to the operation, subsequently she could only move about in a wheelchair or on crutches.

### *1. The medical reports*

On 2 May 1990 Dr Arnaud, an expert in forensic medicine at the court of appeal, examined the applicant at her request. His report stated, *inter alia*:

“... immediately after [the] operation paralysis of the entire ... lower left limb occurred. To date, in spite of the various hypotheses put forward and ... the numerous in-depth examinations which have been carried out ..., it has not been possible to ascribe a precise aetiology to Mrs Trocellier’s paralysis which would cause her sensory-motor disorder. The only undisputed fact is that this flaccid paralysis appeared in the immediate aftermath of the most recent operation on 11 July 1988 (on the following day). Mrs Trocellier would appear to have a medico-psychological ‘field’ which could have had an adverse impact on the durability of such disorders and the establishment of her current state. Nevertheless, as all the specialists agree ..., [she] has sustained a serious sensory-motor neurological injury, affecting the entire lower left limb, which arose following the operation of 11 July 1988. Is this the result of direct traumatic lesions to the nerve trunks ... or incorrect positioning on the operating table? It is very difficult to choose between the various hypotheses put forward. In any event, [the applicant] has a serious disability which, in spite of every attempt at physiotherapy, seems to be permanent and without any significant possibility of improvement. Even if, as has been suggested, Mrs Trocellier’s personal psycho-pathological ‘field’ could have played a role in this situation, it is not the cause of it, which must be ascribed to the operation of 11 July 1988. It thus appears reasonable to request compensation for these post-operational complications from Montpellier Hospital. On the other hand, no ‘serious’ fault giving rise to personal liability can be ascribed to the various specialists who treated the patient.”

On 13 April 1991 Dr Bondeelle, who held a degree in judicial compensation for personal injury and acted as an expert for the Carpentras court, examined the applicant at her request. His report,

dated 29 April 1991, found that the applicant's paralysis had begun immediately after the operation of 11 July 1988 and concluded:

"... the only possibilities are: (a) incorrect positioning on the operating table; or (b), 'sleep syndrome', which is very similar ... Whatever the underlying psychological reality – and in this regard we ... found Mrs Trocellier not merely uncomplaining but also surprisingly serene – the causal link is clear to all."

On an urgent application by the applicant, the President of the Montpellier Administrative Court appointed a medical expert (Dr Giraud), who examined the applicant and studied her medical file. His report, dated 10 December 1992, concluded that there had been no medical or organisational error on the part of the hospital department. In particular, the report stated:

"... Mrs Trocellier underwent a hysterectomy on 11 July 1988. Since the operation there have been indications of a left crural injury, namely minor problems of sensitivity and motility in the area of the lower left limb which is innervated by the crural nerve. This is a relatively frequent post-operative complication following a hysterectomy. The reason [for it] has not yet been identified with any precision; it is known, however, that these problems generally disappear after about three months. Four years later, however, Mrs Trocellier is still suffering from monoplegia of the lower left limb ... We are ... led to conclude that what we have here is pithiatic monoplegia of the lower left limb, linked to conversion syndrome. No psychosomatic or anatomical condition corresponds to the dysfunction complained of. Consequently, we can state that the observed monoplegia, of a conversion-syndrome type, has no causal link to the operation. However, while the operation is not responsible for the establishment of this pithiatic monoplegia, there is no doubt that [it] occurred immediately after the operation and especially after a crural injury linked to that operation. This pithiatic monoplegia could only have appeared in a woman who had a predisposition to psychological problems of this nature, but the Court of Cassation has ruled that under no circumstances may one refer to a predisposition that had not [previously] come to light, and it would not appear that Mrs Trocellier had shown signs of psychological problems of this nature in the years preceding the operation, not having seen a doctor for that reason and not having been treated at home or in hospital for such problems. ... No medical error occurred and the operation proceeded normally but, in a predisposed environment, [it] triggered a conversion syndrome on a bias point which, in Mrs Trocellier's case, took the form of pithiatic monoplegia of the lower left limb. In consequence, even if there was no error or fault on the part of the care team or hospital, given that the problems were indisputably triggered following the operation, it might be possible to envisage compensation for the consequent dysfunctions from a legal perspective, without a medical error having occurred during the operation; this will be for the court to decide. We emphasise that, in this approach, imputability must be considered absolute from the medico-legal perspective, since it has been impossible to produce evidence of [Mrs Trocellier's] previous condition, even if, medically speaking, her previous condition is perfectly clear. ..."

## *2. The compensation proceedings before the administrative courts*

The applicant applied to the Montpellier Administrative Court, seeking to have the Montpellier Hospital declared liable for the

detrimental consequences of the surgery of 11 July 1988 and to obtain an order that it was to pay compensation for her personal injury. Her application was dismissed on the following grounds by a judgment of 8 October 1997.

“... The inquiry into the facts, and particularly the expert report ordered in interlocutory proceedings, revealed that the operation ... proceeded normally, with no medical error or fault by the theatre team which could be alleged to have caused the emergence of the problems complained of by the claimant, and that the monoplegia observed in [Mrs Trocellier] is not imputable to the conditions in which the operation was carried out; the circumstance that this operation could, as a psychological factor, have triggered a conversion syndrome on a bias point which, in the patient’s case, took the form of pithiatic monoplegia of the lower left limb is not in itself sufficient to establish a causal link between the operation and the paralysis complained of by the claimant ...”

The applicant appealed against that judgment to the Marseilles Administrative Court of Appeal. She complained, in particular, that the hospital had failed in its obligation to inform her fully of the risks connected with the operation that she was to undergo, with the result that she had not been able to give informed consent and had failed to carry out prior research into whether she was predisposed to somatisation. The Administrative Court of Appeal dismissed the appeal in a judgment of 1 April 1999, giving the following reasons.

“... The expert report reveals that, although the problems suffered by Mrs Trocellier, which appeared in the hours following the operation before assuming a permanent nature, arose on the occasion of that operation, they are not a direct consequence of it but are only the expression of psychosomatic tendencies which had already been exhibited at a previous stage by Mrs Trocellier; there is therefore no direct causal link between the symptoms shown and the operation carried out.

Mrs Trocellier also seeks to establish the hospital’s liability, alleging that it had committed a fault in failing to carry out in-depth tests prior to the operation in order to take account of these tendencies and cancel the operation in question; on the one hand, it is not alleged that the hospital was aware of this psychological frailty in Mrs Trocellier and, on the other, in any event, the investigation reveals that the persistence of the appellant’s gynaecological problems over several months, in spite of various measures, amounted to an indisputable indication for the operation, having regard to the chronic and disabling nature of those problems, which were indeed completely removed by the operation. ...”

The applicant appealed to the *Conseil d’Etat*. In her full pleadings, complaining in particular that the appeal court’s judgment had not replied to her argument alleging a lack of investigation and information, she invited the *Conseil d’Etat* to hold that that judgment should be quashed and to determine the merits of the case.

On 6 June 2001 the *Conseil d’Etat* dismissed the appeal in a judgment which was worded as follows:

“... The evidence submitted to the trial judges reveals that, when finding that ‘there is ... no direct causal link between the symptoms shown and the operation carried out’, the court did not distort either the facts of the case or the conclusions of the expert report drawn up at the request of the Montpellier Administrative Court, which noted that there is no direct link of cause and effect between the monoplegia suffered by Mrs Trocellier and the operation.

In ruling that ‘there is ... no direct causal link between the symptoms shown and the operation carried out’ and by thus finding that the precondition for any liability on the part of the hospital, either on the ground of strict liability or of liability for negligence, was not met, the court gave sufficient reasons for its judgment ...”

In her observations in response to those of the Government, the applicant added that, at her lawyer’s request, an expert named Michelet had confirmed the following in a report of 30 April 2005 (not produced).

“In this case, there is an obvious cause for the patient’s condition, namely the operation of 1[1] July 1988, complicated by a lesion of the left crural nerve.

The relationship between this cause and its consequences is substantiated by several factors: an initial injury to the crural nerve, confirmed by electromyogram; a neurological syndrome of functional lameness of the lower left limb, in a person who was thus predisposed; and an unconscious conversion in relation to the experience of the operation and the subsequent complication, taking the form of an injury to the crural nerve, which developed into a pithiatic symptom.

These complications are disproportionate to what might have been expected from the initial hysterectomy.

Conclusion: the problems evidenced on this date are to be directly and exclusively ascribed to the consequences of the operation of 1[1] July 1988.”

## COMPLAINT

The applicant complained that, having been able-bodied prior to her operation, she had woken up partially paralysed, and that she had not been informed before the operation that there was a risk of paralysis. She relied on no provision of the Convention in her application, but alleged a violation of her right to life and her right to health, together with a breach of the inviolability of her person.

## THE LAW

1. The applicant complained that, having been able-bodied prior to her operation, she had woken up partially paralysed. She further complained that she had not been informed before the operation that there was a risk of paralysis. She relied on no provision of the Convention in her application, but alleged a violation of her right to life and her right to health, together with a breach of the inviolability of her person.



The Court points out that individuals' physical and psychological integrity (see, for example, *mutatis mutandis*, the following judgments: *Raninen v. Finland*, 16 December 1997, § 63, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-VIII; *Botta v. Italy*, 24 February 1998, § 32, *Reports* 1998-I; *Y.F. v. Turkey*, no. 24209/94, § 33, ECHR 2003-IX; and *M.C. v. Bulgaria*, no. 39272/98, ECHR 2003-XII), their involvement in the choice of medical care provided to them and their consent in that respect (see, in particular, *mutatis mutandis*, *Herczegfalvy v. Austria*, 24 September 1992, §§ 82-83 and 86, Series A no. 244; *Pretty v. the United Kingdom*, no. 2346/02, § 63, ECHR 2002-III; and *Y.F. v. Turkey*, cited above, same references), and access of information enabling them to assess the health risks to which they are exposed (see, in particular, *mutatis mutandis*, *Guerra and Others v. Italy*, 19 February 1998, § 60, *Reports* 1998-I, and *Roche v. the United Kingdom* [GC], no. 32555/96, § 155, ECHR 2005-X) fall within the scope of Article 8 of the Convention. It concludes that this provision applies to the circumstances complained of by the applicant.

It is therefore appropriate to examine the present case under Article 8 of the Convention, according to which:

“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.”

2. As their primary submission the Government maintained that the applicant had not exhausted domestic remedies within the meaning of Article 35 § 1 of the Convention. In this connection, they alleged that, although she had applied, as required, to the administrative courts seeking compensation for negligence, she had not submitted to them any complaint concerning a breach of the inviolability of her person or a right under the Convention; she had merely argued that there had been a medical error and had sought compensation for the latter's detrimental consequences.

As a subsidiary argument, the Government submitted that the application was manifestly ill-founded. Noting the Court's case-law to the effect that an individual's physical and moral integrity was part of his or her private life within the meaning of Article 8 of the Convention, they stated that French positive law enshrined an obligation on doctors to provide information. Except in emergencies, they had to obtain the patient's consent by informing him or her of the known risks of death or disability arising from a medical act, even if these risks were exceptional (in this connection, the Government referred to the judgments of the

*Conseil d'Etat in Assistance Publique-Hôpitaux de Paris v. M.G. et consorts T. and Caisse régionale d'assurance maladie d'Île de France*, of 5 January 2000 and 19 May 2004 respectively), it being understood that this obligation existed only in respect of risks that were known to and acknowledged by the scientific community (in this connection, the Government referred to the judgment of the *Conseil d'Etat in Assistance publique de Marseille*, of 27 February 2002) and associated with the recommended surgery. Referring particularly to the risk of somatisation, the Government alleged that the medical world had explored the latter's scope to a very limited extent and that the information available was still hypothetical; it would thus be barely imaginable to include it in the obligation on doctors to provide information.

In the instant case, according to the Government, the risk of paralysis by somatisation had been unknown to the doctors who had treated the applicant, since she had shown no indication of a predisposition. In this connection, they stated that the medical examination carried out in the context of the domestic proceedings showed that, although the applicant had a predisposition to the psychological problems underlying the paralysis from which she suffered, this predisposition had not been apparent before the operation; it had thus been "difficult to detect" the possibility of paralysis "prior to the operation itself". They added that the paralysis was not directly linked to the hysterectomy or to an act carried out in the course of the operation; it was a collateral or indirect result of it, and was not therefore one of the known risks of the medical act carried out. Finally, in the Government's opinion, if the information on possible somatisation had been given to the applicant, it was not certain that she would have refrained from undergoing the hysterectomy, given the risks involved in not proceeding with it, or that the risk of somatisation would have been less. No error could thus be ascribed to the doctors concerned and the latter had not failed in their duty to inform.

3. The applicant did not reply to the objection alleging a failure to exhaust domestic remedies.

For the remainder, she emphasised the following: her paralysis had been directly caused by the operation, and this link had been recognised by the five experts who had examined her case; the existence of psychosomatic tendencies did not follow from any evidence in the arguments; if such a predisposition had existed, she ought to have been informed of it in such a way as to be able to make an informed decision with regard to the operation; even in the absence of predisposition, given that paralysis was a known if exceptional risk, it would have been appropriate to inform her of it, in order to enable her to decide in an informed manner whether she should go ahead with the operation; and the consequences of the operation were disproportionate to her previous condition.

In her opinion, hers was a typical case of therapeutic risk, compensated in France by both the civil and administrative courts since the *Conseil d'Etat's Bianchi* judgment of 9 April 1993, which concerned compensation for an accident sustained by a patient who, following an operation under general anaesthetic, had woken up as a tetraplegic. That judgment stated that, in the absence of error, the hospital's liability could be incurred under the concept of medical risk provided that the following four conditions were met: the disputed medical act was necessary for diagnosis or treatment; it presented a risk which was known but extremely rare; the patient could prove that he or she was not particularly exposed to that risk; and the performance of the medical act in question was the direct cause of an extremely serious prejudice which was unconnected with the patient's initial condition or the latter's likely evolution. The administrative courts subsequently applied those criteria flexibly, allowing a request for compensation in a case where death had occurred following a non-therapeutic operation under general anaesthetic (*Conseil d'Etat, Hôpital Joseph Imbert d'Arles*, 3 November 1997) and a Caesarean under general anaesthetic (Nancy Administrative Court of Appeal, *M. Kaluszka*, 29 January 1998), or when it found, with regard to a new, recently introduced treatment whose consequences were not fully known, that the rare and exceptionally serious complications experienced by the victim incurred the liability of the public hospital service, even in the absence of negligence (Bordeaux Administrative Court of Appeal, *Centre hospitalier général de Montauban*, 14 December 1998). This case-law was subsequently enshrined by Law no. 2002-303 of 4 March 2002 (Public Health Code; Article L. 1142-1 II).

According to the applicant, the four criteria of the *Bianchi* judgment had been met in her case. Firstly, there was no question about the necessity of the hysterectomy which had been carried out. Secondly, although extremely rare, the risk of post-hysterectomy paralysis was known; indeed, all the experts had referred to it. Thirdly, although the French courts had found psychosomatic tendencies, no previous condition or prior treatment for somatisation, psychological problems or paralysis had been demonstrated before the domestic courts. Fourthly, the paralysis arising from the operation undergone by her was extremely serious, given her previous condition. She concluded that, under the law as it stood, the hospital ought to have been ordered to pay her compensation and that the principle of the rule of law had not been respected in her case. Alleging also that there had been an injury to her health, she invited the Court to find that there had been a violation of Article 8.

4. The Court points out that, under Article 35 § 1 of the Convention, it may deal with a matter only after all domestic remedies have been exhausted; all applicants must provide the domestic courts with the

opportunity which is in principle intended to be afforded to Contracting States by that provision, namely the opportunity of preventing or putting right the violations alleged against them. The complaint intended to be made subsequently to the Court must first have been made – at least in substance – to the appropriate domestic body, and in compliance with the formal requirements and time-limits laid down in domestic law (see, among other authorities, *Selmouni v. France* [GC], no. 25803/94, § 74, ECHR 1999-V), it being understood that Article 35 must nonetheless be applied with some degree of flexibility and without excessive formalism (see, in particular, *Selmouni*, cited above, § 77).

In the instant case, the applicant applied to the administrative courts with a request that the Montpellier Hospital – a public entity – be declared liable for the detrimental consequences of the operation of 11 July 1988 and that it be ordered to pay compensation for the injury to her person. The Court also notes that, in the context of those proceedings, the applicant complained in particular that the hospital had failed in its obligation to inform her of the risks associated with the operation which she was to undergo – which meant that she had been unable to give informed consent – and had failed to verify prior to the operation whether she had a predisposition to somatisation.

Thus, while it is true that the applicant did not rely on Article 8 of the Convention before the French courts, the latter were nonetheless called upon to examine whether the hospital authorities were liable in respect of her injury and the alleged insufficiency of the pre-operative information provided to her, issues which, as indicated above, fall within the scope of Article 8. Accordingly, the Court concludes that respect for the rights guaranteed under Article 8 was at issue – if only implicitly – before the domestic courts; the legal arguments made by the applicant at that stage included a complaint linked to those rights, and she had raised before those courts, at least in substance, the complaint which she had later raised before the Court (see, *mutatis mutandis*, *Fressoz and Roire v. France* [GC], no. 29183/95, § 39, ECHR 1999-I). As the respondent State had therefore had the opportunity of providing redress for the violation alleged before the Court, the Government's objection based on a failure to exhaust domestic remedies cannot be upheld.

As to the merits, the Court points out that in addition to the primarily negative undertakings contained in Article 8, as in other provisions of the Convention, there may be positive obligations inherent in an effective respect for the rights guaranteed (see, among many other authorities, *Roche*, cited above, § 157).

The Court has thus held, in connection with the right to life enshrined in Article 2, that the Contracting States are required to set up an effective independent judicial system so that the cause of death of patients in the care of the medical profession, whether in the public or the private sector,

can be determined; it has held that, in the specific sphere of medical negligence, access to proceedings for “civil” liability are sufficient in principle (see *Calvelli and Ciglio v. Italy* [GC], no. 32967/96, §§ 48-51, ECHR 2002-I). The Contracting States are also under an obligation to introduce regulations compelling both public and private hospitals to adopt appropriate measures for the protection of their patients’ lives (*ibid.*). These principles are undoubtedly also applicable in the same context to serious interference with the right to physical integrity falling within the scope of Article 8 of the Convention.

As to the first obligation, the Court notes that the applicant has had access to proceedings to establish whether the medical team which performed the operation was liable and enabling her, if appropriate, to obtain compensation for personal injury. It concludes that no issue arises in the instant case from this perspective. Furthermore, supposing that the applicant intends to maintain that a medical error, imputable to the public hospital service and having caused the physical injury, is capable of engaging directly the State’s responsibility under Article 8, the Court notes that, whatever the answer to that question, not only the medical expert appointed by the President of the Montpellier Administrative Court but also the domestic courts themselves concluded that the operation had proceeded normally and ruled out any medical error or negligence.

As to the second point, the Court observes, firstly, that the obligation on Contracting States to adopt appropriate regulations to ensure respect for patients’ physical integrity is based on the need to protect the latter, in so far as possible, from the serious consequences which medical acts may give rise to in this connection. It further points out, *mutatis mutandis*, that it has already highlighted not only the importance of patients’ consent, noting in particular in *Pretty* (cited above, § 63) that “the imposition of medical treatment, without the consent of a mentally competent adult patient, would interfere with a person’s physical integrity in a manner capable of engaging the rights protected under Article 8 § 1”, but also the importance, for individuals facing risks to their health, of having access to information enabling them to assess those risks (see, in particular, *Guerra and Others*, cited above, § 60). It considers it reasonable to infer from this (see also, *mutatis mutandis*, the other judgments mentioned in paragraph 1 above) that the Contracting States are bound, by virtue of this obligation, to adopt the necessary regulatory measures to ensure that doctors consider the foreseeable consequences of the planned medical procedure on their patients’ physical integrity and to inform patients of these beforehand in such a way that they are able to give informed consent. In particular, as a corollary to this, if a foreseeable risk of this nature materialises without the patient having been duly informed in advance by doctors, and if, as in the instant case, those doctors work in a

public hospital, the State Party concerned may be directly liable under Article 8 for this lack of information.

In the instant case, however, the Government have submitted, without this being contradicted by the applicant, that French law as it stood at the material time already required doctors to provide information; except in emergencies, they are obliged to obtain the patient's consent and to inform him or her of the known risks of death or disability arising from the planned procedure, even if those risks are extremely rare. Moreover, the applicant did not claim that she had not received any information prior to the operation.

Furthermore, whereas the experts who examined the applicant's case agreed that her paralysis appeared in the immediate aftermath of the operation of 11 July 1988, Dr Giraud, the medical expert appointed by the President of the Administrative Court, stressed in his report of 10 December 1992 that, although "minor problems" of sensitivity and motility are "relatively frequent" consequences of the type of operation in question, those "generally" disappeared within three months.

It would thus appear that paralysis as intense and lasting as that experienced by the applicant is not, as such, a foreseeable consequence of the operation in question.

According to the expert, the problems experienced by the applicant are of a psychosomatic nature. The Court finds no reason not to lend credence to the Government's argument that very little medical research has been conducted in the field of psychosomatic symptoms and that the data available are still based on hypothesis, making it difficult to require that they be included as a matter of principle in the information to be provided by doctors. In the specific case of the applicant, moreover, although the above-mentioned expert noted that she had a tendency towards such a reaction, he stressed that this tendency was not known prior to the operation (a fact also accepted by the Administrative Court of Appeal).

It follows that the application is manifestly ill-founded and must be rejected pursuant to Article 35 §§ 3 and 4 of the Convention.

For these reasons, the Court unanimously

*Declares* the application inadmissible.