

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



REPORTS
OF JUDGMENTS AND DECISIONS

RECUEIL
DES ARRÊTS ET DÉCISIONS

2007-IV

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

2012 ISBN 978-3-452-27770-1
Printed in Germany

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

Note on citation

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

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

Examples

Judgment on the merits delivered by a Chamber

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

Judgment on the merits delivered by the Grand Chamber

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

Decision on admissibility delivered by a Chamber

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

Decision on admissibility delivered by the Grand Chamber

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

Judgment on preliminary objections delivered by a Chamber

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

Judgment on just satisfaction delivered by a Chamber

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

Judgment on revision delivered by a Chamber

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

Judgment on interpretation delivered by a Chamber

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

Judgment striking the case out delivered by a Chamber

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

Judgment on a friendly settlement delivered by a Chamber

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

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

Note concernant la citation des arrêts et décisions

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

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

Exemples

Arrêt rendu par une chambre sur le fond

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

Arrêt rendu par la Grande Chambre sur le fond

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

Décision rendue par une chambre sur la recevabilité

Dupont c. France (déc.), n° 45678/98, CEDH 1999-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>L. v. Lithuania</i> , no. 27527/03, judgment of 11 September 2007 ..	1
<i>L. c. Lituanie</i> , n° 27527/03, arrêt du 11 septembre 2007	27
<i>Sultani c. France</i> , n° 45223/05, arrêt du 20 septembre 2007 (extraits)	55
<i>Sultani v. France</i> , no. 45223/05, judgment of 20 September 2007 (extracts)	69
<i>Wieser and Bicos Beteiligungen GmbH v. Austria</i> , no. 74336/01, judgment of 16 October 2007	83
<i>Wieser et Bicos Beteiligungen GmbH c. Autriche</i> , n° 74336/01, arrêt du 16 octobre 2007	103
<i>Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France</i> [GC], n ^{os} 21279/02 et 36448/02, arrêt du 22 octobre 2007	125
<i>Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France</i> [GC], nos. 21279/02 and 36448/02, judgment of 22 October 2007	183
<i>D.H. and Others v. the Czech Republic</i> [GC], no. 57325/00, judgment of 13 November 2007	241
<i>D.H. et autres c. République tchèque</i> [GC], n° 57325/00, arrêt du 13 novembre 2007	339

Subject matter/Objet des affaires

Article 8

Failure to introduce implementing legislation to enable a transsexual to undergo full gender reassignment surgery and change his gender identification in official documents

L. v. Lithuania, p. 1

Non-adoption d'une législation d'application propre à permettre à un transsexuel de subir une chirurgie de conversion sexuelle complète et de faire modifier la mention de son sexe dans les documents officiels

L. c. Lituanie, p. 27

Search and seizure of electronic data on lawyer's computer system

Wieser and Bicos Beteiligungen GmbH v. Austria, p. 83

Perquisition et saisie de données électroniques dans les installations informatiques d'un avocat

Wieser et Bicos Beteiligungen GmbH c. Autriche, p. 103

Article 10

Conviction of author and publisher of a novel for defamation against a political party of the far right and its Chairman

Conviction of a newspaper director for defamation following the publication of a petition reproducing defamatory passages and protesting about convictions in respect thereof

Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France [GC], p. 183

Condamnation de l'auteur et de l'éditeur d'un roman pour diffamation à l'égard d'un parti d'extrême droite et de son président

Condamnation du directeur d'un journal pour diffamation à la suite de la publication d'une pétition reprenant les passages litigieux et protestant contre les condamnations susmentionnées

Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France [GC], p. 125

Article 14 of the Convention in conjunction with Article 2 of Protocol No. 1/ Article 14 de la Convention combiné avec l'article 2 du Protocole n° 1

Placement of Roma children in "special" schools

D.H. and Others v. the Czech Republic [GC], p. 241

Placement d'enfants roms dans des écoles spéciales

D.H. et autres c. République tchèque [GC], p. 339

Article 41

Respondent State required to pay the applicant a sum towards the cost of having surgery performed abroad should it fail to pass the requisite legislation

L. v. Lithuania, p. 1

Etat défendeur tenu de verser au requérant une somme destinée à couvrir, au moins en partie, les frais d'une chirurgie pratiquée à l'étranger dans le cas où la législation requise n'aurait pas été adoptée

L. c. Lituanie, p. 27

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

Risk of deportation via a grouped flight to remove illegal aliens

Sultani v. France, p. 69

Risque d'expulsion *via* un vol groupé pour éloigner des étrangers en situation irrégulière

Sultani c. France, p. 55

L. v. LITHUANIA
(*Application no. 27527/03*)

SECOND SECTION

JUDGMENT OF 11 SEPTEMBER 2007¹

1. English original.

SUMMARY¹**Failure to introduce implementing legislation to enable a transsexual to undergo full gender reassignment surgery and change his gender identification in official documents****Article 8**

Private life – Positive obligations – Failure to introduce implementing legislation to enable a transsexual to undergo full gender reassignment surgery and change his gender identification in official documents – Respect for human dignity and quality of life – Preoperative transsexual who had undergone partial gender reassignment surgery – Legislative gap – Budgetary burden on the State not likely to be excessive – Proportionality – Fair balance to be struck between competing interests – Margin of appreciation

Article 41

Just satisfaction – Pecuniary damage – Respondent State required to pass necessary legislation within three months of the Court's judgment becoming final – Respondent State required to pay the applicant a sum towards the cost of having surgery performed abroad should it fail to pass the requisite legislation – Award for non-pecuniary damage

*
* *

The applicant was registered as a girl at birth in 1978. From an early age, he regarded himself as a male and in 1997 sought medical advice about gender reassignment. Although he was diagnosed as a transsexual, his doctor initially refused to prescribe hormone therapy in view of uncertainty as to whether or not full gender reassignment could be legally carried out. He followed the hormone treatment unofficially. Following the adoption of the new Civil Code in 2000, which for the first time introduced a right to gender reassignment surgery in Lithuanian law, the applicant underwent partial reassignment surgery. However, he agreed with the doctors to defer any further surgical steps pending the introduction of implementing legislation on the conditions and procedure for gender reassignment. The implementing legislation has not yet been enacted following strong opposition to the bill in Parliament. The applicant remained a female under domestic law and although he was eventually permitted to change his name to one that was not gender-sensitive, his “personal code” on his new birth certificate and passport and on his university diploma continued to identify his gender as female. He alleged that he faced considerable embarrassment and difficulties in daily life and found himself ostracised to the point where he had become suicidal.

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

Held

Article 8: Lithuanian law recognised transsexuals' right to change not only their gender but also their civil status. However, there was a gap in the legislation in that there was no law regulating full gender reassignment surgery. Pending the enactment of such legislation, no suitable medical facilities appeared to be reasonably accessible or available in Lithuania. The applicant was consequently in the intermediate position of a preoperative transsexual, having undergone partial surgery, with certain important civil-status documents having been changed. Until he underwent the full surgery, his personal code would not be amended and he therefore remained a woman in significant aspects of his private life, such as employment and overseas travel. Given that it was not entirely clear to what extent he could complete the procedure privately in Lithuania, it could be possible, as a short-term solution, to have the remaining operation abroad, financed in whole or in part by the State. The legislative gap had left the applicant in a situation of distressing uncertainty with regard to his private life and the recognition of his true identity. Budgetary restraints in the public health service might have justified some initial delays in implementing the rights of transsexuals under the Civil Code, but not a delay of over four years. Given the limited number of people involved, the budgetary burden would not have been unduly heavy. The State had therefore failed to strike a fair balance between the public interest and the applicant's rights.

Conclusion: violation (six votes to one).

Article 41: The State could satisfy the applicant's claim for pecuniary damage by the enactment of the requisite subsidiary legislation within three months of the judgment becoming final. Failing that, it was to pay the applicant a sum towards the cost of having the final stages of the necessary surgery performed abroad. The Court also made an award in respect of non-pecuniary damage.

Case-law cited by the Court

D. v. the United Kingdom, 2 May 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-III
Pretty v. the United Kingdom, no. 2346/02, ECHR 2002-III
Christine Goodwin v. the United Kingdom [GC], no. 28957/95, ECHR 2002-VI
Mifsud v. France (dec.) [GC], no. 57220/00, ECHR 2002-VIII
Van Kück v. Germany, no. 35968/97, ECHR 2003-VII
Stoeterij Zangersheide N.V. and Others v. Belgium (dec.), no. 47295/99, 27 May 2004
Grant v. the United Kingdom, no. 32570/03, ECHR 2006-VII

In the case of L. v. Lithuania,

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

Jean-Paul Costa, *President*,

András Baka,

Rıza Türmen,

Mindia Ugrekheldze,

Elisabet Fura-Sandström,

Danutė Jočienė,

Dragoljub Popović, *judges*,

and Sally Dollé, *Section Registrar*,

Having deliberated in private on 17 October 2006 and 3 July 2007,

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

PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 27527/03) against the Republic of Lithuania lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by a Lithuanian national, Mr L. (“the applicant”), on 14 August 2003. The President of the Chamber acceded to the applicant’s request not to have his name disclosed (Rule 47 § 3 of the Rules of Court).

2. The applicant alleged violations of Articles 3, 8, 12 and 14 of the Convention in respect of the lack of legal regulation regarding transsexuals in Lithuania, and particularly the absence of any lawful possibility of undergoing full gender reassignment surgery, which in turn had resulted in other hardships and inconveniences.

3. By a decision of 6 July 2006, the Court declared the application partly admissible.

4. A hearing on the merits took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 17 October 2006 (Rule 59 § 3).

There appeared before the Court:

(a) for the Government

Ms E. BALTUTYTĖ,

Ms L. URBAITĖ

Agent,

(b) for the applicants

Mr H. MICKEVIČIUS,

Ms A. RADVILAITĖ,

Counsel,

Assistant to Counsel.

The Court heard addresses by Mr Mickevičius and Ms Baltutytė, as well as replies by Mr Mickevičius, Ms Baltutytė and Ms Urbaitė to questions from its members.

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

5. The applicant was born in 1978 and lives in Klaipėda.

6. At birth the applicant was registered as a girl with a clearly female name under the rules of the Lithuanian language.

7. The applicant submitted that from an early age he had become aware that his “mental sex” was male, thus acknowledging the conflict between his mental and genital gender.

8. On 18 May 1997 the applicant consulted a microsurgeon about the possibilities of gender reassignment. The doctor proposed that the applicant first consult a psychiatrist.

9. From 4 to 12 November 1997 the applicant attended Vilnius Psychiatric Hospital for tests on his physical and psychological condition.

10. On 16 December 1997 a doctor at the Vilnius University Hospital of Santariškės confirmed the applicant’s chromosomal sex as female, and diagnosed him as a transsexual. The doctor also advised that the applicant consult a psychiatrist.

11. On 23 January 1998 the Vilnius University Hospital of Raudonasis Kryžius opened a medical file on the applicant. The applicant gave his name in a masculine form under the rules of the Lithuanian language, and his medical file referred to him as being of male gender. An entry of 28 January 1998 in the medical file included a recommendation that the applicant pursue hormone treatment with a view to eventual gender reassignment surgery. Thereafter, a two-month course of hormone treatment was officially prescribed for the applicant. Moreover, it was recommended that the applicant consult a neurosurgeon, who subsequently performed breast removal surgery on him (see paragraph 19 below).

12. On 12 November 1998 the applicant, using his original name and surname, wrote a letter to the Ministry of Health seeking clarification of the legal and medical possibilities for gender reassignment. He stated that he was determined to undergo this procedure.

13. On 17 December 1998 an official of the Ministry of Health replied that a working group had been set up by the Minister of Health with a view to analysing the questions pertaining to gender reassignment, and that the applicant would be duly informed about the conclusions of that group.

14. Before the Court, the applicant claimed that he had received no further communication from the Ministry of Health.

15. On 13 May 1999 a doctor at Vilnius Psychiatric Hospital confirmed that the applicant, referred to by his original name, had attended the hospital from 4 to 12 November 1997, and that he had been diagnosed as a transsexual.

16. The applicant submitted that in 1999 his general medical practitioner had refused to prescribe hormone therapy in view of the legal uncertainty as to whether full gender reassignment could be carried out, leading to the new identity of a transsexual being registered in accordance with domestic law. Thereafter the applicant continued the hormone treatment “unofficially”, as it was considered at that time that such treatment should be followed for two years before the full surgical procedure could be performed.

17. On an unspecified date in 1999 the applicant requested that his name on all official documents be changed to reflect his male identity; that request was refused.

18. On an unspecified date in 1999 the applicant enrolled at Vilnius University. Upon the applicant’s request, the university administration agreed to register him as a student under the male name chosen by him (bearing the initials P.L.). The applicant asserted before the Court that the decision of the University was exceptional and purely humanitarian, as the laws applicable at the material time clearly required his registration under his original female name, as indicated on his birth certificate and passport.

19. From 3 to 9 May 2000 the applicant underwent “partial gender reassignment surgery” (breast removal). The applicant agreed with the doctors that a further surgical step would be carried out upon the enactment of subsidiary laws governing the appropriate conditions and procedure.

20. On an unspecified date in 2000, with the assistance of a Lithuanian member of parliament, the applicant’s birth certificate and passport were changed to indicate his identity as P.L. The forename and surname chosen by the applicant for this new identity were of Slavic origin, and thus did not disclose his gender. The applicant could not choose a Lithuanian name or surname as they are all gender-sensitive. However, the applicant’s “personal code” on his new birth certificate and passport – a numerical code comprising the basic information about a person in accordance with the Lithuanian civil-registration rules – remained the same, starting with the number 4, thus disclosing his gender as female (see paragraphs 28-29 below).

21. The applicant stressed that he therefore remained female under domestic law. This was confirmed, *inter alia*, by the fact that, on the Vilnius University degree certificate he had received after successfully

graduating in 2003, his “personal code” remained the same and denoted him as a female. As a result, he claimed that he faced considerable daily embarrassment and difficulties, as he was unable, for example, to apply for a job, pay social security contributions, consult medical institutions, communicate with the authorities, obtain a bank loan or cross the State border without disclosing his female identity.

22. The applicant submitted a copy of an article by the Baltic News Agency (BNS) of 17 June 2003, quoting a statement by the Speaker of the Seimas on the Gender Reassignment Bill (put before Parliament on 3 June 2003 – see paragraph 30 below). It was mentioned in the article that certain members of parliament had accused the Minister of Health, who was a plastic surgeon, of having a personal interest in the enactment of the law. The article also mentioned that certain members of the Social Democratic Party had urged the enactment of the law as it was required by the imminent entry into force of the provisions of the new Civil Code on 1 July 2003. The article referred to the opinion of experts that there were about fifty transsexuals living in Lithuania. It was mentioned that certain Vilnius and Kaunas surgeons were properly equipped and qualified to carry out gender reassignment surgery, the cost of which could be between 3,000 and 4,000 Lithuanian litai (approximately 870 to 1,150 euros), excluding the cost of hormone therapy. The article stated that a number of persons had already applied for gender reassignment, but that the surgery could not be fully completed in the absence of adequate legal regulation. It was presumed that some of the Lithuanian transsexuals had thus been obliged to go abroad for treatment.

23. In an article by the BNS on 18 June 2003 about a meeting between the Prime Minister and the heads of the Lithuanian Catholic Church, the Prime Minister was quoted as saying that it was too early for Lithuania to enact a law on gender reassignment, and that there was “no need to rush” or “copy the principles that exist in one country or another”. The article stated that the Catholic Church had been among the most ardent opponents of such legislation. At the same time, the Prime Minister conceded that the government were obliged to prepare a Gender Reassignment Bill in view of the entry into force of Article 2.27 § 1 of the new Civil Code on 1 July 2003.

24. The applicant submitted that since 1998 he had been in a stable relationship with a woman and that they had lived together since 1999.

II. RELEVANT DOMESTIC LAW AND PRACTICE

25. There were no provisions pertaining to the question of transsexuals in Lithuanian law until the adoption of the new Civil Code on 18 July 2000. The Civil Code came into force on 1 July 2001. The first

paragraph of Article 2.27 (which only came into force on 1 July 2003) provides that an unmarried adult has the right to gender reassignment surgery (*pakeisti lytį*), if this is medically possible. A request by the person concerned must be made in writing. The second paragraph of this provision states that the conditions and procedure for gender reassignment surgery are established by law.

26. On 27 December 2000 the government adopted a decree specifying the measures needed for the implementation of the new Civil Code. The preparation of a Gender Reassignment Bill was mentioned in it.

27. Rule 109.2 of the Civil Registration Rules, approved by an order of the Minister of Justice on 29 June 2001 (in force from 12 July 2001), permits a change in civil-status documents if there is a need to change a person's gender, forename and surname, following gender reassignment.

28. Under the Residents' Register Act and other relevant domestic laws, every Lithuanian resident has a numerical "personal code" (*asmens kodas*), which denotes certain basic items of information, including his or her gender. Section 8(2) of the Residents' Register Act provides that the first number of the personal code denotes the person's gender. A personal code starting with the number 3 denotes that the person is male, whereas a code starting with number 4 means that the person is female.

29. Section 5 of the Passport Act 2003 provides that a citizen's passport must be changed if the citizen changes his or her forename, surname, gender or personal code.

30. The Gender Reassignment Bill was prepared by a working group of the Ministry of Health in early 2003. On 3 June 2003 the government approved the Bill, sending it for consideration to the Seimas (Parliament). In an explanatory note to Parliament dated 4 June 2003, the Minister of Health indicated, *inter alia*, that, at present, no legal instrument regulated the conditions and procedure for gender reassignment. The Bill was initially scheduled for a plenary session of Parliament on 12 June 2003, but it was not examined that day. It was rescheduled for 17 June 2003, but was then omitted from Parliament's agenda. On the same date the Speaker of Parliament circulated an official memorandum on the Bill stating, *inter alia*:

"The Speaker of the Seimas ... strongly denounces gender reassignment surgery and the further consideration of a bill on the subject at a parliamentary hearing.

[At a time] when the demographic situation in Lithuania is becoming threatened, the Seimas should not make matters worse by considering such a controversial law, which may be taken by society as an insult to the far more important problems facing the health-care system."

31. The order of the Minister of Health, issued on 6 September 2001, specifies the conditions under which patients in Lithuania can be referred for treatment abroad, in cases where the necessary treatment for a certain

illness is not available in Lithuania. The decision is taken by a special commission of experts appointed by the Minister of Health, and the cost of such treatment is covered by the Compulsory Health Insurance Fund.

32. On 8 August 2006 the Constitutional Court ruled that the courts were empowered to fill the gaps left in the legislation where this was necessary, *inter alia*, for the protection of the rights and freedoms of a particular individual.

THE LAW

I. THE GOVERNMENT'S PRELIMINARY OBJECTION

33. The Government alleged that the applicant had failed to exhaust domestic remedies as regards his complaints that he had been unable to complete the course of gender reassignment. They asserted that the applicant had had the opportunity to bring a claim – by way of civil or administrative proceedings – seeking damages for the alleged inactivity of the administrative and health-care authorities and/or doctors when dealing with his gender reassignment needs. The Government maintained that such an action would have enabled the courts to fill the legislative lacunae. In this connection, the Government referred to the Constitutional Court ruling of 8 August 2006, in which a certain law-making role of the courts had been acknowledged (see paragraph 32 above). Alternatively, the domestic courts could have sought the opinion of the Constitutional Court as to whether the existence of the legal gaps in issue was in conformity with the Constitution. While the Government conceded that there was no particular domestic case-law regarding transsexuals, they argued that this factor alone was not sufficient to raise doubts about the effectiveness of a civil action as a remedy or to presume the lack of any prospects of success.

34. The applicant contested the Government's submissions.

35. However, the Court reiterates that Article 35 § 1 of the Convention only requires the exhaustion of remedies which are available and sufficient, in theory as well as practice, on the date on which the application was lodged with it (see, among other authorities, *Stoeterij Zangersheide N.V. v. Belgium* (dec.), no. 47295/99, 27 May 2004, and, conversely, *Mifsud v. France* (dec.) [GC], no. 57220/00, §§ 15-18, ECHR 2002-VIII).

36. The Court notes that it has already dismissed this plea by the Government in its decision on the admissibility of the present application on 6 July 2006, because the applicant's complaint essentially concerns the state of the law. In this connection, it observes that the relevant provisions of the Civil Code concerning gender reassignment surgery require

implementation by subsidiary legislation, which has yet to be enacted (see paragraph 25 above). It would seem that such legislation is not a priority for the legislature (see paragraph 30 above). Moreover, the Constitutional Court judgment referred to by the Government (paragraph 32 above) was adopted well after the present application was lodged with the Court. Accordingly, it cannot be cited to oppose the applicant's claim. In these circumstances, the Court confirms its original conclusion that the applicant had no effective remedies available to him at the material time in respect of his specific complaints, and therefore dismisses the Government's preliminary objection.

II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 3 OF THE CONVENTION

37. The applicant complained that he had been unable to complete gender reassignment surgery owing to the lack of legal regulation on the subject. He relied on Article 3 of the Convention, which provides:

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

A. The parties' submissions

1. *The applicant*

38. The applicant alleged that his continuing inability to complete gender reassignment surgery had left him with a permanent feeling of personal inadequacy and an inability to accept his body, leading to great anguish and frustration. Furthermore, owing to the lack of recognition of his perceived, albeit preoperative, identity, the applicant constantly faced anxiety, fear, embarrassment and humiliation in his daily life. He had had to face severe hostility and taunts in the light of the general public's strong opposition, rooted in traditional Catholicism, to gender disorders. Consequently, he had had to pursue an almost underground lifestyle, avoiding situations in which he might have to disclose his original identity, particularly when having to provide his personal code (see paragraph 28 above). This had left him in a permanent state of depression with suicidal tendencies.

39. In the applicant's view, the State's inactivity was the main cause of his suffering. Since the entry into force of the new Civil Code, the applicant had had reasonable hopes of completing the treatment and registering his new identity. By that stage, he had already been duly diagnosed as a transsexual, had been following hormone treatment since 1998, and had undergone breast-removal surgery. However, the Gender Reassignment Bill – put before the legislature in June 2003 – had been

withdrawn from the parliamentary agenda without any objective reason or explanation being given. The Government had therefore failed to fulfil their positive obligations under Article 3 of the Convention to protect the applicant from the impossible situation in which he found himself (described in the preceding paragraph).

40. Referring to the Court's case-law, the applicant considered that Parliament's inaction was to be seen as a concession to the negative attitude of the population, revealing the bias of a hostile majority towards the transsexual minority, which in itself should be seen as falling within the scope of Article 3. The applicant contended that the State's failure to adopt the necessary legislation on gender reassignment surgery, which would allow him to complete his treatment and have his new gender legally recognised, amounted to inhuman and degrading treatment.

2. The Government

41. The Government argued that neither the Convention in general nor Article 3 in particular could be interpreted as laying down a general obligation to provide full gender reassignment surgery for transsexuals. Nor could it be maintained that such irreversible surgery was indispensable for the treatment of gender-identity disorders. In particular, general medical practice had shown that hormone therapy and partial gender reassignment surgery, such as breast removal, might in certain cases be sufficient to help a female-to-male transsexual pursue his life experience in the role of the desired gender. The applicant had not substantiated his claim that he needed the full procedure.

42. The Government pointed out that transsexuality was a rare disorder, the scale of which was difficult to assess, particularly since freedom of movement within the European Union had encouraged many people to leave the country. There had certainly been no intention on the part of the State to humiliate or debase transsexuals. They maintained that transsexuality as a disease was by no means neglected. Indeed, the applicant had been afforded due medical assistance in the form of medical consultations and hormone treatment. The applicant was also entitled to seek confirmation of the medical necessity of full gender reassignment surgery, which might have enabled him to be referred for medical treatment abroad, financed by the State (paragraph 31 above).

43. Whilst recognising that transsexuals might encounter some difficulties in their daily lives, the Government asserted that those difficulties were not intentionally created nor inflicted by the State. On the contrary, steps had been taken to alleviate the problems, such as allowing the applicant to change his name. A change in the entries for all

official documents, including the personal code, could be effected on completion of a transsexual's gender reassignment surgery.

44. Furthermore, the State could not be held responsible for the alleged deterioration of the applicant's health, as he had chosen – on his own initiative and disregarding the warnings of doctors – to continue his hormone treatment unofficially, beyond that prescribed for two months in 1998.

45. In sum, the Government maintained that the alleged ill-treatment did not attain the minimum level of severity in order to fall within the scope of Article 3. They considered that the issue of the regulation of gender reassignment surgery and the recognition of transsexuals' identity fell to be dealt with under Article 8 of the Convention alone. In any case, the Government asserted, the State had fulfilled its positive obligations under both Articles 3 and 8 by providing adequate health care for the treatment of disease and avoidable death, including appropriate treatment for transsexuals – psychiatric, surgical, hormonal, and so on.

B. The Court's assessment

46. The Court observes that the prohibition under Article 3 of the Convention is of an absolute nature, but that the kind of treatment qualified as inhuman and degrading will depend upon an examination of the facts of the specific case in order to establish whether the suffering caused was so severe as to fall within the ambit of this provision. Moreover, according to its established case-law, Article 3 entails a positive obligation on the part of the State to protect the individual from acute ill-treatment, whether physical or mental, whatever its source. Thus if the source is a naturally occurring illness, the treatment for which could involve the responsibility of the State but is not forthcoming or is patently inadequate, an issue may arise under this provision (see, for example, *D. v. the United Kingdom*, 2 May 1997, §§ 51-54, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-III, and, *mutatis mutandis*, *Pretty v. the United Kingdom*, no. 2346/02, §§ 49-52, ECHR 2002-III).

47. However, an examination of the facts of the present case, whilst revealing the applicant's understandable distress and frustration, does not indicate circumstances of such an intense degree, involving the exceptional, life-threatening conditions found in the cases of Mr D. and Mrs Pretty cited above, as to fall within the scope of Article 3 of the Convention. The Court considers it more appropriate to analyse this aspect of the applicant's complaint under Article 8 (respect for private life) below.

48. Consequently, the Court finds no violation of Article 3 of the Convention.

III. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 8 OF THE CONVENTION

49. The applicant alleged that the State had failed to fulfil its positive obligations under Article 8, which provides, in so far as relevant:

- “1. Everyone has the right to respect for his private ... life ...
2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society ... for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.”

A. The parties’ submissions

1. The applicant

50. Referring to his arguments under Article 3 (see paragraphs 38-40 above), the applicant repeated that the State had failed to provide him with a lawful opportunity to complete his gender reassignment and obtain full recognition of his post-operative gender. He reiterated that the right to gender reassignment surgery had been envisaged by the new Civil Code since 2003, but no subsidiary legislation had been passed to implement that right. The applicant further emphasised that, although he had been able to change his name to a gender-neutral form, the law did not provide for a change in the personal code of preoperative transsexuals (see paragraph 28 above). As a result he had forgone numerous opportunities in many areas, such as, employment, health care, social security, freedom of movement, business transactions, socialising and personal development in order to avoid hostility and taunts. He had thus been condemned to legal and social ostracism because he looked male but his personal documents identified him as a woman.

51. The applicant argued that there was no public interest whatsoever militating against the interests of medically recognised transsexuals in completing their gender change and having it legally entrenched. Furthermore, the absence of necessary legislation was disproportionate to the protection of any purported countervailing interest of the community as a whole. Accordingly, the State had failed in its positive obligations under Article 8 to complete the measures it had already envisaged to protect the applicant’s human dignity and prevent intrusion into his private life.

2. The Government

52. Further to their pleadings under Article 3 (see paragraphs 41-45 above), the Government maintained that a wide margin of appreciation

should be afforded to States in regulating gender reassignment and deciding whether to recognise a person's new identity where the required surgery was incomplete. In that connection they cited, *inter alia*, the cultural specificities and religious sensitivities of Lithuanian society regarding the gender reassignment debate.

53. In so far as the regulation of gender reassignment surgery was concerned, the Government reiterated their claim that the medical treatment afforded to transsexuals in Lithuania was capable of guaranteeing respect for private life. Moreover, Lithuanian law entitled transsexuals to have the entries in official documents changed, including their personal code, after full gender reassignment.

54. As regards the preoperative recognition of a diagnosed gender, the Government argued that there was an overriding public interest in ensuring legal certainty as to a person's gender and the various relationships between people. In this connection, they pointed out that the applicant had indeed been able to make a gender-neutral change in his name.

55. The Government again stressed that the applicant had failed to provide evidence as to the necessity and feasibility of full gender reassignment surgery in his case. They had recently suggested to the applicant that he undergo a comprehensive psychiatric and physical examination of his current state of health with a view to assessing his present possibilities and needs, but the applicant had declined that offer. The Government expressed a certain concern about the level of expertise available in Lithuania for such rare and specialised surgery at present, whereas surgery performed by practising experts abroad might be an appropriate temporary solution to the problems faced by transsexuals, for which the State could provide financial assistance (paragraph 31 above).

B. The Court's assessment

56. The Court would emphasise the positive obligation upon States to ensure respect for private life, including respect for human dignity and the quality of life in certain respects (see, *mutatis mutandis*, *Pretty*, cited above, § 65). It has examined several cases involving the problems faced by transsexuals in the light of present-day conditions, and has noted and endorsed the evolving improvement of State measures to ensure their recognition and protection under Article 8 of the Convention (see, for example, *Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC], no. 28957/95, ECHR 2002-VI; *Van Kück v. Germany*, no. 35968/97, ECHR 2003-VII; and *Grant v. the United Kingdom*, no. 32570/03, ECHR 2006-VII). Whilst affording a certain margin of appreciation to States

in this field, the Court has nevertheless held that States are required, by their positive obligation under Article 8, to implement the recognition of the gender change in post-operative transsexuals through, *inter alia*, amendments to their civil-status data, with its ensuing consequences (see, for example, *Christine Goodwin*, §§ 71-93, and *Grant*, §§ 39-44, both cited above).

57. The present case involves another aspect of the problems faced by transsexuals: Lithuanian law recognises their right to change not only their gender but also their civil status (paragraphs 25, 27, and 29 above). However, there is a gap in the relevant legislation; there is no law regulating full gender reassignment surgery. Until such a law is enacted, no suitable medical facilities appear to be reasonably accessible or available in Lithuania (paragraphs 13, 16, 19, 22, 25, 30 and 55 above). Consequently, the applicant finds himself in the intermediate position of a preoperative transsexual, having undergone partial surgery, with certain important civil-status documents having been changed. However, until he undergoes the full surgery, his personal code will not be amended and, therefore, in certain significant situations in his private life, such as his employment opportunities or travel abroad, he remains a woman (paragraphs 19-21 above).

58. The Court notes that the applicant has undergone partial gender reassignment surgery. It is not entirely clear to what extent he would be able to complete the procedure privately in Lithuania (see the newspaper article referred to in paragraph 22 above). However, this consideration has not been put forward by either party to the present case so, presumably, it is to be ruled out. As a short-term solution, it may be possible for the applicant to have the remaining operation abroad, financed in whole or in part by the State (paragraphs 31, 42 and 55 above).

59. The Court finds that the circumstances of the case reveal a limited legislative gap in gender reassignment surgery, which leaves the applicant in a situation of distressing uncertainty *vis-à-vis* his private life and the recognition of his true identity. Whilst budgetary restraints in the public health service might have justified some initial delays in implementing the rights of transsexuals under the Civil Code, over four years have elapsed since the relevant provisions came into force and the necessary legislation, although drafted, has yet to be enacted (paragraph 30 above). Given the few individuals involved (some fifty people, according to unofficial estimates – see paragraph 22 above), the budgetary burden on the State would not be expected to be unduly heavy. Consequently, the Court considers that a fair balance has not been struck between the public interest and the rights of the applicant.

60. In the light of the above considerations, the Court concludes that there has been a violation of Article 8 of the Convention.

IV. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 12 OF THE CONVENTION

61. The applicant complained that his inability to complete his gender reassignment had prevented him from marrying and founding a family, in violation of Article 12 of the Convention, which reads as follows:

“Men and women of marriageable age have the right to marry and to found a family, according to the national laws governing the exercise of this right.”

A. The parties’ submissions

62. The applicant submitted that he had been living as a man for some ten years now and had been diagnosed with a gender-identity disorder nine years ago. He had been in a stable relationship with a woman since 1998 and they had been living together since 1999 (paragraph 24 above). They wished to legalise their long-lasting relationship, marry and establish a family through adoption.

63. The Government argued that the applicant could not be considered a victim or even a potential victim of the alleged violation, in that the relevant rules of civil law did not prevent a transsexual from marrying in his new identity following gender reassignment surgery. The key issue was still that of gender recognition and, as such, it was more appropriately dealt with under Article 8 of the Convention.

B. The Court’s assessment

64. The Court observes that the applicant’s complaint under Article 12 is premature in that, should he complete full gender reassignment surgery, his status as a man would be recognised together with the right to marry a woman. In these circumstances, the Court agrees with the Government that the key issue is still that of the gap in legislation, which has been analysed under Article 8 above. Consequently, it finds it unnecessary to examine this aspect of the case separately under Article 12 of the Convention.

V. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 14 OF THE CONVENTION TAKEN IN CONJUNCTION WITH ARTICLES 3 AND 8

65. The applicant argued that the lack of legal regulation in Lithuania regarding the treatment and status of transsexuals disclosed a discriminatory attitude on the part of the Lithuanian authorities, in breach of Article 14 of the Convention, which provides as follows:

“The enjoyment of the rights and freedoms set forth in [the] Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language,

religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.”

A. The parties’ submissions

66. The applicant alleged that the failure of the State to pass the necessary legislation on gender reassignment was essentially due to the prejudices and hostile attitudes of the majority of the Lithuanian population towards transsexuals as a minority group, and served no legitimate aim. No objective and reasonable justification had been put forward by the Government for the indefinite postponement of the enactment of the subsidiary legislation required by the Civil Code. As a result, the applicant had been denied vital opportunities as a transsexual, particularly as regards the treatment of his gender-identity disorder and the effective legal recognition of his status.

67. The Government contested those allegations. They claimed that no separate issue arose under this provision that had not already been dealt with under Articles 3 and 8.

B. The Court’s assessment

68. The Court again finds that, in the circumstances of the present case, the applicant’s complaint of discrimination is essentially the same, albeit seen from a different angle, as that which it has considered above under Articles 3 and 8 of the Convention (see *Van Kück*, cited above, § 91). Consequently, it finds it unnecessary to examine this aspect of the case separately under Article 14 of the Convention.

VI. 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.”

A. Damage

70. The applicant claimed 33,589.46 Lithuanian litai (LTL) (approximately 9,728 euros (EUR)) for pecuniary damage, which represented:

(a) his loss of earnings, given his limited employment prospects in order to avoid drawing attention to his status (LTL 26,391);

(b) compensation for private and unofficial medical treatment, which was more costly than State health care, but did not require him to reveal his identity (LTL 4,318.46); and

(c) compensation for his prolonged hormone treatment, while awaiting the legal possibility of completing the gender reassignment procedure (LTL 2,880).

71. The applicant further claimed EUR 47,680 to cover the cost of the eventual completion of gender reassignment surgery. In this connection, the applicant argued that, even if the legal gaps in Lithuanian law were eventually filled, there would still be no prospect of completing the gender reassignment surgery in Lithuania within a reasonable time. He therefore contended that this sum was needed to carry out the surgery abroad.

72. Finally, the applicant claimed EUR 200,000 for the non-pecuniary damage resulting from the stress, anxiety, fear and humiliation which he had suffered, as well as his inability to enjoy his rights.

73. The Government considered these claims to be unsubstantiated and speculative. They noted that, before the Civil Code had come into force on 1 July 2003, the applicant had had no right to treatment for his disorder under domestic law. Moreover, in relation to further surgery, the applicant had not submitted any evidence of his current needs and state of health.

74. The Court notes the limited nature of the violation which it has found (see paragraphs 59-60 above). It considers that the applicant's claim for pecuniary damage would be satisfied by the enactment of the subsidiary legislation at issue in the present case within three months of the present judgment becoming final in accordance with Article 44 § 2 of the Convention. However, should that prove impossible, and in view of the uncertainty about the medical expertise currently available in Lithuania, the Court is of the view that this aspect of the applicant's claim could be satisfied by his having the final stages of the necessary surgery performed abroad and financed, at least in part, by the respondent State. Consequently, as an alternative in the absence of any such subsidiary legislation, the Court would award the applicant EUR 40,000 in pecuniary damage.

75. As regards the applicant's claim for non-pecuniary damage, the Court, deciding on an equitable basis as required by Article 41 of the Convention, awards the applicant EUR 5,000.

B. Costs and expenses

76. The applicant claimed EUR 9,403 for legal costs and expenses incurred in the proceedings before the Court. The costs of travel to the Court hearing, together with accommodation and other related expenses, were claimed in the amount of EUR 603.

77. The Government submitted that the claim for legal costs and expenses appeared excessive and unjustified, particularly as the applicant had received legal aid from the Council of Europe.

78. The Court notes that the applicant had the benefit of legal aid from the Council of Europe for his representation in the total amount of EUR 2,071.81 in the present case. It concludes that this amount is sufficient in the circumstances.

C. Default interest

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

FOR THESE REASONS, THE COURT

1. *Dismisses* by six votes to one the Government's preliminary objection;
2. *Holds* by six votes to one that there has been no violation of Article 3 of the Convention;
3. *Holds* by six votes to one that there has been a violation of Article 8 of the Convention;
4. *Holds* by six votes to one that there is no need to examine separately the applicant's complaints under Articles 12 and 14 of the Convention;
5. *Holds* by five votes to two that the respondent State, in order to satisfy the applicant's claim for pecuniary damage, is to pass the required subsidiary legislation to Article 2.27 of its Civil Code on gender reassignment of transsexuals within three months of the present judgment becoming final in accordance with Article 44 § 2 of the Convention;
6. *Holds* by six votes to one that, alternatively, should those legislative measures prove impossible to adopt within three months of the present judgment becoming final in accordance with Article 44 § 2 of the Convention, the respondent State is to pay the applicant EUR 40,000 (forty thousand euros) in respect of pecuniary damage;
7. *Holds* by six votes to one that the respondent State is to pay the applicant, within the above-mentioned three-month period, EUR 5,000 (five thousand euros) in respect of non-pecuniary damage;

8. *Holds* by six votes to one
- (a) that the respondent State is to pay the applicant, within the above-mentioned three-month period, any tax which may be chargeable on the above amounts, and that the sums due are to be converted into Lithuanian litai at the rate applicable at the date of settlement;
 - (b) that from the expiry of the above-mentioned three months until settlement simple interest shall be payable on the above amounts at a rate equal to the marginal lending rate of the European Central Bank during the default period plus three percentage points;
9. *Dismisses* unanimously the remainder of the applicant's claim for just satisfaction.

Done in English, and notified in writing on 11 September 2007, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Sally Dollé
Registrar

Jean-Paul Costa
President

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

- (a) partly dissenting opinion of Judge Fura-Sandström;
- (b) dissenting opinion of Judge Popović.

J.-P.C.
S.D.

PARTLY DISSENTING OPINION
OF JUDGE FURA-SANDSTRÖM

I voted against holding that the respondent State, in order to satisfy the applicant's claim for pecuniary damage, should pass the required subsidiary legislation, pursuant to Article 2.27 of its Civil Code on the gender reassignment of transsexuals, within three months of the judgment becoming final (see paragraph 74 and point 5 of the operative provisions). In all other aspects I agree with the majority.

My principal concern is that, by adopting such a solution, the Court risks acting *ultra vires*. The Convention clearly sets out a division of competences. Under Article 41 of the Convention, it falls to the Court, when a violation of the Convention or its Protocols has been found, and if the internal law of the High Contracting Party concerned allows only partial reparation to be made, to afford just satisfaction to the injured party, if necessary. Article 46 § 2 of the Convention states that “[t]he final judgment of the Court shall be transmitted to the Committee of Ministers, which shall supervise its execution”.

Looking at the case at hand, I would make the following observations. The applicant claimed the amount of 57,408 euros (EUR) for pecuniary damage in respect of medical fees, loss of earnings, hormone treatment and the cost of the eventual completion of gender reassignment surgery abroad (see paragraphs 70-71 of the judgment). The applicant further alleged that, even if the legal gaps in Lithuanian law were eventually filled, there would still be no prospect of completing the gender reassignment surgery in Lithuania within a reasonable time (see paragraph 71 of the judgment). So I wonder whether the imposition of an obligation upon the respondent Government to pass the required legislation would be “affording just satisfaction to the injured party”, strictly speaking. The applicant does not seem to believe this to be the case.

I am aware of the possibility for the Court to prescribe general measures in order to prevent the recurrence of similar violations in the future (see, for example, *Broniowski v. Poland* [GC], no. 31443/96, ECHR 2004-V, and *Hutten-Czapska v. Poland* [GC], no. 35014/97, ECHR 2006-VIII, where the violations originated in a systemic problem connected with the malfunctioning of domestic legislation, and there were many other similar cases pending before the Court as well as a great number of potential applicants). However, the present application can be distinguished from such cases, as here the Court prescribes a general measure to redress an individual complaint. Only as an alternative, should those legislative measures prove impossible to adopt within the said time-limit, is the respondent State ordered to pay

EUR 40,000 in respect of pecuniary damage (see paragraph 74 and point 6 of the operative provisions). For me, this does not afford just satisfaction to the applicant, as required by Article 41.

For these reasons I would have preferred the Court simply to order a payment in respect of pecuniary damage, and only as a secondary measure to indicate the need to pass new legislation.

DISSENTING OPINION OF JUDGE POPOVIĆ

I respectfully disagree with the opinion of the majority of the judges, for the following reasons.

Although I voted along with my colleagues in favour of the admissibility of the application in this case, I have subsequently reconsidered my opinion in the light of the parties' submissions at the oral hearing.

On the one hand, the applicant submitted that he had never availed himself of any domestic remedies because of their alleged ineffectiveness. On the other hand, the Government submitted that there had been a recent, convincing ruling of the Constitutional Court of Lithuania on national judicial remedies.

Faced with such facts, my approach is twofold: either one returns to the question of admissibility, or one raises of one's own motion the issue under Article 13 of the Convention read in conjunction with either Article 8 or Article 3, thus thoroughly reconsidering the matter and determining whether there is an effective remedy under domestic law.

My preference would be to return to the admissibility issue with reference to paragraph 1 of "The Law" part of the admissibility decision in this case, taken on 6 July 2006, which refers to the decision in *Valašinas v. Lithuania* ((dec.), no. 44558/98, 14 March 2000) as the only authority. However, this precedent is clearly distinguishable from the present case. The decision on admissibility in *Valašinas* in favour of an applicant who had not exhausted domestic remedies was taken after the Court had made an on-the-spot investigation into the applicant's conditions of detention. In the present case the Court has merely agreed with the applicant's allegation that no effective domestic remedy existed. The present applicant's only argument was founded on a legal gap in the national legal system, stemming either from a failure of the government to pass subsidiary legislation or to introduce a bill to that end. However, there was, and still is, under Lithuanian law primary legislation (Article 2.27 § 1 of the Civil Code 2001) which unequivocally meets the applicant's aspirations.

The applicant appears to have sought redress from the Ministry of Health, which failed to respond. In such circumstances, the applicant should have tried to bring an action against the administration for failure to act, but despite being represented by a lawyer, he failed to do so.

Alleging the ineffectiveness of domestic remedies, without any attempt to turn to the domestic judiciary, the applicant apparently relies on the idea that the courts would somehow be unwilling to find in his favour despite the existence of a clear legal provision in the Civil Code.

One can only speculate that this submission is borne of the view that the judiciary is still a relic of the former authoritarian communist regime.

Such courts would refuse to take a constructive approach to a legal provision, because of the mentality of the judges, who worked in fear of the political authorities for decades. They would therefore tend to stick to a strictly literal interpretation of the text of the written law. The applicant therefore apparently feared that, in the absence of specific subsidiary legislation, the national courts of law might refuse to apply primary legislation.

However, although social developments and adjustment take time, there is nothing to support the view that, nowadays, an applicant should be allowed by this Court to neglect the judiciary of a High Contracting Party to the Convention by claiming its *prima facie* ineffectiveness. Such an approach is wholly unjustified. On the contrary, national judges should be encouraged to take a bolder stand in interpreting domestic legal provisions, and applicants should not be allowed to circumvent their national courts. Applicants must apply to the domestic courts before lodging an application with this Court.

Moreover, the Government submitted that there had been some evolution in the domestic case-law. It was to be found in the ruling of the Constitutional Court of Lithuania as regards the general issue of remedies before domestic courts of law. The Constitutional Court stated, *inter alia*: "... the courts ... which administer justice ... have to construe law so that they are able to apply it." Further on, the Constitutional Court found that if the courts of law were not to interpret the law "it would mean that law is treated only in its textual form and is identified with the latter" (Constitutional Court of Lithuania, case 34/03, decision of 8 August 2006, § 6.2.3.3).

The majority of judges seem to be convinced, in the absence of any evidence whatsoever, that the courts in Lithuania would be willing to apply future legislation, if enacted after the introduction of the government's bill, although they might fail to apply the existing law. Such a belief appears groundless, especially if one takes account of the fact that the applicant has never tried to apply to the domestic courts.

The position of the parties is as follows: the applicant failed to exhaust domestic remedies, preferring merely to allege their ineffectiveness, although he was unable to substantiate that allegation, whereas the Government relied on the evolution of the domestic case-law concerning remedies.

I agree with the Government's preliminary objection of non-exhaustion of domestic remedies, and consider the application premature and, therefore, inadmissible pursuant to Article 35 §§ 1 and 4 of the Convention.

L. c. LITUANIE
(*Requête n° 27527/03*)

DEUXIÈME SECTION

ARRÊT DU 11 SEPTEMBRE 2007¹

1. Traduction; original anglais.

SOMMAIRE¹**Non-adoption d'une législation d'application propre à permettre à un transsexuel de subir une chirurgie de conversion sexuelle complète et de faire modifier la mention de son sexe dans les documents officiels****Article 8**

Vie privée – Obligations positives – Non-adoption d'une législation d'application propre à permettre à un transsexuel de subir une chirurgie de conversion sexuelle complète et de faire modifier la mention de son sexe dans les documents officiels – Respect de la dignité humaine et de la qualité de la vie – Transsexuel ayant subi une chirurgie de conversion sexuelle partielle – Lacune législative – Probabilité que le budget de l'Etat n'eût pas été excessivement grevé – Proportionnalité – Juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents en jeu – Marge d'appréciation

Article 41

Satisfaction équitable – Dommage matériel – Etat défendeur tenu d'adopter la législation nécessaire dans les trois mois de la date à laquelle l'arrêt de la Cour sera devenu définitif – Etat défendeur tenu de verser au requérant une somme destinée à couvrir, au moins en partie, les frais d'une chirurgie pratiquée à l'étranger dans le cas où la législation requise n'aurait pas été adoptée – Octroi d'une somme pour dommage moral

*

* *

Le requérant fut enregistré à sa naissance, en 1978, comme enfant de sexe féminin. Très tôt il se considéra comme étant de sexe masculin, et en 1997 il s'enquit auprès d'un médecin des possibilités de changer de sexe. Bien qu'il eût été diagnostiqué comme transsexuel, son médecin généraliste refusa au départ de lui prescrire un traitement hormonal, du fait de l'incertitude juridique quant à la possibilité de faire procéder à une chirurgie de conversion sexuelle complète. Le requérant suivit alors le traitement hormonal en question à titre non officiel. A la suite de l'adoption en 2000 du nouveau code civil, qui pour la première fois introduisait dans l'ordre juridique lituanien un droit à subir une chirurgie de conversion sexuelle, le requérant subit une opération de conversion sexuelle partielle. Il se rangea toutefois à l'avis des médecins selon lequel l'intervention suivante ne devrait avoir lieu qu'une fois adoptée la législation subsidiaire fixant les conditions et procédures à respecter en la matière. Du fait de la vive opposition rencontrée au Parlement par le projet de loi élaboré à cet égard, la législation d'application en cause n'a à ce jour pu être adoptée. Le requérant est ainsi demeuré une personne de sexe féminin au regard du droit interne, et s'il fut finalement autorisé à prendre un autre nom, qui ne révélait pas son identité sexuelle, le «code personnel» indiqué sur son nouveau

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

certificat de naissance, sur son passeport et sur son diplôme universitaire le répertorie toujours comme étant de sexe féminin. Il affirme devoir faire face à un embarras et à des difficultés considérables dans la vie quotidienne et être victime d'ostracisme, au point qu'il aurait des tendances suicidaires.

Article 8: le droit lituanien reconnaît aux transsexuels le droit de changer non seulement de sexe, mais aussi d'état civil. En revanche, la législation pertinente présente une lacune: elle ne comporte aucun texte réglementant les opérations de conversion sexuelle complète. Il semble que tant qu'un texte de ce type n'aura pas été adopté, aucune des ressources médicales nécessaires ne sera accessible ou disponible en Lituanie dans des conditions raisonnables. Le requérant se trouve donc dans la situation intermédiaire d'un transsexuel qui a subi une chirurgie de conversion sexuelle partielle et qui a pu faire modifier certains actes importants de l'état civil. Tant qu'il n'aura pas subi les interventions chirurgicales nécessaires au parachèvement de sa conversion sexuelle, son code personnel restera le même, ce qui signifie que dans certains domaines importants de sa vie privée, par exemple la recherche d'un emploi ou les voyages à l'étranger, il sera toujours une femme. Eu égard à l'incertitude entourant la possibilité pour l'intéressé de mener à terme, de manière privée, son changement de sexe en Lituanie, une solution à court terme pourrait consister pour lui à aller faire pratiquer les dernières interventions chirurgicales à l'étranger, moyennant une prise en charge totale ou partielle des frais par l'État lituanien. Du fait de la lacune législative litigieuse, le requérant se trouve dans une situation d'incertitude pénible pour ce qui est du déroulement de sa vie privée et de la reconnaissance de sa véritable identité. Si des restrictions budgétaires dans le système public de santé ont pu justifier au départ certains retards dans la prise d'effet des droits des transsexuels énoncés dans le code civil, plus de quatre années se sont écoulées depuis l'entrée en vigueur des dispositions pertinentes. Vu le faible nombre de personnes concernées, le budget de l'État n'aurait pas été excessivement grevé par l'adoption de la mesure voulue. L'État n'a donc pas ménagé un juste équilibre entre l'intérêt général et les droits du requérant. *Conclusion*: violation (six voix contre une).

Article 41: la demande formulée par le requérant pour dommage matériel sera satisfaite si la loi d'application requise est adoptée dans les trois mois à compter du jour où l'arrêt sera devenu définitif. A défaut, l'État devra verser au requérant une somme destinée à couvrir, au moins en partie, les frais des dernières interventions chirurgicales nécessaires au parachèvement de la conversion sexuelle du requérant si celui-ci doit les subir à l'étranger. La Cour alloue également au requérant une somme pour dommage moral.

Jurisprudence citée par la Cour

- D. c. Royaume-Uni*, 2 mai 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-III
Pretty c. Royaume-Uni, n° 2346/02, CEDH 2002-III
Christine Goodwin c. Royaume-Uni [GC], n° 28957/95, CEDH 2002-VI
Mifsud c. France (déc.) [GC], n° 57220/00, CEDH 2002-VIII
Van Kück c. Allemagne, n° 35968/97, CEDH 2003-VII
Stoeterij Zangersheide N.V. et autres c. Belgique (déc.), n° 47295/99, 27 mai 2004
Grant c. Royaume-Uni, n° 32570/03, CEDH 2006-VII

En l'affaire L. c. Lituanie,

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 Ugrekheldze,
Elisabet Fura-Sandström,
Danutė Jočienė,
Dragoljub Popović, *juges*,
et de Sally Dollé, *greffière de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 17 octobre 2006 et le
3 juillet 2007,

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

PROCÉDURE

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 27527/03) dirigée contre la République de Lituanie et dont un ressortissant de cet Etat, M. L. (« le requérant »), a saisi la Cour le 14 août 2003 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »). Le président de la chambre a accédé à la demande de non-divulgence de son identité formulée par le requérant (article 47 § 3 du règlement).

2. Le requérant alléguait la violation des articles 3, 8, 12 et 14 de la Convention du fait de l'absence en Lituanie d'un cadre légal régissant la question des transsexuels, et spécialement de la non-prévision par la loi, source pour lui d'inconvénients et de difficultés supplémentaires, de la possibilité de subir une chirurgie de conversion sexuelle complète.

3. Par une décision du 6 juillet 2006, la Cour a déclaré la requête partiellement recevable.

4. Une audience sur le fond s'est déroulée en public au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 17 octobre 2006 (article 59 § 3 du règlement).

Ont comparu :

– *pour le Gouvernement*

M^{me} E. BALTUTYTĖ,

M^{me} L. URBAITĖ,

agent,
agent adjoint ;

– *pour le requérant*

M. H. MICKEVIČIUS,

M^{me} A. RADVILAITĖ,

conseil,
conseil adjoint.

La Cour a entendu en leurs déclarations M. Mickevičius et M^{me} Baltutytė, et, en leurs réponses aux questions des juges, M. Mickevičius, M^{me} Baltutytė et M^{me} Urbaitė.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

5. Le requérant est né en 1978 et habite à Klaipėda.

6. Il fut enregistré à sa naissance comme enfant de sexe féminin, sous un nom manifestement féminin suivant les règles de la langue lituanienne.

7. Selon ses dires, il prit conscience dès son jeune âge que son « sexe cérébral » était masculin et ne correspondait pas à son sexe génital.

8. Le 18 mai 1997, il s'enquit auprès d'un expert en microchirurgie des possibilités de changer de sexe. Le médecin lui proposa de consulter au préalable un psychiatre.

9. Du 4 au 12 novembre 1997, le requérant passa des examens à l'hôpital psychiatrique de Vilnius en vue de l'obtention d'un bilan de santé physique et mentale.

10. Le 16 décembre 1997, un médecin de l'hôpital universitaire de Santariškės à Vilnius établit que l'intéressé était de sexe chromosomique féminin et transsexuel. Il lui conseilla lui aussi de consulter un psychiatre.

11. Le 23 janvier 1998, l'hôpital universitaire de la Croix rouge (*Raudonasis Kryžius*) à Vilnius ouvrit un dossier médical au nom du requérant. L'intéressé, qui avait donné la version masculine de son nom au regard des règles de la langue lituanienne, fut désigné dans ce dossier comme étant un homme. Le 28 janvier 1998 fut inscrite dans ce même document une note qui préconisait notamment que le requérant fit l'objet d'un traitement hormonal dans l'optique finale d'une opération de changement de sexe. Par la suite, un traitement de ce type lui fut officiellement prescrit pour une durée de deux mois. La note recommandait en outre que l'intéressé consulte le neurochirurgien qui procéda ultérieurement à l'ablation de ses seins (paragraphe 19 ci-dessous).

12. Par une lettre du 12 novembre 1998 dans laquelle il employait ses nom et prénom d'origine, le requérant demanda au ministère de la Santé des éclaircissements sur les possibilités légales et médicales de changer de sexe. Il se déclarait résolu à entreprendre une conversion sexuelle.

13. Le 17 décembre 1998, un agent du ministère lui répondit que le ministre avait mis sur pied un groupe de travail chargé d'examiner les questions soulevées par la problématique des changements de sexe et qu'il serait dûment avisé des conclusions de ce groupe.

14. Le requérant a affirmé devant la Cour n'avoir reçu aucun autre message du ministère de la Santé.

15. Le 13 mai 1999, un médecin de l'hôpital psychiatrique de Vilnius confirma que, du 4 au 12 novembre 1997, le requérant avait été hospitalisé dans cet établissement sous son nom d'origine et diagnostiqué comme transsexuel.

16. Le requérant a déclaré que, en 1999, son médecin généraliste traitant avait refusé de lui prescrire un traitement hormonal du fait de l'incertitude juridique quant à la possibilité de faire procéder à une chirurgie de conversion sexuelle complète donnant lieu à une réinscription à l'état civil sous une autre identité conformément au droit national. Il poursuivit toutefois le traitement hormonal à titre non officiel par la suite, car on estimait à l'époque que pareil traitement devait être suivi pendant deux ans avant que l'intervention complète ne pût être effectuée.

17. En 1999, à une date non précisée, le requérant demanda que son nom fût modifié de manière à refléter son identité masculine sur tous les actes officiels. Cette demande fut rejetée.

18. La même année, à une date non précisée, le requérant s'inscrivit à l'université de Vilnius. L'administration universitaire accepta de l'enregistrer en tant qu'étudiant sous le nom masculin (initiales P.L.) qu'il avait choisi. Le requérant a déclaré devant la Cour que l'université avait pris cette décision à titre exceptionnel et pour des motifs purement humanitaires, les lois en vigueur à l'époque exigeant sans ambiguïté qu'il fût inscrit sous son nom féminin d'origine, tel qu'indiqué sur son certificat de naissance et son passeport.

19. Du 3 au 9 mai 2000, le requérant subit une «opération de conversion sexuelle partielle» (ablation mammaire). Il se rangea à l'avis des médecins selon lequel l'intervention suivante ne devrait avoir lieu qu'une fois adoptée la législation subsidiaire fixant les conditions et procédures à respecter en la matière.

20. En 2000, à une date non précisée, le requérant put faire modifier, grâce à l'aide d'un parlementaire lituanien, son certificat de naissance et son passeport de manière à ce qu'ils indiquent sa nouvelle identité, P.L. Le nom et le prénom choisis par lui étaient d'origine slave et ne révélaient donc pas son identité sexuelle, ce qui eût été le cas d'un prénom et d'un nom lituaniens, ceux-ci étant tous rattachés au sexe. Toutefois, le «code personnel» du requérant indiqué sur son nouveau certificat de naissance et son nouveau passeport – un identifiant chiffré comportant les informations personnelles essentielles conformément aux règles lituaniennes d'enregistrement à l'état civil – était toujours le même. Commenant par le chiffre 4, il répertoriait l'intéressé comme étant de sexe féminin (paragraphes 28-29 ci-dessous).

21. Le requérant souligne que, au regard du droit interne, il est donc toujours une femme. C'est ce que confirmerait notamment l'inscription, sur le diplôme de l'université de Vilnius qu'il obtint après avoir réussi les examens en 2003, de son « code personnel », lequel n'aurait pas été modifié et le désignerait comme étant de sexe féminin. Cette situation aurait été pour le requérant une source quotidienne de désagréments et de difficultés considérables. Il se serait par exemple trouvé dans l'impossibilité de postuler pour un emploi, de cotiser à la sécurité sociale, de consulter des médecins dans des établissements de santé, de communiquer avec les autorités, d'obtenir un prêt bancaire ou de quitter le territoire sans dévoiler son identité féminine.

22. Le requérant a produit copie d'un article de l'agence Baltic News Service (BNS) du 17 juin 2003, citant une déclaration du président du Parlement lituanien (*Seimas*) au sujet du projet de loi relatif à la conversion sexuelle, présenté au Parlement le 3 juin 2003 (paragraphe 30 ci-dessous). L'article indiquait que certains parlementaires accusaient le ministre de la Santé, plasticien de profession, d'avoir un intérêt personnel à l'adoption de cette loi. Il ajoutait que certains membres du Parti social-démocrate soulignaient la nécessité d'adopter ce texte en raison de l'entrée en vigueur imminente – le 1^{er} juillet 2003 – des dispositions du nouveau code civil. Il précisait que d'après certains experts il y avait une cinquantaine de transsexuels vivant en Lituanie. Il affirmait que certains chirurgiens de Vilnius et Kaunas étaient suffisamment équipés et qualifiés pour procéder à une opération de changement de sexe, dont le coût pouvait s'élever de 3 000 à 4 000 litai, soit de 870 à 1 150 euros environ, sans compter les frais de traitement hormonal. Il ajoutait qu'un certain nombre de personnes avaient déjà demandé à changer de sexe, mais que faute d'un cadre légal adéquat il n'était pas possible de faire procéder à une chirurgie complète. D'après l'auteur il était probable, dans ces conditions, que certains des transsexuels lituaniens eussent été amenés à partir à l'étranger pour y suivre un traitement.

23. Selon un article de l'agence BNS daté du 18 juin 2003 et consacré à une rencontre entre des responsables de l'Eglise catholique lituanienne et le premier ministre, celui-ci avait dit qu'il était trop tôt pour que la Lituanie adoptât une loi sur le changement de sexe et qu'il n'y avait « nul besoin de se presser » ou de « copier les principes en vigueur dans tel ou tel pays ». D'après l'article, l'Eglise catholique était l'un des plus fervents opposants à ce texte. Le premier ministre aurait néanmoins concédé que le gouvernement lituanien avait été obligé d'établir un projet de loi sur le changement de sexe dans la perspective de l'entrée en vigueur, le 1^{er} juillet 2003, de l'article 2.27 § 1 du nouveau code civil.

24. Le requérant indique qu'il entretient une liaison stable avec une femme depuis 1998 et qu'il vit avec elle depuis 1999.

II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

25. Avant l'adoption du nouveau code civil le 18 juillet 2000, le droit lituanien ne comportait aucune règle concernant la question des transsexuels. Ledit code a été promulgué le 1^{er} juillet 2001. Aux termes du paragraphe 1 de son article 2.27, qui n'est entré en vigueur que le 1^{er} juillet 2003, un majeur célibataire peut subir une opération de changement de sexe (*pakeisti lytį*) si celle-ci est médicalement possible. Il doit en faire la demande par écrit. Le deuxième paragraphe du même article dispose que les conditions et procédures applicables aux opérations de changement de sexe sont fixées par la loi.

26. Dans un décret pris par le gouvernement le 27 décembre 2000 étaient énumérées les mesures nécessaires à l'application du nouveau code civil. Parmi elles figurait la rédaction d'un projet de loi relatif au changement de sexe.

27. L'article 109.2 du règlement de l'enregistrement à l'état civil, approuvé par un arrêté du ministre de la Justice adopté le 29 juin 2001 et entré en vigueur le 12 juillet 2001, permet la modification des actes de l'état civil si, à la suite du changement de sexe d'une personne, il est nécessaire de modifier son identité sexuelle ainsi que ses nom et prénom.

28. En vertu de la loi sur l'enregistrement des résidents et d'autres textes nationaux pertinents, toute personne habitant en Lituanie se voit attribuer un «code personnel» (*asmens kodas*) chiffré, lequel donne certains renseignements essentiels, par exemple l'identité sexuelle. L'article 8 2) de cette même loi prévoit que le premier chiffre indique le sexe de la personne concernée: 3 signifie qu'elle est un homme et 4 qu'elle est une femme.

29. L'article 5 de la loi de 2003 relative aux passeports impose la modification de tout passeport dont le titulaire change de nom, de prénom, d'identité sexuelle ou de code personnel.

30. Le projet de loi relatif au changement de sexe fut rédigé par un groupe de travail du ministère de la Santé au début de l'année 2003. Le 3 juin 2003, le gouvernement l'approuva et le soumit pour examen au Parlement. Dans une note explicative du 4 juin 2003 adressée à celui-ci, le ministre de la Santé indiquait notamment qu'aucun texte ne régissait alors les conditions et la procédure de la conversion sexuelle. Bien que prévu initialement à la séance plénière du Parlement du 12 juin 2003, l'examen du projet de loi fut reporté au 17 juin 2003, puis retiré le moment venu de l'ordre du jour parlementaire. A la même date, le président du Parlement fit distribuer un mémorandum officiel concernant le projet. Il s'y exprimait notamment ainsi:

«Le président du Seimas (...) s'oppose vivement aux opérations de changement de sexe et à l'examen en séance d'un projet de loi traitant de ce sujet.

[Alors que] la démographie en Lituanie est de plus en plus menacée, le Seimas n'a pas à aggraver la situation en discutant une loi aussi controversée, laquelle peut passer pour insultante aux yeux de la société compte tenu des problèmes bien plus importants que connaît le système de santé publique.»

31. L'arrêté pris par le ministre de la Santé le 6 septembre 2001 précise les conditions dans lesquelles les patients en Lituanie peuvent être envoyés à l'étranger pour y être traités si la thérapie nécessaire à la guérison d'une maladie particulière ne peut être dispensée dans ce pays. C'est alors une commission spéciale d'experts désignés par le ministre de la Santé qui se prononce, et les frais occasionnés par le traitement sont pris en charge par la caisse obligatoire d'assurance maladie.

32. Dans un arrêt rendu le 8 août 2006, la Cour constitutionnelle a dit que les tribunaux pouvaient, le cas échéant, combler une lacune législative, notamment aux fins de la protection des droits et des libertés d'une personne.

EN DROIT

I. SUR L'EXCEPTION PRÉLIMINAIRE SOULEVÉE PAR LE GOUVERNEMENT

33. Le Gouvernement soutient que le requérant n'a pas épuisé les voies de recours internes pour ce qui est du grief tiré de l'impossibilité dans laquelle l'intéressé se serait trouvé de mener à terme son changement de sexe. Le requérant aurait eu la possibilité de former – devant le juge civil ou le juge administratif – un recours en réparation pour l'inaction dont auraient fait preuve l'administration et la sécurité sociale ou les médecins lorsqu'il fallait répondre à ses besoins tenant à sa conversion sexuelle. Les tribunaux auraient ainsi pu combler les lacunes législatives alléguées en l'espèce. A cet égard, le Gouvernement invoque l'arrêt rendu par la Cour constitutionnelle le 8 août 2006, qui reconnaît au juge un certain rôle normatif (paragraphe 32 ci-dessus). Subsidiairement, les juridictions internes auraient pu saisir la Cour constitutionnelle de la question de la constitutionnalité desdites lacunes. Le Gouvernement reconnaît qu'il n'existait aucune jurisprudence nationale portant précisément sur la question des transsexuels, mais il estime que cet élément ne suffit pas à lui seul à faire douter de l'efficacité d'une action devant le juge civil en tant que remède ni à faire présumer l'absence de toute chance de succès.

34. Le requérant combat la thèse du Gouvernement.

35. La Cour rappelle que l'article 35 § 1 de la Convention exige l'épuisement des seuls recours accessibles et adéquats, aussi bien en théorie qu'en pratique, à la date de l'introduction de la requête (voir,

parmi d'autres précédents, *Stoeterij Zangersheide N.V. et autres c. Belgique* (déc.), n° 47295/99, 27 mai 2004, et, en sens contraire, *Mifsud c. France* (déc.) [GC], n° 57220/00, §§ 15-18, CEDH 2002-VIII).

36. La Cour rappelle en outre que, dans sa décision du 6 juillet 2006 par laquelle elle a déclaré recevable la requête en l'espèce, elle a déjà écarté cette exception au motif que le grief du requérant portait essentiellement sur le droit alors en vigueur. A cet égard, elle constate que les dispositions pertinentes du code civil en matière d'opérations de conversion sexuelle nécessitaient une législation subsidiaire d'application, qui est toujours à venir (paragraphe 25 ci-dessus). Il semblerait que l'adoption de pareille législation ne constitue pas une priorité pour le législateur (paragraphe 30 ci-dessus). De surcroît, l'arrêt de la Cour constitutionnelle cité par le Gouvernement (paragraphe 32 ci-dessus) a été rendu bien après l'introduction de la requête en l'espèce. Il ne peut donc être invoqué pour combattre la thèse du requérant. Dans ces conditions, la Cour confirme ce qu'elle a précédemment conclu, à savoir que, à l'époque des faits, le requérant ne disposait d'aucun recours effectif pour faire valoir ses griefs spécifiques, et elle rejette dès lors l'exception préliminaire soulevée par le Gouvernement.

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

37. Le requérant se plaint de n'avoir pu, faute de cadre légal en la matière, subir les interventions chirurgicales qui lui auraient permis de mener à terme sa conversion sexuelle. Il 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.»

A. Thèses des parties

1. Le requérant

38. Le requérant allègue que, n'ayant jamais eu la possibilité de faire pratiquer les dernières interventions nécessaires au parachèvement de sa conversion sexuelle, il se trouve en permanence dans un état d'insuffisance socio-affective et dans l'incapacité d'accepter son corps, ce qui entretiendrait en lui un fort sentiment d'angoisse et de frustration. En outre, la non-reconnaissance par autrui de son identité sexuelle autoperçue, quoique préopératoire, serait pour lui une source constante d'anxiété, de peur, de honte et d'humiliation dans sa vie quotidienne. Il serait en butte à des réactions de ferme hostilité et à des railleries en

raison de la forte aversion du grand public, ancrée dans la tradition catholique, pour les troubles de l'identité sexuelle. Il serait de ce fait contraint de vivre sa vie presque secrètement, en évitant les situations où il aurait à révéler son identité initiale, spécialement celles requérant la communication de son code personnel (paragraphe 28 ci-dessus). Il se trouverait ainsi en permanence dans un état dépressif accompagné de tendances suicidaires.

39. Le requérant estime que c'est l'inaction de l'Etat qui est la cause principale de ses souffrances. L'entrée en vigueur du nouveau code civil aurait fait naître en lui un espoir légitime d'achever son traitement et de faire enregistrer sa nouvelle identité. L'intéressé fait valoir que, à ce moment-là, sa transsexualité avait déjà été dûment diagnostiquée, qu'il suivait un traitement hormonal depuis 1998 et qu'il avait subi une ablation mammaire. Or le projet de loi relatif au changement de sexe – soumis au législateur en juin 2003 – aurait été rayé de l'ordre du jour parlementaire sans qu'aucune raison ou explication objective n'eût été donnée. Le Gouvernement aurait dès lors manqué à l'obligation positive qui lui incombait en vertu de l'article 3 de la Convention d'empêcher que l'intéressé se trouve dans la situation impossible décrite ci-dessus (paragraphe précédent).

40. Invoquant la jurisprudence de la Cour, le requérant estime que l'inaction du Parlement doit s'interpréter comme une concession à l'attitude négative de la population, attestant des préjugés nourris par une majorité hostile à l'égard de la minorité transsexuelle, et que, de par sa nature même, cette situation doit être regardée comme relevant du champ d'application de l'article 3. La non-adoption par l'Etat des textes nécessaires en matière d'opérations de changement de sexe, grâce auxquels le requérant aurait pu achever son traitement et faire reconnaître juridiquement sa nouvelle identité sexuelle, s'analyserait en un traitement inhumain et dégradant.

2 Le Gouvernement

41. Le Gouvernement soutient que ni la Convention considérée dans son ensemble ni l'article 3 en particulier ne peuvent être interprétés comme faisant naître une obligation générale de fixer un cadre pour les opérations de conversion sexuelle complète des transsexuels. Nul ne pourrait soutenir non plus que pareille intervention chirurgicale irréversible soit indispensable au traitement des troubles de l'identité sexuelle. Les règles générales de l'art médical montreraient en particulier que la thérapie hormonale et les interventions de conversion sexuelle partielle, par exemple l'ablation mammaire, peuvent suffire dans certains cas à aider un transsexuel masculin à vivre sa vie en assumant l'identité sexuelle qu'il désire. L'affirmation du requérant

selon laquelle une chirurgie complète serait nécessaire dans son cas n'aurait pas été étayée.

42. Le Gouvernement ajoute que le transsexualisme est un trouble rare, dont l'ampleur en Lituanie serait difficile à cerner, la liberté de circulation au sein de l'Union européenne ayant notamment encouragé bien des Lituanais à quitter leur pays. L'Etat lituanien n'aurait évidemment pas eu l'intention d'humilier ni d'avilir les transsexuels. En tant que maladie, le transsexualisme ne serait en aucun cas négligé. D'ailleurs, le requérant aurait reçu une aide médicale adéquate, puisqu'il aurait bénéficié d'avis de médecins et d'un traitement hormonal. Il aurait également eu la possibilité de demander confirmation de la nécessité médicale d'une opération de conversion sexuelle complète, ce qui aurait pu lui permettre d'être envoyé à l'étranger pour y recevoir un traitement financé par l'Etat (paragraphe 31 ci-dessus).

43. S'il reconnaît que les transsexuels peuvent éventuellement connaître certains désagréments dans leur vie quotidienne, le Gouvernement soutient que ceux-ci ne sont pas causés ni infligés intentionnellement par l'Etat. Au contraire, des mesures auraient été prises pour atténuer ces problèmes, comme en témoignerait l'autorisation de changer de nom accordée au requérant en l'espèce. A l'issue d'une opération de conversion sexuelle complète, un transsexuel aurait la possibilité de faire modifier les mentions pertinentes, y compris son code personnel, sur tous les actes officiels.

44. En outre, l'Etat ne pourrait être tenu pour responsable de la détérioration alléguée de la santé du requérant, celui-ci ayant choisi – de son propre chef et en faisant fi des avertissements des médecins – de poursuivre son traitement hormonal, de manière non officielle, au-delà des deux mois qui lui avaient été prescrits en 1998.

45. En somme, le Gouvernement soutient que le mauvais traitement allégué n'a pas atteint le minimum de gravité nécessaire pour tomber sous le coup de l'article 3. C'est du seul article 8 de la Convention que relèverait la question de la réglementation des opérations de conversion sexuelle et de la reconnaissance juridique de l'identité des transsexuels. Quoi qu'il en soit, en procurant aux transsexuels des soins médicaux adéquats, notamment un traitement approprié de nature psychiatrique, chirurgicale, hormonale, etc., pour traiter leur maladie et éviter leur décès, l'Etat aurait satisfait aux obligations positives que faisaient peser sur lui les articles 3 et 8.

B. Appréciation de la Cour

46. La Cour relève que l'interdiction posée par l'article 3 de la Convention est de nature absolue, mais que la qualification d'inhumain

et de dégradant donnée à un traitement dépend d'un examen des faits de l'espèce visant à établir si les souffrances causées étaient d'une gravité propre à les faire tomber sous le coup de cette disposition. En outre, selon sa jurisprudence constante, l'article 3 astreint l'Etat à une obligation positive de protéger les individus des mauvais traitements graves, qu'ils soient de nature physique ou psychologique et quelle que soit leur origine. Ainsi, si les sévices concernés ont pour cause une maladie survenue naturellement et dont le traitement peut mettre en jeu la responsabilité de l'Etat mais n'est pas accessible ou est manifestement inadéquat, la question de la violation de cette disposition peut se poser (voir, par exemple, *D. c. Royaume-Uni*, 2 mai 1997, §§ 51-54, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-III, et, *mutatis mutandis*, *Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, §§ 49-52, CEDH 2002-III).

47. Cependant, s'il rend compréhensibles les sentiments de détresse et de frustration allégués par le requérant, un examen des faits de la présente affaire ne fait pas ressortir des circonstances d'une gravité propre à les mettre sur le même pied que celles, exceptionnelles et mettant en danger la vie des requérants, constatées dans les cas susmentionnés de *M. D.* et de *M^{me} Pretty*, et à les faire ainsi tomber sous le coup de l'article 3 de la Convention. La Cour juge plus approprié d'analyser cet aspect de la plainte du requérant sous l'angle de l'article 8 (droit au respect de la vie privée) ci-dessous.

48. Aussi la Cour conclut-elle à l'absence de violation de l'article 3 de la Convention.

III. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION

49. Le requérant soutient que l'Etat défendeur n'a pas satisfait aux obligations positives que faisait peser sur lui l'article 8, ainsi libellé dans ses parties pertinentes :

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

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire (...) à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

A. Thèses des parties

1. Le requérant

50. Rappelant les arguments qu'il a avancés sur le terrain de l'article 3 (paragraphe 38 à 40 ci-dessus), le requérant répète que l'Etat n'a pas fixé

le cadre légal qui lui aurait permis de mener à terme son changement de sexe et d'obtenir la pleine reconnaissance de sa nouvelle identité sexuelle consécutivement à son opération. Il allègue derechef que depuis 2003 le nouveau code civil ouvre un droit à la chirurgie de conversion sexuelle, mais qu'aucune législation d'application n'a été adoptée pour donner effet à ce droit. Il ajoute que, s'il a pu choisir un nouveau nom sexuellement neutre, la loi ne permet pas aux transsexuels préopératoires de faire modifier leur code personnel (paragraphe 28 ci-dessus). De ce fait, afin d'éviter les réactions hostiles et les railleries, il aurait renoncé à de nombreuses perspectives, par exemple en matière d'emploi, de soins médicaux, de protection sociale, de liberté de circulation, de transactions commerciales, de relations sociales et d'épanouissement personnel. Il serait ainsi condamné à l'ostracisme juridique et social, ses documents personnels l'identifiant, malgré son apparence masculine, comme étant une femme.

51. Le requérant soutient qu'aucun motif d'intérêt général ne s'oppose à ce que les transsexuels médicalement reconnus puissent mener à terme leur changement de sexe et faire juridiquement constater celui-ci. En outre, la non-adoption du cadre légal nécessaire serait disproportionnée à tout intérêt contraire de la société prise dans son ensemble qu'il y aurait lieu de protéger. L'Etat aurait donc manqué à l'obligation positive lui incombant en vertu de l'article 8 de faire aboutir les mesures propres à empêcher les atteintes à la vie privée du requérant et à protéger sa dignité qu'il avait déjà prévues.

2. Le Gouvernement

52. Outre ce qu'il a plaidé sur le terrain de l'article 3 (paragraphe 41 à 45 ci-dessus), le Gouvernement soutient que l'Etat doit se voir reconnaître une ample marge d'appréciation pour réglementer les changements de sexe et décider s'il faut ou non reconnaître la nouvelle identité d'une personne n'ayant subi qu'une partie des interventions chirurgicales nécessaires à une conversion sexuelle complète. A cet égard, il invoque notamment le particularisme culturel et les sensibilités religieuses de la société lituanienne sur la question des changements de sexe.

53. Pour ce qui est de la réglementation des opérations de conversion sexuelle, le Gouvernement soutient là encore que le traitement médical dispensé aux transsexuels en Lituanie permet de garantir le respect de leur vie privée. En outre, le droit lituanien donnerait aux transsexuels ayant subi un changement de sexe complet le droit de faire modifier les mentions, y compris leur code personnel, figurant sur les actes officiels.

54. Pour ce qui est de la reconnaissance préopératoire d'une nouvelle identité sexuelle reconnue par la médecine, le Gouvernement invoque l'intérêt public impérieux à préserver la sécurité juridique quant à

l'identité sexuelle d'un individu et aux diverses relations entre les personnes. A cet égard, il fait observer que le requérant a d'ailleurs pu opter pour un nouveau nom sexuellement neutre.

55. Le Gouvernement plaide là aussi que le requérant n'a produit aucun élément prouvant que, dans son cas, une chirurgie de conversion sexuelle complète fût nécessaire et possible. Les autorités lituaniennes auraient récemment proposé à l'intéressé de faire un bilan complet de santé physique et mentale afin de déterminer ce qui pouvait et devait alors être fait, mais il aurait refusé. Le Gouvernement dit ne pas être certain que les chirurgiens qui exercent actuellement en Lituanie disposent de l'expertise nécessaire pour mener à bien des opérations aussi rares et particulières et explique que l'option consistant à faire pratiquer les interventions chirurgicales nécessaires par des spécialistes à l'étranger, moyennant, le cas échéant, l'octroi d'une aide financière par l'Etat lituanien, peut constituer une solution temporaire appropriée aux problèmes que connaissent aujourd'hui les transsexuels (paragraphe 31 ci-dessus).

B. Appréciation de la Cour

56. La Cour tient à souligner l'obligation positive incombant aux Etats de garantir le respect de la vie privée, notamment le respect de la dignité humaine et, à certains égards, de la qualité de la vie (voir, *mutatis mutandis*, *Pretty*, précité, § 65). Elle a déjà examiné à la lumière des conditions de vie actuelles plusieurs affaires se rapportant aux problèmes rencontrés par les transsexuels et a constaté avec approbation l'amélioration constante des mesures prises par les Etats au titre de l'article 8 de la Convention pour protéger ces personnes et reconnaître leur situation (voir, par exemple, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], n° 28957/95, CEDH 2002-VI, *Van Kück c. Allemagne*, n° 35968/97, CEDH 2003-VII, et *Grant c. Royaume-Uni*, n° 32570/03, CEDH 2006-VII). Tout en lui accordant une certaine marge d'appréciation en la matière, elle a jugé que, en vertu des obligations positives que l'article 8 faisait peser sur lui, l'Etat était tenu de s'assurer de la reconnaissance des changements de sexe des transsexuels opérés, notamment par la modification de leur état civil, avec les conséquences en découlant (voir, par exemple, *Christine Goodwin*, précité, §§ 71-93, et *Grant*, précité, §§ 39-44).

57. La présente affaire a pour objet un autre aspect des problèmes que peuvent rencontrer les transsexuels. D'une part, le droit lituanien reconnaît à ceux-ci le droit de changer non seulement de sexe mais aussi d'état civil (paragraphe 25, 27 et 29 ci-dessus). D'autre part, la législation pertinente présente une lacune: elle ne comporte aucun texte qui réglemente les opérations de conversion sexuelle complète. Il semble que, tant qu'un texte de ce type n'aura pas été adopté, aucune des ressources

médicales nécessaires ne sera accessible ou disponible en Lituanie dans des conditions raisonnables (paragraphe 13, 16, 19, 22, 25, 30 et 55). Le requérant se trouve donc dans la situation intermédiaire d'un transsexuel préopératoire qui a subi une chirurgie de conversion sexuelle partielle et qui a pu faire modifier certains actes importants de l'état civil. Toutefois, tant qu'il n'aura pas subi les interventions chirurgicales nécessaires au parachèvement de sa conversion sexuelle, son code personnel restera le même, ce qui signifie que, dans certains domaines importants de sa vie privée, par exemple la recherche d'un emploi ou les voyages à l'étranger, il sera toujours une femme (paragraphe 19 à 21 ci-dessus).

58. La Cour relève que le requérant a subi une chirurgie de conversion sexuelle partielle. La possibilité pour lui de mener à terme son changement de sexe en Lituanie est incertaine (voir l'article de presse cité au paragraphe 22 ci-dessus). Dans la mesure toutefois où ni l'une ni l'autre des parties en l'espèce ne l'ont évoquée, cette éventualité est vraisemblablement à exclure. Une solution à court terme consisterait pour le requérant à subir les dernières interventions chirurgicales à l'étranger, moyennant une prise en charge totale ou partielle des frais par l'Etat lituanien (paragraphe 31, 42 et 55 ci-dessus).

59. La Cour constate l'existence, au vu des circonstances de l'espèce, d'une lacune législative limitée en matière d'opérations de changement de sexe, du fait de laquelle le requérant se trouve dans une situation d'incertitude pénible pour ce qui est du déroulement de sa vie privée et de la reconnaissance de sa véritable identité. Si des restrictions budgétaires dans le système public de santé ont pu justifier au départ certains retards dans la prise d'effet des droits des transsexuels énoncés dans le code civil, plus de quatre années se sont écoulées depuis l'entrée en vigueur des dispositions pertinentes et, bien que rédigée, la loi d'application nécessaire n'a pas encore été adoptée (paragraphe 30 ci-dessus). Vu le faible nombre de personnes concernées (une cinquantaine selon des estimations officieuses – paragraphe 22 ci-dessus), le budget de l'Etat n'aurait pas été excessivement grevé par l'adoption de cette mesure. Aussi la Cour estime-t-elle qu'un juste équilibre n'a pas été ménagé entre l'intérêt général et les droits du requérant.

60. Au vu de ce qui précède, la Cour conclut à la violation de l'article 8 de la Convention.

IV. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 12 DE LA CONVENTION

61. Le requérant se plaint de ce que, dans l'incapacité de mener à terme son changement de sexe, il ne peut ni se marier ni fonder une famille. Il y voit une violation de l'article 12 de la Convention, ainsi libellé :

«A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit.»

A. Thèses des parties

62. Le requérant allègue qu'il vit comme un homme depuis une dizaine d'années aujourd'hui et que son trouble de l'identité sexuelle a été diagnostiqué il y a neuf ans. Il entretiendrait une relation stable avec une femme depuis 1998 et il vivrait avec elle depuis 1999 (paragraphe 24 ci-dessus). Elle et lui souhaiteraient légitimer leur relation durable, se marier et fonder une famille en recourant à l'adoption.

63. Le Gouvernement soutient que, les règles pertinentes du droit civil lituanien ne faisant pas obstacle à ce qu'un transsexuel ayant changé de sexe se marie sous sa nouvelle identité, le requérant ne peut être regardé comme une victime, même potentielle, de la violation alléguée. La question essentielle demeurerait celle de la reconnaissance de l'identité sexuelle et, à ce titre, elle se prêterait davantage à un examen sous l'angle de l'article 8 de la Convention.

B. Appréciation de la Cour

64. La Cour constate que le grief soulevé par le requérant sur le terrain de l'article 12 est prématuré en ce que, si l'intéressé subit un changement de sexe complet, son droit d'épouser une femme sera reconnu concomitamment à son identité sexuelle masculine. Dans ces conditions, elle estime, à l'instar du Gouvernement, que la question essentielle reste celle, déjà analysée sous l'angle de l'article 8, de l'existence d'une lacune dans la législation lituanienne. Elle en conclut qu'il n'est pas nécessaire d'examiner séparément ce volet de l'affaire sur le terrain de l'article 12 de la Convention.

V. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 14 DE LA CONVENTION COMBINÉ AVEC LES ARTICLES 3 ET 8

65. Le requérant soutient que l'absence en Lituanie d'un cadre légal pour le traitement et le statut des transsexuels révèle un comportement discriminatoire de la part des autorités lituaniennes. Il y voit une méconnaissance de l'article 14 de la Convention, qui dispose :

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

A. Thèses des parties

66. Le requérant allègue que la non-adoption par l'Etat de la législation nécessaire en matière de changement de sexe tient essentiellement aux préjugés et à l'hostilité de la majorité de la population lituanienne envers les transsexuels en tant que groupe minoritaire et ne correspond à aucun but légitime. Le Gouvernement n'aurait invoqué aucun motif objectif et raisonnable propre à justifier le report indéfini de l'adoption de la loi d'application requise par le code civil. En conséquence, le requérant serait privé de certaines possibilités d'une importance vitale, notamment pour ce qui est du traitement de son trouble de l'identité sexuelle et de la reconnaissance effective sur le plan juridique de son statut.

67. Le Gouvernement conteste ces allégations. Il estime que ne se pose sous l'angle de l'article 14 aucune question distincte qui n'aurait pas déjà été examinée sur le terrain des articles 3 et 8.

B. Appréciation de la Cour

68. La Cour estime là encore que, dans les circonstances de l'espèce, le grief de discrimination énoncé par le requérant est analogue en substance, quoique abordé sous un angle différent, aux plaintes formulées par lui sur le terrain des articles 3 et 8 de la Convention (*Van Kück*, précité, § 91). Elle conclut dès lors qu'il n'est pas nécessaire d'examiner séparément ce volet de l'affaire au regard de l'article 14 de la Convention.

VI. 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.»

A. Dommage

70. Le requérant réclame 33 589,46 litai (LTL), soit environ 9 728 euros (EUR), pour dommage matériel, cette somme représentant :

- a) son manque à gagner, ses perspectives d'emploi étant limitées du fait qu'il évite d'attirer l'attention sur son statut (26 391 LTL) ;
- b) le remboursement du traitement médical suivi par lui à titre non officiel et privé, dont le coût était supérieur à celui remboursé par la caisse publique d'assurance maladie mais qui ne l'obligeait pas à dévoiler son identité (4 318,46 LTL) ; et

c) le coût de la poursuite de son traitement hormonal, en attendant que la loi lui permette de mener à terme son changement de sexe (2 880 LTL).

71. Le requérant réclame en outre 47 680 EUR pour pouvoir régler les frais des dernières opérations chirurgicales qu'il lui faut subir pour parachever sa conversion sexuelle. A cet égard, il soutient que, même si les lacunes de la loi lituanienne sont finalement comblées, il ne pourra de toute façon pas subir ces interventions en Lituanie dans un délai raisonnable. Cette somme lui serait donc nécessaire pour se faire opérer à l'étranger.

72. Le requérant réclame enfin 200 000 EUR pour dommage moral à raison du stress, de l'angoisse, de la peur et des humiliations qu'il aurait éprouvées, ainsi que de l'impossibilité pour lui de jouir de ses droits.

73. Le Gouvernement juge ces demandes conjecturales et non étayées. Il souligne que, avant l'entrée en vigueur du code civil le 1^{er} juillet 2003, les lois nationales ne donnaient au requérant aucun droit à un traitement pour son problème. En outre, l'intéressé n'aurait produit aucun élément qui attesterait de ses besoins et de son état de santé allégués et justifierait une nouvelle intervention.

74. La Cour rappelle que la violation qu'elle a constatée est limitée quant à sa nature (paragraphe 59 et 60 ci-dessus). Elle considère que la demande formulée par le requérant pour dommage matériel sera satisfaite si la loi d'application dont il est question en l'espèce est adoptée dans les trois mois à compter du jour où le présent arrêt sera devenu définitif en vertu de l'article 44 § 2 de la Convention. Au cas toutefois où cette mesure se révélerait impossible à adopter, et compte tenu des incertitudes quant au niveau de qualification actuel des médecins lituaniens dans ce domaine, la Cour estime que ce volet de la demande du requérant pourrait être satisfait si l'intéressé avait la possibilité de subir à l'étranger, moyennant une prise en charge au moins partielle des frais par l'Etat défendeur, les dernières interventions chirurgicales nécessaires au parachèvement de sa conversion sexuelle. Par conséquent, si la loi d'application requise n'est pas adoptée dans le délai précité, le Gouvernement défendeur devra verser au requérant 40 000 EUR pour dommage matériel.

75. Quant à la demande pour dommage moral, la Cour, statuant en équité comme le veut l'article 41 de la Convention, alloue 5 000 EUR au requérant.

B. Frais et dépens

76. Le requérant réclame 9 403 EUR pour ses frais et dépens devant la Cour. Les sommes déboursées par lui, notamment pour venir assister à l'audience et se loger à Strasbourg, s'élèveraient à 603 EUR.

77. Le Gouvernement estime que le montant demandé sous ce chef est excessif et injustifié, d'autant que le requérant a bénéficié de l'assistance judiciaire du Conseil de l'Europe.

78. La Cour constate que le requérant a perçu en l'espèce 2 071,81 EUR au titre de l'assistance judiciaire du Conseil de l'Europe pour sa représentation en justice. Elle juge ce montant suffisant au vu des circonstances.

C. Intérêts moratoires

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

PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Rejette*, par six voix contre une, l'exception préliminaire du Gouvernement ;
2. *Dit*, par six voix contre une, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 3 de la Convention ;
3. *Dit*, par six voix contre une, qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention ;
4. *Dit*, par six voix contre une, qu'il n'est pas nécessaire d'examiner séparément les griefs énoncés par le requérant sur le terrain des articles 12 et 14 de la Convention ;
5. *Dit*, par cinq voix contre deux, que, afin de satisfaire la demande formulée par le requérant pour dommage matériel, l'Etat défendeur doit, dans les trois mois à compter du jour où le présent arrêt sera devenu définitif en vertu de l'article 44 § 2 de la Convention, adopter la loi d'application requise par l'article 2.27 du code civil relatif au changement de sexe des transsexuels ;
6. *Dit*, par six voix contre une, que si ces mesures législatives se révèlent impossibles à adopter dans les trois mois à compter du jour où le présent arrêt sera devenu définitif en vertu de l'article 44 § 2 de la Convention, l'Etat défendeur devra verser au requérant 40 000 EUR (quarante mille euros) pour dommage matériel ;
7. *Dit*, par six voix contre une, que l'Etat défendeur doit verser au requérant, dans le même délai de trois mois, 5 000 EUR (cinq mille euros) pour dommage moral ;

8. *Dit*, par six voix contre une,
- a) que l'Etat défendeur doit verser au requérant, dans le même délai de trois mois, tout montant pouvant être dû à titre d'impôt sur les sommes ci-dessus et que les sommes dues doivent toutes être converties en litai au taux applicable à la date du règlement ;
 - b) qu'à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement, ces sommes seront à majorer d'un intérêt simple à un taux égal à celui de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne applicable pendant cette période, augmenté de trois points de pourcentage ;
9. Rejette, à l'unanimité, la demande de satisfaction équitable du requérant pour le surplus.

Fait en anglais, puis communiqué par écrit le 11 septembre 2007, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Sally Dollé
Greffière

Jean-Paul Costa
Président

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

- opinion partiellement dissidente de la juge Fura-Sandström ;
- opinion dissidente du juge Popović.

J.-P.C.
S.D.

OPINION PARTIELLEMENT DISSIDENTE DE LA JUGE FURA-SANDSTRÖM

(Traduction)

J'ai voté contre le point 5 du dispositif, dans lequel la Cour dit que, afin de satisfaire la demande formulée par le requérant pour dommage matériel, l'Etat défendeur doit, dans les trois mois à compter du jour où l'arrêt sera devenu définitif, adopter la loi d'application requise par l'article 2.27 du code civil relatif au changement de sexe des transsexuels (paragraphe 74 de l'arrêt). Je partage l'avis de la majorité sur tous les autres points.

Mon souci principal tient à ce que, en retenant cette solution, la Cour risque d'apparaître comme outrepassant ses pouvoirs. En effet, la Convention prévoit clairement une répartition des compétences. Aux termes de son article 41, il revient à la Cour, si celle-ci 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, d'accorder à la partie lésée, le cas échéant, une satisfaction équitable. L'article 46 § 2 de la Convention dispose quant à lui que « [l']arrêt définitif de la Cour est transmis au Comité des Ministres qui en surveille l'exécution ».

Pour ce qui est de la présente affaire, je tiens à faire les observations suivantes. Le requérant réclame pour dommage matériel une somme de 57 408 euros (EUR), censée englober ses frais médicaux, son manque à gagner, son traitement hormonal et le coût des dernières interventions chirurgicales, à faire pratiquer à l'étranger, nécessaires au parachèvement de son changement de sexe (paragraphe 70-71 de l'arrêt). Il soutient en outre que, même dans l'hypothèse où les lacunes de la loi lituanienne seraient finalement comblées, il ne pourrait de toute manière subir ces interventions en Lituanie dans un délai raisonnable (paragraphe 71). Je me demande donc si imposer à l'Etat défendeur d'adopter la législation requise revient véritablement à « accorde[r] à la partie lésée (...) une satisfaction équitable ». Pour le requérant, il semble que non.

Je sais bien que la Cour peut prescrire des mesures générales afin d'empêcher que ne se répètent à l'avenir des violations similaires (voir, par exemple, les affaires *Broniowski c. Pologne* [GC], n° 31443/96, CEDH 2004-V, et *Hutten-Czapska c. Pologne* [GC], n° 35014/97, CEDH 2006-VIII, dans lesquelles les violations avaient pour origine un problème systémique dû à un dysfonctionnement de la législation interne; il y avait aussi un grand nombre de requêtes similaires pendantes devant la Cour et beaucoup de requérants potentiels). La présente affaire se distingue

toutefois de celles susmentionnées, dans la mesure où la Cour prescrit ici une mesure à caractère général pour redresser un grief individuel. C'est seulement à titre subsidiaire, si les mesures législatives requises se révèlent impossibles à adopter dans le délai imparti, que l'Etat défendeur devra payer la somme de 40 000 EUR au titre du dommage matériel (paragraphe 74 de l'arrêt et point 6 du dispositif). J'estime que cela ne vaut pas octroi d'une satisfaction équitable au sens de l'article 41.

Voilà pourquoi j'aurais préféré que la Cour se contente d'ordonner le versement d'une somme pour dommage matériel, en soulignant seulement à titre subsidiaire la nécessité d'adopter une nouvelle législation.

OPINION DISSIDENTE DU JUGE POPOVIĆ

(Traduction)

Pour les motifs exposés ci-après, je ne puis souscrire à l'opinion exprimée par la majorité des juges.

Je m'étais certes initialement prononcé, comme mes collègues, en faveur de la recevabilité de la requête en l'espèce, mais je suis ensuite revenu sur mon opinion à la lumière des observations formulées par les parties à l'audience.

D'une part, le requérant expliquait que s'il n'avait jamais usé des recours internes disponibles, c'était parce qu'il les trouvait ineffectifs. D'autre part, le Gouvernement invoquait une décision récente de la Cour constitutionnelle lituanienne, qu'il estimait convaincante, sur la question des recours judiciaires nationaux.

Dans une situation comme celle-là, deux solutions sont selon moi possibles : soit on revient sur la question de la recevabilité, soit on soulève d'office le point litigieux sous l'angle de l'article 13 de la Convention, en combinaison avec l'article 8 ou avec l'article 3, et on procède ainsi à un réexamen complet de la question de savoir s'il existait ou non un recours effectif en droit interne.

Ma préférence serait allée à un réexamen de la question de la recevabilité prenant comme point de référence le paragraphe 1 de la partie « En droit » de la décision de recevabilité rendue en l'espèce le 6 juillet 2006. Dans ce paragraphe, le seul précédent cité est la décision *Valašinas c. Lituanie* ((déc.), n° 44558/98, 14 mars 2000). Or les circonstances de la présente espèce sont nettement différentes de celles de l'affaire *Valašinas*. En effet, la décision de recevabilité adoptée dans cette dernière – introduite par un requérant qui n'avait pas épuisé les recours internes – l'avait été après que la Cour eut conduit sur les lieux une enquête au sujet des conditions de détention de l'intéressé. Dans la présente affaire, la Cour s'est contentée d'acquiescer à l'allégation du requérant selon laquelle il n'existait aucun recours interne effectif. Le seul argument invoqué par l'intéressé était fondé sur l'existence dans le cadre légal national d'une lacune due à l'inaction du gouvernement, qui aurait dû faire adopter le texte subsidiaire requis, par exemple en déposant un projet de loi. Cela étant, il existait et il existe toujours en Lituanie une législation primaire (l'article 2.27 § 1 du code civil de 2001) répondant manifestement aux aspirations du requérant.

Celui-ci aurait demandé au ministère de la Santé de prendre des mesures mais se serait heurté à son silence. Il aurait donc dû tenter de former un recours contre l'inaction de l'administration. Or, bien qu'étant représenté par un avocat, il ne l'a pas fait.

Il semble que le requérant, qui allègue l'ineffectivité des recours internes sans avoir fait quoi que ce soit pour saisir la justice lituanienne, pensait que, pour un motif quelconque, les tribunaux l'auraient débouté malgré l'existence dans le code civil d'une disposition légale sans équivoque.

On peut seulement supposer que cette thèse procède de l'idée que le système judiciaire lituanien est encore un vestige de l'ancien régime communiste autoritaire. Les juges lituaniens ayant pendant des décennies exercé leurs fonctions en nourrissant la crainte des autorités politiques, leur mentalité leur interdirait toute lecture constructive des dispositions légales. Ils s'en seraient donc tenus à une interprétation strictement littérale du texte de la loi. C'est ce qui expliquerait la conviction apparente du requérant que, faute d'une législation subsidiaire expresse, les tribunaux nationaux eussent refusé d'appliquer la législation primaire.

Or, si la société met un certain temps à évoluer et à s'adapter, rien ne permet de considérer que, aujourd'hui, la Cour doive permettre à un requérant de faire l'impasse sur le système judiciaire d'une Haute Partie contractante à la Convention en conjecturant son ineffectivité. Pareille manière de raisonner est dépourvue de toute justification. Au contraire, les juridictions nationales devraient être encouragées à interpréter plus audacieusement les dispositions de la loi nationale et les requérants ne devraient pas être autorisés à se soustraire au juge national. Il faut que ceux-ci saisissent les tribunaux de leur pays avant de s'en remettre à la Cour.

En outre, le Gouvernement soutenait qu'une évolution s'était produite dans la jurisprudence nationale. Il invoquait ainsi une décision rendue par la Cour constitutionnelle lituanienne sur la question générale des recours devant le juge national, dans laquelle figurait notamment le passage suivant : « (...) les tribunaux (...), qui administrent la justice, (...) doivent interpréter la loi de manière à pouvoir l'appliquer. » Un autre passage de la décision en question précisait que si l'on devait considérer que les tribunaux n'ont pas à interpréter la loi « cela signifierait que celle-ci est prise à la lettre et s'identifie à son libellé » (Cour constitutionnelle lituanienne, affaire 34/03, décision du 8 août 2006, § 6.2.3.3).

Sans disposer de la moindre preuve, les juges de la majorité semblent considérer que les tribunaux lituaniens seraient disposés à appliquer la loi future si celle-ci venait à être adoptée une fois déposé le projet de loi gouvernemental, mais qu'ils pourraient refuser d'appliquer le droit aujourd'hui existant. Cette position paraît dépourvue de fondement, surtout si l'on tient compte du fait que le requérant n'a jamais cherché à saisir le juge interne.

Voici donc la position des parties : le requérant, plutôt que d'épuiser les voies de recours internes, a préféré alléguer leur ineffectivité, mais il est

resté en défaut d'étayer son allégation, tandis que le Gouvernement s'est appuyé sur l'évolution de la jurisprudence nationale en matière de recours.

Je souscris pour ma part à l'avis du Gouvernement selon lequel il n'y a pas eu épuisement des voies de recours internes et considère que la requête était prématurée et, par conséquent, irrecevable en vertu de l'article 35 §§ 1 et 4 de la Convention.

SULTANI c. FRANCE
(Requête n° 45223/05)

TROISIÈME SECTION

ARRÊT DU 20 SEPTEMBRE 2007¹

1. Texte français original. Extraits.

SOMMAIRE¹**Risque d'expulsion *via* un vol groupé pour éloigner des étrangers en situation irrégulière****Article 4 du Protocole n° 4**

Interdiction des expulsions collectives d'étrangers – Risque d'expulsion via un vol groupé pour éloigner des étrangers en situation irrégulière – Examen individuel de la situation du requérant

*
* *

Le requérant, de nationalité afghane, appartient à l'ethnie tadjik. Son père a été un représentant du parti communiste en Afghanistan où, après la chute du régime communiste, cet engagement de la part d'un tadjik fut considéré comme une haute trahison. La famille du requérant se heurta en particulier à l'hostilité d'un ancien chef de guerre devenu notable local, lequel s'appropriâ les biens de sa famille. Une grenade fut jetée dans la maison de la famille du requérant, blessant ce dernier à la tête et à la cuisse. L'intéressé et sa famille quittèrent l'Afghanistan pour le Pakistan. Le requérant affirme être entré en France fin 2002.

Il formula une demande d'asile en mars 2003. L'Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA) rejeta sa requête. La commission des recours des réfugiés confirma la décision. Le requérant fit l'objet d'une invitation à quitter la France en juillet 2004. Sa famille fut rapatriée du Pakistan vers son village d'origine, mais selon le requérant aurait été contrainte à nouveau de s'exiler. Le 14 décembre 2005, il fut interpellé à Paris avec d'autres ressortissants afghans. Il soutient que la police française aurait procédé à des interpellations ciblées fondées sur la nationalité, dans la perspective de l'organisation d'un «vol aérien groupé» pour les expulser. Le même jour, le requérant fit l'objet de décisions de reconduite à la frontière vers l'Afghanistan et d'une mesure de rétention administrative. Il sollicita l'annulation des décisions devant le tribunal administratif de Paris, qui le débouta le 17 décembre 2005. Il interjeta appel. Le 16 décembre, les autorités avaient adopté une décision de refus d'admission au séjour. Le 19 décembre, le requérant saisit la Cour d'une requête assortie d'une demande d'application de l'article 39 du règlement de la Cour. Le lendemain, en application de cet article 39, le président d'une chambre de la Cour indiqua au gouvernement français qu'il était souhaitable de ne pas expulser le requérant vers l'Afghanistan. Un vol groupé quitta la France sans celui-ci le 20 décembre en direction de l'Afghanistan. Le requérant fut libéré. Le 5 janvier 2006, la Cour prorogea jusqu'à nouvel ordre la mesure provisoire indiquée en application de l'article 39. Le lendemain, le requérant fut convoqué par les autorités françaises à un entretien visant à procéder à l'examen de sa situation administrative en vue de l'exécution de la mesure d'éloignement. Le requérant déposa une seconde

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

demande d'asile, qui fut rejetée selon une procédure accélérée. Il forma un recours devant la commission des recours des réfugiés. Par ailleurs, le jugement du tribunal administratif du 17 décembre 2005 fut confirmé en appel.

Article 4 du Protocole n° 4: si le requérant n'a pas été expulsé par le biais du vol aérien collectif du 20 décembre 2005 c'est en raison de la mesure provisoire adoptée par la Cour sur le fondement de l'article 39 de son règlement. Dès lors c'est à tort que le Gouvernement soutient que le grief tiré de cet article serait devenu sans objet. Le requérant a saisi les autorités françaises de deux demandes d'asile, qui lui ont permis de faire valoir les arguments s'opposant à son expulsion vers l'Afghanistan. Les autorités internes ont pris en considération le contexte général prévalant dans ce pays, et les déclarations du requérant relatives à sa situation personnelle et aux risques allégués en cas de retour dans son pays d'origine. Dès lors, l'examen individuel de la situation du requérant a bien été effectué et fournissait une justification suffisante à l'expulsion.

Conclusion : non-violation si la décision d'expulsion recevait exécution (unanimité).

Jurisprudence citée par la Cour

Lüdi c. Suisse, 15 juin 1992, série A n° 238
Amuur c. France, 25 juin 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-III
Dalban c. Roumanie [GC], n° 28114/95, CEDH 1999-VI
Labita c. Italie [GC], n° 26772/95, CEDH 2000-IV
Čonka c. Belgique, n° 51564/99, CEDH 2002-I

En l'affaire Sultani c. France,

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

Boštjan M. Zupančič, *président*,

Corneliu Bîrsan,

Jean-Paul Costa,

Elisabet Fura-Sandström,

Alvina Gyulumyan,

Egbert Myjer,

Isabelle Berro-Lefèvre, *juges*,

et de Santiago Quesada, *greffier de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 30 août 2007,

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

PROCÉDURE

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 45223/05) dirigée contre la République française et introduite par un ressortissant afghan, M. Mohammad Sultani («le requérant»), lequel a saisi la Cour le 19 décembre 2005 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^e E. Hamot, avocat à Paris. Le gouvernement français («le Gouvernement») est représenté par son agent, M^{me} E. Belliard, directrice des affaires juridiques au ministère des Affaires étrangères.

3. Le requérant alléguait en particulier la violation de l'article 3 de la Convention et de l'article 4 du Protocole n° 4 à la Convention, en raison des risques encourus en cas de retour en Afghanistan et des conditions de son expulsion.

4. Le 20 décembre 2005, le président de la chambre à laquelle l'affaire avait été attribuée a décidé d'appliquer l'article 39 du règlement de la Cour, indiquant au Gouvernement qu'il était souhaitable dans l'intérêt des parties et de la bonne conduite de la procédure de ne pas expulser le requérant avant que n'intervienne la décision de la Cour. Le 5 janvier 2006, la Cour a décidé de proroger jusqu'à nouvel ordre la mesure provisoire indiquée en application de l'article 39 du règlement.

5. Le 22 mai 2006, la Cour a décidé de communiquer la requête au Gouvernement et de la traiter en priorité (article 41 du règlement). Se prévalant des dispositions de l'article 29 § 3 de la Convention, elle a décidé que seraient examinés en même temps la recevabilité et le bien-fondé de l'affaire.

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

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

7. Le requérant est né en 1985 et réside à Paris.

8. Originaire de la province afghane de Baghlan, il appartient à l'ethnie tadjik. Il est issu d'une famille de paysans possédant des terres. Son père a appartenu au parti communiste et en a été le représentant à Ghouri. Après la chute du régime communiste de Mohamad Najibullah, cet engagement de la part d'un tadjik fut considéré comme une haute trahison. La famille du requérant se heurta en particulier à l'hostilité d'un ancien chef de guerre devenu notable local, Arab Nourak. Celui-ci, d'origine pachtoune, ancien membre du Jamiat-e Islami, s'appropriâ les biens de la famille du requérant dès 1992. A la fin de 1992, une grenade fut jetée dans la maison de la famille du requérant, blessant ce dernier à la tête et à la cuisse. Le requérant porterait des cicatrices sur son corps consécutives à cet événement. Son père aurait quant à lui été blessé au genou. Figure au dossier un certificat médical établi le 7 avril 2006 par un médecin du Comité médical pour les exilés auprès de l'hôpital de Bicêtre qui fait état de ce que :

« (...) Monsieur SULTANI me déclare être de la région de Baghlan. A la suite d'un conflit entre son père et un chef local, une grenade a été lancée contre le domicile familial. Monsieur SULTANI déclare avoir été blessé au crâne et à la cuisse gauche.

L'examen retrouve plusieurs cicatrices pariétales gauches du cuir chevelu, une cicatrice du 1/3 moyen de la face externe de la cuisse gauche.

(...)

Les constatations de l'examen clinique sont compatibles avec les déclarations du patient.»

9. Le requérant et sa famille quittèrent l'Afghanistan pour se rendre au Pakistan, d'abord à Sorkhab puis à Quetta.

10. Le requérant affirme être entré en France en décembre 2002. Le 25 mars 2003, il formula une demande d'asile. Par une décision du 6 août 2003, l'Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA) rejeta sa requête pour les motifs suivants :

« Entendu à l'Office, l'intéressé invoque les démêlés d'ordre foncier de son père avec un commandant local et déclare avoir été contraint de quitter son pays d'origine en 1991 ou 1992. Il aurait d'abord vécu, plusieurs années durant dans un camp situé à la frontière afghano-pakistanaise avant de s'installer, avec sa famille, à Quetta.

Les circonstances évoquées, à les supposer même avérées, ne sauraient cependant en raison des motifs les ayant entraînées, de leur ancienneté, et des changements politiques survenus depuis en Afghanistan, justifier du refus de l'intéressé de retourner et de se prévaloir de la protection des autorités actuelles de son pays d'origine.»

11. Cette décision fut confirmée le 13 mai 2004 par la commission des recours des réfugiés. Le 5 juillet 2004, le requérant fit l'objet d'une invitation à quitter le territoire français.

12. En décembre 2004, la famille du requérant fut rapatriée du Pakistan vers son village d'origine. Elle se serait heurtée à nouveau à Arab Nourak qui, soutenu par le nouveau gouverneur de la province de Baghlan (également membre d'un parti islamique radical et, comme M. Nourak, originaire de l'ethnie pachtoune), refusa la restitution des terres. Selon le requérant, sa famille aurait été contrainte de se réfugier à nouveau dans la ville de Quetta au Pakistan. Depuis, le requérant serait sans nouvelles de ses proches.

13. Au vu de ces événements, le requérant soutient avoir eu l'intention de déposer une deuxième demande d'asile en France, mais il aurait attendu d'obtenir davantage de nouvelles de sa famille.

14. Le 21 septembre 2005, le requérant fut interpellé dans le square de Verdun à Paris, lieu où se rassemblent les nouveaux arrivants en France de nationalité afghane. Il fut alors remis en liberté.

15. Le 14 décembre 2005, il fut à nouveau interpellé au même endroit, avec d'autres ressortissants afghans. Il soutient que la police française aurait procédé à des interpellations ciblées fondées sur la nationalité, dans la perspective de l'organisation d'un «vol aérien groupé».

16. Le même jour, il fit l'objet d'un arrêté préfectoral de reconduite à la frontière, d'une décision fixant le pays de destination et d'une mesure de rétention administrative.

17. Le requérant saisit le tribunal administratif de Paris d'une demande tendant à l'annulation de l'arrêté préfectoral du 14 décembre 2005 et de la décision distincte fixant l'Afghanistan comme pays de destination. Par un jugement rendu le 17 décembre 2005, le magistrat délégué par le président du tribunal administratif rejeta la demande du requérant. Ce dernier interjeta appel auprès de la cour administrative d'appel de Paris.

18. Le 16 décembre 2005, lors de son audition par le juge des libertés et de la détention près le tribunal de grande instance de Paris, le requérant déclara : «Je ne souhaite pas rentrer dans mon pays d'origine car j'ai peur pour ma vie. J'ai des éléments nouveaux à apporter à ma demande d'asile politique. Je souhaiterais voir un médecin.»

19. Par une ordonnance rendue le même jour, le juge des libertés et de la détention ordonna la prolongation de la rétention administrative pour une durée de quinze jours, soit jusqu'au 31 décembre 2005 à 17 heures. Le juge releva également :

« que l'intéressé soulève des doléances d'ordre médical (...) et a formé une demande d'asile politique; (...)

Ordonnons que l'intéressé soit examiné par tel médecin des U.M.J. de l'Hôtel Dieu afin de déterminer si son état de santé est compatible avec la mesure de rétention et d'éloignement. »

20. Le 19 décembre 2005, le requérant ainsi que trois autres ressortissants afghans (G., S. et D.) saisirent la Cour d'une requête assortie d'une demande d'application de l'article 39 du règlement de la Cour.

21. Le 20 décembre 2005, la préfecture de police de Paris notifia au requérant un refus d'admission au séjour daté du 16 décembre 2005 et formulé dans les termes suivants :

« Interpellé le 14 décembre 2005, alors que vous étiez en infraction à la législation sur les étrangers, vous sollicitez le réexamen de votre demande d'asile.

Présentée tardivement et à la faveur de votre rétention, cette demande a manifestement pour but de faire échec à une mesure d'éloignement du territoire français.

En conséquence et conformément aux articles L. 742-3, L. 742-6 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, je refuse votre admission au séjour. (...)

Le réexamen de votre demande de statut de réfugié fera dès lors l'objet par l'Office Français de Protection des Réfugiés et Apatrides d'un traitement par priorité au titre des articles L. 313-3, L. 313-5, L. 313-6, L. 313-7, L. 313-8, L. 313-9, L. 313-10 du code précité.

Enfin une mesure administrative de reconduite à la frontière par arrêté préfectoral pourra être prise en application des articles L. 511-1 et L. 512-1 du code précité, toutefois celle-ci ne pourra être mise à exécution avant la décision de l'Office (article L. 741-5 du code précité). »

22. Le même jour, le président en exercice de la deuxième section décida d'indiquer au gouvernement français, en vertu de l'article 39 du règlement de la Cour, qu'il était souhaitable de ne pas expulser le requérant vers l'Afghanistan. Il invita également le Gouvernement à tenir la Cour informée de la situation du requérant au regard de la procédure de demande d'asile et de l'examen médical ordonné par le juge des libertés et de la détention. En réponse, le Gouvernement indiqua que le requérant avait été libéré du centre de rétention administrative de Vincennes le 21 décembre 2005 et était libre de circuler sur le territoire français.

23. Le 20 décembre 2005, un vol groupé quitta la France en direction de l'Afghanistan.

24. Le 5 janvier 2006, la Cour décida de proroger jusqu'à nouvel ordre la mesure provisoire indiquée en application de l'article 39 du règlement.

25. Le 6 janvier 2006, la préfecture convoqua le requérant à un entretien, prévu le 13 janvier, afin de procéder à l'examen de sa

situation administrative de manière à permettre l'exécution de la mesure d'éloignement.

26. Le 9 janvier 2006, l'OFPRA enregistra la deuxième demande d'asile du requérant. Le 10 janvier 2006, le directeur général de l'OFPRA la rejeta pour les motifs suivants :

«A l'appui de sa demande,

M. SULTANI

Noor Mohammad

Fait état de la situation générale en Afghanistan.

Toutefois ces éléments, à eux seuls, ne sont pas de nature à établir le bien-fondé de craintes de persécution ou l'existence de menaces graves au sens des articles L. 711-1 et L. 721-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile. Dès lors ils ne sont pas recevables.

Il produit au dossier l'attestation d'une association de réfugiés.

Il s'agit toutefois d'un élément de preuve nouveau se rapportant à des faits précédemment soutenus. Dès lors il n'est pas recevable.

En outre il affirme que sa famille est de nouveau persécutée par les hommes de main d'Arab Nourak, chef militaire local influent de la région de Baghlan, depuis le retour de ses proches sur le territoire afghan. Son cousin serait actuellement en détention.

Toutefois les déclarations de l'intéressé, succinctes et schématiques, ne sont étayées d'aucun élément crédible et déterminant permettant de tenir pour établis les faits allégués et pour fondées les craintes énoncées.»

27. Le 10 février 2006, le requérant forma un recours contre cette décision devant la commission des recours des réfugiés.

28. Les 22 mars et 11 mai 2006, le requérant fournit les informations complémentaires demandées par la Cour et confirma le maintien de la requête.

29. Le 4 juillet 2006, la cour administrative d'appel de Paris rejeta la requête du requérant tendant à l'annulation du jugement du tribunal administratif de Paris du 17 décembre 2005, notamment selon les termes suivants :

«*Sur la légalité de l'arrêté de reconduite à la frontière :*

(...) Considérant, en premier lieu, que contrairement à ce que soutient M. SULTANI NOOR, l'arrêté de reconduite à la frontière en date du 14 décembre 2005, qui énonce les considérations de droit et de fait sur lesquels il se fonde, est suffisamment motivé ; que le préfet, qui a indiqué que la situation de l'intéressé avait été examinée notamment au regard de son droit à sa vie familiale, a procédé à l'examen de la situation personnelle de l'intéressé ;

Considérant, en second lieu, que l'arrêté de reconduite attaqué, dont le seul objet est la reconduite à la frontière de M. SULTANI NOOR, n'a pas de caractère collectif ; qu'en tout état de cause, il ne contrevient donc pas aux prescriptions de l'article 4 du protocole additionnel n° 4 à la Convention Européenne des Droits de l'Homme (...) qui interdit les

expulsions collectives; que M. SULTANI NOOR ne saurait davantage utilement invoquer ni les stipulations de l'article 6 de la Convention (...), qui ne sont pas applicables au jugement des recours dirigés contre des arrêtés de reconduite à la frontière, ni les stipulations de l'article 1^{er} du Protocole n° 7 de ladite Convention publié par décret du 24 janvier 1989, qui ne sont applicables qu'aux étrangers résidant régulièrement sur le territoire d'un Etat;

Sur la légalité de la décision complémentaire fixant le pays de destination:

Considérant que la demande de M. SULTANI NOOR tendant à ce que lui soit reconnue la qualité de réfugié politique a été (...) rejetée par des décisions de l'Office Français de Protection des Réfugiés et Apatrides et de la Commission des Recours des Réfugiés; que sa nouvelle demande d'admission au bénéfice de l'asile présentée le 9 janvier 2006 a été rejetée par une nouvelle décision de l'Office en date du 10 janvier 2006; que si M. SULTANI NOOR invoque les risques qu'il courait en cas de retour en Afghanistan en raison de la situation de guerre civile qui prévaut dans ce pays, cette circonstance n'est pas par elle-même de nature à établir l'existence des risques allégués par l'intéressé en cas de retour dans son pays d'origine; qu'il ne produit aucun élément relatif à sa situation personnelle permettant de regarder comme établies des circonstances de nature à faire légalement obstacle à sa reconduite à destination de son pays d'origine; (...)

(...)

EN DROIT

(...)

II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 4 DU PROTOCOLE N° 4 À LA CONVENTION

69. Le requérant dénonce une violation de l'article 4 du Protocole n° 4 à la Convention, aux termes duquel:

«Les expulsions collectives d'étrangers sont interdites.»

70. Le Gouvernement conteste cette thèse.

(...)

B. Sur le fond

1. Thèses des parties

a) Le Gouvernement

72. Selon le Gouvernement, le grief tiré de l'article 4 du Protocole n° 4 est sans objet dans la mesure où le requérant demeure à ce jour sur le territoire national.

73. Le Gouvernement affirme par ailleurs que le recours des autorités françaises à des vols spécifiques pour reconduire un certain nombre d'étrangers dans leur pays d'origine tient à des contingences matérielles et ne peut s'analyser comme une pratique d'expulsions collectives au sens de cette disposition. La mise en place de tels vols est selon lui dictée par la difficulté, voire l'impossibilité, d'obtenir des places sur des vols réguliers vers certaines destinations, notamment en direction de pays vers lesquels il n'existe pas de dessertes régulières importantes à partir des aéroports français.

74. Le Gouvernement insiste sur les garanties législatives et le contrôle exercé par les juridictions administratives sur les décisions de renvoi des étrangers en situation irrégulière, lesquelles font toujours l'objet d'un examen individuel et circonstancié notamment au regard des risques allégués de violation de l'article 3 en cas de retour dans le pays d'origine. Ainsi, des décisions d'éloignement fondées sur la nationalité ou l'appartenance ethnique ne pourraient être qu'annulées par le juge administratif.

75. Le Gouvernement estime qu'en l'espèce les autorités françaises se sont conformées à la jurisprudence de la Cour (*Andric c. Suède* (déc.), n° 45917/99, 23 février 1999, et *Čonka [c. Belgique]*, n° 51564/99, CEDH 2002-I) puisqu'aucune déclaration officielle annonçant l'intention des autorités françaises de procéder à des expulsions collectives n'a précédé la mise en place des vols réservés vers l'Afghanistan et que la demande du requérant a bénéficié d'une décision individuelle et différenciée. En effet, interpellé le 21 septembre, puis le 14 décembre 2005, il s'est vu notifier une mesure de reconduite à la frontière prise à son encontre le 14 décembre 2005, laquelle le concernait personnellement et était la conséquence de l'invitation à quitter le territoire français dont il avait fait l'objet le 5 juillet 2004, soit plus d'un an auparavant.

76. Le Gouvernement insiste enfin sur l'amplitude de la marge d'appréciation dont disposent les Etats pour organiser les opérations de reconduite à la frontière des étrangers en situation irrégulière sur le territoire français.

b) Le requérant

77. Le requérant considère quant à lui que, dans un grand nombre de cas, le «vol groupé» correspond à un expédient permettant de renvoyer des étrangers dans des pays où les grandes compagnies aériennes ne veulent plus que leurs appareils se posent pour des raisons de sécurité. Il note qu'il n'existe plus de liaisons aériennes directes vers la Somalie, l'Éthiopie et l'Afghanistan. Il observe à cet égard que le ministère des Affaires étrangères déconseille aux ressortissants français de se rendre en Afghanistan. Il observe par ailleurs que, les «opérations de retour conjointes» se révélant excessivement onéreuses, des objectifs de

rentabilité guident les services de police qui subissent, au moment de la préparation de ces vols, d'importantes pressions.

78. Contrairement à ce que prétend le Gouvernement, il n'existerait pas d'examen individuel et circonstancié effectif des risques en cas de retour dans le pays d'origine et la loi française ne permettrait pas de faire obstacle à ce que l'autorité administrative procède à des expulsions collectives. Le requérant souligne à cet égard les difficultés pratiques auxquelles se heurte l'étranger désireux d'exposer un risque de mauvais traitement en cas d'éloignement du territoire français. En outre, les juridictions administratives ne procéderaient pas à un contrôle individualisé réel de la légalité des mesures d'éloignement puisqu'elles ne feraient que valider les décisions négatives de l'OFPRA ou de la commission des recours des réfugiés (...) Enfin, les juridictions administratives tireraient prétexte de ce que chaque étranger fait l'objet d'une décision individuelle de reconduite à la frontière pour écarter de manière systématique les moyens tirés de la violation de l'article 4 du Protocole n° 4. La décision individuelle, purement formelle, ferait ainsi écran à la reconnaissance du caractère collectif de l'éloignement.

79. A l'appui de ses allégations concernant le caractère collectif de la mesure d'éloignement litigieuse, le requérant produit plusieurs attestations de témoins selon lesquelles la police aurait procédé, le 14 décembre 2005, à l'arrestation d'un groupe d'Afghans. Les policiers auraient à cette occasion effectué un « tri » en demandant aux personnes se trouvant dans le square de Verdun leur nationalité et en n'arrêtant que les personnes de nationalité afghane.

80. Le requérant insiste encore sur l'importance des circonstances ayant précédé le « vol groupé » du 20 décembre 2005. Il indique que le vol litigieux était programmé, le ministre de l'Intérieur en ayant annoncé l'imminence. Ainsi, dès le 27 juillet 2005, au lendemain d'un premier « charter » anglo-français expulsant quarante Afghans en situation illégale, le ministre de l'Intérieur avait indiqué que d'autres vols étaient prévus. Le requérant produit en annexe un article publié sur le site du journal *Le Monde* le 6 décembre 2005 citant les propos du ministre de l'Intérieur, lequel avait déclaré à l'Assemblée nationale : « Nous sommes en train, avec le premier ministre, de négocier avec l'Irak et avec l'Afghanistan, comme avec la Somalie, en accord avec nos amis anglais, des vols groupés » afin de « renvoyer chez eux des gens qui croient que l'Angleterre est un nouvel Eldorado et qui viennent atterrir dans le Calais sans espoir de trouver un logement ou un travail. »

2. *Appréciation de la Cour*

81. La Cour rappelle sa jurisprudence d'après laquelle il faut entendre par expulsion collective, au sens de l'article 4 du Protocole n° 4,

toute mesure contraignant des étrangers, en tant que groupe, à quitter un pays, sauf dans les cas où une telle mesure est prise à l'issue et sur la base d'un examen raisonnable et objectif de la situation particulière de chacun des étrangers qui forment le groupe. Ainsi, le fait que plusieurs étrangers fassent l'objet de décisions semblables ne permet pas en soi de conclure à l'existence d'une expulsion collective lorsque chaque intéressé a pu individuellement faire valoir devant les autorités compétentes les arguments qui s'opposaient à son expulsion (*Andric*, décision précitée).

82. La Cour rappelle en outre que, pour qu'une décision ou une mesure favorable au requérant suffise à lui retirer la qualité de victime, il faut en principe que les autorités nationales aient reconnu, explicitement ou en substance, puis réparé la violation alléguée de la Convention (voir, parmi beaucoup d'autres, *Lüdi c. Suisse*, 15 juin 1992, § 34, série A n° 238, *Amuur c. France*, 25 juin 1996, § 36, *Recueil [des arrêts et décisions]* 1996-III, *Dalban c. Roumanie* [GC], n° 28114/95, § 44, CEDH 1999-VI, et *Labita c. Italie* [GC], n° 26772/95, § 142, CEDH 2000-IV). Or il est manifeste que ces conditions ne sont pas remplies en l'espèce, puisqu'il apparaît que si le requérant n'a pas été expulsé par le biais du vol collectif du 20 décembre 2005 c'est en raison de la mesure provisoire adoptée par la Cour sur le fondement de l'article 39 de son règlement. Dès lors c'est à tort que le Gouvernement soutient que le grief tiré de l'article 4 du Protocole n° 4 serait devenu sans objet.

83. S'agissant de la nature de l'examen effectué par les autorités nationales, la Cour relève qu'en l'espèce le requérant a saisi les autorités françaises de deux demandes d'asile, dont l'une postérieurement à l'arrêté de reconduite à la frontière pris à son encontre. Ces demandes lui ont permis de faire valoir devant l'OFPRA et, dans le cadre de la première demande, la commission des recours des réfugiés, les arguments s'opposant à son expulsion vers l'Afghanistan. Les autorités internes ont pris en considération dans leur décision de rejet de ces demandes et, notamment, dans celle du 10 janvier 2006, non seulement le contexte général prévalant en Afghanistan, mais aussi les déclarations du requérant relatives à sa situation personnelle et aux risques allégués en cas de retour dans son pays d'origine. La Cour constate dès lors que l'examen individuel de la situation du requérant a bien été effectué et fournissait une justification suffisante à l'expulsion litigieuse (voir, *a contrario*, *Čonka*, précité).

84. La Cour estime dans ces circonstances que l'expulsion du requérant du territoire français ne serait pas constitutive d'une violation de l'article 4 du Protocole n° 4.

(...)

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

(...)

3. *Dit* qu'il n'y aurait pas violation de l'article 4 du Protocole n° 4 à la Convention si la décision d'expulser le requérant vers l'Afghanistan recevait exécution.

Fait en français, puis communiqué par écrit le 20 septembre 2007 en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Santiago Quesada
Greffier

Boštjan M. Zupančič
Président

SULTANI v. FRANCE
(*Application no. 45223/05*)

THIRD SECTION

JUDGMENT OF 20 SEPTEMBER 2007¹

1. French original. Extracts.

SUMMARY¹**Risk of deportation via a grouped flight to remove illegal aliens****Article 4 of Protocol No. 4**

Prohibition of collective expulsion of aliens – Risk of deportation via a grouped flight to remove illegal aliens – Individual examination of the applicant’s situation

*
* *

The applicant, an Afghan national, is a member of the Tajik ethnic group. His father was a communist party representative in Afghanistan where, after the fall of the communist regime, the involvement of a Tajik in such activities was regarded as high treason. In particular, the applicant’s family encountered hostility from a former warlord who went on to become a prominent local figure and who appropriated the family’s possessions. The applicant’s family home was the target of a grenade attack in which the applicant was wounded in the head and thigh. The applicant and his family left Afghanistan for Pakistan. The applicant stated that he entered France at the end of 2002.

He applied for asylum in March 2003. The French Office for the Protection of Refugees and Stateless Persons rejected the application and its decision was upheld by the Refugee Appeals Board. In July 2004 the applicant was directed to leave French territory. His family were returned from Pakistan to their village of origin but, according to the applicant, were again forced into exile. On 14 December 2005 the applicant was arrested in Paris together with other Afghan nationals. He maintained that the French police had carried out targeted arrests based on the nationality of those concerned, with a view to organising a “grouped flight” to deport them. The same day, an order was issued for the applicant’s removal to Afghanistan, together with an administrative detention order. He applied to the Paris Administrative Court to have these decisions set aside; his application was rejected on 17 December 2005. The applicant appealed. On 16 December the authorities had adopted a decision refusing him leave to remain. On 19 December the applicant lodged an application with the Court together with a request for application of Rule 39 of the Rules of Court. The following day, under Rule 39, the President of the relevant Chamber of the Court indicated to the French Government that it was desirable to refrain from deporting the applicant to Afghanistan. A grouped flight left France for Afghanistan on 20 December, without the applicant. The applicant was released. On 5 January 2006 the Court extended the interim measure indicated under Rule 39 until further notice. The following day the applicant was summoned by the French authorities to an interview aimed at examining his administrative situation with a view to enforcement of the removal measure. The applicant

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

lodged a second application for asylum which was rejected under an expedited procedure. He appealed to the Refugee Appeals Board. The administrative court's judgment of 17 December 2005 was upheld on appeal.

Held

Article 4 of Protocol No. 4: The fact that the applicant had not been deported on the collective flight of 20 December 2005 was due to the interim measure indicated by the Court under Rule 39 of its Rules of Court. The Government were therefore mistaken in arguing that the complaint under that Article had become devoid of purpose. The applicant had lodged two asylum applications with the French authorities, in which he had had the opportunity to set out his arguments as to why he should not be deported to Afghanistan. The domestic authorities had taken account of the overall context in Afghanistan and of the applicant's statements concerning his personal situation and the risks he would allegedly run if returned to his country of origin. Accordingly, the applicant's situation had indeed been examined individually and provided sufficient grounds for his deportation.

Conclusion: no violation if the deportation decision were to be put into effect (unanimous).

Case-law cited by the Court

Lüdi v. Switzerland, 15 June 1992, Series A no. 238

Amuur v. France, 25 June 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-III

Dalban v. Romania [GC], no. 28114/95, ECHR 1999-VI

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

Čonka v. Belgium, no. 51564/99, ECHR 2002-I

In the case of Sultani v. France,

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

Boštjan M. Zupančič, *President*,

Corneliu Bîrsan,

Jean-Paul Costa,

Elisabet Fura-Sandström,

Alvina Gyulumyan,

Egbert Myjer,

Isabelle Berro-Lefèvre, *judges*,

and Santiago Quesada, *Section Registrar*,

Having deliberated in private on 30 August 2007,

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

PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 45223/05) against the French Republic lodged with the Court under Article 34 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by an Afghan national, Mr Mohammad Sultani (“the applicant”), on 19 December 2005.

2. The applicant was represented by Mr E. Hamot of the Paris Bar. The French Government (“the Government”) were represented by their Agent, Mrs E. Belliard, Director of Legal Affairs at the Ministry of Foreign Affairs.

3. The applicant alleged, *inter alia*, a violation of Article 3 of the Convention and Article 4 of Protocol No. 4 to the Convention, in view of the risks he would run if he were returned to Afghanistan and of the conditions of his deportation.

4. On 20 December 2005 the President of the Chamber to which the case had been assigned decided to apply Rule 39 of the Rules of Court, indicating to the Government that it was desirable in the interests of the parties and the proper conduct of the proceedings to refrain from deporting the applicant pending the Court’s decision. On 5 January 2006 the Court decided to extend the interim measure indicated under Rule 39 until further notice.

5. On 22 May 2006 the Court decided to communicate the application to the Government and to give it priority (Rule 41). In accordance with Article 29 § 3 of the Convention, it decided that the admissibility and merits of the case would be examined at the same time.

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

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

7. The applicant was born in 1985 and lives in Paris.

8. The applicant comes from the Afghan province of Baghlan and is a member of the Tajik ethnic group. His family were land-owning farmers. His father was a member of the communist party and was a party representative in Ghuri. After the fall of the communist regime of Mohamad Najibullah, this political involvement by a Tajik was regarded as high treason. In particular, the applicant's family faced hostility from a former warlord who had gone on to become a prominent local figure, Arab Nourak. The latter, a Pashtun and a former member of Jamiat-e Islami (an Islamic political party), appropriated the family's possessions in 1992. At the end of 1992 a grenade was thrown into the applicant's family home, and he sustained injuries to the head and thigh. The applicant claimed to have scars on his body as a result of that event. His father allegedly received a knee injury. The case file included a medical certificate drawn up on 7 April 2006 by a doctor at the Medical Committee for Exiles at the Bicêtre Hospital, Paris, who concluded:

“... Mr Sultani informs me that he is from the Baghlan region. Following a conflict between his father and a local chief, a grenade was thrown at the family home. Mr Sultani states that he sustained injuries to the head and left thigh.

In the course of the examination, several scars on the left parietal area of the scalp and a scar covering about a third of the outer left thigh were found.

...

The findings of the clinical examination are compatible with the patient's statements.”

9. The applicant and his family left Afghanistan for Pakistan, staying first in Sorkhab, then in Quetta.

10. The applicant claimed that he arrived in France in December 2002. On 25 March 2003 he applied for asylum. By a decision of 6 August 2003, the French Office for the Protection of Refugees and Stateless Persons (“the OFPRA”) refused his application on the following grounds:

“The applicant, who was questioned at the Office, referred to land disputes between his father and a local commander and stated that he had been obliged to leave his country of origin in 1991 or 1992. He initially lived in a camp on the Afghan-Pakistani border for several years before settling with his family in Quetta.

Even supposing they were substantiated, and given the grounds having occasioned them, the time that has elapsed and the political changes that have since occurred in Afghanistan, the circumstances described cannot, however, justify the applicant's refusal to return and to claim protection from the current authorities in his country of origin.”

11. That decision was upheld on 13 May 2004 by the Refugee Appeals Board. On 5 July 2004 the applicant was directed to leave French territory.

12. In December 2004 the applicant's family was repatriated from Pakistan to their village of origin. They again encountered hostility from Arab Nourak who, supported by the new governor of Baghlan Province (also a member of a radical Islamic party and, like Mr Nourak, an ethnic Pashtun), refused to return their land. According to the applicant, his family were again obliged to seek refuge in the Pakistani town of Quetta. The applicant alleged that he had heard nothing from his relatives since that time.

13. In the light of those events, the applicant alleged that he had intended to lodge a fresh application for asylum in France, but that he had been waiting to obtain further news from his family.

14. On 21 September 2005 the applicant was arrested at the Square de Verdun in Paris, a place where Afghan nationals newly arrived in France frequently gathered. He was released on that occasion.

15. On 14 December 2005 he was again arrested at the same location with other Afghan nationals. He alleged that the French police had carried out targeted arrests based on the nationality of those concerned, with a view to organising a "grouped flight" to deport them.

16. On the same day he was made the subject of a prefectural removal order, of a decision stipulating the country of destination and of an administrative detention order.

17. The applicant applied to the Paris Administrative Court to have set aside the prefectural order of 14 December 2005 and the separate decision naming Afghanistan as the country of destination. By a judgment of 17 December 2005, the judge appointed by the President of the Administrative Court dismissed the applicant's request. The applicant appealed to the Paris Administrative Court of Appeal.

18. On 16 December 2005, during a hearing with the liberties and detention judge at the Paris *tribunal de grande instance*, the applicant stated: "I do not wish to return to my country of origin because I am afraid for my life. I have new information to include in my request for political asylum. I would like to see a doctor."

19. In an order issued on the same date, the liberties and detention judge ordered that the administrative detention be extended by fifteen days, until 5 p.m. on 31 December 2005. The judge also noted:

"the detainee raised complaints of a medical nature ... and requested political asylum;
...

We order that the detainee be examined by a doctor from the forensic medicine unit at the Hôtel Dieu Hospital in order to determine whether his state of health is compatible with the detention and expulsion order."

20. On 19 December 2005 the applicant and three other Afghan nationals (G., S. and D.) lodged an application with the Court, together with a request for application of Rule 39 of the Rules of Court.

21. On 20 December 2005 the Paris Police Commissioner's Office informed the applicant that he had been refused leave to remain, in a document dated 16 December 2005 and worded as follows:

"You were arrested on 14 December 2005 and found to be in contravention of the legislation on aliens; you have now requested that your application for asylum be re-examined.

This request, submitted out of time and in support of your [continued] detention, is clearly intended to circumvent an order for removal from French territory.

In consequence, and in accordance with Articles L. 742-3, L. 742-6 of the Code on the conditions of entry and residence of aliens and the right of asylum, I refuse to grant you leave to remain. ...

The re-examination of your request for refugee status will therefore be given priority treatment by the French Office for the Protection of Refugees and Stateless Persons under Articles L. 313-3, L. 313-5, L. 313-6, L. 313-7, L. 313-8, L. 313-9, L. 313-10 of the above-mentioned Code.

Finally, an administrative measure of expulsion by prefectoral order may be taken in application of Articles L. 511-1 and L. 512-1 of the above-mentioned Code; however, this may not be enforced prior to the Office's decision (Article L. 741-5 of the above-mentioned Code)."

22. On the same date the acting President of the Second Section decided to indicate to the French Government, under Rule 39 of the Rules of Court, that it was desirable to refrain from deporting the applicant to Afghanistan. He also invited the Government to keep the Court informed of the applicant's situation with regard to the proceedings on his asylum application and the medical examination ordered by the liberties and detention judge. In reply, the Government indicated that the applicant had been released from the Vincennes Administrative Detention Centre on 21 December 2005 and was free to circulate on French territory.

23. On 20 December 2005 a grouped flight left France for Afghanistan.

24. On 5 January 2006 the Court decided to extend the interim measure indicated under Rule 39 until further notice.

25. On 6 January 2006 the prefecture summoned the applicant to an interview, scheduled for 13 January, to examine his administrative situation with a view to enforcement of the removal measure.

26. On 9 January 2006 the OFPRA registered a second asylum application from the applicant. On 10 January 2006 the Director General of the OFPRA refused it on the following grounds:

"In support of his application,

Mr Noor Mohammad SULTANI

Refers to the general situation in Afghanistan.

In itself, however, this evidence is not sufficient to substantiate the fears of persecution or the existence of serious threats within the meaning of Articles L. 711-1 and L. 721-1 of the Code on the conditions of entry and residence of aliens and the right of asylum. Accordingly, it is not admissible.

He submits a statement from an association for refugees.

This, however, is a new item of evidence which refers to events that were previously argued. Accordingly, it is not admissible.

He further claims that his family has again been persecuted by the henchmen of Arab Nourak, an influential local military leader in the Baghlan region, since their return to the Afghan territory. It is claimed that a cousin is currently being detained.

However, the applicant's statements, which are brief and vague, are not supported by any credible or decisive evidence capable of proving that the alleged facts are true and that his fears are well-founded."

27. On 10 February 2006 the applicant appealed against that decision to the Refugee Appeals Board.

28. On 22 March and 11 May 2006 the applicant submitted the additional information requested by the Court and confirmed that he wished to pursue the application.

29. On 4 July 2006 the Paris Administrative Court of Appeal dismissed the applicant's appeal against the Paris Administrative Court's judgment of 17 December 2005. It found, *inter alia*:

"On the lawfulness of the removal order:

... Firstly, contrary to what is alleged by Mr Sultani, the expulsion order dated 14 December 2005, which sets out the considerations of law and of fact on which it is based, is supported by sufficient grounds; the prefect, who indicated that the appellant's situation had been scrutinised, particularly with regard to his right to family life, examined the appellant's personal situation;

Secondly, the disputed removal order, the sole purpose of which is the removal from the territory of Mr Sultani, is not collective in nature; in any event, it does not therefore contravene the requirements of Article 4 of Protocol No. 4 to the European Convention on Human Rights ... which prohibits collective expulsions; nor can Mr Sultani validly rely either on the provisions of Article 6 of the Convention ..., which are not applicable to appeal judgments against removal orders, or on the provisions of Article 1 of Protocol No. 7 to the said Convention, published by decree of 24 January 1989, which are applicable only to aliens residing lawfully on the territory of a State;

On the lawfulness of the additional decision naming the country of destination:

Mr Sultani's request for political asylum has been ... refused by decisions of the French Office for the Protection of Refugees and Stateless Persons and the Refugee Appeals Board; his second request for asylum, submitted on 9 January 2006, was rejected by a new decision by the Office on 10 January 2006; although Mr Sultani refers to the risk that he would run in the event of a return to Afghanistan, given the situation of civil war that exists in that country, that circumstance is not in itself capable of substantiating the risks alleged by the appellant in the event of return to his country of origin; he has not submitted any evidence concerning his personal situation which

would make it possible to consider as substantiated [his argument] that there are circumstances which would constitute a legal impediment to expulsion to his country of origin; ...”

...

THE LAW

...

II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 4 OF PROTOCOL NO. 4 TO THE CONVENTION

69. The applicant complained of a violation of Article 4 of Protocol No. 4 to the Convention, which provides:

“Collective expulsion of aliens is prohibited.”

70. The Government contested this view.

...

B. The merits

1. The parties' submissions

(a) The Government

72. According to the Government, the complaint under Article 4 of Protocol No. 4 was devoid of purpose in so far as the applicant was still on French territory when he submitted the complaint.

73. The Government further claimed that the use by the French authorities of specific flights to transport a number of aliens to their countries of origin was based on practical considerations and could not be analysed as a practice of collective expulsion within the meaning of that provision. The introduction of such flights had been made necessary by the difficulty, and even impossibility, of obtaining seats on scheduled flights towards certain destinations, especially to countries to which there were few scheduled services from French airports.

74. The Government emphasised the legislative guarantees and the supervision exercised by the administrative courts over decisions to expel illegal immigrants, which were always examined on the basis of detailed individual circumstances, and particularly in the light of the alleged risks of a violation of Article 3 in the event of return to the country of origin. Thus, the administrative courts would have no choice but to set aside expulsion orders based on nationality or ethnic origin.

75. The Government considered that in the instant case the French authorities had complied with the Court's case-law (they referred to *Andric v. Sweden* (dec.), no. 45917/99, 23 February 1999, and *Čonka [v. Belgium]*, no. 51564/99, ECHR 2002-I) since no official statement announcing an intention on the part of the French authorities to conduct collective expulsions had preceded the introduction of reserved flights to Afghanistan and the applicant's request had been responded to in an individualised and personal decision. When he was arrested on 21 September, and again on 14 December 2005, he was notified of a removal order issued against him on 14 December 2005, which concerned him personally and was a consequence of the direction to leave French territory issued to him on 5 July 2004, that is, more than a year previously.

76. Finally, the Government drew attention to the scale of the margin of appreciation enjoyed by the States in organising operations to expel aliens who were unlawfully present on French territory.

(b) The applicant

77. The applicant submitted that in a large number of cases "grouped flights" were an expedient enabling the Government to return aliens to countries in which the major airlines no longer wished to land for security reasons. He noted that direct flights no longer existed to Somalia, Ethiopia and Afghanistan. In this connection, he stated that the Ministry of Foreign Affairs advised French nationals against travelling to Afghanistan. He also noted that since the "joint return operations" had proved excessively onerous, the police were governed by profitability objectives and were subject to considerable pressure when preparing such flights.

78. Contrary to what was argued by the Government, there was no effective individual and personalised examination of the risks in the event of return to the country of origin and French law provided no effective means of preventing the administrative authorities from carrying out collective expulsions. In this connection, the applicant emphasised the practical difficulties faced by a foreigner seeking to describe a risk of ill-treatment in the event of his or her removal from French territory. Furthermore, the administrative courts did not carry out a genuine individualised check of the lawfulness of the expulsion orders, since they merely validated the negative decisions issued by the OFPRA or the Refugee Appeals Board ... Finally, the administrative courts used the claim that an individualised removal order was issued in respect of every foreigner as a pretext for systematically dismissing arguments alleging a violation of Article 4 of Protocol No. 4. The individual decision, which was purely formal in nature, thus prevented acknowledgment of the collective nature of the removal.

79. In support of his allegations concerning the collective nature of the impugned expulsion order, the applicant submitted several witness statements asserting that the police had arrested a group of Afghans on 14 December 2005. On that occasion, the police officers had allegedly carried out a “selection” by asking the people in the Square de Verdun to specify their nationality, and then arresting only those who were Afghan.

80. The applicant further emphasised the importance of the circumstances preceding the “grouped flight” of 20 December 2005. He claimed that the flight in question had been planned: the Minister of the Interior had announced that it was imminent. Thus, as early as 27 July 2005, one day after a first Anglo-French “charter” flight expelling forty illegal Afghan immigrants, the Minister of the Interior had indicated that other flights were planned. The applicant annexed to his observations an article published on the website of *Le Monde* newspaper on 6 December 2005, quoting remarks made by the Minister of the Interior to the National Assembly: “The Prime Minister and I are currently negotiating grouped flights with Iraq, Afghanistan and Somalia, in agreement with our English friends” in order to “return to their countries those people who believe that England is a new Eldorado and who end up in the Pale of Calais with no hope of finding either accommodation or employment.”

2. *The Court’s assessment*

81. The Court draws attention to its case-law, whereby collective expulsion, within the meaning of Article 4 of Protocol No. 4, is to be understood as any measure compelling aliens, as a group, to leave a country, except where such a measure is taken on the basis of a reasonable and objective examination of the particular case of each individual alien in the group. Thus, the fact that a number of aliens are subject to similar decisions does not in itself lead to the conclusion that there is a collective expulsion if each person concerned has been given the opportunity to put arguments against his expulsion to the competent authorities on an individual basis (see *Andric*, cited above).

82. The Court further points out that, in order for a decision or measure favourable to the applicant to be sufficient to deprive him of his status as a victim, the national authorities must have acknowledged, either expressly or in substance, and then afforded redress for, the breach of the Convention (see, among many other authorities, *Lüdi v. Switzerland*, 15 June 1992, § 34, Series A no. 238; *Amuur v. France*, 25 June 1996, § 36, *Reports [of Judgments and Decisions]* 1996-III; *Dalban v. Romania* [GC], no. 28114/95, § 44, ECHR 1999-VI; and *Labita v. Italy* [GC], no. 26772/95, § 142, ECHR 2000-IV). It is clear that these conditions were not fulfilled in the instant case, since it appears that the reason the

applicant was not expelled on the collective flight of 20 December 2005 was because of the interim measure adopted by the Court on the basis of Rule 39 of its Rules of Court. The Government are therefore mistaken in alleging that the complaint under Article 4 of Protocol No. 4 has become devoid of purpose.

83. With regard to the nature of the examination conducted by the national authorities, the Court notes that, in the instant case, the applicant submitted two asylum requests to the French authorities, including one subsequent to the removal order issued against him. Those requests enabled him to set out the arguments against his expulsion to Afghanistan before the OFPRA and, in the context of the first request, the Refugee Appeals Board. In their decisions rejecting those requests, and particularly the request of 10 January 2006, the domestic authorities took account not only of the overall context in Afghanistan, but also of the applicant's statements concerning his personal situation and the risks he would allegedly run in the event of a return to his country of origin. Accordingly, the Court notes that the applicant's situation was indeed examined individually and provided sufficient grounds for the contested expulsion (contrast, *Čonka*, cited above).

84. In those circumstances, the Court considers that the applicant's deportation from French territory would not amount to a violation of Article 4 of Protocol No. 4.

...

FOR THESE REASONS, THE COURT UNANIMOUSLY

...

3. *Holds* that there would not be a violation of Article 4 of Protocol No. 4 to the Convention if the decision to deport the applicant to Afghanistan were to be put into effect.

Done in French, and notified in writing on 20 September 2007, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Santiago Quesada
Registrar

Boštjan M. Zupančič
President

WIESER AND BICOS BETEILIGUNGEN GmbH v. AUSTRIA
(*Application no. 74336/01*)

FOURTH SECTION

JUDGMENT OF 16 OCTOBER 2007¹

1. English original.

SUMMARY¹**Search and seizure of electronic data on lawyer's computer system****Article 8**

Respect for correspondence – Search and seizure of electronic data on lawyer's computer system – Interference – Prescribed by law – Prevention of crime – Necessary in a democratic society – Safeguards against abuse – Lawyers' professional secrecy – Proportionality – Failure to comply with procedural safeguards

*
* *

The first applicant was a lawyer and the owner and general manager of the second applicant, a holding company. The second applicant was the sole owner of another company, Novamed. Both companies were based at the first applicant's law office. Following a request for legal assistance from the Italian authorities in connection with a criminal investigation, a regional court issued a warrant to search the companies' head offices. During the search one group of police officers, in the presence of the first applicant and a representative of the Bar Association, looked for hard copies of files relating to the second applicant and Novamed. If the first applicant objected to the immediate examination of a document, it was sealed and deposited with the regional court as required by the Code of Criminal Procedure. All seized and sealed documents were listed in a report signed by the first applicant and the officers. Simultaneously, another group of officers examined the first applicant's computer equipment and copied several files to disk. An IT specialist and the Bar Association representative briefly attended that search. However, no report was drawn up until later in the day. It indicated that the officers had not taken a complete copy of the server, but had carried out a search on the names of the two companies and the suspects in the criminal proceedings. The investigating judge subsequently opened, in the presence of the first applicant, the documents that had been sealed. Some were copied and added to the file while others were returned to the first applicant on the ground that their use would impinge on his duty of professional secrecy. The first and second applicants complained to the domestic courts that the search and seizure procedure in respect of the electronic data had violated the first applicant's professional-secrecy obligations. They argued, in particular, that the first applicant had not been given an opportunity to object and have the disks sealed and submitted to the judge for a decision as to whether they could be used for the investigation. Their complaints were dismissed.

Held

Article 8: The search and seizure of the applicants' electronic data amounted to interference with their right to respect for their "correspondence". The Code of

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

Criminal Procedure contained specific rules on the seizure of documents and under the case-law of the domestic courts these rules were also applicable to electronic data. Search and seizure measures served the legitimate aim of preventing crime. However, while the safeguards had been complied with in respect of the hard copies of the documents seized, they had not been observed in respect of the electronic data. In particular, the representative of the Bar Association had not been able to properly supervise that part of the search, the report had been drawn up too late, and neither the first applicant nor the Bar Association representative had been informed of the results of the search. Although the first applicant was not the second applicant's counsel, he did act as counsel for numerous companies whose shares were held by the second applicant. Moreover, the electronic data seized contained by and large the same information as the paper documents, some of which the investigating judge had returned to the first applicant as being subject to professional secrecy. It could therefore be reasonably assumed that the electronic data seized also contained such information. The police officers' failure to comply with certain procedural safeguards aimed at preventing "arbitrariness" and protecting lawyers' professional secrecy had made the search and seizure of the first applicant's electronic data disproportionate to the legitimate aim pursued.

Conclusion: violation (unanimously in respect of the first applicant and by four votes to three in respect of the second applicant).

Article 41: The Court awarded the first applicant an amount in respect of non-pecuniary damage.

Case-law cited by the Court

Niemietz v. Germany, 16 December 1992, Series A no. 251-B

Société Colas Est and Others v. France, no. 37971/97, ECHR 2002-III

Tamosius v. the United Kingdom (dec.), no. 62002/00, ECHR 2002-VIII

Sallinen and Others v. Finland, no. 50882/99, 27 September 2005

In the case of Wieser and Bicos Beteiligungen GmbH v. Austria,
The European Court of Human Rights (Fourth Section), sitting as a
Chamber composed of:

Nicolas Bratza, *President*,
Josep Casadevall,
Giovanni Bonello,
Elisabeth Steiner,
Stanislav Pavlovski,
Lech Garlicki,
Ljiljana Mijović, *judges*,
and Lawrence Early, *Section Registrar*,

Having deliberated in private on 25 September 2007,

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

PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 74336/01) against the Republic of Austria lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by Mr Gottfried Wieser, an Austrian national, and Bicos Beteiligungen GmbH, a limited liability company with its seat in Salzburg (“the applicants”), on 3 August 2001.

2. The applicants were represented by Mrs P. Patzelt, a lawyer practising in Salzburg. The Austrian Government (“the Government”) were represented by their Agent, Ambassador F. Trauttmansdorff, Head of the International Law Department at the Federal Ministry of Foreign Affairs.

3. The applicants alleged that the search and seizure of electronic data in the context of a search of their premises had violated their rights under Article 8 of the Convention.

4. By a decision of 16 May 2006, the Chamber declared the application admissible.

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

5. The first applicant, who was born in 1949, is a lawyer practising in Salzburg. He is the owner and general manager of the second applicant, a holding company which is, *inter alia*, the sole owner of the limited liability company Novamed.

6. On 30 August 2000 the Salzburg Regional Court (*Landesgericht*), upon a request for legal assistance (*Rechtshilfeersuchen*) by the Naples

Public Prosecutor's Office, issued a warrant to search the seat of the applicant company and Novamed. Both companies have their seats at the first applicant's law office.

7. The court noted that in the course of pending criminal proceedings concerning, *inter alia*, illegal trade in medicaments against a number of persons and companies in Italy, invoices addressed to Novamed, owned 100% by the applicant company, had been found. It therefore ordered the seizure of all business documents revealing contacts with the suspected persons and companies.

A. The search of the applicants' premises and seizure of documents and data

8. On 10 October 2000 the search of the seat of the applicant company, which is also the first applicant's law office, was carried out by eight to ten officers of the Economic Crimes Department of the Salzburg police (*Wirtschaftspolizei*) and data-securing experts (*Datensicherungsexperten*) of the Federal Ministry of the Interior.

9. One group of officers searched the law office for files concerning Novamed or Bicos in the presence of the first applicant and a representative of the Salzburg Bar Association. All documents were shown to the first applicant and the representative of the Bar Association before seizure.

10. Whenever the first applicant objected to an immediate examination of a document seized it was sealed and deposited at the Salzburg Regional Court as required by Article 145 of the Code of Criminal Procedure (*Strafprozeßordnung* – see paragraph 33 below). All seized or sealed documents were listed in a search report which was signed by the applicant and the officers who had carried out the search.

11. Simultaneously, another group of officers examined the first applicant's computer systems and copied several files to disks. According to his statement before the Independent Administrative Panel (see paragraph 25 below), the IT specialist who normally serviced the computer systems was called upon to provide some technical assistance but left again after about half an hour. The representative of the Bar Association was informed about the search of the computer systems and was also temporarily present. When the officers had terminated the search of the computer systems, they left without drawing up a search report and, apparently, also without informing the first applicant about the results of the search.

12. Later the same day the police officers involved in the search of the applicants' electronic data drew up a data securing report (*Datensicherungsbericht*). Apart from a number of technical details

concerning the first applicant's computer systems, the report states that a complete copy of the server was not made. The search was carried out using the names of the companies involved and the names of the suspects in the Italian proceedings. A folder named Novamed containing ninety files was found plus one further file containing one of the search items. All the data were copied to disks. In addition, the deleted items were retrieved and numerous files which corresponded to the search items were found and also copied to disks.

13. On 13 October 2000 the investigating judge opened the sealed documents in the presence of the first applicant. Some documents were copied and added to the file while others were returned to the first applicant on the ground that their use would impinge on the first applicant's duty of professional secrecy.

14. The disks containing the secured data were transmitted to the Economic Crimes Department who printed out all the files. Both the disks and printouts were then handed over to the investigating judge.

B. The applicants' complaint to the Review Chamber

15. On 28 November 2000 and 11 December 2000 respectively, the first applicant and the applicant company lodged complaints with the Review Chamber (*Ratskammer*) of the Salzburg Regional Court.

16. They submitted that the first applicant was the owner and manager of the applicant company but also the lawyer for a number of companies in which the latter held shares. They complained that the search of their premises and the seizure of electronic data had infringed the first applicant's right and duty of professional secrecy under section 9 of the Lawyers Act (*Rechtsanwaltsordnung*) in conjunction with Article 152 of the Code of Criminal Procedure as some officers had proceeded unobserved to examine and subsequently copy electronic data. The applicants submitted that the data contained the same information as the documents which had been examined in the presence of the first applicant. However, with regard to the electronic data, the first applicant had not been given an opportunity to object and have the disks sealed.

17. They further submitted that the search report did not mention that part of the search, nor did it mention which electronic data had been copied and seized. Furthermore, the search report had only been signed by three of the officers, but did not mention the names of all the officers who had been present at the search, omitting in particular the names of the data-securing experts of the Federal Ministry of the Interior.

18. On 31 January 2001 the Review Chamber dismissed the applicants' complaints.

19. It observed that the first applicant's computer data had been searched with the aid of particular search criteria. Files which corresponded to these search criteria had been copied to disks which had been seized.

20. However, there was no ground for holding that this seizure circumvented Article 152 of the Code of Criminal Procedure: the search of the first applicant's law office concerned exclusively documents which the first applicant had in his possession as an organ of Novamed and Bicos, and therefore did not concern a lawyer-client relationship.

21. It further observed that the search of the first applicant's law office was based on a lawful search warrant which included the search and seizure of electronic data. The procedural safeguards laid down in Article 145 of the Code of Criminal Procedure, namely the right of the person concerned to object to an immediate examination and to request the deposit of data seized with the Regional Court and a decision by the Review Chamber, also applied to the search of electronic data.

22. In the present case, however, the officers had, whenever asked, complied with the first applicant's requests to seal certain documents and deposit them with the Regional Court. Some of these documents had been returned by the court in order to ensure compliance with the applicant's duty of professional secrecy.

23. It therefore concluded that the applicants' complaints were unfounded. The Review Chamber's decision was served on 7 February 2001.

C. The applicants' complaint to the Salzburg Independent Administrative Panel

24. In the meantime, on 20 and 21 November 2000 respectively, the first applicant and the applicant company lodged complaints with the Salzburg Independent Administrative Panel (*Unabhängiger Verwaltungssenat*). They submitted that the search and seizure of electronic data in the first applicant's office had been unlawful.

25. On 2 April, 11 June and 11 July 2001 the Independent Administrative Panel held public hearings at which it heard evidence from a number of witnesses.

The IT specialist in charge of the first applicant's computer facilities said that he had been called and had arrived at the office when the search of the premises was already under way. He had left again after half an hour. The officer in charge of the search stated that the first applicant had been informed about the search of his computer data. Two other officers stated that the search of the first applicant's computer systems had not begun until the arrival of his IT specialist and that the

representative of the Bar Association had been temporarily present. This was confirmed by the representative of the Bar Association.

26. On 24 October 2001 the Salzburg Independent Administrative Panel dismissed the applicants' complaints. It found that they concerned alleged breaches of certain provisions of the Code of Criminal Procedure regulating searches. The officers who had carried out the search had possibly not fully complied with these provisions. They had, however, acted on the basis of the search warrant and not exceeded the instructions of the investigating judge. The search was therefore imputable to the court. Consequently, a review of lawfulness did not fall within the competence of the Independent Administrative Panel.

II. RELEVANT DOMESTIC LAW AND PRACTICE

A. Provisions of the Code of Criminal Procedure relating to search and seizure

27. Articles 139 to 149 of the Code of Criminal Procedure (*Strafprozeßordnung*) concern the search of premises and persons and the seizure of objects.

28. Article 139 § 1 provides in particular that a search may only be carried out if there is a reasonable suspicion that a person suspected of having committed an offence is hiding on the premises concerned, or that there are objects there the possession or examination of which is relevant to a particular criminal investigation.

29. Pursuant to Article 140 §§ 1 and 2 a search should in general only be carried out after the person concerned has been questioned, and only if the person sought has not come forward of his or her own volition or the object or objects sought have not been voluntarily produced and if the reasons leading to the search have not been eliminated. No such questioning is required where there is danger in delay.

30. Article 140 § 3 states that a search may, as a rule, only be carried out on the basis of a reasoned search warrant issued by a judge.

31. Pursuant to Article 142 §§ 2 and 3 the occupant of the premises subject to the search or, if he is unavailable, a relative of the occupant, shall be present during the search. A report is to be drawn up and to be signed by all those present.

32. Article 143 § 1 of the Code of Criminal Procedure provides that, if objects relevant to the investigation or subject to forfeiture or confiscation are found, they are to be listed and taken to the court for safe keeping or seized. It refers in this respect to Article 98, pursuant to which objects in safe keeping have to be put into an envelope to be sealed by the court, or be labelled so as to avoid any substitution or confusion.

33. Article 145 reads as follows:

“1. When searching through documents steps must be taken to ensure that their content does not become known to unauthorised persons.

2. If the owner of the documents does not want to permit their being searched, they shall be sealed and deposited with the court; the Review Chamber must determine immediately whether they are to be examined or returned.”

34. According to the courts’ case-law, which is endorsed by the opinion of academic writers (see Bertl/Vernier, *Grundriss des österreichischen Strafprozessrechts*, 7th edition), the provisions relevant to the search and seizure of paper documents also apply *mutatis mutandis* to the search and seizure of electronic data. If the owner of disks or hard disks on which data is stored objects to their being searched, the data carriers are to be sealed and the Review Chamber must decide whether they may be examined.

B. Provisions relating to the professional secrecy of lawyers

35. Section 9 of the Austrian Lawyers Act (*Rechtsanwaltsordnung*) regulates the professional duties of lawyers including, *inter alia*, the duty to maintain professional secrecy.

36. Article 152 § 1 of the Code of Criminal Procedure exempts lawyers, notaries and business trustees from the obligation to give evidence as witnesses in respect of information given to them in the exercise of their profession.

37. It is established case-law that documents which contain information subject to professional secrecy may not be seized and used in a criminal investigation.

38. According to an instruction (*Erlaß*) of the Federal Minister of Justice of 21 July 1972, a representative of the competent Bar Association shall be present during the search of a lawyer’s office in order to ensure that the search does not encroach on professional secrecy.

C. Review by the Independent Administrative Panel

39. By virtue of section 67a(1) of the General Administrative Procedure Act (*Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz*), Independent Administrative Panels have jurisdiction, *inter alia*, to examine complaints from persons alleging a violation of their rights resulting from the exercise of direct administrative authority and coercion (*Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt*).

40. Where police officers execute a court warrant their acts are imputable to the court unless they act in clear excess of the powers conferred on them. Only in the latter case are their acts qualified as

exercise of direct administrative authority and coercion and subject to review by an Independent Administrative Panel.

THE LAW

I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 8 OF THE CONVENTION

41. The applicants complained of the search and seizure of electronic data. They relied on 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.”

A. Applicability of Article 8

42. The Government based their comments on the assumption that the search and seizure at issue interfered with the applicants’ “private life” and “home”.

43. The Court reiterates that the search of a lawyer’s office has been regarded as interfering with “private life” and “correspondence” and, potentially, home, in the wider sense implied by the French text which uses the term “*domicile*” (see *Niemietz v. Germany*, 16 December 1992, §§ 29-33, Series A no. 251-B, and *Tamosius v. the United Kingdom* (dec.), no. 62002/00, ECHR 2002-VIII; see also *Sallinen and Others v. Finland*, no. 50882/99, § 71, 27 September 2005, which confirms that the search of a lawyer’s business premises also interfered with his right to respect for his “home”). The search of a company’s business premises was also found to interfere with its right to respect for its “home” (see *Société Colas Est and Others v. France*, no. 37971/97, §§ 40-42, ECHR 2002-III).

44. In the present case, the applicants do not complain of the search of their business premises, which are the first applicant’s law office and the applicant company’s seat, nor do they complain of the seizure of documents. They only complain in respect of the search and seizure of electronic data.

45. The Court considers that the search and seizure of electronic data constituted an interference with the applicants’ right to respect for their “correspondence” within the meaning of Article 8 (see *Niemietz*, cited above, § 32, as regards a lawyer’s business correspondence, and *Sallinen and Others*, cited above, § 71, relating to the seizure of a lawyer’s

computer disks). Having regard to its above-cited case-law extending the notion of “home” to a company’s business premises, the Court sees no reason to distinguish between the first applicant, a natural person, and the second applicant, a legal person, as regards the notion of “correspondence”. It does not consider it necessary to examine whether there was also an interference with the applicants’ “private life”.

46. The Court must therefore determine whether the interference with the applicants’ right to respect for their correspondence satisfied the requirements of paragraph 2 of Article 8.

B. Compliance with Article 8

1. The parties’ submissions

47. The Court observes at the outset that in its admissibility decision of 16 May 2006 it joined the Government’s objection as to non-exhaustion to the merits. The Government argued that the applicants had failed to make use of the possibility, provided for in the Code of Criminal Procedure, to request that documents or data be sealed and deposited with the court in order to obtain a court decision on whether or not they may be used for the investigation. The applicants contested this view, arguing that the manner in which the search was carried out had deprived them of the possibility to make effective use of their rights.

48. On the merits, the applicants asserted that the search and seizure of electronic data had been disproportionate. They claimed that the first applicant was not only the manager of the applicant company but also its counsel and the counsel of Novamed. Thus the search had necessarily led to the discovery of correspondence, for instance letters and file notes that the first applicant had made in his capacity as counsel. During the search of the paper documents all such documents had either been removed immediately or sealed and returned to the applicant by the investigating judge as being subject to professional secrecy. In contrast, the electronic data had been seized without observing the attendant procedural guarantees. In this connection the applicants relied on the same arguments as submitted in respect of the issue of exhaustion of domestic remedies.

49. The applicants maintained that the applicant company’s rights had also been infringed, since it had had no control over the kind of data that were seized. The search for the word Bicos had necessarily led to data unrelated to the subject defined in the search warrant. The procedural guarantees laid down in the Code of Criminal Procedure had not been complied with, since the applicant company had not been given the possibility to have the data sealed and to obtain a decision by the investigating judge as to which data might be used for the investigation.

50. The Government noted at the outset that the applicants only complained about the search of electronic data and that their submissions essentially related to the first applicant's position as a lawyer and to the alleged lack of safeguards to protect his duty of professional secrecy, while the complaint as regards the applicant company remained unsubstantiated.

51. Referring to the Court's case-law, the Government argued that the search and seizure of electronic data had a legal basis in the Code of Criminal Procedure and served legitimate aims, namely the prevention of crime and the protection of health.

52. As regards the necessity of the interference, the Government asserted that the search and seizure of the data had been proportionate to the legitimate aim pursued. The contested measures had been ordered by a judicial search warrant which had delimited their scope. Moreover, Austrian law contained specific procedural safeguards for the search of a lawyer's office. They had been complied with in that the search had taken place in the presence of the applicant and a representative of the Bar Association, whose role had been to ensure that the search did not encroach on the first applicant's duty of professional secrecy. In accordance with the search warrant, the first applicant's computer systems had been searched with the help of certain key words, that is, the names of the firms involved, Novamed and Bicos, and the names of the suspects in the proceedings in Italy. Since the first applicant was not the second applicant's counsel, their lawyer-client relationship had not been affected. Moreover, the representative of the Bar Association had been informed of the search of the first applicant's computer systems and the search procedure documented in the data-securing report. The fact that the said report had not been drawn up during the search but later the same day was not decisive, since the main aim of recording which data had been seized had been achieved.

2. *The Court's assessment*

(a) **In accordance with the law**

53. The Court reiterates that an interference cannot be regarded as "in accordance with the law" unless, first of all, it has some basis in domestic law. In relation to Article 8 § 2 of the Convention, the term "law" is to be understood in its "substantive" sense, not in its "formal" one. In a sphere covered by the written law, the "law" is the enactment in force as the competent courts have interpreted it (see *Société Colas Est and Others*, cited above, § 43, with further references, and *Sallinen and Others*, cited above, § 77).

54. The Austrian Code of Criminal Procedure does not contain specific provisions for the search and seizure of electronic data. However, it

contains detailed provisions for the seizure of objects and, in addition, specific rules for the seizure of documents. It is established in the domestic courts' case-law that these provisions also apply to the search and seizure of electronic data (see paragraph 34 above). In fact, the applicants do not contest that the measures complained of had a basis in domestic law.

(b) Legitimate aim

55. The Court observes that the search and seizure was ordered in the context of criminal proceedings against third persons suspected of illegal trade in medicaments. It therefore served a legitimate aim, namely, the prevention of crime.

(c) Necessary in a democratic society

56. The parties' submissions concentrated on the necessity of the interference and, in particular, on the question whether the measures were proportionate to the legitimate aim pursued and whether the procedural safeguards provided for by the Code of Criminal Procedure were adequately complied with.

57. In comparable cases, the Court has examined whether domestic law and practice afforded adequate and effective safeguards against any abuse and arbitrariness (see, for instance, *Société Colas Est and Others*, cited above, § 48). Elements taken into consideration are, in particular, whether the search was based on a warrant issued by a judge and based on reasonable suspicion, whether the scope of the warrant was reasonably limited and – where the search of a lawyer's office was concerned – whether the search was carried out in the presence of an independent observer in order to ensure that materials subject to professional secrecy were not removed (see *Niemietz*, cited above, § 37, and *Tamosius*, cited above).

58. In the present case, the search of the applicants' computer systems was based on a warrant issued by the investigating judge in the context of legal assistance for the Italian authorities who were conducting criminal proceedings for illegal trade in medicaments against a number of companies and individuals. It relied on the fact that invoices addressed to Novamed, 100% owned by the applicant company, had been found. In these circumstances, the Court is satisfied that the search warrant was based on reasonable suspicion.

59. The Court also finds that the search warrant limited the documents or data to be looked for in a reasonable manner, by describing them as any business documents revealing contacts with the suspects in the Italian proceedings. The search remained within these limits, since the officers searched for documents or data containing either the word Novamed or Bicos or the names of any of the suspects.

60. Moreover, the Code of Criminal Procedure provides further procedural safeguards as regards the seizure of documents and electronic data. The Court notes the following provisions of the Code:

- (a) the occupant of the premises being searched shall be present;
- (b) a report is to be drawn up at the end of the search and items seized are to be listed;
- (c) if the owner objects to the seizure of documents or data carriers they are to be sealed and put before the judge for a decision as to whether or not they are to be used for the investigation; and
- (d) in addition, as far as the search of a lawyer's office is concerned, the presence of a representative of the Bar Association is required.

61. The applicants do not claim that the guarantees provided by Austrian law are insufficient but that they were not complied with in the present case as regards the seizure of data. The Court notes that a number of officers carried out the search of the applicants' premises. While one group proceeded to the seizure of documents, the second group searched the computer system using certain search criteria and seized data by copying numerous files to disks.

62. The Court observes that the safeguards described above were fully complied with as regards the seizure of documents: whenever the representative of the Bar Association objected to the seizure of a particular document, it was sealed. A few days later the investigating judge decided in the presence of the applicant which files were subject to professional secrecy and returned a number of them to the applicant on this ground. In fact, the applicants do not complain in this respect.

63. What is striking in the present case is that the same safeguards were not observed as regards the electronic data. A number of factors show that the exercise of the applicants' rights in this respect was restricted. Firstly, the member of the Bar Association, though temporarily present during the search of the computer facilities, was mainly busy supervising the seizure of documents and could therefore not properly exercise his supervisory function as regards the electronic data. Secondly, the report setting out which search criteria had been applied and which files had been copied and seized was not drawn up at the end of the search but only later the same day. Moreover, the officers apparently left once they had finished their task without informing the first applicant or the representative of the Bar Association of the results of the search.

64. It is true that the first applicant could have requested, in a general manner at the beginning of the search, to have any disks with copied data sealed and submitted to the investigating judge. However, since the Code of Criminal Procedure provides for a report to be drawn up at the end of the search, and requires that the items seized be listed, he could expect

that procedure to be followed. Since this was not the case he had no opportunity to exercise his rights effectively. Consequently, the Government's objection of non-exhaustion has to be dismissed.

65. With regard to the first applicant this manner of carrying out the search incurred the risk of impinging on his right to professional secrecy. The Court has attached particular weight to that risk since it may have repercussions on the proper administration of justice (see *Niemietz*, cited above, § 37). The domestic authorities and the Government argued that the first applicant was not the applicant company's counsel and that the data seized did not concern their client-lawyer relationship. It is true that the first applicant, contrary to his submissions before the Court, did not claim before the domestic authorities that he was the applicant company's counsel, nor that he was the counsel of Novamed. However, he claimed throughout the proceedings that he acted as counsel for numerous companies whose shares were held by the second applicant. Moreover, the Government did not contest the applicants' assertion that the electronic data seized contained by and large the same information as the paper documents seized, some of which were returned to the first applicant by the investigating judge as being subject to professional secrecy. It can therefore be reasonably assumed that the electronic data seized also contained such information.

66. In conclusion, the Court finds that the police officers' failure to comply with some of the procedural safeguards designed to prevent any abuse or arbitrariness and to protect the lawyer's duty of professional secrecy rendered the search and seizure of the first applicant's electronic data disproportionate to the legitimate aim pursued.

67. Furthermore, the Court observes that a lawyer's duty of professional secrecy also serves to protect the client. Having regard to its above findings that the first applicant represented companies whose shares were held by the second applicant and that the data seized contained some information subject to professional secrecy, the Court sees no reason to come to a different conclusion as regards the second applicant.

68. Consequently, there has been a violation of Article 8 of the Convention in respect of both applicants.

II. 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.”

A. Damage

70. Under the head of pecuniary damage, the first applicant claimed 4,000 euros (EUR) per year from the year 2000 for loss of clients. He submitted that he was unable to adduce proof without breaching his duty of professional secrecy. Moreover, he claimed EUR 10,000 as compensation for non-pecuniary damage since his reputation as a lawyer had suffered as a result of the events.

71. The applicant company claimed EUR 20,211.56 in compensation for pecuniary damage. It asserted that, being a holding company, its name had been ruined by the seizure of the data. Consequently, it had had to be newly established under another name and had therefore had to raise EUR 17,500 for the nominal capital of the new company and to pay costs of EUR 2,711.56 for the legal acts involved. It did not submit a claim in respect of non-pecuniary damage.

72. The Government asserted that there was no causal link between the violation in issue and the pecuniary damage alleged by the applicants.

73. With regard to the applicants' claims in respect of pecuniary damage, the Court observes that it cannot speculate as to what the effects on the applicants' reputation would have been had the search and seizure of electronic data been carried out in compliance with the requirements of Article 8 (see, *mutatis mutandis*, *Société Colas Est and Others*, cited above, § 54). Consequently, it makes no award under this head.

74. However, the Court accepts that the first applicant has suffered non-pecuniary damage, such as distress and frustration resulting from the manner in which the search and seizure of data were carried out. Making an assessment on an equitable basis and having regard to the sum awarded in a comparable case (see *Sallinen and Others*, cited above, § 114) it grants the first applicant EUR 2,500 under the head of non-pecuniary damage.

B. Costs and expenses

75. The first applicant claimed a total amount of EUR 15,967.15 for costs and expenses, composed of EUR 9,204.52 in respect of the domestic proceedings and EUR 6,762.63 in respect of the Convention proceedings. These sums include value-added tax (VAT).

76. The Government accepted that the costs listed in respect of the domestic proceedings were necessarily incurred. However, they submitted that the amounts claimed were excessive since they were not in accordance with the relevant domestic laws and regulations on the remuneration of lawyers. In particular, only an amount of EUR 1,486.80 – instead of the EUR 4,858 claimed – was due in respect of the proceedings before the Salzburg Independent Administrative Panel. Moreover, the

Government argued that the costs claimed in respect of the Convention proceedings were excessive. Only an amount of EUR 2,289.96 was appropriate.

77. The Court reiterates that if it finds that there has been a violation of the Convention, it may award the applicant the costs and expenses of the domestic proceedings which were necessarily incurred in order to prevent or redress the violation and are reasonable as to quantum (see *Société Colas Est and Others*, cited above, § 56).

78. The Court notes that it is not contested that the costs claimed by the first applicant were necessarily incurred. However, it considers that the sums claimed are not reasonable as to quantum. Regard being had to the information in its possession and to the sums awarded in comparable cases, the Court considers it reasonable to award the sum of EUR 10,000 covering costs under all heads. This sum includes VAT.

C. Default interest

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

FOR THESE REASONS, THE COURT

1. *Dismisses* unanimously the Government's preliminary objection as to non-exhaustion of domestic remedies;
2. *Holds* unanimously that there has been a violation of Article 8 of the Convention in respect of the first applicant;
2. *Holds* by four votes to three that there has been a violation of Article 8 of the Convention in respect of the second applicant;
3. *Holds* unanimously
 - (a) that the respondent State is to pay the first applicant, within three months from the date on which the judgment becomes final in accordance with Article 44 § 2 of the Convention, EUR 2,500 (two thousand five hundred euros) in respect of non-pecuniary damage and EUR 10,000 (ten thousand euros) in respect of costs and expenses;
 - (b) that from the expiry of the above-mentioned three months until settlement simple interest shall be payable on the above amounts at a rate equal to the marginal lending rate of the European Central Bank during the default period plus three percentage points;
4. *Dismisses* unanimously the remainder of the applicants' claim for just satisfaction.

Done in English, and notified in writing on 16 October 2007, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Lawrence Early
Registrar

Nicolas Bratza
President

In accordance with Article 45 § 2 of the Convention and Rule 74 § 2 of the Rules of Court, the joint partly dissenting opinion of Judges Bratza, Casadevall and Mijović is annexed to this judgment.

N.B.
T.L.E.

JOINT PARTLY DISSENTING OPINION OF
JUDGES BRATZA, CASADEVALL AND MIJOVIĆ

While in full agreement that the first applicant's rights under Article 8 were violated in the present case, we take a different view as regards the second applicant.

Although the first applicant was the owner and general manager of the applicant company and although the company had its seat at the first applicant's law office, he was not the counsel or legal adviser of the company. It appears that the first applicant acted as legal adviser of certain of the companies owned by the second applicant. However, it has not been claimed that the search and seizure carried out in the first applicant's law office involved electronic data relating to any of the subsidiary companies of which he was the legal adviser. In these circumstances, we are not satisfied that the applicant company may be said to have been affected by the absence of procedural safeguards designed to protect the lawyer-client relationship which has been found by the Court to give rise to a finding of a violation of Article 8 of the Convention.

WIESER ET BICOS BETEILIGUNGEN GmbH c. AUTRICHE
(*Requête n° 74336/01*)

QUATRIÈME SECTION

ARRÊT DU 16 OCTOBRE 2007¹

1. Traduction; original anglais.

SOMMAIRE¹**Perquisition et saisie de données électroniques dans les installations informatiques d'un avocat****Article 8**

Respect de la correspondance – Perquisition et saisie de données électroniques dans les installations informatiques d'un avocat – Ingérence – Prévue par la loi – Prévention des infractions pénales – Nécessaire, dans une société démocratique – Garanties contre les abus – Secret professionnel des avocats – Proportionnalité – Non-respect des garanties procédurales

*
* *

Le premier requérant est avocat ainsi que propriétaire et directeur général de la seconde requérante, une holding qui est l'unique propriétaire d'une autre société, Novamed. Ces deux sociétés sont enregistrées au cabinet du premier requérant. Saisi d'une demande d'entraide judiciaire émanant des autorités italiennes dans le cadre d'une instruction pénale, le tribunal régional délivra un mandat de perquisition concernant le siège des deux sociétés. Au cours de la perquisition, un groupe de policiers rechercha, en présence du premier requérant et d'un représentant de l'ordre des avocats, des dossiers concernant la seconde requérante et Novamed. Chaque fois que le premier requérant s'opposa à ce qu'un document saisi fût examiné immédiatement, la pièce fut scellée et déposée auprès du tribunal régional, comme le veut le code de procédure pénale. La liste de tous les documents saisis ou scellés fut dressée dans un rapport de perquisition que signèrent le premier requérant et les fonctionnaires qui avaient procédé à la perquisition. Parallèlement, un autre groupe de fonctionnaires examina les installations informatiques du premier requérant et copia plusieurs fichiers sur disquettes. Un informaticien et le représentant de l'ordre des avocats assistèrent à cette perquisition un bref instant. Un rapport de perquisition ne fut toutefois dressé que plus tard dans la journée. Il indiquait que les fonctionnaires de police n'avaient pas fait de copie intégrale du serveur, mais avaient effectué une recherche à partir du nom des deux sociétés en cause et du nom des suspects visés par la procédure pénale. Par la suite, le juge d'instruction ouvrit en présence du premier requérant les documents qui avaient été scellés. Certains documents furent copiés et versés au dossier, les autres restitués au premier requérant au motif que leur utilisation méconnaîtrait le secret professionnel auquel celui-ci était tenu. Le premier requérant et la seconde requérante portèrent plainte devant les juridictions internes. Ils alléguèrent que la perquisition effectuée dans leurs locaux et la saisie de données électroniques avaient porté atteinte au secret professionnel auquel était tenu le premier requérant. Ils soutenaient en particulier que celui-ci n'avait pas eu la faculté de

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

s'opposer à cette saisie et de demander que les disquettes fussent scellées et transmises au juge d'instruction qui déciderait si ces pièces pouvaient ou non être versées au dossier de l'instruction. Ils furent déboutés.

Article 8: la fouille et la saisie de données électroniques s'analysent en une ingérence dans le droit des requérants au respect de leur «correspondance». Le code de procédure pénale contient des règles précises concernant la saisie de documents et il est établi par la jurisprudence des tribunaux internes que ces dispositions s'appliquent aussi aux données électroniques. La fouille et la saisie visaient un but légitime, la prévention des infractions pénales. Les garanties décrites ci-dessus ont été pleinement respectées pour la saisie de documents, mais elles n'ont pas été appliquées pour les données électroniques. En particulier, le représentant de l'ordre des avocats n'a pu surveiller correctement cette partie de la perquisition, le rapport a été dressé trop tardivement et ni le premier requérant ni le représentant de l'ordre des avocats n'ont été informés des résultats de la perquisition. Même si le premier requérant n'était pas le conseil de la seconde requérante, il était celui de nombreuses sociétés dont elle détenait des actions. En outre, les données électroniques saisies renfermaient grosso modo les mêmes informations que les documents sur papier qui furent saisis et dont le juge d'instruction retourna une partie au premier requérant parce qu'ils étaient couverts par le secret professionnel. On peut donc raisonnablement supposer que les données électroniques saisies contenaient elles aussi de telles informations couvertes par le secret professionnel. Les fonctionnaires de police n'ayant pas respecté certaines des garanties de procédure censées prévenir l'arbitraire et protéger le secret professionnel des avocats, la fouille et la saisie des données électroniques du premier requérant ont été disproportionnées au but légitime poursuivi.

Conclusion: violation (unanimité en ce qui concerne le premier requérant et quatre voix contre trois en ce qui concerne la seconde requérante).

Article 41: la Cour alloue une somme au premier requérant pour dommage moral.

Jurisprudence citée par la Cour

Niemietz c. Allemagne, 16 décembre 1992, série A n° 251-B
Société Colas Est et autres c. France, n° 37971/97, CEDH 2002-III
Tamosius c. Royaume-Uni (déc.), n° 62002/00, CEDH 2002-VIII
Sallinen et autres c. Finlande, n° 50882/99, 27 septembre 2005

En l'affaire Wieser et Bicos Beteiligungen GmbH c. Autriche,

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

Nicolas Bratza, *président*,

Josep Casadevall,

Giovanni Bonello,

Elisabeth Steiner,

Stanislav Pavlovski,

Lech Garlicki,

Ljiljana Mijović, *juges*,

et de Lawrence Early, *greffier de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 25 septembre 2007,

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

PROCÉDURE

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 74336/01) dirigée contre la République d'Autriche et dont M. Gottfried Wieser, ressortissant autrichien, et Bicos Beteiligungen GmbH, une société à responsabilité limitée ayant son siège à Salzbourg, («les requérants»), ont saisi la Cour le 3 août 2001 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales («la Convention»).

2. Les requérants sont représentés par M^e P. Patzelt, avocate à Salzbourg. Le gouvernement autrichien («le Gouvernement») est représenté par son agent, M. F. Trauttmansdorff, ambassadeur, chef du département de droit international au ministère fédéral des Affaires étrangères.

3. Les requérants alléguent que la perquisition opérée dans leurs locaux professionnels et la saisie de données électroniques effectuée à cette occasion avaient méconnu leurs droits garantis par l'article 8 de la Convention.

4. Par une décision du 16 mai 2006, la chambre a déclaré la requête recevable.

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

5. Le premier requérant, né en 1949, est avocat à Salzbourg. Il est propriétaire et directeur général de la seconde requérante, holding qui est, entre autres, l'unique propriétaire de la société à responsabilité limitée Novamed.

6. Le 30 août 2000, le tribunal régional de Salzbourg (*Landesgericht*), saisi d'une demande d'entraide judiciaire (*Rechtshilfeersuchen*) émanant du parquet de Naples, délivra un mandat de perquisition concernant le siège de la seconde requérante et de Novamed. Ces deux sociétés sont enregistrées au cabinet du premier requérant.

7. Le tribunal releva que dans le cadre des poursuites pénales en cours en Italie contre un certain nombre de personnes et de sociétés à propos notamment d'un commerce illégal de médicaments, on avait découvert des factures adressées à Novamed, dont la seconde requérante est entièrement propriétaire. Le tribunal ordonna donc la saisie de tous les documents commerciaux révélant qu'il y avait eu des contacts avec les personnes et sociétés sur lesquelles pesaient des soupçons.

A. La perquisition effectuée dans les locaux des requérants et la saisie de documents et de données

8. Le 10 octobre 2000, de huit à dix membres de la brigade financière de Salzbourg (*Wirtschaftspolizei*) et experts en matière de protection des données informatisées (*Datensicherungsexperten*) attachés au ministère fédéral de l'Intérieur procédèrent à une perquisition au siège de la seconde requérante, qui est aussi le cabinet d'avocat du premier requérant.

9. Un groupe de ces fonctionnaires fouilla le cabinet pour rechercher des dossiers concernant Novamed ou Bicos, en présence du premier requérant et d'un représentant de l'ordre des avocats de Salzbourg. Tous les documents furent montrés au premier requérant et au représentant de l'ordre des avocats avant d'être saisis.

10. Chaque fois que le premier requérant s'opposa à ce qu'un document saisi fût examiné immédiatement, la pièce fut scellée et déposée auprès du tribunal régional de Salzbourg, comme le veut l'article 145 du code de procédure pénale (*Strafprozeßordnung* – paragraphe 33 ci-dessous). La liste de tous les documents saisis ou scellés fut dressée dans un rapport de perquisition que signèrent le requérant et les fonctionnaires qui avaient procédé à la perquisition.

11. Parallèlement, un autre groupe de fonctionnaires examina les installations informatiques du premier requérant et copia plusieurs fichiers sur disquettes. D'après les déclarations qu'il devait faire par la suite devant la chambre administrative indépendante (paragraphe 25 ci-dessous), l'informaticien qui s'occupait habituellement des installations informatiques fut invité à prêter une assistance technique mais reparti au bout d'une demi-heure environ. Le représentant de l'ordre des avocats fut informé que l'on allait procéder à la fouille des ordinateurs et y assista lui aussi un moment. Lorsque les fonctionnaires

eurent terminé cette fouille, ils quittèrent les lieux sans avoir dressé de rapport de perquisition et apparemment sans avoir davantage informé le premier requérant des résultats de leurs recherches.

12. Plus tard dans la même journée, les fonctionnaires de police qui avaient procédé à la fouille des données électroniques des requérants établirent un rapport sur la protection des données informatisées (*Datensicherungsbericht*). Hormis un certain nombre de détails d'ordre technique se rapportant aux ordinateurs du premier requérant, le rapport indiquait que le serveur n'avait fait l'objet d'aucune copie intégrale. La recherche avait été effectuée à partir du nom des sociétés en cause et du nom des suspects visés par la procédure italienne. Un dossier intitulé Novamed renfermant lui-même quatre-vingt-dix fichiers avait été découvert ainsi qu'un autre fichier renfermant l'un des mots recherchés. Toutes les données avaient été copiées sur disquettes. En outre, les éléments supprimés avaient été retrouvés et de nombreux fichiers qui correspondaient aux mots recherchés avaient été découverts et eux aussi copiés sur disquettes.

13. Le 13 octobre 2000, le juge d'instruction ouvrit en présence du premier requérant les documents qui avaient été scellés. Certains documents furent copiés et versés au dossier, les autres restitués au premier requérant au motif que leur utilisation méconnaîtrait le secret professionnel auquel celui-ci était tenu.

14. Les disquettes renfermant les données sécurisées furent transmises à la brigade financière, qui procéda à l'impression de tous les fichiers. Les disquettes comme les documents ainsi imprimés furent ensuite remis au juge d'instruction.

B. La plainte des requérants auprès de la chambre du conseil

15. Le premier requérant et la société requérante portèrent plainte devant la chambre du conseil (*Ratskammer*) du tribunal régional de Salzbourg respectivement le 28 novembre 2000 et le 11 décembre 2000.

16. Ils faisaient valoir que le premier requérant était propriétaire et directeur de la société requérante mais qu'il était aussi l'avocat de plusieurs sociétés dont cette dernière était actionnaire. Ils alléguaient que la perquisition effectuée dans leurs locaux et la saisie de données électroniques avaient porté atteinte au droit et au devoir de secret professionnel du premier requérant tels que prévus par l'article 9 de la loi sur les avocats (*Rechtsanwaltsordnung*) combiné avec l'article 152 du code de procédure pénale, certains fonctionnaires ayant opéré sans témoins lorsqu'ils avaient examiné les données électroniques puis en avaient pris copie. Selon les requérants, ces données renfermaient les mêmes informations que les documents qui avaient été consultés en

présence du premier requérant. Or, en ce qui concerne les données électroniques, celui-ci n'avait pas eu la faculté de s'opposer à cette saisie et de demander que les disquettes fussent scellées.

17. Les requérants soutenaient de plus que le rapport de perquisition ne faisait pas état de cette partie de la perquisition et n'indiquait pas que des données électroniques avaient été copiées et saisies. En outre, selon eux, il n'aurait été signé que par trois des fonctionnaires mais ne mentionnait pas le nom de tous ceux qui étaient présents lors de la perquisition; il omettait notamment le nom des experts en matière de protection des données attachés au ministère fédéral de l'Intérieur.

18. Le 31 janvier 2001, la chambre du conseil débouta les requérants.

19. Elle relevait que la perquisition concernant les données informatiques du premier requérant avait été effectuée moyennant des critères de recherche particuliers. Les fichiers qui correspondaient à ces critères de recherche avaient été copiés sur des disquettes qui avaient été ensuite saisies.

20. Rien ne permettait pourtant de dire que cette saisie contrevenait à l'article 152 du code de procédure pénale: la perquisition au cabinet du premier requérant avait exclusivement concerné des documents que celui-ci avait en sa possession en tant qu'organe de Novamed et de Bicos et ne se rapportait donc pas à une relation avocat-client.

21. La chambre du conseil observait aussi que la perquisition au cabinet du premier requérant avait eu lieu en vertu d'un mandat de perquisition légal qui prévoyait la fouille et la saisie des données électroniques. Les garanties procédurales énoncées à l'article 145 du code de procédure pénale, à savoir le droit pour l'intéressé de s'opposer à un examen immédiat des données saisies et de demander leur dépôt auprès du tribunal régional ainsi qu'une décision de la chambre du conseil, valaient aussi pour la fouille de données électroniques.

22. Or, en l'espèce, les fonctionnaires s'étaient conformés à toutes les demandes du premier requérant les invitant à sceller certains documents et à les déposer auprès du tribunal régional. Celui-ci avait restitué à l'intéressé certains de ces documents pour assurer le respect du secret professionnel.

23. La chambre du conseil conclut donc que les plaintes des requérants étaient dépourvues de fondement. Sa décision fut signifiée à ceux-ci le 7 février 2001.

C. La plainte des requérants auprès de la chambre administrative indépendante de Salzbourg

24. Dans l'intervalle, respectivement le 20 novembre et le 21 novembre 2000, le premier requérant et la société requérante avaient saisi la

chambre administrative indépendante de Salzbourg (*Unabhängiger Verwaltungssenat*). Ils plaidaient l'illégalité de la fouille et de la saisie de données électroniques au cabinet du premier requérant.

25. Les 2 avril, 11 juin et 11 juillet 2001, la chambre administrative tint des audiences publiques au cours desquelles elle entendit plusieurs témoins.

L'informaticien s'occupant des installations informatiques du cabinet du premier requérant déclara avoir été appelé au cabinet et y être arrivé alors que la perquisition des locaux avait déjà commencé. Il était reparti au bout d'une demi-heure environ. Le fonctionnaire chargé de la perquisition déclara que le premier requérant avait été informé des recherches qui seraient effectuées parmi ses données informatiques. Selon deux autres fonctionnaires, l'examen des installations électroniques du premier requérant n'avait commencé qu'une fois l'informaticien arrivé sur les lieux et au moment où le représentant de l'ordre des avocats était présent. Ce que confirma ce représentant.

26. Le 24 octobre 2001, la chambre administrative repoussa les plaintes des requérants. Elle estima que celles-ci dénonçaient des manquements prétendus à certaines dispositions du code de procédure pénale régissant les perquisitions. Il se pouvait que les fonctionnaires ayant procédé à la perquisition n'eussent pas pleinement respecté ces dispositions. Ils avaient toutefois agi en vertu du mandat de perquisition et n'avaient pas outrepassé les ordres du juge d'instruction. La perquisition était donc imputable au tribunal. Dès lors, le contrôle de sa légalité échappait à la compétence de la chambre administrative.

II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

A. Dispositions du code de procédure pénale concernant la perquisition et la saisie

27. Les articles 139 à 149 du code de procédure pénale (*Strafprozessordnung*) concernent la fouille de locaux et de personnes et la saisie d'objets.

28. L'article 139 § 1 dispose en particulier qu'une fouille ne peut être opérée que s'il existe des motifs raisonnables de penser qu'une personne soupçonnée d'une infraction dissimule dans les locaux en question, ou que s'y trouvent, des objets dont la possession ou l'examen présentent un intérêt pour une enquête pénale déterminée.

29. En vertu de l'article 140 §§ 1 et 2, une perquisition ne peut de manière générale avoir lieu qu'après interrogatoire de la personne

concernée, et seulement si la personne recherchée ne s'est pas présentée de son plein gré ou que l'objet ou les objets recherchés n'ont pas été produits spontanément et si les raisons ayant conduit à la perquisition n'ont pas été élucidées. L'interrogatoire n'est pas requis lorsqu'il y a péril en la demeure.

30. Selon l'article 140 § 3, une perquisition ne peut en principe avoir lieu qu'en vertu d'un mandat de perquisition dûment motivé décerné par un juge.

31. Selon l'article 142 §§ 2 et 3, l'occupant des locaux faisant l'objet de la perquisition ou, en son absence, un proche de l'intéressé doit assister à la perquisition. Un rapport doit être dressé et il doit être signé par toutes les personnes présentes.

32. L'article 143 § 1 énonce que si des objets présentant un intérêt pour l'enquête ou visés par la saisie ou la confiscation sont découverts, la liste doit en être dressée et ils doivent être déposés auprès du tribunal pour y être mis en sécurité ou saisis. Cet article renvoie à cet égard à l'article 98 en vertu duquel les objets mis en sécurité doivent être placés dans une enveloppe que le tribunal doit sceller, ou être étiquetés, de façon à éviter toute substitution ou confusion.

33. L'article 145 est ainsi libellé :

«1. Lors de la fouille de documents, des mesures doivent être prises afin d'éviter que des personnes non autorisées viennent à prendre connaissance de leur contenu.

2. Si le propriétaire des documents ne veut pas en autoriser la fouille, ils doivent être scellés et déposés auprès du tribunal; la chambre du conseil doit décider immédiatement s'il y a lieu de les examiner ou de les restituer.»

34. D'après la jurisprudence des tribunaux, à laquelle souscrit la doctrine (voir Bertl/Vernier, *Grundriss des österreichischen Strafprozessrechts*, 7^e édition), les dispositions concernant la fouille et la saisie de documents sur papier s'appliquent aussi, *mutatis mutandis*, à la fouille et à la saisie de données électroniques. Dans le cas où le propriétaire de disquettes ou de disques durs sur lesquels sont emmagasinées les données s'oppose à la fouille de celles-ci, les supports de données doivent être scellés et la chambre du conseil doit décider s'ils peuvent ou non être examinés.

B. Dispositions relatives au secret professionnel des avocats

35. L'article 9 de la loi autrichienne sur les avocats (*Rechtsanwaltsordnung*) régit les devoirs professionnels des avocats, y compris le devoir de garder le secret professionnel.

36. L'article 152 § 1 du code de procédure pénale relève les avocats, les notaires et les membres du conseil d'administration de l'obligation de

déposer en qualité de témoin relativement à des informations qui leur ont été communiquées dans l'exercice de leur profession.

37. Il est de jurisprudence constante que les documents renfermant des informations couvertes par le secret professionnel ne peuvent être saisis et utilisés dans le cadre d'une enquête pénale.

38. En vertu d'une instruction (*Erlaß*) du ministère fédéral de la Justice du 21 juillet 1972, un représentant de l'ordre des avocats compétent doit être présent pendant la perquisition opérée au cabinet d'un avocat afin de veiller à ce que celle-ci ne porte pas atteinte au secret professionnel.

C. Contrôle de la chambre administrative indépendante

39. D'après l'article 67a(1) de la loi sur la procédure administrative générale (*Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz*), les chambres administratives indépendantes ont compétence notamment pour connaître des plaintes de personnes alléguant une violation de leurs droits qui résulterait de l'exercice, par une autorité administrative, d'un pouvoir direct d'injonction et de contrainte (*Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt*).

40. Lorsque des fonctionnaires de police exécutent un mandat décerné par un juge, leurs actes sont imputables au tribunal à moins qu'ils n'excèdent de manière manifeste les pouvoirs qui leur sont conférés. C'est uniquement dans ce dernier cas que leurs actes sont qualifiés d'exercice, par l'autorité administrative, d'un pouvoir direct d'injonction et de contrainte et sont susceptibles d'un recours auprès de la chambre administrative indépendante.

EN DROIT

I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION

41. Les requérants dénoncent la fouille puis la saisie de données électroniques. Ils invoquent l'article 8 de la Convention, ainsi libellé :

« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

A. Sur l'applicabilité de l'article 8

42. Pour ses observations, le Gouvernement part de la prémisse que la fouille et la saisie litigieuses ont porté atteinte à la «vie privée» et au «domicile» des requérants.

43. La Cour rappelle avoir tenu la fouille opérée au cabinet d'un avocat pour une immixtion dans la «vie privée» et la «correspondance» et, éventuellement, le domicile, au sens plus large qu'implique le terme français par rapport au texte anglais qui emploie le terme «*home*» (*Niemietz c. Allemagne*, 16 décembre 1992, §§ 29-33, série A n° 251-B, et *Tamosius c. Royaume-Uni* (déc.), n° 62002/00, CEDH 2002-VIII; voir aussi *Sallinen et autres c. Finlande*, n° 50882/99, § 71, 27 septembre 2005, qui confirme que la fouille des locaux professionnels d'un avocat porte également atteinte à son droit au respect de son «domicile»). La Cour a aussi estimé que la perquisition opérée dans les locaux d'une société commerciale portait atteinte au droit de celle-ci au respect de son «domicile» (*Société Colas Est et autres c. France*, n° 37971/97, §§ 40-42, CEDH 2002-III).

44. En l'espèce, les requérants ne dénoncent pas la perquisition opérée dans leurs locaux professionnels, qui sont le cabinet du premier requérant et le siège de la société requérante; ils ne se plaignent pas davantage de la saisie de documents. Ils s'en prennent uniquement à la fouille et à la saisie de données électroniques.

45. La Cour estime que la fouille et la saisie de données électroniques s'analysent en une ingérence dans le droit des requérants au respect de leur «correspondance» au sens de l'article 8 (*Niemietz*, précité, § 32, en ce qui concerne la correspondance se trouvant au cabinet d'un avocat, et *Sallinen et autres*, précité, § 71, en ce qui concerne la saisie des disquettes informatiques d'un avocat). Eu égard à sa jurisprudence précitée, qui étend la notion de «domicile» aux locaux commerciaux d'une société, la Cour n'aperçoit aucun motif de distinguer entre le premier requérant, personne physique, et la seconde requérante, personne morale, en ce qui concerne la «correspondance». Elle estime superflu de rechercher s'il y a eu aussi ingérence dans la «vie privée» des requérants.

46. La Cour doit donc à présent déterminer si l'ingérence dans le droit des requérants au respect de leur correspondance a rempli les conditions posées par le paragraphe 2 de l'article 8.

B. Sur l'observation de l'article 8

1. Thèses défendues par les parties

47. La Cour observe d'emblée que, dans sa décision du 16 mai 2006 sur la recevabilité, elle a joint au fond l'exception du Gouvernement tirée du

non-épuisement des voies de recours internes. Le Gouvernement soutenait que les requérants ne s'étaient pas prévalus de la possibilité, offerte par le code de procédure pénale, de demander que les documents ou les données fussent scellés et déposés auprès du tribunal afin que celui-ci décidât s'ils pouvaient ou non être versés au dossier d'instruction. Les requérants ont contesté ce point de vue, en soutenant que la manière dont la perquisition avait été effectuée leur avait ôté la possibilité de faire un usage effectif de leurs droits.

48. Sur le fond, les requérants considèrent que la fouille et la saisie de données électroniques a été disproportionnée. Ils déclarent que le premier requérant est non seulement le directeur de la société requérante, mais aussi son conseil et le conseil de Novamed. La fouille aurait donc nécessairement permis de découvrir de la correspondance, par exemple des lettres et des notes sur des dossiers que le premier requérant avait rédigées en sa qualité de conseil. Quant aux documents sur papier qui avaient été découverts pendant la perquisition, ils auraient tous été soit retirés immédiatement soit scellés et restitués au requérant par le juge d'instruction, car ils étaient couverts par le secret professionnel. À l'inverse, les données électroniques auraient été saisies au mépris des garanties procédurales prévues à cet égard. Les requérants s'appuient sur les mêmes arguments que ceux qu'ils ont présentés pour la question de l'épuisement des voies de recours internes.

49. Selon les requérants, les droits de la seconde requérante ont été méconnus eux aussi car la société n'a pu exercer aucun contrôle sur la nature des données saisies. Les recherches auxquelles il a été procédé par le mot Bicos auraient nécessairement conduit à des données sans rapport avec l'objet de la perquisition tel que le définissait le mandat. Les garanties procédurales prévues par le code de procédure pénale n'auraient pas été respectées, la seconde requérante n'ayant pas eu la faculté de demander que les données fussent scellées et d'obtenir du juge d'instruction qu'il indiquât celles d'entre elles pouvant être versées au dossier d'instruction.

50. Le Gouvernement observe tout d'abord que les requérants se plaignent uniquement de la fouille des données électroniques et que leurs arguments se rapportent pour l'essentiel à la position d'avocat du premier requérant et à l'absence prétendue de garanties protégeant son devoir de secret professionnel. Quant à la plainte de la seconde requérante, elle ne serait pas étayée.

51. Se référant à la jurisprudence de la Cour, le Gouvernement soutient que la fouille et la saisie de données électroniques trouvaient une base légale dans le code de procédure pénale et visaient des buts légitimes, à savoir la prévention des infractions pénales et la protection de la santé.

52. En ce qui concerne la nécessité de l'ingérence, la fouille et la saisie des données étaient, selon le Gouvernement, proportionnées au but

légitime poursuivi. Les mesures contestées auraient été ordonnées en vertu d'un mandat de perquisition décerné par un juge qui en avait délimité la portée. En outre, la législation autrichienne renfermerait des garanties procédurales spéciales en cas de perquisition opérée au cabinet d'un avocat. Elles auraient été respectées puisque la fouille a eu lieu en présence du requérant et d'un représentant de l'ordre des avocats, qui aurait eu pour rôle de veiller à ce que la fouille n'empiétât pas sur le devoir du premier requérant de garder le secret professionnel. Conformément au mandat de perquisition, les installations informatiques du premier requérant auraient été fouillées à partir de certains mots clés, à savoir le nom des sociétés impliquées, Novamed et Bicos, et le nom des suspects faisant l'objet de poursuites en Italie. Le premier requérant n'étant pas, selon le Gouvernement, le conseil de la seconde requérante, leur relation avocat-client n'aurait pas été affectée. D'ailleurs, le représentant de l'ordre des avocats aurait été informé de la fouille des installations informatiques du premier requérant et les modalités de la fouille auraient été retracées dans le rapport sur la protection des données informatisées. Le fait que ce rapport n'ait pas été établi lors de la perquisition mais plus tard le même jour ne serait pas déterminant puisque le but essentiel – consigner les données saisies – aurait été atteint.

2. *Appréciation de la Cour*

a) **Prévue par la loi**

53. La Cour rappelle qu'une ingérence ne saurait passer pour «prévue par la loi» que si, d'abord, elle a une base en droit interne. Dans le domaine du paragraphe 2 de l'article 8, le terme «loi» doit être entendu dans son acception «matérielle» et non «formelle». Dans un domaine couvert par le droit écrit, la «loi» est le texte en vigueur tel que les juridictions compétentes l'ont interprété (*Société Colas Est et autres*, précité, § 43, avec d'autres références, et *Sallinen et autres*, précité, § 77).

54. Le code autrichien de procédure pénale ne renferme aucune disposition spéciale régissant la fouille et la saisie de données électroniques. Il contient en revanche des dispositions détaillées sur la saisie d'objets et, en outre, des règles précises concernant la saisie de documents. Il est établi par la jurisprudence des tribunaux internes que ces dispositions s'appliquent aussi à la fouille et à la saisie de données électroniques (paragraphe 34 ci-dessus). D'ailleurs, les requérants ne contestent pas que les mesures dénoncées aient eu une base en droit interne.

b) But légitime

55. La Cour observe que la fouille et la saisie avaient été ordonnées dans le cadre de poursuites pénales dirigées contre des tiers que l'on soupçonnait de commerce illégal de médicaments. Elles visaient donc un but légitime, la prévention des infractions pénales.

c) Nécessaire, dans une société démocratique

56. Les parties concentrent leurs observations sur la nécessité de l'ingérence et en particulier sur la question de savoir si les mesures étaient proportionnées au but légitime poursuivi et si les garanties procédurales prévues par le code de procédure pénale ont été dûment respectées.

57. Dans des affaires comparables, la Cour a recherché si la législation et la pratique internes offraient des garanties adéquates et suffisantes contre les abus et l'arbitraire (voir, par exemple, *Société Colas Est et autres*, précité, § 48). Il faut se demander en particulier si la perquisition a été opérée en vertu d'un mandat décerné par un juge et reposant sur des motifs plausibles de soupçonner l'intéressé, si le mandat était d'une portée raisonnable et – dans le cas du cabinet d'avocat – si la perquisition a été opérée en présence d'un observateur indépendant afin que des documents couverts par le secret professionnel ne soient pas soustraits (*Niemietz*, précité, § 37, et *Tamosius*, décision précitée).

58. Dans la présente affaire, la fouille des installations électroniques des requérants a été effectuée en vertu d'un mandat délivré par le juge d'instruction dans le cadre de l'entraide judiciaire avec les autorités italiennes, lesquelles menaient des poursuites pénales contre plusieurs sociétés et individus pour commerce illégal de médicaments. Le mandat indiquait que l'on avait découvert des factures adressées à Novamed, dont la seconde requérante était propriétaire à 100 %. Dans ces conditions, la Cour est convaincue que le mandat de perquisition reposait sur des motifs plausibles de soupçon.

59. La Cour constate aussi que le mandat de perquisition délimitait de manière raisonnable les documents ou données à rechercher, puisqu'il précisait qu'il devait s'agir de tout document commercial faisant apparaître qu'il y avait des contacts avec les personnes soupçonnées dans le cadre de la procédure italienne. La fouille a été contenue dans ces limites, puisque les fonctionnaires ont recherché des documents ou des données renfermant soit le mot Novamed ou Bicos, soit le nom de l'un ou l'autre des suspects.

60. Qui plus est, le code de procédure pénale prévoit d'autres garanties procédurales en ce qui concerne la saisie de documents et de données électroniques. La Cour en donne les exemples suivants :

- a) l'occupant des locaux où la fouille a lieu doit être présent ;
- b) un rapport doit être établi au terme de la perquisition et la liste des objets saisis doit être dressée ;
- c) si le propriétaire s'oppose à la saisie de documents ou de supports de données, ceux-ci doivent être scellés et remis au juge qui décidera ou non de les verser au dossier d'instruction ; et
- d) en outre, dans le cas d'une perquisition au cabinet d'un avocat, la présence d'un représentant de l'ordre des avocats est requise.

61. Les requérants ne prétendent pas que les garanties prévues par la législation autrichienne soient insuffisantes ; ils estiment en revanche qu'elles n'ont pas été observées en l'espèce en ce qui concerne la saisie des données. La Cour relève que plusieurs fonctionnaires ont procédé à la fouille des locaux des requérants. Un groupe d'entre eux a procédé à la saisie de documents tandis qu'un second groupe a fouillé le système informatique en utilisant certains critères de recherche et a saisi des données en copiant sur disquettes de nombreux fichiers.

62. La Cour observe que les garanties décrites ci-dessus ont été pleinement respectées pour la saisie de documents : chaque fois que le représentant de l'ordre des avocats s'opposa à la saisie de tel ou tel document, celui-ci fut scellé. Quelques jours plus tard, le juge d'instruction décida, en présence du requérant, des dossiers qui étaient couverts par le secret professionnel et il les restitua à l'intéressé pour ce motif. D'ailleurs, les requérants ne formulent aucun grief à ce propos.

63. Ce qui frappe en l'espèce, c'est que les mêmes garanties n'ont pas été appliquées pour les données électroniques. Plusieurs éléments montrent que les droits des requérants à cet égard ont subi des restrictions. D'abord, bien qu'il ait été présent un moment pendant la fouille des installations informatiques, le membre de l'ordre des avocats fut principalement occupé à surveiller la saisie des documents et n'a donc pu s'acquitter correctement de la surveillance des données électroniques qu'il était censé assurer. En second lieu, le rapport indiquant les critères de recherche qui avaient été utilisés et les fichiers qui avaient été copiés et saisis n'a pas été établi au terme de la perquisition mais seulement plus tard le même jour. En outre, il semble que les fonctionnaires aient quitté les locaux une fois leur travail terminé, sans informer le premier requérant ou le représentant de l'ordre des avocats des résultats de la perquisition.

64. Certes, le premier requérant aurait pu demander, d'une manière générale au début de la perquisition, que toutes les disquettes sur lesquelles des données avaient été copiées fussent scellées et remises au juge d'instruction. Toutefois, le code de procédure pénale prévoyant qu'un rapport soit établi à la fin de la perquisition et exigeant que la liste des objets saisis soit dressée, le premier requérant pouvait escompter que la procédure serait suivie. Tel n'ayant pas été le cas, il n'a pu véritablement

exercer ses droits. Il y a donc lieu d'écarter l'exception de non-épuisement formulée par le Gouvernement.

65. En ce qui concerne le premier requérant, la manière dont la perquisition a été effectuée comportait un risque d'atteinte au secret professionnel. La Cour accorde un poids particulier à ce risque car il peut avoir des répercussions sur la bonne administration de la justice (*Niemietz*, précité, § 37). Les autorités internes et le Gouvernement ont soutenu que le premier requérant n'était pas le conseil de la société requérante et que les données saisies ne concernaient pas leur relation client-avocat. Certes, à la différence de ce qu'il a fait devant la Cour, le premier requérant n'avait pas affirmé devant les autorités internes être le conseil de la société requérante ni être celui de Novamed. Il a en revanche invariablement déclaré au cours de la procédure être le conseil de nombreuses sociétés dont la seconde requérante détenait les actions. Par ailleurs, le Gouvernement ne conteste pas les dires des requérants selon lesquels les données électroniques saisies renfermaient grosso modo les mêmes informations que les documents sur papier qui furent saisis et dont le juge d'instruction retourna une partie au premier requérant parce qu'ils étaient couverts par le secret professionnel. On peut donc raisonnablement supposer que les données électroniques saisies contenaient elles aussi des informations couvertes par le secret professionnel.

66. Pour conclure, la Cour estime que, les fonctionnaires de police n'ayant pas respecté certaines des garanties de procédure censées prévenir les abus ou l'arbitraire et protéger le secret professionnel des avocats, la fouille et la saisie des données électroniques du premier requérant ont été disproportionnées au but légitime poursuivi.

67. La Cour observe en outre que le secret professionnel auquel est tenu un avocat sert aussi à protéger le client. Ayant constaté ci-dessus que le premier requérant représentait des sociétés dont la seconde requérante était actionnaire et que les données saisies renfermaient des informations couvertes par le secret professionnel, la Cour n'aperçoit aucun motif de conclure différemment pour ce qui est de la seconde requérante.

68. En conséquence, il y a eu violation de l'article 8 de la Convention en ce qui concerne les deux requérants.

II. 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.»

A. Dommage

70. Le premier requérant sollicite pour dommage matériel 4 000 euros (EUR) par an depuis l'année 2000 pour perte de clientèle. Il soutient ne pouvoir produire de preuve sans faillir au secret professionnel. Il réclame par ailleurs 10 000 EUR pour dommage moral, les événements ayant nui à sa réputation d'avocat.

71. La seconde requérante demande 20 211,56 EUR en réparation du dommage matériel. Elle déclare que son renom en tant que holding a été compromis par la saisie des données. Il lui a fallu en conséquence s'établir sous un nouveau nom et elle a dû apporter 17 500 EUR en capital nominal pour la nouvelle société et verser 2 711,56 EUR de frais pour les actes juridiques que cette création a impliqués. Elle ne formule aucune demande pour dommage moral.

72. Le Gouvernement considère qu'il n'existe pas de lien de causalité entre la violation dénoncée et le préjudice matériel allégué par les requérants.

73. S'agissant des demandes des requérants pour dommage matériel, la Cour relève qu'elle ne saurait spéculer sur les effets qu'auraient eus la fouille et la saisie des données électroniques sur la réputation des requérants dans le cas où elles auraient été opérées dans le respect de l'article 8 (voir, *mutatis mutandis*, *Société Colas Est et autres*, précité, § 54). Elle n'alloue donc rien de ce chef.

74. Elle admet par contre que le premier requérant a subi un tort moral, tel que désarroi et frustration, de par la manière dont la fouille et la saisie des données ont eu lieu. Statuant en équité et tenant compte de la somme octroyée dans une affaire comparable (*Sallinen et autres*, précité, § 114), elle accorde au premier requérant 2 500 EUR pour dommage moral.

B. Frais et dépens

75. Le premier requérant demande au total 15 967,15 EUR pour frais et dépens, soit 9 204,52 EUR pour la procédure interne et 6 762,63 EUR pour la procédure sur le terrain de la Convention. Ces sommes incluent la taxe sur la valeur ajoutée (TVA).

76. Le Gouvernement admet que les frais dont il est fait état pour la procédure interne ont été nécessairement exposés. Il considère en revanche que les montants sollicités sont excessifs car ils ne correspondent pas aux lois et règlements internes pertinents sur les honoraires d'avocat. En particulier, les frais afférents à la procédure devant la chambre administrative indépendante de Salzbourg ne seraient que de 1 486,80 EUR – au lieu des 4 858 EUR réclamés. Le Gouvernement trouve aussi excessifs les frais revendiqués pour la

procédure sur le terrain de la Convention. Le montant adéquat serait seulement de 2 289,96 EUR.

77. La Cour rappelle que, lorsqu'elle constate une violation de la Convention, elle peut accorder au requérant le paiement des frais et dépens qu'il a nécessairement engagés devant les juridictions nationales pour prévenir ou faire corriger par celles-ci ladite violation et qui sont d'un montant raisonnable (*Société Colas Est et autres*, précité, § 56).

78. Elle note qu'il n'est pas contesté que les frais réclamés par le premier requérant ont été nécessairement exposés. Elle estime toutefois qu'ils ne sont pas raisonnables quant à leur taux. Eu égard aux informations dont elle dispose et aux sommes allouées dans des affaires comparables, elle juge raisonnable d'accorder 10 000 EUR, qui couvriront les différentes rubriques de frais. Cette somme inclut la TVA.

C. Intérêts moratoires

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

PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Rejette*, à l'unanimité, l'exception de non-épuisement des voies de recours internes soulevée par le Gouvernement ;
2. *Dit*, à l'unanimité, qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention en ce qui concerne le premier requérant ;
3. *Dit*, par quatre voix contre trois, qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention en ce qui concerne la seconde requérante ;
4. *Dit*, à l'unanimité,
 - a) que l'Etat défendeur doit verser au premier requérant, dans les trois mois à compter du jour où l'arrêt sera devenu définitif conformément à l'article 44 § 2 de la Convention, 2 500 EUR (deux mille cinq cents euros) pour dommage moral et 10 000 EUR (dix mille euros) pour frais et dépens ;
 - b) qu'à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement, ces montants seront à majorer d'un intérêt simple à un taux égal à celui de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne applicable pendant cette période, augmenté de trois points de pourcentage ;
5. *Rejette*, à l'unanimité, la demande de satisfaction équitable des requérants pour le surplus.

Fait en anglais, puis communiqué par écrit le 16 octobre 2007, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Lawrence Early
Greffier

Nicolas Bratza
Président

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 45 § 2 de la Convention et 74 § 2 du règlement, l'exposé de l'opinion partiellement dissidente commune aux juges Bratza, Casadevall et Mijović.

N.B.
T.L.E.

OPINION PARTIELLEMENT DISSIDENTE COMMUNE AUX JUGES BRATZA, CASADEVALL ET MIJOVIĆ

(Traduction)

Si nous sommes pleinement d'accord pour conclure à la violation des droits du premier requérant au titre de l'article 8, il n'en va pas de même en ce qui concerne la seconde requérante.

Certes, le premier requérant était le propriétaire et directeur général de la société requérante et son étude était aussi le siège de celle-ci, mais il n'en était ni l'avocat ni le conseiller juridique. Il faisait apparemment fonction de conseiller juridique pour certaines des sociétés appartenant à la seconde requérante. Les requérants n'ont toutefois pas prétendu que la perquisition et la saisie qui ont eu lieu à l'étude du premier d'entre eux aient porté sur des données électroniques se rapportant à l'une ou l'autre des filiales dont il était le conseiller juridique. Dès lors, on ne peut dire, nous semble-t-il, que la seconde requérante ait été affectée par l'absence de garanties procédurales destinées à protéger la relation avocat-client, absence que la Cour a jugée constitutive d'une violation de l'article 8 de la Convention.

LINDON, OTCHAKOVSKY-LAURENS ET JULY c. FRANCE
(Requêtes n^{os} 21279/02 et 36448/02)

GRANDE CHAMBRE

ARRÊT DU 22 OCTOBRE 2007¹

1. Arrêt rendu par la Grande Chambre après dessaisissement d'une chambre en vertu de l'article 30 de la Convention.

SOMMAIRE¹**Condamnation de l'auteur et de l'éditeur d'un roman pour diffamation à l'égard d'un parti d'extrême droite et de son président****Condamnation du directeur d'un journal pour diffamation à la suite de la publication d'une pétition reprenant les passages litigieux et protestant contre les condamnations susmentionnées****Article 10**

Liberté d'expression – Condamnation de l'auteur et de l'éditeur d'un roman pour diffamation à l'égard d'un parti d'extrême droite et de son président – Prévue par la loi – Accessibilité – Prévisibilité – Protection de la réputation et des droits d'autrui – Nécessaire dans une société démocratique – Débat d'intérêt général – Expression politique et militante – Marge d'appréciation restreinte – Devoirs et responsabilités – Allégations virulentes tenant à la fois du jugement de valeur et de l'imputation de faits – Absence de vérifications minimales – Proportionnalité des peines infligées

Liberté d'expression – Liberté de la presse – Condamnation du directeur d'un journal pour diffamation à la suite de la publication d'une pétition reprenant les passages litigieux et protestant contre les condamnations susmentionnées – Débat d'intérêt général – Devoirs et responsabilités – Expression de la pensée directe des pétitionnaires – Diffusion large d'imputations graves et diffamatoires – Manque de modération – Caractère mesuré des sanctions infligées

*
* *

M. Lindon, écrivain, est l'auteur d'un livre, présenté comme un roman, intitulé *Le Procès de Jean-Marie Le Pen*, dont M. Otchakovsky-Laurens est l'éditeur. Jean-Marie Le Pen est le président du Front national, parti d'extrême droite. Le livre, qui s'inspire de faits réels mais en y ajoutant des éléments fictifs, relate le procès d'un militant du Front national qui, alors qu'il collait des affiches de son parti en compagnie d'autres militants, a tué de sang-froid un jeune Maghrébin, et qui revendique le caractère raciste de ce crime. L'ouvrage pose ouvertement la question de la part de responsabilité du Front national et de son président dans le développement du racisme en France, et celle de la difficulté de lutter contre ce fléau.

A la suite d'une action engagée par le Front national et M. Le Pen, M. Otchakovsky-Laurens a été déclaré coupable de diffamation et M. Lindon de complicité de diffamation. Ils ont été condamnés chacun à une amende et, solidairement, au versement de dommages et intérêts ainsi qu'à la publication d'un communiqué faisant état de la condamnation. Stigmatisant quatre passages du livre, le tribunal souligna que le comportement criminel qui y était imputé aux

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

plaignants n'était pas étayé et que l'auteur dénaturait les faits pour renforcer l'hostilité de ses lecteurs à l'égard de M. Le Pen et de son parti.

Un peu plus d'un mois plus tard, le quotidien national *Libération* publia un article, prenant la forme d'une pétition signée par quatre-vingt-dix-sept écrivains contemporains, qui dénonçait la condamnation. L'article reproduisait *in extenso* des passages du livre qui avaient été jugés diffamatoires, puis exprimait l'opinion que ces écrits n'étaient pas diffamatoires.

Cité à comparaître par le Front National et M. Le Pen devant le tribunal, le directeur de publication de *Libération*, M. July, fut reconnu coupable de diffamation et condamné à une amende et au paiement de dommages et intérêts, non pas pour avoir fait connaître le point de vue d'écrivains, mais pour avoir réitéré l'infraction reprochée à MM. Lindon et Otchakovsky-Laurens en reproduisant les passages jugés diffamatoires par les juges.

La cour d'appel de Paris confirma le jugement rendu contre MM. Lindon et Otchakovsky-Laurens sur la peine d'amende et le montant des dommages et intérêts et sur le caractère diffamatoire de trois passages du livre contenant : l'affirmation selon laquelle M. Le Pen « n'[était] pas président d'un parti politique, mais chef d'une bande de tueurs », suivie de l'assimilation de l'intéressé à « Al Capone » ; l'imputation à son endroit de mots et propositions « riches de racisme au mieux diffus derrière lesquels on peut voir le spectre des pires abominations de l'histoire humaine » ; et la qualification du président du Front national de « vampire qui se nourrit de l'aigreur de ses électeurs, mais parfois aussi de leur sang, comme du sang de ses ennemis ». Les juges soulignèrent l'absence de distance du narrateur avec les propos et, sans discuter la conduite du combat politique, ni condamner l'aversion contre les idées et valeurs des parties civiles, releva que les autres éléments permettant d'exclure la mauvaise foi (imputations exprimées avec mesure et après des vérifications préalables) faisaient défaut. La Cour de cassation confirma l'arrêt.

Entre-temps, la cour d'appel de Paris avait confirmé la condamnation de M. July, renvoyant, sur la question du caractère diffamatoire ou non de l'article, aux motifs de son arrêt rendu contre MM. Lindon et Otchakovsky-Laurens, qui, selon elle, « rest[ai]ent applicables », et écartant l'excuse de bonne foi, au motif notamment que les auteurs de la pétition n'avaient eu pour but que d'apporter leur soutien à M. Lindon « en reprenant à leur compte, par défi, l'ensemble des passages déclarés délictueux par le tribunal et sans même mettre réellement en doute la portée diffamatoire des propos ». La Cour de cassation rejeta le pourvoi formé par M. July, et notamment son moyen tiré d'un défaut d'impartialité de la cour d'appel tenant au fait que le président et l'un des deux autres membres de la formation avaient déjà statué dans l'affaire de MM. Lindon et Otchakovsky-Laurens.

Article 10: les condamnations litigieuses trouvent une base légale dans des dispositions claires et accessibles de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse concernant la diffamation, qui, selon la jurisprudence nationale, peut se faire à travers une œuvre de fiction dès lors que la personne qui se prétend diffamée est désignée de manière claire. Cette jurisprudence est certes ancienne et peu abondante, mais des professionnels de la publication se devaient d'être au fait des dispositions légales pertinentes et de la jurisprudence, quitte à recourir

aux conseils de juristes spécialisés. Ainsi prévue par la loi, l'ingérence poursuivait également un but légitime, celui de la protection de la réputation ou des droits d'autrui.

La sanction prononcée contre l'auteur et l'éditeur ne vise pas la thèse développée dans l'ouvrage litigieux mais uniquement le contenu de trois passages du roman. Les critères mis en œuvre par la cour d'appel pour juger du caractère diffamatoire ou non des écrits litigieux sont compatibles avec l'article 10. Souligner que tout écrit, même romanesque, est susceptible d'emporter condamnation pour diffamation s'accorde avec l'article 10. Certes, ceux qui, par exemple, créent ou diffusent une œuvre littéraire, contribuent à l'échange d'idées et d'opinions indispensable à une société démocratique, d'où l'obligation, pour l'Etat, de ne pas empiéter indûment sur leur liberté d'expression, surtout lorsque, à l'instar du roman dont il est ici question, l'œuvre relève de l'expression politique ou militante. Cependant, le romancier et ceux qui promeuvent ses œuvres assument des «devoirs et responsabilités». Eu égard au contenu virulent des passages litigieux et au fait qu'ils visaient nommément le Front national et son président, la cour d'appel ne peut être critiquée pour avoir conclu à leur caractère diffamatoire, d'autant que seuls les propos qui reflétaient la pensée de l'auteur ont été retenus comme diffamatoires, à l'exclusion des propos à l'égard desquels il exprimait une réelle distance.

Est également compatible avec la jurisprudence de Strasbourg la conclusion de la cour d'appel selon laquelle les trois passages en cause n'avaient pas fait l'objet des vérifications minimales. La distinction entre déclarations factuelles, dont la matérialité peut se prouver, et jugements de valeur, dont l'exactitude ne se prête pas à démonstration, n'a généralement pas lieu d'être s'agissant d'écrits figurant dans un roman, sauf lorsque, comme ici, l'œuvre mélange réalité et fiction et ne relève donc pas de la pure fiction mais intègre des personnages ou des faits réels. L'on pouvait d'autant plus exiger des requérants qu'ils démontrent que les allégations jugées diffamatoires reposaient sur une «base factuelle suffisante» qu'elles tenaient non seulement du jugement de valeur mais aussi de l'imputation de faits. D'autre part, la cour d'appel a adopté une démarche mesurée, reprochant aux requérants non pas de ne pas avoir démontré la réalité des allégations en cause, mais de ne pas avoir procédé à des «vérifications minimales».

Est également compatible avec la jurisprudence de Strasbourg la conclusion de la cour d'appel selon laquelle les écrits litigieux manquaient de «mesure». La cour d'appel a procédé à une appréciation raisonnable des faits en retenant qu'assimiler un individu, fût-il un homme politique qui comme M. Le Pen s'expose lui-même à une critique sévère, à un «chef de bande de tueurs», affirmer que l'assassinat perpétré par un personnage même de fiction a été «recommandé» par lui et le qualifier de «vampire qui se nourrit de ses électeurs mais aussi parfois de leur sang», «outrepasse (...) les limites admises en la matière». Les acteurs des luttes politiques doivent conserver un minimum de modération et de bienséance ; des termes exprimant l'intention de stigmatiser l'adversaire et de nature à attiser la violence et la haine excèdent ce qui est tolérable dans le débat politique, même à l'égard d'une personnalité occupant sur l'échiquier une position extrémiste.

La condamnation prononcée par la cour d'appel contre l'auteur et l'éditeur repose donc sur des motifs «pertinents et suffisants». De plus, les peines infligées n'étaient pas disproportionnées.

Quant à M. July, directeur de publication de *Libération*, s'il a été condamné, c'est bien pour la publication d'une pétition qui retranscrivait des extraits du roman qualifiés d'« imputations particulièrement graves » et de propos outrageants, dont les signataires, qui les reprenaient à leur compte, déniaient le caractère diffamatoire, alors même qu'ils avaient été jugés diffamatoires.

Eu égard à la teneur des passages litigieux du roman, à l'impact potentiel sur le public des propos jugés diffamatoires du fait de leur diffusion par un quotidien national largement distribué et au fait qu'il n'était pas nécessaire de les retranscrire pour rendre complètement compte de la condamnation de l'auteur et de l'éditeur et des critiques qu'elle suscitait, il n'était pas déraisonnable de considérer que M. July avait dépassé les limites de la « provocation » admissible en reproduisant ceux-ci. Compte tenu, enfin, du caractère mesuré de l'amende et des dommages et intérêts infligés, l'ingérence litigieuse ne peut être considérée comme disproportionnée.

Conclusion : non-violation (treize voix contre quatre).

Jurisprudence citée par la Cour

- Lingens c. Autriche*, 8 juillet 1986, série A n° 103
Padovani c. Italie, 26 février 1993, série A n° 257-B
Thomann c. Suisse, 10 juin 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-III
Cantoni c. France, 15 novembre 1996, *Recueil* 1996-V
Oberschlick c. Autriche (n° 2), 1^{er} juillet 1997, *Recueil* 1997-IV
Gautrin et autres c. France, 20 mai 1998, *Recueil* 1998-III
Hertel c. Suisse, 25 août 1998, *Recueil* 1998-VI
Karatas c. Turquie [GC], n° 23168/94, CEDH 1999-IV
Sürek c. Turquie (n° 1) [GC], n° 26682/95, CEDH 1999-IV
Lopes Gomes da Silva c. Portugal, n° 37698/97, CEDH 2000-X
Craxi c. Italie (déc.), n° 63226/00, 14 juin 2001
Radio France et autres c. France, n° 53984/00, CEDH 2004-II
Chauvy et autres c. France, n° 64915/01, CEDH 2004-VI
Vides Aizsardzības Klubs c. Lettonie, n° 57829/00, 27 mai 2004
San Leonard Band Club c. Malte, n° 77562/01, CEDH 2004-IX
Pedersen et Baadsgaard c. Danemark [GC], n° 49017/99, CEDH 2004-XI
Steel et Morris c. Royaume-Uni, n° 68416/01, CEDH 2005-II
Ahnak c. Turquie, n° 40287/98, 29 mars 2005
Wirtschafts-Trend Zeitschriften-Verlags GmbH c. Autriche, n° 58547/00, 27 octobre 2005
Kyprianou c. Chypre [GC], n° 73797/01, CEDH 2005-XIII
Brasilier c. France, n° 71343/01, 11 avril 2006
Mamère c. France, n° 12697/03, CEDH 2006-XIII

En l'affaire Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France,

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

Christos Rozakis, *président*,
Luzius Wildhaber,
Jean-Paul Costa,
Nicolas Bratza,
Boštjan Zupančič,
Peer Lorenzen,
Françoise Tulkens,
Loukis Loucaides,
Josep Casadevall,
Mindia Ugrekhelidze,
Elisabeth Steiner,
Lech Garlicki,
Khanlar Hajiyev,
Renate Jaeger,
Sverre Jebens,
Davíd Thór Björgvinsson,
Ján Šikuta, *juges*,

et de Michael O'Boyle, *greffier adjoint*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 13 décembre 2006 et le 5 septembre 2007,

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

PROCÉDURE

1. A l'origine de l'affaire se trouvent deux requêtes dirigées contre la République française, dont des ressortissants de cet Etat ont saisi la Cour en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales («la Convention»). La première requête (n° 21279/02) a été introduite le 23 mai 2002 par M. Mathieu Lindon («le premier requérant») et M. Paul Otchakovsky-Laurens («le deuxième requérant») («les premiers requérants»), et la seconde (n° 36448/02), le 27 septembre 2002, par M. Serge July («le troisième requérant»).

2. Les premiers requérants sont représentés par M^c H. Leclerc et M^c R. Rappaport, avocats à Paris, et le troisième requérant, par M^c J.-P. Levy, également avocat à Paris. Le gouvernement français («le Gouvernement») est représenté par son agent, M^{me} E. Belliard, directrice des affaires juridiques au ministère des Affaires étrangères.

3. Les requêtes ont été attribuées à la première section de la Cour (article 52 § 1 du règlement). Le 1^{er} juin 2006, une chambre de ladite

section, composée de Christos Rozakis, président, Loukis Loucaides, Jean-Paul Costa, Françoise Tulkens, Elisabeth Steiner, Khanlar Hajiyev et Sverre Jebens, juges, et de Søren Nielsen, greffier de section, s'est dessaisie au profit de la Grande Chambre, aucune des parties ne s'y étant opposée (articles 30 de la Convention et 72 du règlement).

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 président de la Grande Chambre a ordonné qu'il soit procédé simultanément à l'instruction des requêtes (article 42 § 2 du règlement). Il a en outre décidé de poursuivre l'application de l'article 29 § 3 de la Convention devant la Grande Chambre, en vue de l'examen simultané de la recevabilité et du bien-fondé de celles-ci.

6. Le Gouvernement et les premiers requérants ont déposé des observations écrites sur la recevabilité et le fond de l'affaire.

7. Une audience s'est déroulée en public au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 13 décembre 2006 (article 59 § 3 du règlement).

Ont comparu :

– *pour le Gouvernement*

M^{mes} A.-F. TISSIER, sous-directrice des droits de l'homme à la
direction des affaires juridiques
du ministère des Affaires étrangères, *agent,*
M. MONGIN, ministère des Affaires étrangères, *conseil,*
O. DIEGO, ministère de la Justice, *conseiller ;*

– *pour les requérants*

M^{es} R. RAPPAPORT,
J.-P. LEVY, avocats, *conseils.*

La Cour a entendu en leurs déclarations M^c Rappaport, M^c Levy et M^{me} Tissier, ainsi qu'en leurs réponses à des questions posées par des juges.

8. Le 19 janvier 2007, le mandat de Luzius Wildhaber, président de la Cour, est arrivé à terme. Jean-Paul Costa lui a succédé en cette qualité et Christos Rozakis, vice-président de la Cour, a repris la présidence de la Grande Chambre en la présente affaire.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

9. Le premier requérant est écrivain, et le deuxième, président du conseil d'administration de la maison d'édition P.O.L. ; le troisième était

le directeur de publication du quotidien *Libération*. Ils sont nés respectivement en 1955, 1944 et 1949, et résident à Paris.

A. La condamnation de MM. Lindon et Otchakovsky-Laurens (requête n° 21279/02)

1. La publication du roman Le Procès de Jean-Marie Le Pen

10. Le premier requérant est l'auteur d'un livre présenté comme un roman intitulé *Le Procès de Jean-Marie Le Pen*, et publié en août 1998 par les éditions P.O.L.

11. Ce roman relate le procès d'un militant du Front national, Ronald Blistier, qui, alors qu'il collait des affiches de son parti en compagnie d'autres militants, a tué de sang-froid un jeune Maghrébin, qui revendique le caractère raciste de ce crime, et qui est défendu par un avocat juif, de gauche et homosexuel, Pierre Mine.

Il s'inspire de faits réels et notamment des meurtres, en 1995, de Brahim Bouaram, jeune marocain jeté dans la Seine par des *skinheads* en marge d'un défilé du Front national, et d'Ibrahim Ali, jeune Français d'origine comorienne tué à Marseille par des militants de ce même parti. Ceux-ci ont été condamnés en juin 1998 au terme d'un procès d'assises au cours duquel les leaders du Front national, dont M. Le Pen, avaient déclaré que l'affaire n'était qu'une provocation, un coup monté par les ennemis du parti pour lui nuire.

L'auteur développe l'intrigue autour de l'avocat, personnage principal, lequel se trouve tout au long du procès au cœur d'un débat politique; dès les premières lignes, il pose la question de la responsabilité de M. Le Pen: «le président du Front national n'est-il pas responsable du meurtre commis par un de ses militants, adolescent enflammé par ses discours?» (page 7). Au cœur de l'histoire apparaissent des personnages caractérisés par leur positionnement moral ou politique à l'égard de l'idéologie et du parti politique d'extrême droite. L'ouvrage cherche aussi à exposer les difficultés et contradictions de certaines prises de position antiracistes.

12. La quatrième page de couverture présente ainsi le roman :

«Comment combattre efficacement Jean-Marie Le Pen? Le jeune Ronald Blistier, membre du Front national, a commis de sang-froid un crime raciste, tuant en pleine rue un adolescent arabe. L'affaire a provoqué maintes indignations et tout le monde est d'accord pour faire du procès de Blistier celui de son mentor.

C'est un avocat juif de trente ans, maître Mine, qui défend l'assassin. Il a des idées pour mieux lutter contre Jean-Marie Le Pen.

– Tendre un piège à Le Pen? Mais on tombera tous dedans, lui dit pourtant Mahmoud Mammoudi, son compagnon.

Pierre Mine, quoi qu'il en soit, a engagé la lutte. Son jeu est indéchiffrable. Ne devient-il pas la cible d'antiracistes et l'étendard de ceux qu'il souhaite combattre? Jean-Marie Le Pen feint de lui rendre hommage. Diverses tempêtes déferlent sur sa vie, comme si ceux qui luttent sans succès évident contre le Front national trouvaient cependant suspect que quelqu'un d'autre essaie une méthode différente.»

13. Par exploits introductifs d'instance des 20 et 27 novembre 1998, le Front national et M. Le Pen citèrent directement les deux premiers requérants devant le tribunal correctionnel de Paris pour qu'ils répondent du délit de diffamation envers un particulier en raison de cette publication, conformément aux articles 29, premier alinéa, et 32, premier alinéa, de la loi du 29 juillet 1881. Six passages du roman étaient spécialement visés; il s'agit de ceux (aux pages 10, 86, 105-106 et 136) qui sont retranscrits dans l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 13 septembre 2000 (paragraphe 18 ci-dessous) ainsi que des deux suivants:

Page 28, l'auteur prête à M^{me} Blistier, mère de Ronald, le propos suivant:

«Il aurait pu avoir l'idée, mais il n'a jamais si bien tiré, mon mari n'aimait pas que Ronald se serve de sa carabine. Mais peut-être que le gamin était humilié de ne jamais avoir bastonné personne alors que tous ses camarades du Front assuraient faire le ménage chaque semaine dans les cités.»

Page 118, à propos d'une manifestation du Front national, l'auteur écrit ceci:

«Cette foule assemblée place de la Bastille, maintenant chauffée par son maître à hurler, est surtout composée de jeunes. Si on les fouillait, on trouverait des armes de poing par centaines. Ils sont prêts à la bagarre, ils ne demandent pas mieux que des organisations d'extrême gauche croient de bonne stratégie de les affronter. L'atmosphère est d'une certaine façon pré-insurrectionnelle, mais comme le remarquent les journalistes présents, le climat dans le clan des démocrates est plus au dégoût qu'à la panique, on ne craint pas dans l'immédiat un coup d'Etat fasciste, on redoute plus une gangrène, une maladie sociale que parfois on parvient à stopper ou faire temporairement reculer.»

2. *Le jugement du tribunal correctionnel de Paris du 11 octobre 1999*

14. Par un jugement du 11 octobre 1999, le tribunal correctionnel de Paris condamna le deuxième requérant pour diffamation et le premier, pour complicité de ce délit, ne retenant cependant que quatre des six passages incriminés à savoir ceux se trouvant aux pages 10, 86, 105-106 et 136 du livre. Ils furent condamnés chacun à une amende de 15 000 francs français (FRF) (2 286,74 euros (EUR)) et, solidairement, à verser 25 000 FRF (3 811,23 EUR) de dommages et intérêts à chacune des parties civiles ainsi qu'à la publication à leurs frais d'un communiqué faisant état de cette condamnation.

Dans son jugement, le tribunal souligne ce qui suit :

«Sur le caractère diffamatoire :

Il convient tout d'abord de relever que si l'auteur a choisi d'écrire un « roman », mention qui figure en page de couverture du livre, il met en scène, à côté de personnages fictifs, un personnage politique réel et vivant, Jean-Marie Le Pen ainsi que son parti le Front national; en outre, l'écrivain expose l'objet de son propos dès le titre: le procès de Jean-Marie Le Pen, posant en quatrième page de couverture, la question « comment combattre efficacement Jean-Marie Le Pen? » et dans les premières lignes de l'ouvrage, cette autre question: « le président du Front national n'est-il pas responsable du meurtre commis par un de ses militants, adolescent enflammé par ses discours? »; le lecteur comprend ainsi immédiatement qu'au travers d'un procès fictif, Jean-Marie le Pen est directement mis en cause et ce, d'autant plus, que les faits évoqués empruntent largement, et de manière évidente, à des événements réels qui ont eu un grand retentissement dans l'opinion.

Ainsi, bien qu'il s'agisse d'un roman, bien que les propos poursuivis ne soient tenus que par des personnages fictifs, il n'en demeure pas moins que cet ouvrage a pour but d'exposer des idées clairement explicitées et de transmettre une certaine représentation de Jean-Marie Le Pen, de son parti et de leur comportement; la qualification retenue par la poursuite ne saurait donc être écartée sur le seul fondement de la technique d'expression utilisée.

Ce texte, quel que soit son genre littéraire, est susceptible de porter atteinte à l'honneur et à la considération des parties civiles et il convient d'examiner chacun des passages incriminés, d'en rechercher le sens et la portée et de déterminer s'ils ont, pour constituer une diffamation, un caractère de précision suffisant de nature à permettre un débat sur la preuve.

Premier passage, page 10: alléguer que Jean-Marie le Pen est le chef d'une bande de tueurs, c'est-à-dire qu'il est à la tête d'un groupe de meurtriers, constitue, dans le contexte du livre, l'imputation évidemment diffamatoire, de faits suffisamment précis; il est, en effet, fait référence au crime raciste commis par le héros du roman, jeune membre du Front national, dont le geste criminel aurait été inspiré par les idées propagées par Jean-Marie Le Pen.

Il n'importe pas que le crime de « Ronald Blistier » ne soit pas réel, car le dessein de l'auteur n'est pas d'ironiser sur un fait impossible mais au contraire de faire croire au lecteur que, compte tenu de l'idéologie de Jean-Marie le Pen, un tel drame est tout à fait envisageable et serait imputable à ce dernier; ce récit évoque d'ailleurs, nécessairement pour le lecteur, le procès des colleurs d'affiche du Front national accusés d'avoir tué, à Marseille, un jeune comorien, Ibrahim Ali, dont le procès s'est tenu en juin 1998; de même lorsque l'auteur raconte, quelques passages plus loin, l'assassinat d'un jeune noir, « Julien Thoris », jeté dans la Seine lors d'une manifestation à laquelle participe le Front national, le lecteur est appelé à se remémorer le meurtre réel de Brahim Bouaram dont les auteurs étaient des participants à un défilé de ce parti.

La précision des faits visés par le passage poursuivi est donc suffisante pour constituer la diffamation à l'égard des parties civiles et il était possible de rapporter la preuve des faits ainsi évoqués.

Deuxième passage, page 28: l'affirmation selon laquelle « tous ses camarades du Front assuraient faire le ménage chaque semaine dans les cités », n'est pas explicitée

par d'autres propos ni illustrée par des faits déterminés; elle peut relever de la vantardise prêtée au personnage du livre et est trop vague pour justifier une poursuite.

Troisième passage, page 86: il est imputé au Front national d'user de violences à l'égard de ceux qui quittent ce parti; l'auteur, par la voix de l'un de ses personnages, met en garde l'avocat de Ronald Blistier contre «la stratégie courante du Front national», qui «massacre» ceux qui le quittent («te casser la gueule (...) dix contre un, armés de barres et de matraques et de godasses ferrées, un soir à la sortie de chez toi»).

Ce passage qui vise des faits précis et susceptibles de preuves, de violences voire de meurtres à l'encontre de ceux qui oseraient trahir le parti et le quitter porte atteinte à l'honneur du Front national.

Quatrième passage, pages 105-106: imputer à Jean-Marie Le Pen des propos «d'un racisme au mieux» et dire que «derrière chacune de ses propositions, on peut aussi voir le spectre des pires abominations de l'histoire humaine», est diffamatoire à l'égard de celui-ci, en ce qu'il est accusé d'un racisme rappelant les pires atrocités; l'auteur précise d'ailleurs quelques lignes plus loin que Jean-Marie Le Pen peut suggérer le meurtre raciste aux esprits simples, tels Ronald Blistier qui «n'aurait pas eu son fusil en main et un gosse maghrébin au bout si Jean-Marie Le Pen ne l'avait pas rendu possible» (p. 106).

Cinquième passage, page 118: ce passage qui impute aux jeunes militants du Front national, d'une part d'être chauffés par les paroles de leur «maître à hurler», et d'autre part d'être armés par centaines et de créer une atmosphère «pré-insurrectionnelle», est certainement injurieux à l'égard de Jean-Marie Le Pen mais trop imprécis pour constituer une diffamation; la suite du propos ne vise pas le Front national mais les participants aux manifestations de ce parti et ne peut dès lors être retenue.

Sixième passage, page 136: Jean-Marie Le Pen est accusé d'être un «vampire» qui se nourrit de «l'aigreur de ses électeurs» et «du sang de ses ennemis», d'être un menteur, diffamant ses adversaires pour se protéger des accusations portées contre lui.

L'auteur explicite cette image et le terme «vampire» en écrivant, à la suite du texte poursuivi: «(...) Jean-Marie Le Pen a utilisé la vie de Ronald Blistier et voilà qu'il utilise maintenant sa mort pour susciter d'autres Ronald Blistier, pour transformer d'autres jeunes perdus en pantins qui verront leur vie et leur mort manipulées par cet impitoyable marionnettiste.»

Ces imputations de se servir de la vie et de la mort de jeunes militants, en les poussant au meurtre et au suicide, à des fins politiques personnelles sont précises et portent atteinte à l'honneur et à la considération de Jean-Marie Le Pen.

Sur la bonne foi:

Les imputations diffamatoires sont réputées, de droit, faites avec intention de nuire, mais elles peuvent être justifiées lorsque l'auteur établit sa bonne foi.

Le tribunal relève à cet égard que l'auteur n'a pas fait seulement une œuvre de fiction; il a présenté à ses lecteurs Jean-Marie Le Pen, dans ses activités habituelles de président du Front national et a entendu le critiquer ainsi que son parti et combattre leurs idées; Mathieu Lindon a d'ailleurs déclaré à l'audience avoir largement puisé dans l'actualité et, de fait, le lecteur pourrait ne pas distinguer clairement la réalité de la fiction, tant les situations et les propos se veulent proches des événements présents.

Si, s'agissant de polémique politique et de débat idéologique, la plus grande liberté d'expression doit être reconnue à l'auteur, cette liberté n'est cependant pas sans limite et cesse là où commencent les attaques personnelles, qu'elles soient portées par l'auteur directement ou par l'intermédiaire de personnages de fiction, et elle se discrédite par la dénaturation des faits et l'outrance.

Alors que la défense fait valoir que ce récit est le reflet de la réalité et ne la trahit pas, force est de constater que les documents produits, essentiellement des articles de presse, sans valeur probante, ne permettent pas d'étayer les imputations diffamatoires retenues par le tribunal, relatives au comportement criminel prêté aux parties civiles; aucune décision judiciaire mettant en cause leur responsabilité, qui aurait pu justifier de telles assertions, n'est versée aux débats et, en l'absence de documents, le tribunal ne peut que constater que Mathieu Lindon dénature les faits pour renforcer l'hostilité de ses lecteurs à l'égard de Jean-Marie Le Pen et de son parti.

Par ailleurs, la liberté de ton particulière reconnue à l'écrivain et au polémiste n'autorise cependant pas les propos particulièrement outranciers qui figurent dans le texte.

Le bénéfice de la bonne foi ne peut en conséquence être admis et le délit de diffamation est dès lors constitué à l'égard de Jean-Marie Le Pen et du Front national (...).»

3. *L'arrêt de la cour d'appel de Paris du 13 septembre 2000*

15. Les deux premiers requérants interjetèrent appel de ce jugement devant la cour d'appel de Paris, contestant le caractère diffamatoire des passages incriminés. Ils faisaient valoir que l'œuvre n'était qu'une fiction mettant en scène des personnages eux-mêmes fictifs, ce que le lecteur pouvait constater dès la première page. Ils soutenaient également que les propos étaient seulement des jugements de valeur portés sur les plaignants, reflétant un débat public traité avec distance et ironie, à savoir comment combattre au mieux la montée de l'extrême droite. Subsidiairement, au titre de la bonne foi, ils avançaient que les théories de M. Le Pen et du Front national n'étaient pas dénaturées par le livre et ses personnages et que les passages poursuivis étaient exclusivement des paroles prononcées par des personnages de fiction et ne reflétaient pas la pensée de l'auteur qui, lui, s'était attaché à critiquer la stratégie choisie par les associations antiracistes et les intellectuels de gauche en général pour combattre le Front national.

Invoquant l'article 10 de la Convention, les requérants soutenaient que cette disposition fait échec à toute condamnation, car il appartient à des œuvres de fiction de se faire le reflet des controverses sur la responsabilité morale du Front national et des idées de son chef dans la commission de crimes racistes. Ils soulignaient qu'il serait contraire à la liberté d'opinion de sanctionner l'auteur d'un jugement de valeur au prétexte qu'il ne peut démontrer la pertinence de son opinion, se référant à cet égard à l'arrêt *Lingens c. Autriche* (8 juillet 1986, série A n° 103). Enfin, ils faisaient valoir

que des propos aussi violents et diffamatoires à l'égard des parties civiles avaient déjà été tenus par des hommes politiques et des journalistes, et que M. Le Pen avait lui-même été condamné plusieurs fois pour incitation à la haine raciale.

16. Par un arrêt du 13 septembre 2000, la cour d'appel de Paris (11^e chambre, composée de MM. Charvet, président, Blanc et Deletang) confirma le jugement du 11 octobre 1999 sur le caractère diffamatoire de trois des quatre passages retenus par le tribunal correctionnel ainsi que sur la peine d'amende et le montant des dommages et intérêts.

17. Dans son arrêt, la cour d'appel souligne à titre liminaire que l'ouvrage dont il est question est un «roman», «une «œuvre d'imagination» (Petit Robert)» dont le dispositif fictionnel est construit autour du dilemme auquel est confronté le personnage principal: «l'auteur développe à partir de ce canevas une intrigue qui va du début du procès du jeune accusé jusqu'à son suicide en détention avant les plaidoiries et le réquisitoire, et donne la parole à de nombreux personnages apparaissant le plus souvent comme des stéréotypes caractérisés par leur positionnement moral ou politique vis-à-vis des parties civiles, qui elles sont explicitement réelles». Elle relève par ailleurs que M. Le Pen et le Front national, l'un et l'autre figurés comme réels et actuels, sont constamment au centre des débats qui se déroulent aussi bien entre les acteurs de l'enceinte judiciaire, que dans les échanges entre les divers personnages, «ou même au cœur des contradictions intimes auxquelles est confronté le personnage central». Elle note ensuite que, plusieurs fois, la parole est donnée à M. Le Pen, qui exprime «des positions proches ou identiques de celles [qu'il] a adoptées dans la réalité, mais qui ne sont pas relevées par les parties civiles comme mettant en cause son honneur et sa considération et celle du parti qu'il dirige». Elle retient en outre que le sujet du livre est la question posée en quatrième de couverture, «Comment combattre efficacement Jean-Marie Le Pen?», précisant que «poser cette question n'est pas en soi diffamatoire à l'égard de ce dernier, même dans un roman».

18. La cour rappelle ensuite que l'article 29 de la loi du 29 juillet 1881 définit la diffamation comme étant «toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne» et que la loi n'introduit pas de différence à cet égard selon la nature des écrits en question: à ce titre, tout écrit qu'il soit de nature politique, philosophique, romanesque voire poétique, est soumis aux règles définies en la matière, tant au regard de l'ordre public qu'à celui de la protection des personnes. Elle précise cependant que «l'application des règles en matière de diffamation concernant un article de presse ou un écrit exprimant directement le point de vue de son auteur, appelle, s'agissant d'une œuvre de fiction, l'examen du point de savoir si, d'une part, les parties civiles sont bien les personnes visées par les propos en cause et,

d'autre part, quel est le sens conféré par l'auteur aux propos de ses personnages au regard de la pensée qu'il développe en réalité dans l'ouvrage». Quant au second point – le premier étant manifestement établi – la cour souligne qu'«une distinction est à opérer entre les passages poursuivis des pages 10, 86, 105 et enfin 136, seuls concernés désormais : certains expriment le point de vue du narrateur et coïncident avec la pensée de l'auteur telle qu'elle résulte de l'ouvrage dans son ensemble, d'autres n'engagent que le personnage qui les profère, l'auteur exprimant par ailleurs dans le cours de l'ouvrage, soit par la voix du narrateur soit par d'autres moyens, une réelle distance vis-à-vis d'eux».

Appliquant cette méthode, la cour statue ainsi sur les quatre passages litigieux :

«1. Page 10: «(...) c'est combattre efficacement Le Pen que de réclamer sa mise en cause dans l'affaire, montrer qu'il n'est pas président d'un parti politique, mais chef d'une bande de tueurs, Al Capone aurait eu aussi des électeurs» [il s'agit du point de vue que l'auteur prête à des manifestants antiracistes rassemblés devant le palais de justice].

Ce membre de phrase est précédé d'un autre, non visé par les parties civiles: «pour eux, Ronald Blistier n'est pas suffisant comme assassin» qui fait suite à la description par le narrateur de la foule des «antiracistes» regroupés devant le palais de justice pendant le procès de l'accusé, Ronald Blistier.

L'affirmation selon laquelle M. Jean-Marie Le Pen n'est pas président d'un parti politique, mais chef d'une bande de tueurs, suivie qui plus est de l'assimilation à Al Capone, est à l'évidence diffamatoire, comme l'ont relevé à juste titre les premiers juges.

Rien dans les phrases qui précèdent ou suivent ce passage ne permet de noter une distance quelconque du narrateur – et par conséquent, compte tenu de la construction littéraire du livre, de l'auteur – avec cette affirmation prêtée aux manifestants massés devant le palais de justice et qui par ailleurs renvoie à la question présentée comme le sujet du livre en quatrième de couverture: «Comment combattre efficacement Jean-Marie Le Pen?»

Ce passage sera donc retenu comme diffamatoire à l'égard des parties civiles.

2. Page 86: «Il (Blistier [l'accusé]) cherche à te faire peur, Pierrot [l'avocat]. Il veut te marquer dans son camp; c'est une stratégie courante du Front national afin que tu apparaises comme un traître si tu dis ensuite le moindre mal des lepénistes ou de leur chef et qu'ils soient alors moralement habilités à te casser la gueule, à te trouver à dix contre un, armés de barres et de matraques et de godasses ferrées, un soir à la sortie de chez toi pour t'expliquer clairement que quand on a intégré un tel compagnonnage, c'est pour la vie. Personne ne quitte impunément le Front national. Ne fais pas le malin Pierrot, s'il te plaît. Je ne veux pas qu'ils te massacrent.»

C'est ici l'ami du personnage central, M^e Mine, qui s'exprime et qui fournit sa propre explication de l'attitude de l'accusé au cours de l'audience à l'égard de son conseil, en réponse à une question que lui a posé ce dernier.

Il s'agit là d'une analyse propre au personnage de fiction, certes blessante à l'égard des parties civiles, comme l'ont noté les premiers juges.

Pour autant, et contrairement à l'appréciation de ces derniers, il n'apparaît pas qu'elle soit susceptible de preuves au sens de la loi du 29 juillet 1881 : imputée à un personnage de fiction, dans une situation elle-même fictive, il ne résulte pas de sa lecture qu'elle puisse nécessairement être analysée comme correspondant à l'opinion de l'auteur.

Ce passage ne sera pas considéré comme diffamatoire.

3. Pages 105 à 106 : « Lisez les journaux, écoutez la radio et la télévision, chaque propos de Jean-Marie Le Pen est riche – ou pauvre, misérable – d'un racisme au mieux diffus. Derrière chacun de ses mots on peut en entendre d'autres, et derrière chacune de ses propositions on peut aussi voir le spectre des pires abominations de l'histoire humaine. Tout le monde le sait, tout le monde le dit. Ce que Ronald Blistier a fait, c'est ce que recommande Jean-Marie Le Pen. Oh ! pas explicitement, il tâche de rester dans le cadre des lois, même s'il n'y arrive pas toujours. Mais les situations dans lesquelles il parle, les sous-entendus qu'il profère, les personnalités de ceux auxquels il apporte son soutien ne laissent aucun doute » [c'est l'avocat qui s'exprime ainsi devant la Cour].

Il est à l'évidence diffamatoire d'imputer à M. Jean-Marie Le Pen de « formuler des mots ou des propositions, riches de racisme au mieux diffus derrière lesquels on peut voir le spectre des pires abominations de l'histoire humaine ».

Une telle imputation est susceptible d'un débat sur le point de savoir si elle est ou non conforme à la vérité des discours tenus par M. Jean-Marie Le Pen et le Front national.

La défense ne saurait à bon droit revendiquer l'impunité de tels propos aux motifs qu'ils relèveraient à la fois de la fiction romanesque et seraient de plus couverts par l'impunité prévue par la loi concernant les propos tenus au cours d'une audience judiciaire.

L'affirmation par le personnage de M^e Mine selon laquelle « ce que Ronald Blistier a fait, c'est ce que recommande Jean-Marie Le Pen », succédant à la phrase du narrateur juste avant un paragraphe dans lequel se situe le passage visé, et selon laquelle « encore une fois, tout le monde est d'accord que ce procès devrait plus être celui de M. Jean-Marie Le Pen que de Ronald Blistier, il n'aurait jamais eu sinon ce retentissement », atteste de ce qu'à travers les propos prêtés à son personnage central, c'est bien M. Mathieu Lindon qui s'exprime ici et qualifie les parties civiles.

Ce passage sera retenu comme diffamatoire.

4. Page 136 : après le suicide en prison de l'accusé, son avocat déclare à la télévision : « Comment laisser Jean-Marie Le Pen se poser en victime après le suicide de Ronald Blistier ? Le président du Front national est un vampire qui se nourrit de l'aigreur de ses électeurs, mais parfois aussi de leur sang, comme du sang de ses ennemis, non ? Pourquoi Le Pen accuse-t-il les démocrates du prétendu assassinat de Ronald Blistier ? Parce que le mensonge ne lui fait pas peur, parce que porter la diffamation dans le camp adverse lui paraît toujours utile, certes, mais aussi tout bêtement pour détourner les soupçons, pour être celui qui crie le plus fort dans l'espoir que ses hurlements couvriront les accusations portées contre lui-même. »

Traiter M. Jean-Marie Le Pen, président du Front national, de « vampire qui se nourrit de l'aigreur de ses électeurs, mais parfois aussi de leur sang, comme du sang de ses ennemis », porte atteinte à l'honneur et à la considération des deux parties civiles.

Ce passage fait partie d'une longue intervention à la télévision du personnage central – le seul qui apparaisse, avec son ami, comme positif dans ce roman, l'un et l'autre faisant part en quelque sorte, des contradictions et des valeurs du narrateur – à la suite du suicide en détention de l'accusé.

Il est manifeste que cette intervention en forme de réquisitoire, présentée comme étant la seule accordée à la presse par M^e Mine qui en a refusé beaucoup d'autres auparavant, constitue à la fois la synthèse et l'ultime conclusion par laquelle l'auteur entend donner à son personnage l'occasion d'exprimer, avec une certaine solennité dans le cadre de cette fiction, son propre point de vue d'écrivain militant.

Rien d'ailleurs, dans les deux dernières pages du livre qui suivent cette intervention télévisée, ne vient introduire une distance quelconque du narrateur avec son contenu.

Ce passage sera donc retenu comme diffamatoire.»

19. La Cour écarte ensuite la bonne foi des requérants par ces motifs :

«Les imputations diffamatoires sont réputées faites de mauvaise foi, sauf à ce que le prévenu établisse que, tout à la fois, elles correspondent à la poursuite d'un but légitime, qu'elles ne traduisent pas une animosité personnelle de sa part à l'égard de la partie civile, fassent suite à une enquête sérieuse, et soient exprimées avec mesure.

En l'espèce, la légitimité du but poursuivi par les prévenus à travers ce roman, à savoir «lutter efficacement contre Jean-Marie Le Pen», c'est-à-dire la conduite d'un combat politique, n'est pas discutable dans une société démocratique.

Revendiqué comme un livre «de combat», l'ouvrage en cause et en particulier les passages retenus comme diffamatoires, attestent d'une animosité patente à l'égard des parties civiles. Toutefois, cette animosité est explicitement rattachée à l'aversion que suggèrent aux prévenus les idées et les valeurs soumises au débat public par la partie civile en tant que président du Front national. Cette animosité, dont l'objet n'est pas la personne de la partie civile, n'est pas condamnable en tant que telle.

S'agissant d'un ouvrage de fiction, la question du sérieux de l'enquête ayant présidé à l'ouvrage ne peut être appréciée comme s'il s'agissait d'un écrit ayant vocation à informer le lecteur de faits réels ou à en présenter le commentaire. Cela étant, le principe adopté pour la construction de l'ouvrage en cause, à la fois explicite à sa lecture et tel que revendiqué devant la Cour par les prévenus, repose sur la juxtaposition au sein d'une intrigue imaginaire, d'une part, de divers personnages de fiction et, d'autre part, du président du Front national, personne réelle, qui constitue le pivot vis-à-vis desquels les personnages imaginaires vont se définir et évoluer tout au long du roman.

De fait, les idées, les discours et les faits et gestes de M. Jean Marie Le Pen sont décrits dans ce roman au plus prêt – ce que revendiquent les prévenus qui produisent à cet effet des pièces convaincantes – de la réalité des différentes manifestations publiques de l'activité politique de ce dernier. Dès lors, il y a lieu d'apprécier si le recours aux propos diffamatoires choisis par l'auteur a été précédé d'une enquête suffisamment sérieuse pour justifier les propos en cause.

A cet égard, si les discours et les idées prêtées aux parties civiles ainsi que les débats auxquels ils donnent lieu correspondent indiscutablement à la réalité de la place occupée par les idées du Front national dans l'actualité de la vie politique de la France d'aujourd'hui, les prévenus n'apportent pas d'éléments précis permettant d'attester que

le recours aux formulations retenues comme diffamatoires ait été précédé de vérifications minimales sur la réalité censée être évoquée par les dites formulations.

De même, il n'apparaît pas que l'expression à laquelle il est recouru dans les trois passages retenus comme diffamatoires soit empreinte de la mesure exigée : assimiler Jean-Marie Le Pen à un « chef de bande de tueurs » (page 10), affirmer que l'assassinat perpétré par Blistier – personnage de fiction – a été « recommandé » par Jean-Marie Le Pen – personne réelle –, et qualifier le président du Front national – personne réelle – de « vampire qui se nourrit de l'aigreur de ses électeurs mais aussi parfois de leur sang », outrepassa à l'évidence les limites admises en la matière.

En conséquence de quoi, le bénéfice de la bonne foi ne sera pas reconnu aux prévenus.

Enfin, l'argument tiré de l'application de l'article 10 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, et de la jurisprudence *Lingens c. Autriche* du 8 juillet 1986, selon lequel « le jugement de valeur que l'on peut porter sur un homme politique ne peut par nature faire l'objet d'une démonstration », est inopérant :

Les imputations retenues en l'espèce comme diffamatoires, formulées à l'égard d'un homme politique réel, ne constituent pas seulement des jugements de valeur au sens de l'arrêt de la Cour Européenne invoqué, intervenu alors qu'un journaliste avait qualifié le comportement d'un homme politique « d'opportunisme le plus vil », d'« immoral » et de « dépourvu de dignité » : ce sont des pratiques concrètes (être un « chef de bande de tueurs », « recommander de commettre un assassinat », et être un « vampire se nourrissant de l'aigreur et du sang de ses électeurs »), qui sont imputées à la partie civile par M. Lindon. »

4. *L'arrêt de la Cour de cassation du 27 novembre 2001*

20. Par un arrêt du 27 novembre 2001, la Cour de cassation rejeta le pourvoi formé par les deux premiers requérants ; elle écarta le moyen tiré d'une méconnaissance de l'article 10 de la Convention par le motif suivant :

« (...) Attendu qu'en déclarant les prévenus coupables de diffamation publique envers un particulier après avoir retenu trois passages de l'ouvrage, les juges qui ont exactement apprécié le sens et la portée des écrits litigieux ont justifié leur décision sans méconnaître les dispositions conventionnelles visées au moyen ;

Qu'en effet, si l'article 10 de la Convention (...) reconnaît, en son premier paragraphe, à toute personne le droit à la liberté d'expression, ce texte prévoit, en son second paragraphe, que l'exercice de cette liberté, comportant des devoirs et des responsabilités, peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent dans une société démocratique, des mesures nécessaires à la protection de la réputation d'autrui ; (...) »

B. La condamnation de M. July (requête n° 36448/02)

1. *L'article publié dans le quotidien Libération*

21. Dans son édition du 16 novembre 1999, sous la rubrique « Rebonds », le quotidien *Libération* publia un article signé par quatre-

vingt-dix-sept écrivains contemporains, relatif à la condamnation de deux premiers requérants pour diffamation et complicité de diffamation prononcée le 11 octobre 1999 par le tribunal correctionnel de Paris (paragraphe 14 ci-dessus). Cet article prenait la forme d'une pétition et était ainsi rédigé :

«Pétition. Les passages du livre «le Procès de Jean-Marie Le Pen» pour lesquels Mathieu Lindon et son éditeur ont été condamnés, ne sont pas diffamatoires. Nous sommes prêts à les écrire dans un roman. Nous écrivons contre Le Pen.

Les romans n'ont pas tous les droits. Mais ils ont celui d'exister et d'évoquer la réalité dans laquelle évoluent l'auteur et ses contemporains. Mathieu Lindon et son éditeur Paul Otchakovsky-Laurens ont été condamnés pour diffamation envers Jean-Marie Le Pen pour quatre passages du roman le Procès de Jean-Marie Le Pen.

Ecrire, dans un roman, que les manifestants qui rendent hommage à la victime d'un meurtre raciste estiment que : «Pour eux, Ronald Blistier n'est pas suffisant comme assassin, c'est combattre efficacement Le Pen que réclamer sa mise en cause officielle dans l'affaire, montrer qu'il n'est pas président d'un parti politique mais chef d'une bande de tueurs, Al Capone aussi aurait eu des électeurs», n'est pas diffamatoire selon moi et je suis prêt à l'écrire dans un roman.

Ecrire, dans un roman, que l'amoureux d'un avocat qui défend un meurtrier appartenant au Front national le met en garde ainsi : «Il cherche à te faire peur, Pierrot. Il veut te marquer dans son camp, c'est une stratégie courante du Front national, afin que tu apparaisses ensuite comme un traître si tu dis le moindre mal des lepénistes et de leur chef et qu'ils soient alors moralement habilités à te casser la gueule, à te trouver à dix contre un, armés de matraques et de godasses ferrées, un soir à la sortie de chez toi, pour t'expliquer clairement que quand on a intégré un tel compagnonnage c'est pour la vie. Personne ne quitte impunément le Front national. Ne fais pas le malin, Pierrot, s'il te plaît. Je ne veux pas qu'ils te massacent» n'est pas diffamatoire selon moi et je suis prêt à l'écrire dans un roman.

Ecrire, dans un roman, qu'un avocat, pour défendre son client accusé d'un crime raciste, dit dans sa plaidoirie : «Lisez les journaux, écoutez la radio ou la télévision, chaque propos de Jean-Marie Le Pen est riche – ou pauvre, misérable – d'un racisme au mieux diffus. Derrière chacun de ses mots, on peut en entendre d'autres, et derrière chacune de ses propositions on peut aussi voir le spectre des pires abominations de l'histoire humaine. Tout le monde le sait, tout le monde le dit. Ce que Ronald Blistier a fait, c'est ce que recommande Jean-Marie Le Pen. Oh, pas explicitement, il tâche de rester dans le cadre des lois, même s'il n'y arrive pas toujours. Mais les situations dans lesquelles il parle, les sous-entendus qu'il profère, les personnalités de ceux auxquels il apporte son soutien ne laissent aucun doute» n'est pas diffamatoire selon moi et je suis prêt à l'écrire dans un roman.

Ecrire, dans un roman, que l'avocat qui a mal défendu son client du Front national accusé de meurtre raciste fasse cette analyse : «Comment laisser Jean-Marie Le Pen se poser en victime après le suicide de Ronald Blistier? Le président du Front national est un vampire qui se nourrit de l'aigreur de ses électeurs, mais parfois aussi de leur sang, comme du sang de ses ennemis, non? Pourquoi Le Pen accuse-t-il les démocrates du prétendu assassinat de Ronald Blistier? Parce que le mensonge ne lui fait pas peur, parce que porter la diffamation dans le camp adverse lui paraît toujours utile, certes,

mais aussi tout bêtement pour détourner les soupçons, pour être celui qui crie le plus fort dans l'espoir que ses hurlements couvriront les accusations portées contre lui-même» n'est pas diffamatoire selon moi et je suis prêt à l'écrire dans un roman.

Si ces phrases sont jugées diffamatoires dans un roman, elles le sont aussi dans la réalité. S'ils sont logiques avec eux-mêmes, Jean-Marie Le Pen doit me poursuivre et le tribunal me condamner pour les avoir reproduites ici.»

2. *Le jugement du tribunal correctionnel de Paris du 7 septembre 2000*

22. C'est à raison de cette publication que M. Le Pen et son parti firent citer directement le troisième requérant devant le tribunal correctionnel de Paris pour le voir répondre, en tant que directeur de la publication de *Libération*, du chef de diffamation publique envers un particulier (articles 29, premier alinéa, 32, premier alinéa, et 42 de la loi du 29 juillet 1881 relative à la liberté de la presse).

23. Par un jugement du 7 septembre 2000, le tribunal déclara le troisième requérant coupable du délit de diffamation et le condamna à 15 000 FRF (2 286,74 EUR) d'amende ainsi qu'au paiement de la somme de 25 000 FRF (3 811,23 EUR) à titre de dommages et intérêts.

Après avoir constaté que *Libération* avait reproduit *in extenso* des passages de l'ouvrage qu'il avait, dans son jugement du 11 octobre 1999, qualifiés de diffamatoires, le tribunal jugea que «le caractère diffamatoire des propos déjà jugés comme attentatoires à l'honneur et à la considération et réitérés dans l'article présentement poursuivi ne [faisait] (...) aucun doute». Sur la bonne foi, le tribunal souligna que, si *Libération* avait le droit de commenter une décision de justice et de communiquer des idées et informations sur des questions débattues dans l'arène publique, il y avait néanmoins «une différence entre l'exercice du droit de pétition et la publicité donnée à celle-ci au moyen de termes contestables»; selon le tribunal, la publication *in abstracto* des passages diffamatoires, en dehors de tout contexte littéraire, renforçait la charge infamante des imputations, déplaçant celles-ci sur le terrain de la réalité et de la vraisemblance, exclusif de tout débat d'idées, ainsi que les signataires de l'article le mettaient en exergue en concluant «si ces phrases sont jugées diffamatoires dans un roman, elles le sont aussi dans la réalité». Le tribunal constata ensuite que d'autres journaux avaient fait état de la polémique provoquée par la publication du *Procès de Jean-Marie Le Pen* et la pétition consécutive à la condamnation de son auteur, sans mentionner *in extenso* les propos litigieux; il en déduisit que le troisième requérant «pouvait (...) rendre compte de la pétition incriminée et faire connaître le point de vue de nombre d'écrivains et de journalistes, sans pour autant réitérer l'infraction reprochée à M. Lindon et à son éditeur en reproduisant les passages jugés diffamatoires par le tribunal dans sa précédente décision».

3. *L'arrêt de la cour d'appel de Paris du 21 mars 2001*

24. Le 12 septembre 2000, le troisième requérant interjeta appel de ce jugement. Il faisait valoir que l'article incriminé s'inscrivait dans le contexte d'une controverse politique entourant le Front national et son président, et que cette controverse était intense en raison d'événements réellement survenus; c'est cette dernière circonstance qui donnait sa trame au roman du premier requérant, pour lequel les signataires de la pétition avaient pris parti par réflexe démocratique et vigilance à l'égard de l'extrême droite. Il précisait que la rubrique «Rebonds» était spécialement consacrée à des articles d'opinion émanant de personnes extérieures au journal, qui prennent parti afin de susciter le débat et provoquer la réaction des lecteurs. Il ajoutait que cette rubrique n'était pas en principe celle de l'objectivité et de l'impartialité mais celle de l'opinion, et impliquait en conséquence une nécessaire liberté d'esprit. Il concluait que la libre discussion des questions politiques ne devait pas être entravée par de trop nombreuses exigences liées à la protection des droits d'autrui ou à la défense de l'ordre public.

25. Par un arrêt du 21 mars 2001, la 11^e chambre de la cour d'appel de Paris (composée de MM. Charvet, président, Deletang et Waechter) confirma en toutes ses dispositions le jugement déféré.

La cour souligna qu'elle avait, par son arrêt du 13 septembre 2000 (paragraphe 16-19 ci-dessus), confirmé la condamnation des deux premiers requérants à raison de trois des quatre passages litigieux du roman. Retranscrivant ceux-ci, elle renvoya, s'agissant du caractère diffamatoire de l'article, aux motifs de l'arrêt du 13 septembre 2000 qui, souligna-t-elle «restent applicables». Elle écarta ensuite l'excuse de bonne foi par le motif suivant :

«L'existence de controverses autour de M. Le Pen et du Front national est patente depuis de longues années, ces controverses pouvant revêtir selon les périodes un aspect polémique.

En ce qui concerne l'ouvrage «le procès de Jean-Marie Le Pen» la Cour a indiqué dans son précédent arrêt qu'il était constant que son sujet même était la lutte contre les idées politiques des parties civiles, la forme revêtue par ce combat étant en l'espèce celle d'un roman.

Un tel support n'exclut pas l'application de la loi du 29 juillet 1881 dès lors que, d'une part, à travers les personnages mis en scène ce sont des personnes réelles qui sont identifiables et que, d'autre part, les allégations diffamatoires les concernant traduisent non pas les ressorts d'une fiction mais la pensée directe de l'auteur.

Sur le fondement de cette analyse la Cour a considéré que l'on se trouvait bien dans cette situation pour le roman lui-même. C'est encore plus le cas pour le texte poursuivi dont il est revendiqué doublement une sortie de la fiction en étant publié alors que les passages en cause ont été condamnés et en indiquant clairement cette sortie de la fiction: «si ces phrases sont jugées diffamatoires dans un roman, elles le sont aussi dans la réalité»; «nous écrirons contre Le Pen».

Les auteurs du texte querellé n'ont pas d'autre but que d'apporter leur soutien à Mathieu Lindon en reprenant à leur compte, par défi, l'ensemble des passages déclarés délictueux par le tribunal et sans même mettre réellement en doute la portée diffamatoire des propos.

L'objectif polémique d'un texte ne saurait dispenser de toute régulation de son expression notamment quand loin de se fonder sur le seul débat d'idée l'argumentation est construite autour de la référence à des faits précis. Il convient alors de respecter l'obligation d'une enquête sérieuse préalable à des imputations particulièrement graves puisqu'il s'agit d'incitation au meurtre, et d'éviter des expressions outrageantes comme, entre autres, l'assimilation de M. Le Pen à « un chef d'une bande de tueurs » ou à un vampire.

Le bénéfice de la bonne foi ne sera pas accordé (...)

4. *L'arrêt de la Cour de cassation du 3 avril 2002*

26. Le 23 mars 2001, le troisième requérant forma un pourvoi en cassation, au moyen notamment d'une méconnaissance des articles 10 et 6 de la Convention. Sur le terrain de cette seconde disposition, il exposait que la cour d'appel avait précédemment statué sur le caractère diffamatoire du livre en question et s'était fondée sur son arrêt précédent, de sorte que sa cause n'avait pas été entendue par un tribunal impartial mais par « un juge qui se considérait ouvertement comme étant clairement visé par l'écrit incriminé ».

27. Le 3 avril 2002, la Cour de cassation rejeta le pourvoi par un arrêt ainsi motivé :

« (...) Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué que Serge July, directeur de publication, a été cité à l'audience de la 11^e chambre de la cour d'appel pour diffamation publique envers un particulier, à raison de la publication d'un article ; que cet article reprenait certains passages d'un ouvrage, dont l'auteur avait été précédemment condamné sur le fondement de l'article 29 de la loi du 29 juillet 1881, par une formation de la cour d'appel composée de M. Charvet, président, de M. Blanc et M. Deletang, conseillers ;

Attendu que le demandeur ne saurait se faire un grief de ce que la juridiction de second degré devant laquelle il comparaisait était composée de M. Charvet et de M. Deletang, dès lors que la participation en l'espèce de plusieurs conseillers de la chambre des appels correctionnels aux débats portant sur des poursuites successivement engagées contre l'auteur d'un texte diffamatoire puis contre le directeur de publication qui a laissé publier certains passages dudit texte, n'est pas contraire à l'exigence d'impartialité énoncée par l'article 6 § 1 de la Convention ; qu'en outre, contrairement à ce qui est soutenu, il ne résulte d'aucune énonciation de l'arrêt attaqué que les juges se soient considérés comme visés par l'écrit incriminé ou aient exprimé une opinion contraire à l'exigence d'impartialité ;

(...) Attendu que pour retenir la culpabilité de Serge July (...), la cour d'appel énonce que l'objectif polémique du texte ne saurait dispenser de toute régulation dans son expression, quand, loin de se fonder sur le seul débat d'idées, l'argumentation est construite par référence à des faits précis ; qu'elle ajoute qu'en l'espèce, les imputations, sans enquête sérieuse préalable, sont particulièrement

graves, s'agissant de l'assimilation de la partie civile à «un chef d'une bande de tueurs» ou à un vampire;

Attendu qu'en cet état, la cour d'appel a justifié sa décision sans méconnaître l'article 10 de la Convention (...)

II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

28. Les dispositions pertinentes de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse sont les suivantes :

Article 29

«Toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé est une diffamation. La publication directe ou par voie de reproduction de cette allégation ou de cette imputation est punissable, même si elle est faite sous forme dubitative ou si elle vise une personne ou un corps non expressément nommés, mais dont l'identification est rendue possible par les termes des discours, cris, menaces, écrits ou imprimés, placards ou affiches incriminés.

Toute expression outrageante, termes de mépris ou invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait est une injure.»

Article 32, alinéa 1

«La diffamation commise envers les particuliers par l'un des moyens énoncés en l'article 23 [dont les «écrits» et «imprimés» et «tout autre support de l'écrit» «vendus ou distribués, mis en vente»] sera punie d'un emprisonnement de six mois et d'une amende de 12 000 euros, ou de l'une de ces deux peines seulement.»

Article 42

«Seront passibles, comme auteurs principaux des peines qui constituent la répression des crimes et délits commis par la voie de la presse, dans l'ordre ci-après, savoir :

1° Les directeurs de publications ou éditeurs, quelles que soient leurs professions ou leurs dénominations (...)

29. La désignation de la personne diffamée peut se faire à travers les personnages d'un roman ou d'une pièce de théâtre sans qu'il soit nécessaire que le nom du personnage imaginaire soit celui de la personne qui se prétend diffamée, pourvu que la personne soit désignée de manière claire sans que le public puisse s'y tromper (cour d'appel de Paris, 8 mars 1897). A l'inverse, il ne suffit pas que le nom du personnage imaginaire soit celui d'une personne vivante pour que celle-ci puisse s'estimer diffamée, même s'il existe certaines similitudes de caractère et de diffusion (cour d'appel d'Alger, 20 février 1897). Le plus souvent, ces situations donnent lieu à des poursuites en responsabilité civile et des dommages et intérêts sont accordés chaque fois qu'il y a préjudice, c'est-à-dire que le public a été inévitablement amené à faire un rapprochement

entre la personne vivante et le personnage imaginaire et qu'on peut reprocher une faute d'imprudence à l'auteur (cour d'appel de Paris, 24 avril 1936; cour d'appel de Paris, 8 novembre 1950) (extrait du *Juris-Classeur* de Droit pénal 1996, Presse-Diffamation, fascicule 90, «86 – personnages littéraires»).

EN DROIT

I. JONCTION DES REQUÊTES

30. Compte tenu de la connexité des requêtes quant aux faits et aux questions de fond qu'elles posent, la Cour juge approprié de les joindre, en application de l'article 42 § 1 de son règlement.

II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 10 DE LA CONVENTION

31. Les requérants dénoncent une violation de leur droit à la liberté d'expression, résultant de leur condamnation pour diffamation ou complicité de diffamation. Ils invoquent l'article 10 de la Convention, aux termes duquel :

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

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

A. Thèses des parties

1. *Les requérants*

32. Les deux premiers requérants soutiennent que leur condamnation pour diffamation et complicité de diffamation à raison de la publication du *Procès de Jean-Marie Le Pen* constitue une «sanction» non «prévue par la loi» au sens que la jurisprudence de la Cour donne à cette notion. Selon eux, nonobstant la précision apparente du premier

alinéa de l'article 29 de la loi du 29 juillet 1881 sur laquelle elle se fonde et une abondante jurisprudence en matière de diffamation, leur condamnation n'était pas «prévisible». Ils reprochent en particulier à la cour d'appel de Paris d'avoir recherché la pensée de l'auteur dans des propos de personnages fictifs, en fonction de surcroît du caractère «positif» ou non de ceux-ci. En examinant ainsi les passages litigieux du roman, elle aurait procédé par déduction, ce qui serait une méthode subjective et aléatoire ne permettant pas à un écrivain de déterminer à l'avance les limites des propos autorisés, à l'aune desquelles il lui faut régler son comportement. De fait, cette méthode n'ayant pas été appliquée avec la même rigueur à tous les passages litigieux, l'arrêt et le raisonnement de la cour d'appel seraient à plusieurs égards inconstants et incohérents.

En second lieu, ils considèrent que cette «sanction» n'était pas «nécessaire» «dans une société démocratique». Ils soulignent en particulier qu'aucun «besoin social impérieux» ne justifiait leur condamnation en tant qu'auteur et éditeur d'un texte de fiction et présenté aux lecteurs comme tel, mettant en exergue la liberté d'expression du romancier et, se référant notamment à l'arrêt *Lingens*, précité, le fait que le livre en question visait un homme politique. Ils ajoutent que les juridictions internes ont dénaturé les propos litigieux et que, pénale, la «sanction» infligée est hors de proportion.

33. Le troisième requérant considère également que sa condamnation pour diffamation à raison de la parution dans le journal *Libération* d'une pétition signée par quatre-vingt-dix-sept écrivains, retranscrivant des passages du roman litigieux jugés diffamatoires par le tribunal correctionnel de Paris, n'était pas «nécessaire» au sens de l'article 10 de la Convention. Rappelant en particulier l'importance de la liberté de la presse dans une société démocratique et soulignant que l'article en cause s'inscrivait dans un débat politique d'intérêt général, il considère que sa condamnation est d'autant moins proportionnée au but poursuivi, la protection de la réputation de M. Le Pen, que ce dernier est lui-même adepte de la provocation et use de propos choquants lorsqu'il s'exprime dans les médias.

2. *Le Gouvernement*

34. Le Gouvernement ne conteste pas que la condamnation des requérants constitue une ingérence dans l'exercice de leur droit à la liberté d'expression, mais soutient qu'elle était «prévue par la loi», poursuivait un «but légitime» et, eu égard à la marge d'appréciation reconnue aux Etats parties en la matière, était «nécessaire dans une société démocratique» pour l'atteindre, conformément au second paragraphe de l'article 10.

35. Sur le premier point, le Gouvernement souligne que la condamnation des requérants trouve son fondement dans les articles 29, alinéa 1, et 32, alinéa 1, de la loi du 29 juillet 1881.

Il rejette la thèse des premiers requérants selon laquelle l'application de ces dispositions en leur cause n'était pas prévisible, indiquant en particulier qu'il existe des précédents de poursuites pour diffamation à travers une œuvre littéraire (il se réfère à un arrêt de la cour d'appel de Paris du 8 mars 1897) ; le second requérant aurait au demeurant reconnu en appel qu'il savait qu'en publiant le roman litigieux il risquait d'être poursuivi par M. Le Pen. Quant aux prétendus critères incohérents sur lesquels les juridictions internes se seraient fondées, il s'agirait d'une question relevant non de la prévisibilité de la loi mais de l'examen de la nécessité de l'ingérence.

36. Sur le deuxième point, le Gouvernement soutient que l'ingérence visait la «protection de la réputation ou des droits d'autrui» – ceux de M. Le Pen et du Front national – soit l'un des buts légitimes énumérés au second paragraphe de l'article 10.

37. Quant à la nécessité et à la proportionnalité de l'ingérence en la cause des premiers requérants, le Gouvernement considère que les juridictions du fond ont analysé de manière cohérente le caractère diffamatoire des passages visés du livre et fondé leurs décisions sur des motifs «pertinents» et «suffisants». Il met en outre en exergue le fait qu'elles n'ont pas condamné les premiers requérants à raison de l'aversion exprimée dans l'ouvrage litigieux à l'égard des idées défendues par le Front national et son président, mais à l'issue d'une mise en balance des intérêts en présence. Selon lui, s'il est vrai que les limites de la critique admissible sont plus larges à l'égard d'un homme politique, les propos litigieux portaient clairement atteinte à la réputation des parties civiles. Par ailleurs, dès lors qu'il ne s'agissait pas de jugements de valeur mais d'allégations de faits dont la matérialité doit se prouver, la condamnation des requérants au motif qu'ils n'avaient pas procédé aux «vérifications minimales» quant à la réalité de ceux-ci avant de les diffuser – alors qu'ils en avaient la possibilité – serait compatible avec l'article 10 de la Convention. Il ajoute que les requérants ont pu plaider leur bonne foi, que les amendes qui leur ont été infligées et le montant des dommages et intérêts mis à leur charge ne sont pas disproportionnés et que les juridictions n'ont ordonné ni la saisie ni la destruction de l'ouvrage.

Le Gouvernement parvient à la même conclusion en la cause du troisième requérant, les juridictions internes ayant selon lui respecté un juste équilibre entre les intérêts en présence (le respect de la libre discussion des idées politiques par la presse et la protection de la réputation d'autrui), eu égard au fait que les propos attentatoires à la réputation étaient graves et reproduits dans un journal national largement diffusé. Il ajoute que la publication de la pétition litigieuse

dépassait le stade de la participation à une controverse politique concernant l'extrême droite: elle aurait de fait consisté en l'imputation de crimes et délits non prouvés à M. Le Pen et à son parti; en réalité, en publiant les passages du livre pour lesquels les premiers requérants ont été condamnés, le troisième requérant entendait contester le caractère diffamatoire des allégations litigieuses et donc attester la véracité des propos litigieux. Ce faisant, il n'aurait pas respecté l'obligation de rigueur et de mesure s'imposant à lui au titre des «devoirs et responsabilités» des journalistes. Le Gouvernement ajoute que les juridictions internes n'ont sanctionné le troisième requérant ni pour avoir critiqué la condamnation des premiers requérants ni pour avoir informé le public que les signataires de la pétition litigieuse apportaient leur soutien à ces derniers, mais pour l'avoir fait selon un mode consistant en la réitération de l'infraction.

38. Le Gouvernement conclut que les griefs des requérants tirés d'une violation de l'article 10 de la Convention sont manifestement mal fondés et donc irrecevables.

B. Appréciation de la Cour

1. Sur la recevabilité

39. La Cour estime que cette partie des requêtes n'est pas manifestement mal fondée au sens de l'article 35 § 3 de la Convention et constate qu'elle ne se heurte à aucun autre motif d'irrecevabilité. Il convient donc de la déclarer recevable.

2. Sur le fond

40. Il ne prête pas à controverse entre les parties que la condamnation des requérants constitue une «ingérence d'autorités publiques» dans leur droit à la liberté d'expression. Pareille immixtion enfreint la Convention si elle ne remplit pas les exigences du paragraphe 2 de l'article 10. Il y a donc lieu de déterminer si elle était «prévues par la loi», inspirée par un ou plusieurs des buts légitimes au regard dudit paragraphe et «nécessaire, dans une société démocratique», pour les atteindre.

a) «Prévues par la loi»

41. La Cour rappelle que l'on ne peut considérer comme une «loi» au sens de l'article 10 § 2 qu'une norme énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite; en s'entourant au besoin de conseils éclairés, il doit être à même de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver

d'un acte déterminé. Elles n'ont pas besoin d'être prévisibles avec une certitude absolue. La certitude, bien que souhaitable, s'accompagne parfois d'une rigidité excessive; or le droit doit pouvoir s'adapter aux changements de situation. Aussi beaucoup de lois se servent-elles, par la force des choses, de formules plus ou moins vagues dont l'interprétation et l'application dépendent de la pratique.

La Cour rappelle également que la portée de la notion de prévisibilité dépend dans une large mesure du contenu du texte dont il s'agit, du domaine qu'il couvre ainsi que du nombre et de la qualité de ses destinataires. La prévisibilité de la loi ne s'oppose pas à ce que la personne concernée soit amenée à recourir à des conseils éclairés pour évaluer, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences pouvant résulter d'un acte déterminé. Il en va spécialement ainsi des professionnels, habitués à devoir faire preuve d'une grande prudence dans l'exercice de leur métier; aussi peut-on attendre d'eux qu'ils mettent un soin particulier à évaluer les risques qu'il comporte (voir, par exemple, *Cantoni c. France*, 15 novembre 1996, § 35, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-V, et *Chauvy et autres c. France*, n° 64915/01, §§ 43-45, CEDH 2004-VI).

42. En l'espèce, la condamnation des requérants trouve sa base légale dans des textes accessibles et clairs, les articles 29 et 32 de la loi du 29 juillet 1881. Le premier de ces articles énonce notamment que « toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé est une diffamation », et la jurisprudence précise que celle-ci peut se faire à travers une œuvre de fiction dès lors que la personne qui se prétend diffamée est désignée de manière claire (paragraphes 28-29 ci-dessus).

Si la jurisprudence sur ce point spécifique apparaît ancienne et peu abondante – le Gouvernement se borne à cet égard à faire référence à un arrêt de la cour d'appel de Paris du 8 mars 1897 –, la Cour doit prendre en compte le fait que le premier et le deuxième requérant sont, respectivement, écrivain et président du conseil d'administration d'une maison d'édition: professionnels de la publication, ils se devaient d'être au fait des dispositions légales pertinentes et de la jurisprudence en la matière, quitte à recourir aux conseils de juristes spécialisés. Ainsi, dès lors que le roman dont il est question visait nommément M. Le Pen et le Front national, ils ne pouvaient ignorer qu'en le diffusant ils s'exposaient à des poursuites pour diffamation de la part de ces derniers, sur le fondement des textes précités.

Quant à la question des critères mis en œuvre par la cour d'appel de Paris pour apprécier le caractère diffamatoire ou non des passages litigieux dudit roman, elle se rattache en vérité à la pertinence et à la suffisance des motifs retenus par les juridictions internes pour justifier l'ingérence litigieuse dans le droit à la liberté d'expression des premiers

requérants; la Cour l'examinera en conséquence dans le cadre de l'évaluation de la «nécessité» de celle-ci.

43. En conclusion, les premiers requérants ne sauraient soutenir qu'ils ne pouvaient prévoir «à un degré raisonnable» les conséquences que la publication de l'ouvrage en cause était susceptible d'avoir pour eux sur le plan judiciaire. La Cour en déduit que l'ingérence litigieuse était «prévue par la loi» au sens du second paragraphe de l'article 10 de la Convention.

b) But légitime

44. Selon la Cour, l'ingérence poursuivait sans aucun doute l'un des buts énumérés à l'article 10 § 2: la protection «de la réputation ou des droits d'autrui», ceux de M. Le Pen et du Front national; au demeurant, les parties n'en disconviennent pas.

c) «Nécessaire dans une société démocratique»

i. Principes généraux

45. La liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. Sous réserve du paragraphe 2 de l'article 10, elle vaut non seulement pour les «informations» ou «idées» accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent: ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de «société démocratique». Telle que la consacre l'article 10, elle est assortie d'exceptions qui appellent toutefois une interprétation étroite, et le besoin de la restreindre doit se trouver établi de manière convaincante.

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 les motifs invoqués

par les autorités nationales pour la justifier apparaissent «pertinents et suffisants» et si elle était «proportionnée au but légitime poursuivi». 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 (voir, parmi beaucoup d'autres, les arrêts *Hertel c. Suisse*, 25 août 1998, § 46, *Recueil* 1998-VI, *Pedersen et Baadsgaard c. Danemark* [GC], n° 49017/99, §§ 68-71, CEDH 2004-XI, *Steel et Morris c. Royaume-Uni*, n° 68416/01, § 87, CEDH 2005-II, et *Mamère c. France*, n° 12697/03, § 19, CEDH 2006-XIII).

46. L'article 10 § 2 de la Convention ne laisse guère de place pour des restrictions à la liberté d'expression dans le domaine du discours et du débat politique – dans lequel la liberté d'expression revêt la plus haute importance (*Brasiliér c. France*, n° 71343/01, § 41, 11 avril 2006) – ou des questions d'intérêt général (voir notamment les arrêts *Sürek c. Turquie (n° 1)* [GC], n° 26682/95, § 61, CEDH 1999-IV, et *Brasiliér, ibidem*).

En outre, les limites de la critique admissible sont plus larges à l'égard d'un homme politique, visé en cette qualité, que d'un simple particulier : à la différence du second, le premier s'expose inévitablement et consciemment à un contrôle attentif de ses faits et gestes tant par les journalistes que par la masse des citoyens ; il doit, par conséquent, montrer une plus grande tolérance (voir, par exemple, les arrêts *Lingens*, précité, § 42, *Vides Aizsardzibas Klubs c. Lettonie*, n° 57829/00, § 40, 27 mai 2004, et *Brasiliér, ibidem*).

ii. *Application des principes suscités*

α) Les deux premiers requérants

47. Comme l'a souligné la cour d'appel de Paris dans son arrêt du 13 septembre 2000, l'ouvrage dont la publication a conduit à la condamnation des requérants pour diffamation et complicité de diffamation est un «roman», une «œuvre d'imagination» (paragraphe 17 ci-dessus). Or le roman relève de l'expression artistique, laquelle entre dans le champ d'application de l'article 10 en ce qu'elle permet de participer à l'échange public d'informations et idées culturelles, politiques et sociales de toutes sortes. Ceux qui créent ou diffusent une œuvre, littéraire par exemple, contribuent à l'échange d'idées et d'opinions indispensable à une société démocratique. Il en résulte l'obligation, pour l'Etat, de ne pas empiéter indûment sur leur liberté d'expression (voir, en particulier, les arrêts *Karataş c. Turquie* [GC], n° 23168/94, § 49, CEDH 1999-IV, et *Ahnak c. Turquie*, n° 40287/98, §§ 41-43, 29 mars 2005).

En outre, dans le cadre de l'examen de la «nécessité» d'une ingérence, il y a lieu de prendre en compte le fait que le roman est une forme

d'expression artistique qui, bien que susceptible d'atteindre un lectorat sur une période plus longue, s'adresse généralement à un public plus restreint que la presse écrite (sur ce dernier point, voir l'arrêt *Alinak*, précité, § 41). En conséquence, le nombre de personnes ayant eu connaissance des propos en cause en l'espèce et, en corollaire, le cas échéant, l'ampleur de l'atteinte aux droits et à la réputation de M. Le Pen et de son parti, étaient vraisemblablement modérés.

48. Le roman litigieux, qui s'inspire de faits réels mais en y ajoutant des éléments fictifs, relate le procès d'un militant du Front national qui, alors qu'il collait des affiches de son parti en compagnie d'autres militants, a tué de sang-froid un jeune Maghrébin, et qui revendique le caractère raciste de ce crime. Intitulé *Le Procès de Jean-Marie Le Pen*, il pose ouvertement la question de la part de responsabilité du Front national et de son président dans le développement du racisme en France, et celle de la difficulté de lutter contre ce fléau (paragraphes 11-12 ci-dessus). A n'en pas douter, il s'inscrit ainsi dans un débat d'intérêt général et relève de l'expression politique et militante, de sorte que l'on se trouve dans un cas où l'article 10 exige un niveau élevé de protection du droit à la liberté d'expression. La marge d'appréciation dont disposaient les autorités pour juger de la «nécessité» de la sanction prononcée contre les requérants était en conséquence particulièrement restreinte (paragraphe 46 ci-dessus; voir aussi les arrêts *Steel et Morris*, précité, §§ 88-89, et *Mamère*, précité, § 20).

49. La Cour constate d'emblée que l'examen de la cause des requérants auquel s'est livrée la cour d'appel de Paris s'inscrit dûment dans une optique de cette nature. En effet, dans son arrêt du 13 septembre 2000, la cour d'appel souligne que poser la question «comment combattre efficacement Jean-Marie Le Pen» «n'est pas en soi diffamatoire à l'égard de ce dernier, même dans un roman», et que «la légitimité du but poursuivi par les prévenus à travers ce roman, à savoir «lutter efficacement contre Jean-Marie Le Pen», c'est-à-dire la conduite d'un combat politique, n'est pas discutable dans une société démocratique». Par ailleurs, elle relève certes que, «revendiqué comme un livre «de combat», l'ouvrage en cause et en particulier les passages retenus comme diffamatoires, attestent d'une animosité patente à l'égard des parties civiles». Toutefois, elle retient qu'«explicitement rattachée à l'aversion que suggèrent aux prévenus les idées et les valeurs soumises au débat public par la partie civile en tant que président du Front national», «cette animosité, dont l'objet n'est pas la personne de la partie civile, n'est pas condamnable en tant que telle» (paragraphes 17-19 ci-dessus).

50. Il apparaît ainsi que la sanction prononcée par le juge interne contre les requérants ne vise pas la thèse développée dans l'ouvrage litigieux mais uniquement le contenu de certains passages de celui-ci,

jugé attentatoire «à l'honneur ou à la considération» du Front national et de son président au sens de l'article 29 de la loi du 29 juillet 1881. Au demeurant, alors que la citation des intéressés devant le juge répressif visait six extraits du roman (paragraphe 13 ci-dessus), ils n'ont finalement été condamnés qu'à raison des trois suivants :

Page 10 (il s'agit du point de vue que l'auteur prête à des manifestants antiracistes rassemblés devant le palais de justice) : « (...) c'est combattre efficacement Le Pen que de réclamer sa mise en cause dans l'affaire, montrer qu'il n'est pas président d'un parti politique, mais chef d'une bande de tueurs, Al Capone aurait eu aussi des électeurs » ;

Pages 105 à 106 (c'est l'avocat qui s'exprime ainsi devant la Cour) : « Lisez les journaux, écoutez la radio et la télévision, chaque propos de Jean-Marie Le Pen est riche – ou pauvre, misérable – d'un racisme au mieux diffus. Derrière chacun de ses mots on peut en entendre d'autres, et derrière chacune de ses propositions on peut aussi voir le spectre des pires abominations de l'histoire humaine. Tout le monde le sait, tout le monde le dit. Ce que Ronald Blistier a fait, c'est ce que recommande Jean-Marie Le Pen. Oh ! pas explicitement, il tâche de rester dans le cadre des lois, même s'il n'y arrive pas toujours. Mais les situations dans lesquelles il parle, les sous-entendus qu'il profère, les personnalités de ceux auxquels il apporte son soutien ne laissent aucun doute » ;

Page 136 (il s'agit de propos tenus à la télévision par l'avocat de l'accusé après le suicide de ce dernier) : « Comment laisser Jean-Marie Le Pen se poser en victime après le suicide de Ronald Blistier, le président du Front national est un vampire qui se nourrit de l'aigreur de ses électeurs, mais parfois aussi de leur sang, comme du sang de ses ennemis, non ? Pourquoi Le Pen accuse-t-il les démocrates du prétendu assassinat de Ronald Blistier ? Parce que le mensonge ne lui fait pas peur, parce que porter la diffamation dans le camp adverse lui paraît toujours utile, certes, mais aussi tout bêtement pour détourner les soupçons, pour être celui qui crie le plus fort dans l'espoir que ses hurlements couvriront les accusations portées contre lui-même. »

51. Les requérants reprochent cependant à la cour d'appel d'avoir, pour les besoins de l'examen de leur cause, recherché la pensée de l'auteur dans des propos tenus par des personnages de fiction dans une situation elle-même fictive, et fondé ses conclusions quant à la nature diffamatoire des passages en cause sur la distance prise ou non par l'auteur par rapport auxdits propos. Selon eux, un tel procédé aboutit à l'enfermement de la littérature dans des règles rigides, incompatibles avec la liberté de création et d'expression artistiques.

La Cour ne partage pas cette analyse. Elle estime au contraire que les critères mis en œuvre par la cour d'appel de Paris pour juger du caractère diffamatoire ou non des écrits litigieux sont compatibles avec l'article 10 de la Convention.

A cet égard, la Cour relève que, dans son arrêt du 13 septembre 2000, la cour d'appel souligne en premier lieu que tout écrit, même romanesque, est susceptible de porter « atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne » au sens de l'article 29 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse et donc d'emporter condamnation pour diffamation. Une telle

approche s'accorde avec l'article 10 de la Convention. Certes, comme cela est rappelé ci-dessus (paragraphe 47) ceux qui, par exemple, créent ou diffusent une œuvre littéraire, contribuent à l'échange d'idées et d'opinions indispensable à une société démocratique, d'où l'obligation, pour l'État, de ne pas empiéter indûment sur leur liberté d'expression ; il en va d'autant plus de la sorte lorsque, à l'instar du roman dont il est question en l'espèce, l'œuvre relève de l'expression politique ou militante (paragraphe 48 ci-dessus). Il n'en reste pas moins que le romancier – à l'instar de tout créateur – et ceux qui promeuvent ses œuvres n'échappent pas aux possibilités de limitation que ménage le paragraphe 2 de l'article 10 : quiconque se prévaut de sa liberté d'expression assume, selon les termes de ce paragraphe, des « devoirs et responsabilités ».

52. La Cour constate ensuite que, pour juger du caractère diffamatoire ou non des passages du roman soumis à son examen, la cour d'appel s'est attachée à rechercher s'ils portaient effectivement « atteinte à l'honneur et à la considération » de M. Le Pen et du Front national. Pour autant qu'il appartienne à la Cour d'en juger (voir, par exemple, l'arrêt *Mamère*, précité, § 22), ses conclusions sur ce point ne prêtent pas le flanc à la critique, eu égard au contenu virulent des écrits litigieux et au fait qu'ils visaient nommément ce parti et son président.

Enfin, il ressort en vérité de l'arrêt du 13 septembre 2000 que c'est à décharge que la cour d'appel a en sus recherché la pensée de l'auteur : elle a estimé que, lorsque des propos portant « atteinte à l'honneur et à la considération de la personne » sont tenus par un narrateur ou des personnages dans le cadre d'une « œuvre de fiction », seuls ceux qui reflètent la pensée de l'auteur sont susceptibles de tomber sous le coup de la loi du 29 juillet 1881, à l'exclusion de ceux à l'égard desquels il exprime une réelle distance dans son ouvrage. De fait, la mise en œuvre de ce critère l'a conduite à conclure que l'un des quatre passages soumis à son contrôle n'était pas diffamatoire.

53. La cour d'appel a en outre vérifié si les requérants étaient en mesure de se prévaloir de leur bonne foi pour s'exonérer de leur responsabilité, c'est-à-dire, selon le droit interne, si les imputations jugées diffamatoires correspondaient à la poursuite d'un but légitime, ne traduisaient pas une animosité personnelle, faisaient suite à une enquête sérieuse et étaient exprimées avec mesure (paragraphe 19 ci-dessus).

Elle ne leur a cependant pas reconnu ce bénéfice, jugeant qu'à l'inverse des deux premières de ces conditions, les deux dernières n'étaient pas remplies.

54. Quant au sérieux de l'enquête ayant précédé la publication du roman, la cour d'appel a précisé que « s'agissant d'un ouvrage de fiction, [cette question] ne peut être appréciée comme s'il s'agissait d'un écrit ayant vocation à informer le lecteur de faits réels ou à en présenter le commentaire ». Elle a néanmoins jugé ce critère pertinent en l'espèce dès

lors que ledit roman mélange réalité et fiction – soulignant à cet égard que, bien que l'intrigue soit imaginaire, le président du Front national, personne réelle, est le « pivot » autour duquel évoluent et se définissent les personnages imaginaires – et que les idées, les discours et les faits et gestes de M. Le Pen y sont décrits au plus près de la réalité. Appliquant ce critère, la cour d'appel a conclu que « si les discours et les idées prêtées [à M. Le Pen et à son parti] ainsi que les débats auxquels ils donnent lieu correspondent indiscutablement à la réalité de la place occupée par les idées du Front national dans l'actualité de la vie politique de la France d'aujourd'hui, les prévenus n'apportent pas d'éléments précis permettant d'attester que le recours aux formulations retenues comme diffamatoires ait été précédé de vérifications minimales sur la réalité censée être évoquée par lesdites formulations ».

55. La Cour estime que ce raisonnement s'accorde avec sa propre jurisprudence.

Elle rappelle à cet égard qu'afin d'évaluer la justification d'une déclaration contestée, il y a lieu de distinguer entre déclarations factuelles et jugements de valeur. Si la matérialité des faits peut se prouver, les seconds ne se prêtent pas à une démonstration de leur exactitude ; l'exigence voulant que soit établie la vérité de jugements de valeur est irréalisable et porte atteinte à la liberté d'opinion elle-même, élément fondamental du droit garanti par l'article 10. La qualification d'une déclaration en fait ou en jugement de valeur relève cependant en premier lieu de la marge d'appréciation des autorités nationales, notamment des juridictions internes. Par ailleurs, même lorsqu'une déclaration équivaut à un jugement de valeur, elle doit se fonder sur une base factuelle suffisante, faute de quoi elle serait excessive (voir, par exemple, l'arrêt *Pedersen et Baadsgaard*, précité, § 76).

En règle générale, cette distinction n'a pas lieu d'être s'agissant d'écrits figurant dans un roman. Elle retrouve néanmoins toute sa pertinence dès lors que, comme en l'espèce, l'œuvre litigieuse ne relève pas de la pure fiction mais intègre des personnages ou des faits réels.

En l'espèce, d'une part, il était d'autant plus acceptable d'exiger des requérants qu'ils démontrent que les allégations contenues dans les passages du roman jugés diffamatoires reposaient sur une « base factuelle suffisante » que, comme l'a souligné la cour d'appel, elles tenaient non seulement du jugement de valeur mais aussi de l'imputation de faits. D'autre part, la cour d'appel a adopté une démarche mesurée, reprochant aux requérants non pas de ne pas démontrer la réalité des allégations en cause, mais de ne pas avoir procédé à des « vérifications minimales » à cet égard.

56. Au regard du contenu des écrits litigieux, la Cour juge également compatible avec sa jurisprudence la conclusion de la cour d'appel selon laquelle ils manquaient de « mesure ».

Il est vrai que si tout individu qui s'engage dans un débat public d'intérêt général – tels les requérants en l'espèce – est tenu de ne pas dépasser certaines limites quant – notamment – au respect de la réputation et des droits d'autrui, il lui est permis de recourir à une certaine dose d'exagération, voire de provocation, c'est-à-dire d'être quelque peu immodéré dans ses propos (arrêt *Mamère*, précité, § 25).

Il est vrai également que les limites de la critique admissible sont plus larges à l'égard d'un homme – ou d'un parti – politique – tels que M. Le Pen et le Front national –, visé en cette qualité, que d'un simple particulier (paragraphe 46 ci-dessus). Il en va d'autant plus ainsi en l'espèce que M. Le Pen, homme politique de premier plan, est connu pour la virulence de son discours et ses prises de positions extrêmes, lesquelles lui ont valu des condamnations pénales pour provocation à la haine raciale, banalisation de crimes contre l'humanité et consentement à l'horrible, apologie de crime de guerre, injures contre des personnes publiques et insultes. De ce fait, il s'expose lui-même à une critique sévère, et doit donc faire preuve d'une tolérance particulière à cet égard (voir, *mutatis mutandis*, les arrêts *Oberschlick c. Autriche* (n° 2), 1^{er} juillet 1997, §§ 31-33, *Recueil* 1997-IV, *Lopes Gomes da Silva c. Portugal*, n° 37698/97, § 35, CEDH 2000-X, et *Wirtschafts-Trend Zeitschriften-Verlags GmbH c. Autriche*, n° 58547/00, § 37, 27 octobre 2005).

57. La Cour estime néanmoins qu'en l'espèce la cour d'appel a procédé à une appréciation raisonnable des faits en retenant qu'assimiler un individu, fût-il un homme politique, à un « chef de bande de tueurs », affirmer que l'assassinat perpétré par un personnage même de fiction a été « recommandé » par lui et le qualifier de « vampire qui se nourrit de l'aigreur de ses électeurs mais aussi parfois de leur sang », « outrepassé (...) les limites admises en la matière ».

Elle considère d'ailleurs que, quelle que soit la vigueur des luttes politiques, il est légitime de vouloir leur conserver un minimum de modération et de bienséance, ce d'autant plus que la réputation d'un politicien, fût-il controversé, doit bénéficier de la protection garantie par la Convention.

Elle rappelle enfin qu'elle porte attention à la nature des termes employés, notamment à l'intention qu'ils expriment de stigmatiser l'adversaire, et au fait que leur teneur est de nature à attiser la violence et la haine, excédant ainsi ce qui est tolérable dans le débat politique, même à l'égard d'une personnalité occupant sur l'échiquier une position extrémiste (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt *Sürek* (n° 1), précité, §§ 62-63).

58. La Cour parvient en conséquence à la conclusion que la « sanction » prononcée contre les requérants repose sur des motifs « pertinents et suffisants ».

59. Quant à la « proportionnalité » de la sanction, la Cour relève que les requérants ont été déclarés coupables d'un délit et condamnés au

paiement d'une amende pénale, ce qui, en soi, confère aux mesures prises à leur égard un degré élevé de gravité. Toutefois, d'une part, vu la marge d'appréciation que l'article 10 de la Convention laisse aux Etats contractants, on ne saurait considérer qu'une réponse pénale à des faits de diffamation est, en tant que telle, disproportionnée au but poursuivi (arrêt *Radio France et autres c. France*, n° 53984/00, § 40, CEDH 2004-II). D'autre part, le montant de l'amende prononcée contre les requérants est mesuré: 2 286,74 EUR (chacun); le même constat s'impose s'agissant des dommages et intérêts qu'ils ont été solidairement condamnés à payer à chacune des parties civiles: 3 811,23 EUR. Or la nature et la lourdeur des peines infligées sont aussi des éléments à prendre en considération lorsqu'il s'agit de mesurer la proportionnalité de l'ingérence (arrêt *Sürek (n° 1)*, précité, § 64).

Dans ces circonstances et eu égard à la teneur des propos litigieux, la Cour estime que les mesures prises contre les requérants n'étaient pas disproportionnées au but légitime poursuivi.

60. En conclusion, le juge national pouvait raisonnablement tenir l'ingérence dans l'exercice par les requérants de leur droit à la liberté d'expression pour nécessaire dans une société démocratique, au sens de l'article 10 de la Convention, afin de protéger la réputation et les droits de M. Le Pen et du Front national.

β) Le troisième requérant

61. Le troisième requérant a été condamné pour diffamation, en tant que directeur de publication de *Libération*, à raison de la publication dans la rubrique «Rebonds» de ce quotidien d'une pétition dénonçant la condamnation des deux premiers requérants pour diffamation et complicité de diffamation prononcée le 11 octobre 1999 par le tribunal correctionnel de Paris, et retranscrivant les passages du roman jugés diffamatoires par cette juridiction tout en leur contestant ce caractère (paragraphe 21 ci-dessus).

62. En publiant cette pétition, le quotidien *Libération* rendait compte de la condamnation prononcée par le tribunal correctionnel contre les deux premiers requérants à raison de la parution du *Procès de Jean-Marie Le Pen*, du soutien que les quatre-vingt-dix-sept écrivains signataires apportaient à ceux-ci et de l'opinion de ces derniers selon laquelle les passages litigieux n'étaient pas diffamatoires. Il n'est donc pas douteux – le Gouvernement ne le conteste d'ailleurs pas – que la publication de cet article s'inscrit dans le cadre de la diffusion d'informations et d'idées sur des questions d'intérêt général: les controverses autour d'un parti d'extrême droite et de son président – qui s'inscrivent dans un débat politique – et la condamnation d'un écrivain et d'un éditeur pour la publication d'un ouvrage mettant ces derniers en cause. La liberté de la

presse étant ainsi en cause, on se trouve dans un cas où l'article 10 exige un niveau particulièrement élevé de protection du droit à la liberté d'expression.

Sur ce dernier point, la Cour rappelle le rôle fondamental que joue la liberté de la presse dans le bon fonctionnement d'une société démocratique. Si la presse ne doit pas franchir certaines limites, concernant notamment la protection de la réputation et des droits d'autrui, il lui incombe de communiquer, dans le respect de ses devoirs et de ses responsabilités, des informations et des idées sur toutes les questions d'intérêt général, y compris celles qui se rapportent à l'administration de la justice. A sa fonction qui consiste à diffuser des informations et des idées sur de telles questions s'ajoute le droit, pour le public, d'en recevoir. S'il en allait autrement, la presse ne pourrait jouer son rôle indispensable de «chien de garde». La liberté journalistique comprend aussi le recours possible à une certaine dose d'exagération, voire même de provocation (voir, par exemple, l'arrêt *Pedersen et Baadsgaard*, précité, § 71).

63. Dans son arrêt du 21 mars 2001, rendu en la cause du troisième requérant, la cour d'appel de Paris souligne qu'elle avait, par son arrêt du 13 septembre 2000, confirmé la condamnation des deux premiers requérants à raison de trois des quatre passages litigieux du roman; retranscrivant ceux-ci, elle renvoie, s'agissant du caractère diffamatoire de l'article reprenant lesdits passages, aux motifs de l'arrêt du 13 septembre 2000 qui, souligne-t-elle, «restent applicables» (paragraphe 25 ci-dessus).

Vu ses propres conclusions sur ce point (paragraphe 50 ci-dessus), la Cour juge ces motifs «pertinents et suffisants».

64. La cour d'appel écarte ensuite l'excuse de bonne foi. Elle retient à cet égard que la pétition litigieuse, plus encore que le roman en cause, traduit la «pensée directe» de ses auteurs dès lors que ceux-ci revendiquent une sortie de la fiction à double titre: d'abord en procédant à cette publication alors que les passages en cause avaient été condamnés; ensuite en indiquant que «si ces phrases sont jugées diffamatoires dans un roman, elles le sont aussi dans la réalité», «nous écrivons contre Le Pen». Ce faisant, selon la cour d'appel, les auteurs de ce texte n'avaient d'autre but que d'apporter leur soutien au premier requérant «en reprenant à leur compte, par défi, l'ensemble des passages déclarés délictueux par le tribunal et sans même mettre réellement en doute la portée diffamatoire des propos». Or, souligne la cour d'appel, «l'objectif polémique d'un texte ne saurait dispenser de toute régulation de son expression notamment quand loin de se fonder sur le seul débat d'idées l'argumentation est construite autour de la référence à des faits précis [;] il convient alors de respecter l'obligation d'une enquête sérieuse préalable à des imputations particulièrement graves puisqu'il s'agit d'incitation au meurtre, et

d'éviter des expressions outrageantes comme, entre autres, l'assimilation de M. Le Pen à « un chef d'une bande de tueurs » ou à « un vampire ».

65. Il apparaît ainsi que le troisième requérant n'a pas été sanctionné pour avoir rendu compte de la condamnation des deux premiers requérants à raison de la parution du *Procès de Jean-Marie Le Pen*, du soutien que les quatre-vingt-dix-sept écrivains signataires apportaient à ceux-ci ou de l'opinion de ces derniers selon laquelle les passages litigieux n'étaient pas diffamatoires. Il n'a pas non plus été condamné au motif que *Libération* avait omis de se distancier du contenu de la pétition (voir, par exemple, les arrêts *Radio France et autres* et *Pedersen et Baadsgaard*, précités, §§ 37 et 77 respectivement) ni pour avoir reproduit ou critiqué une décision de justice, ce qui eût été difficilement compatible avec l'article 10 de la Convention. S'il a été condamné, c'est parce que *Libération* avait ainsi diffusé une pétition retranscrivant des extraits du roman qui contenaient des « imputations particulièrement graves » et des termes outrageants, dont les signataires, qui reprenaient ceux-ci à leur compte, déniaient le caractère diffamatoire alors qu'ils avaient été jugés tels en la cause des premiers requérants.

66. La Cour estime que, dans les limites indiquées ci-dessus, le raisonnement de la cour d'appel se concilie avec ses propres conclusions selon lesquelles les écrits litigieux tiennent non seulement du jugement de valeur mais aussi de l'imputation de faits (paragraphe 55 ci-dessus) et la cour d'appel a procédé à une appréciation acceptable des faits de la cause en retenant qu'ils manquaient de la modération requise (paragraphe 56-57 ci-dessus). Sur ce dernier point en particulier, eu égard à la teneur des passages litigieux du *Procès de Jean-Marie Le Pen*, à l'impact potentiel sur le public des propos jugés diffamatoires du fait de leur diffusion par un quotidien national largement distribué et à la circonstance qu'il n'était pas nécessaire de les retranscrire pour rendre complètement compte de la condamnation des deux premiers requérants et des critiques qu'elle suscitait, il n'apparaît pas déraisonnable de considérer que le troisième requérant a dépassé les limites de la « provocation » admissible en reproduisant ceux-ci.

67. D'autre part, ce raisonnement s'accorde avec les bornes que la presse doit ne pas franchir, notamment quant à la protection de la réputation et des droits d'autrui. La Cour rappelle à cet égard que le droit des journalistes de communiquer des informations sur des questions d'intérêt général est protégé à condition qu'ils agissent de bonne foi, sur la base de faits exacts, et fournissent des informations « fiables et précises » dans le respect de l'éthique journalistique. Le paragraphe 2 de l'article 10 de la Convention souligne que l'exercice de la liberté d'expression comporte des « devoirs et responsabilités », qui valent aussi pour les médias même s'agissant de questions d'un grand intérêt général. De plus, ces devoirs et responsabilités peuvent revêtir de

l'importance lorsque l'on risque de porter atteinte à la réputation d'une personne nommément citée et de nuire aux «droits d'autrui». Ainsi, il doit exister des motifs spécifiques pour pouvoir relever les médias de l'obligation qui leur incombe de vérifier des déclarations factuelles diffamatoires à l'encontre de particuliers. A cet égard, entrent spécialement en jeu la nature et le degré de la diffamation en cause et la question de savoir à quel point les médias peuvent raisonnablement considérer leurs sources comme crédibles pour ce qui est des allégations (voir, par exemple, l'arrêt *Pedersen et Baadsgaard*, précité, § 78).

68. Enfin, eu égard au caractère mesuré de l'amende et des dommages et intérêts auxquels le troisième requérant a été condamné (respectivement : 2 286,74 EUR ; 3 811,23 EUR pour chacune des deux parties civiles), à la teneur des écrits litigieux et à l'impact potentiel sur le public des propos jugés diffamatoires du fait de leur diffusion par un quotidien national largement distribué, la Cour juge l'ingérence litigieuse proportionnée au but poursuivi.

69. Vu ce qui précède, la Cour estime que le juge national pouvait raisonnablement tenir l'ingérence dans l'exercice par le requérant de son droit à la liberté d'expression pour nécessaire dans une société démocratique, au sens de l'article 10 de la Convention, afin de protéger la réputation et les droits de M. Le Pen et du Front national.

d) Conclusion

70. En conclusion, il n'y a eu violation de l'article 10 de la Convention ni dans le chef des deux premiers requérants ni dans celui du troisième requérant.

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

71. Le troisième requérant soutient que sa cause n'a pas été entendue par un tribunal «impartial» au sens de l'article 6 § 1 de la Convention, lequel est ainsi libellé :

«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

72. Le troisième requérant rappelle que, paru le 16 novembre 1999, l'article pour la publication duquel il fut condamné pour diffamation reproduit *in extenso* une pétition critiquant ouvertement la condamnation des deux premiers requérants pour diffamation et complicité de

diffamation par le tribunal correctionnel de Paris, laquelle avait ensuite été confirmée par la cour d'appel de Paris le 13 septembre 2000. Il dénonce le fait que deux des trois magistrats qui composaient la formation de jugement de la cour d'appel de Paris qui a jugé sa cause avaient siégé dans la formation qui avait précédemment condamné les deux premiers requérants. Il souligne qu'il ressort de l'arrêt rendu en sa cause par cette juridiction le 21 mars 2001 que cette dernière s'est purement et simplement référée à sa première décision pour justifier la seconde, à tout le moins pour ce qui concerne l'appréciation du caractère diffamatoire des propos incriminés.

Selon lui, dans ces conditions, les deux magistrats concernés avaient nécessairement une idée préconçue, de sorte que sa cause n'a pas été entendue par un tribunal impartial. Il en irait d'autant plus ainsi que l'arrêt rendu en sa cause par la cour d'appel de Paris critique les auteurs de la pétition pour avoir « [repris] à leur compte, par défi, l'ensemble des passages déclarés délictueux par le tribunal et sans même mettre réellement en doute la portée diffamatoire des propos », ce qui indiquerait que les juges se sont sentis ouvertement et personnellement visés par l'article incriminé.

73. Le Gouvernement s'oppose à cette thèse.

Il soutient que la mention par la cour d'appel du fait que les auteurs de la pétition reprennent, « à leur compte, par défi, l'ensemble des passages déclarés délictueux par le tribunal » ne saurait signifier que les juges se seraient sentis ouvertement et personnellement visés par l'article incriminé. L'imputation de ce passage aux deux juges en cause relèverait d'ailleurs de la spéculation; il s'agirait en réalité d'un constat objectif résultant de la lecture de la pétition. Le Gouvernement souligne en outre que le requérant n'apporte aucune preuve d'un quelconque *a priori* desdits magistrats.

Il observe ensuite que le dossier du troisième requérant était non seulement postérieur à celui des premiers requérants mais aussi distinct de celui-ci. Il n'y avait ni identité de parties ni identité de cause car il ne s'agissait pas des mêmes faits délictueux. Selon lui, les questions juridiques soulevées dans les deux cas ne se recouvraient pas non plus: l'un posait la question de la place de la fiction dans l'examen du délit de diffamation et l'autre, celle de l'obligation de contrôle et de modération qui incombait au requérant en tant que chef de la rédaction de *Libération*.

Le Gouvernement ajoute qu'en la cause du troisième requérant les magistrats de la cour d'appel ne se sont pas bornés à se référer à la décision prise en celle des premiers requérants; ils ont pris en compte d'autres paramètres, notamment la publication en dehors de tout contexte littéraire exclusif de tout débat d'idées. Il rappelle qu'il ressort de la jurisprudence de la Cour que la simple circonstance qu'un magistrat

se soit déjà prononcé sur des infractions similaires mais distinctes ne saurait, à elle seule, porter atteinte à l'impartialité du juge.

B. Appréciation de la Cour

1. Sur la recevabilité

74. La Cour estime que ce grief n'est pas manifestement mal fondé au sens de l'article 35 § 3 de la Convention et constate qu'il ne se heurte à aucun autre motif d'irrecevabilité. Il convient donc de le déclarer recevable.

2. Sur le fond

75. La Cour rappelle que l'impartialité au sens de l'article 6 § 1 de la Convention se définit d'ordinaire par l'absence de préjugé ou de parti pris. Son existence s'apprécie selon une double démarche : la première consiste à essayer de déterminer ce que tel juge pensait dans son for intérieur ou quel était son intérêt dans une affaire particulière ; la seconde amène à s'assurer qu'il offrait des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime (voir, par exemple, l'arrêt *Gautrin et autres c. France*, 20 mai 1998, § 58, *Recueil* 1998-III, et *Kyprianou c. Chypre* [GC], n° 73797/01, § 118, CEDH 2005-XIII).

76. S'agissant de la première démarche, l'impartialité personnelle d'un magistrat se présume jusqu'à preuve du contraire (voir, parmi d'autres, *Padovani c. Italie*, 26 février 1993, § 26, série A n° 257-B, et *Kyprianou*, précité, § 119). Le troisième requérant soutient à cet égard que le motif de l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 21 mars 2001 selon lequel « les auteurs [de la pétition] n'ont pas d'autre but que d'apporter leur soutien à Mathieu Lindon en reprenant à leur compte, par défi, l'ensemble des passages déclarés délictueux par le tribunal et sans même mettre réellement en doute la portée diffamatoire des propos », démontre que les deux juges en question se sont sentis ouvertement et personnellement visés par l'article incriminé.

La Cour ne partage pas ce point de vue. A ses yeux, il s'agit seulement de l'un des éléments que ladite cour a pris en compte dans le cadre de l'appréciation de la bonne foi de l'intéressé, sans d'ailleurs en tirer de conclusion. De fait, le troisième requérant n'a pas été condamné pour avoir publié un texte mettant en cause la condamnation des premiers requérants pour diffamation ni pour avoir ainsi apporté son soutien au « défi » des pétitionnaires ni encore pour avoir critiqué les juges en question, mais pour avoir, sans procéder préalablement à une enquête sérieuse, diffusé un texte contenant des « imputations particulièrement graves » et des termes outrageants. Au demeurant, la Cour ne décèle

dans les motifs de l'arrêt du 21 mars 2001 aucun élément tendant à indiquer que lesdits juges se soient sentis personnellement visés par l'article incriminé.

Rien ne permet donc de considérer que les deux magistrats dont il est question aient statué sous l'influence de préjugés personnels.

77. Quant à la seconde démarche, elle conduit à se demander, lorsqu'une juridiction collégiale est en cause, si, indépendamment de l'attitude personnelle de l'un de ses membres, certains faits vérifiables autorisent à douter de l'impartialité de celle-ci. En la matière, même les apparences peuvent revêtir de l'importance. Il en résulte que, pour se prononcer sur l'existence, dans une espèce donnée, d'une raison légitime de craindre d'une juridiction un défaut d'impartialité, le point de vue de l'intéressé entre en ligne de compte mais ne joue pas un rôle décisif. L'élément déterminant consiste à savoir si les appréhensions de celui-ci peuvent passer pour objectivement justifiées (voir par exemple *Gautrin et autres* et *Kyprianou*, précités, §§ 58 et 118 respectivement).

En l'espèce, la crainte d'un manque d'impartialité tient au fait – avéré – que deux des trois membres de la formation de jugement de la cour d'appel de Paris ayant condamné le troisième requérant pour diffamation à raison de la publication de la pétition litigieuse avaient auparavant, en la cause des premiers requérants, statué sur le caractère diffamatoire de trois des passages litigieux du roman dont il est question dans la pétition.

La Cour comprend que pareille situation puisse susciter des doutes chez le troisième requérant quant à l'impartialité du «tribunal» ayant jugé sa cause, mais estime que ces doutes ne sont pas objectivement justifiés.

78. La Cour constate en effet que, bien que connexes, les faits des deux affaires ne sont pas identiques et que l'«accusé» n'est pas le même: il s'agissait dans la première de décider si, en publiant certains passages du *Procès de Jean-Marie Le Pen*, l'éditeur et l'auteur s'étaient rendus coupables du délit de diffamation et de complicité de ce délit; dans la seconde, il s'agissait de juger, dans un contexte journalistique, si le directeur de publication de *Libération* avait commis ce même délit en éditant le texte d'une pétition qui retranscrivait ces mêmes passages et dont les signataires, qui reprenaient ceux-ci à leur compte, déniaient le caractère diffamatoire alors qu'ils avaient été jugés tels en la cause de l'éditeur et de l'auteur (voir, *a fortiori*, *Craxi c. Italie* (déc.), n° 63226/00, 14 juin 2001). Il est en outre patent que les décisions rendues en la cause des premiers requérants ne contiennent aucune anticipation quant à la culpabilité du troisième requérant (*ibidem*).

79. Certes, dans l'arrêt rendu le 21 mars 2001 en la cause du troisième requérant, la cour d'appel de Paris renvoie, quant au caractère diffamatoire des passages litigieux, à l'arrêt qu'elle avait prononcé le

13 septembre 2000 en la cause des premiers requérants. La Cour n'y voit cependant pas une justification objective des craintes du troisième requérant quant à un manque d'impartialité de son juge. Le premier arrêt de la cour d'appel, en date du 13 septembre 2000, avait retenu le caractère diffamatoire de certains passages de l'ouvrage écrit par le premier requérant et édité par le second requérant. Sur ce point, cet arrêt avait acquis l'autorité de la chose jugée. Le second arrêt de la cour d'appel, en date du 21 mars 2001, ne pouvait qu'appliquer cette autorité à cet aspect du litige, tandis que le problème de la bonne foi ou de la mauvaise foi du troisième requérant, responsable de la publication d'une pétition approuvant cet ouvrage et critiquant la condamnation des deux premiers requérants, restait, lui, entier et n'avait pas été préjugé par le premier arrêt. Il serait dès lors excessif de considérer que la présence des deux juges ayant appartenu à la formation collégiale ayant rendu successivement ces deux arrêts pourrait entacher l'impartialité objective de la juridiction: en réalité, en ce qui concerne le caractère diffamatoire, tout autre juge aurait été tenu par la *res judicata*, ce qui fait que leur participation a été sans influence sur cette partie du second arrêt; et, en ce qui concerne la question de la bonne foi, tout à fait distincte dans les deux affaires malgré la connexité de celles-ci, rien ne permet d'indiquer que ces juges aient été liés de quelque manière que ce soit par leur appréciation dans la première affaire (voir, *mutatis mutandis*, *Thomann c. Suisse*, 10 juin 1996, § 35, *Recueil* 1996-III).

80. Enfin, manifestement, on ne se trouve pas en l'espèce dans un cas comparable à l'affaire *San Leonard Band Club c. Malte* (n° 77562/01, § 63, CEDH 2004-IX), où les membres de la formation de jugement étaient amenés à déterminer s'ils avaient ou non commis une erreur d'interprétation ou d'application du droit, c'est-à-dire à se juger eux-mêmes et à apprécier leur propre capacité à appliquer la loi.

81. Par conséquent, les appréhensions qu'a pu nourrir le troisième requérant quant à l'impartialité de la cour d'appel lorsqu'elle a statué dans la deuxième affaire ne sauraient passer pour objectivement justifiées.

82. En conclusion, il n'y a pas eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention.

PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Décide*, à l'unanimité, de joindre les requêtes;
2. *Déclare*, à l'unanimité, les requêtes recevables;
3. *Dit*, par treize voix contre quatre, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 10 de la Convention;

4. *Dit*, à l'unanimité, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention.

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 22 octobre 2007.

Michael O'Boyle
Greffier adjoint

Christos Rozakis
Président

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

- opinion concordante du juge Loucaides ;
- opinion dissidente commune aux juges Rozakis, Bratza, Tulkens et Šikuta.

C.L.R.
M.O'B.

OPINION CONCORDANTE DU JUGE LOUCAIDES

(Traduction)

Je souscris aux conclusions de la Cour dans cette affaire mais souhaite formuler quelques vues sur la tension entre la liberté d'expression et le droit à la protection de la réputation.

On ne saurait contester l'importance de la liberté d'expression, surtout des médias: il s'agit là d'un élément essentiel de toute société démocratique. Encore faut-il savoir si la protection accordée à cette liberté peut en toutes circonstances aller jusqu'à priver les victimes de déclarations diffamatoires de tout recours effectif.

Pendant de nombreuses années, la jurisprudence de la Cour s'est développée à partir de la prémisse selon laquelle si la liberté d'expression constitue un droit explicitement garanti par la Convention, le souci de protection de la réputation constitue simplement un motif admissible de restriction du droit en question, pareille restriction ne pouvant passer pour une atteinte légitime à la liberté d'expression que si elle est «nécessaire dans une société démocratique», en d'autres termes si elle correspond à un «besoin social impérieux», si elle est «proportionnée au but légitime poursuivi» et si «les motifs invoqués pour la justifier sont pertinents et suffisants». De surcroît, comme dans le cas des autres droits garantis par la Convention, toute exception à la liberté d'expression doit être interprétée de manière stricte et étroite. Il incombe à l'Etat de démontrer qu'il existait des motifs «pertinents et suffisants» de porter atteinte à cette liberté.

Du fait de cette approche, la jurisprudence en matière de liberté d'expression a occasionnellement fait preuve d'une sensibilité excessive et accordé au droit à la liberté d'expression une surprotection par rapport au droit à la réputation, la liberté d'expression étant considérée comme une valeur prioritaire autorisant dans beaucoup de cas à priver les victimes de diffamation d'un recours approprié pour le rétablissement de leur dignité.

Cette approche ne me paraît pas pouvoir se concilier avec l'interprétation correcte de la Convention. Le droit à la protection de la réputation aurait toujours dû être considéré comme faisant partie intégrante du droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la Convention.

Il aurait été inexplicable que l'on ne prévoie pas la protection directe de la réputation et de la dignité des individus dans une Convention des droits de l'homme rédigée à la suite de la Seconde Guerre mondiale dans le but d'améliorer la protection personnelle des individus après l'expérience odieuse du nazisme. La Convention protège explicitement des droits de

moindre importance, tel celui au respect de la correspondance. Il est donc difficile d'admettre que la valeur humaine fondamentale que constitue la dignité de la personne¹ ne bénéficie pas d'une protection directe par la Convention mais est simplement reconnue, à certaines conditions, comme un motif valable de restreindre la liberté d'expression. La dignité de la personne requiert une protection plus large et directe contre les accusations diffamatoires, qui sont de nature à détruire des individus. Les exemples de cas tragiques sont d'ailleurs légion. Je réitérerai à cet égard ce que j'avais dit à l'époque dans mon opinion dissidente annexée au rapport de la Commission concernant l'affaire *Bladet Tromsø A/S et Stensaas c. Norvège* (rapport de la Commission du 9 juillet 1998, non publié) :

«La presse constitue de nos jours un moyen important et puissant d'influer sur l'opinion publique. Les impressions que peut susciter la publication d'un article dans la presse sont d'ordinaire plus déterminantes que la réalité, parce que tant que celle-ci n'est pas prouvée l'impression prévaut. Et il se peut que la réalité ne soit jamais découverte ou que, lorsqu'elle l'est, il soit trop tard pour réparer le préjudice causé par l'impression initiale. La presse exerce en effet un pouvoir important et doit être soumise aux mêmes restrictions que celles qui s'appliquent à l'exercice de tout pouvoir quel qu'il soit : elle doit se garder d'abus, elle doit agir de manière équitable et respecter les droits d'autrui.»

Admettre que le respect de la réputation constitue un droit fondamental autonome tirant sa source de la Convention elle-même conduit inévitablement à une protection plus effective de la réputation des individus vis-à-vis de la liberté d'expression.

Au cours des dernières années, la Cour a explicitement reconnu que la protection de la réputation est un droit qui relève du champ d'application du droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 § 1 de la Convention (*Chauvy et autres c. France*, n° 64915/01, CEDH 2004-VI, *Abeberry c. France* (déc.), n° 58729/00, 21 septembre 2004, et *White c. Suède*, n° 42435/02, 19 septembre 2006), même si la jurisprudence en cause ne s'est pas étendue sur cette nouvelle approche et si elle n'a pas été invoquée dans d'autres affaires concernant le rapport entre liberté d'expression et diffamation. Il se dégage de cette jurisprudence que l'Etat a l'obligation de garantir au titre de la Convention un droit à la protection de la réputation bénéficiant du même statut que le droit à la liberté d'expression. Toute déclaration diffamatoire s'analyse en une atteinte à un droit garanti par la Convention qui ne peut être considérée comme justifiée que si elle correspond à une restriction admissible à l'exercice du droit en question. Autrement dit, elle doit être prévue par

1. On peut à cet égard citer Shakespeare : «La bonne renommée pour l'homme et pour la femme, mon cher seigneur, est le joyau suprême de l'âme. Celui qui me vole ma bourse me vole une vétille (...); mais celui qui me filoute ma bonne renommée (...) me fait pauvre vraiment.» (*Othello*, acte III, scène 3)

la loi, correspondre à un besoin social impérieux et être proportionnée au but poursuivi, en bref être nécessaire dans une société démocratique. Il est ainsi plus difficile de défendre une déclaration diffamatoire aux fins de protection d'un droit garanti par la Convention si on l'analyse comme une atteinte à un droit reconnu par la Convention plutôt que comme une restriction nécessaire à la liberté d'expression.

Lorsque deux droits garantis par la Convention se trouvent en conflit, on ne peut neutraliser l'un au profit de l'autre en adoptant une démarche absolutiste. Les deux droits doivent être mis en œuvre et subsister de manière harmonieuse, les compromis nécessaires devant être faits en fonction des circonstances de l'espèce.

Le principe établi par la jurisprudence selon lequel l'exercice de la liberté d'expression doit se voir reconnaître une plus grande latitude dans les domaines du discours ou du débat politiques, de la discussion de questions d'intérêt général ou, comme en l'espèce, de la formulation de critiques adressées à des hommes politiques ne doit pas être interprété comme autorisant la publication de n'importe quelle déclaration non vérifiée. Ce principe signifie simplement, selon moi, que dans les domaines susmentionnés et pour ce qui est du personnel politique il y a lieu de tolérer une certaine exagération dans les allégations de fait, voire un certain effet offensant. Mais il ne signifie pas que la réputation des hommes politiques se trouve à la merci des mass médias ou des commentateurs politiques, ou que cette réputation ne mérite pas la même protection juridique que celle de tout autre individu. La réputation est une valeur sacrée pour tous, y compris les hommes politiques, et elle est protégée en tant que droit fondamental de l'être humain par la Convention, au profit de tous les justiciables sans exception. C'est sous cet angle que j'ai analysé les faits de la présente espèce.

Je saisis l'occasion pour mettre en exergue certains effets négatifs produits par la surprotection du droit à la liberté d'expression au détriment du droit à la protection de la réputation. Le principal argument militant en faveur de la protection de la liberté d'expression, y compris dans le cas de déclarations diffamatoires, est l'encouragement de la libre discussion des questions publiques. Mais l'argument opposé est tout aussi puissant : la suppression des déclarations diffamatoires, outre qu'elle protège la dignité des individus, décourage les déclarations mensongères et améliore la qualité d'ensemble du débat public, en produisant un effet dissuasif sur le journalisme irresponsable. De surcroît, les débats nécessaires risquent de ne pas avoir lieu si les participants potentiels savent qu'ils ne disposeront d'aucun recours en cas d'accusations diffamatoires portées contre eux. La prohibition des propos diffamatoires met également obstacle à la désinformation par les mass médias et protège de manière effective le droit du public à une

information digne de foi. En outre, les accusations fausses portées contre des agents publics ou des candidats à des postes publics peuvent avoir pour effet de dissuader des personnes compétentes de briguer un poste dans l'administration publique, nuisant ainsi au processus politique plutôt que de le favoriser.

Dès lors qu'il doit se voir reconnaître, comme je l'ai expliqué ci-dessus, le même statut juridique que le droit à la liberté d'expression, le droit à la protection de la réputation doit bénéficier d'une protection effective, de manière qu'en aucune circonstance des déclarations diffamatoires, qu'elles aient ou non été faites dans l'intention de nuire et qu'on les considère ou non comme inévitables pour la libre discussion des questions d'intérêt général ou pour la fonction essentielle que remplit la presse, ne puissent rester à l'abri de tout contrôle.

Il ne faut pas perdre de vue le fait que les mass médias sont aujourd'hui des entreprises commerciales qui ont une puissance incontrôlée et virtuellement sans limites et qui sont davantage intéressées par la publication de nouvelles juteuses et sensationnelles plutôt que par la diffusion d'informations utiles pour le public, par une mission de vigilance à l'égard des abus possibles des pouvoirs publics ou par la réalisation d'autres objectifs idéalistes. Même s'ils peuvent atteindre pareils objectifs incidemment, accidentellement ou même, à l'occasion, délibérément, ils doivent être soumis à une restriction tenant à la nécessité de protéger le respect dû à la vérité et à la dignité des individus. Pareille restriction doit comprendre l'obligation de mener des investigations avant de publier des allégations de nature potentiellement diffamatoire et celle de donner aux personnes touchées par la publication de propos diffamatoires l'occasion de réagir et de livrer leur propre version. De surcroît, la responsabilité des mass médias doit pouvoir être recherchée devant les tribunaux par les victimes d'allégations diffamatoires. Pas plus que les autres pouvoirs, les mass médias ne peuvent être considérés comme n'ayant de comptes à rendre qu'à eux-mêmes. En juger autrement serait ouvrir la porte à l'arbitraire et à l'impunité, ce qui reviendrait à saper les fondements de la démocratie elle-même.

OPINION PARTIELLEMENT DISSIDENTE COMMUNE AUX JUGES ROZAKIS, BRATZA, TULKENS ET ŠIKUTA

Nous ne partageons pas la décision de la majorité qui conclut à la non-violation de l'article 10 de la Convention dans cette affaire. D'emblée, il nous semble significatif d'observer que, tout au long de la procédure judiciaire, le nombre de passages considérés comme litigieux ont été décroissant: la citation directe des parties civiles en visait six; le jugement du tribunal correctionnel de Paris du 11 octobre 1999 en condamne quatre; l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 13 septembre 2000 se limite à trois; enfin, l'arrêt de la Cour, quant à lui, en retient deux, représentant trois lignes au total, dans un roman de 138 pages.

I

Au titre des *principes généraux*, il importe de rappeler que la liberté d'expression est le fondement d'une société démocratique, marquée par le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture (*Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, § 49, série A n° 24). A de multiples reprises, la Cour a rappelé l'importance cruciale de la liberté d'expression qui constitue l'une des conditions préalables au fonctionnement de la démocratie (*Özgür Gündem c. Turquie*, n° 23144/93, § 43, CEDH 2000-III). Cette affirmation de la fonction sociale de la liberté d'expression constitue la philosophie de base de la jurisprudence de la Cour relative à l'article 10. Il en résulte, d'une part, que la liberté d'expression n'est pas seulement une garantie contre les ingérences de l'Etat (un droit subjectif) mais elle est aussi un principe fondamental objectif pour la vie en démocratie; d'autre part, la liberté d'expression n'est pas une fin en soi mais un moyen pour l'établissement d'une société démocratique. Dans ce contexte, nous examinerons successivement la situation des deux premiers requérants et celle du troisième requérant.

II

1. En ce qui concerne les deux premiers requérants, nous attachons un grand poids à la nature de l'ouvrage en question et, comme nous le verrons, nous estimons que la Cour n'en a pas suffisamment tenu compte. Il est incontestable – et d'ailleurs non contesté – que le livre qui contient les deux passages en définitive retenus comme litigieux est non pas un reportage mais un *roman*, écrit par un auteur reconnu comme tel. Il ne s'agit en aucune manière de mettre la création artistique et littéraire à l'abri de tout reproche, de tout excès, mais nous pensons simplement que cet élément doit être pris en considération.

A cet égard, nous ne sommes pas prêts à endosser la position des autorités judiciaires internes selon laquelle il ne faut pas faire de

distinction en fonction de la forme d'expression utilisée ou, à tout le moins, que cet élément n'est pas essentiel. Ainsi, le jugement du tribunal correctionnel de Paris du 11 octobre 1999 oblitère ou neutralise cette dimension: «bien qu'il s'agisse d'un roman, bien que les propos poursuivis ne soient tenus que par des personnages fictifs (...)», le texte doit être apprécié «quel que soit son genre littéraire». L'arrêt de la cour d'appel du 13 septembre 2000 souligne également qu'elle n'entend pas s'attacher au fait qu'il s'agisse d'un roman et donc d'un dispositif fictionnel «(...)». A ce titre, tout écrit, qu'il soit de nature politique, philosophique, romanesque voire poétique, est soumis aux règles définies en la matière tant au regard de l'ordre public qu'à celui de la protection des personnes». En outre, en recherchant la pensée de l'auteur dans les propos tenus par des personnages de fiction dans une situation fictive, la cour d'appel enferme la littérature dans des règles rigides, incompatibles avec la liberté de création et d'expression artistique.

2. Une position aussi radicale nous semble s'écarter singulièrement de notre jurisprudence qui souligne la place de la création artistique dans le débat politique.

Déjà, dans l'arrêt *Müller et autres c. Suisse* (24 mai 1988, série A n° 133), la Cour rappelle que l'article 10 inclut la liberté de l'expression artistique – notamment la liberté de recevoir et de communiquer des idées – qui implique l'opportunité de prendre part à l'échange d'informations et d'idées culturelles, politiques et sociales (§ 27) et elle précise aussi qu'il y a ici une obligation particulière de l'Etat de ne pas porter atteinte à la liberté d'expression des auteurs (§ 33).

S'agissant de la création littéraire – ce qui est le cas en l'espèce – la Cour a appliqué dans l'arrêt *Karataş c. Turquie* ([GC], n° 23168/94, § 49, CEDH 1999-IV) l'article 10 de la Convention dans le domaine de la poésie: «L'ouvrage litigieux contient des poèmes qui, à travers un style souvent pathétique et de nombreuses métaphores, appellent au sacrifice pour le «Kurdistan» et contiennent des passages très agressifs à l'égard du pouvoir turc. Dans leur sens premier, ces textes peuvent paraître inciter les lecteurs à la haine, au soulèvement et à l'usage de la violence. Pour en juger, il convient néanmoins de garder à l'esprit que parce qu'il s'agit de poèmes, ces textes constituent une forme d'expression artistique qui s'adresse à une minorité de lecteurs qui y sont sensibles.» En outre, dans le contexte de l'article 10, la Cour ajoute que «ceux qui créent, interprètent, diffusent ou exposent une œuvre d'art contribuent à l'échange d'idées et d'opinions indispensable à une société démocratique. D'où l'obligation, pour l'Etat, de ne pas empiéter indûment sur leur liberté d'expression» (*ibidem*). Enfin, «quant au ton des poèmes en l'espèce – que la Cour n'a pas à approuver – il y a lieu de rappeler que, outre la substance des idées et informations exprimées, l'article 10 protège aussi leur mode d'expression» (*ibidem*).

Dans l'arrêt *Alınak c. Turquie* (n° 40287/98, §41, 29 mars 2005), il s'agissait d'un roman sur la torture de villageois qui s'inspirait de faits réels. La Cour s'exprima comme suit : «L'ouvrage contient des passages qui décrivent de manière très crue les sévices et atrocités infligés à des villageois. Il est clair que ces passages sont propres à susciter dans l'esprit du lecteur une forte hostilité envers l'injustice à laquelle les villageois sont soumis dans le récit. Pris au pied de la lettre, certains d'entre eux pourraient être interprétés comme incitant les lecteurs à la haine, à la révolte et au recours à la violence. Pour décider s'ils sont effectivement de nature à produire cet effet, il convient néanmoins de garder présent à l'esprit que le média utilisé par le requérant est le roman, forme d'expression artistique qui s'adresse à un public relativement étroit comparé, par exemple, aux mass médias.» Après avoir mentionné aux paragraphes 42 et 43 de son arrêt l'ensemble des principes généraux que nous venons d'évoquer, la Cour rappela que le livre incriminé était un «récit relevant de la fiction, même s'il se présent[ait] comme étant basé sur des faits réels». Et d'ajouter (§ 45) : «Si certains passages du livre sont en effet très hostiles dans le ton, la Cour considère que la nature artistique de l'ouvrage et son impact limité le réduisent davantage à une expression de profond désarroi face à des événements tragiques plutôt qu'à un appel à la violence.» En l'espèce, le Gouvernement n'a pas précisé le nombre d'exemplaires du roman de Mathieu Lindon qui ont été vendus et distribués.

Même s'il ne concerne pas directement un roman ou une fiction, l'arrêt *Klein c. Slovaquie* (n° 72208/01, 31 octobre 2006) est néanmoins significatif. La Cour prend en effet expressément en compte l'explication du requérant selon laquelle l'article qu'il avait publié dans un hebdomadaire s'adressant surtout à des lecteurs intellectuels était en fait une blague dont il ne s'attendait pas qu'elle allait être comprise et appréciée par quiconque. Le journal avait d'ailleurs une diffusion limitée d'environ 8 000 copies (§ 48).

Enfin, dans l'arrêt *Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche* (n° 68354/01, § 26, 25 janvier 2007), qui concernait l'interdiction d'une exposition de photos considérées comme outrageantes, la Cour se fonde sur les mêmes principes gouvernant sa jurisprudence en matière de création artistique et précise que «l'artiste et ceux qui promeuvent ses œuvres n'échappent pas aux possibilités de limitation que ménage le paragraphe 2 de l'article 10.» Le paragraphe 33 du même arrêt contient toutefois l'appréciation suivante : «La Cour considère qu'un tel mode de représentation s'analyse en une caricature des personnes concernées au moyen d'éléments satiriques. Elle rappelle que la satire est une forme d'expression artistique et de commentaire social qui, de par l'exagération et la déformation de la réalité qui la caractérisent, vise naturellement à provoquer et à agiter. C'est pourquoi il faut examiner avec une attention

particulière toute ingérence dans le droit d'un artiste à s'exprimer par ce biais.»

3. Lorsque la Cour est confrontée, comme en l'espèce, à une situation de conflit entre la liberté d'expression (article 10 de la Convention) et le droit à la réputation (article 8), la démarche qui est la sienne est celle de la pondération des intérêts afin de vérifier si un juste point d'équilibre a été atteint entre les droits et libertés en conflit. Or ni le jugement du tribunal correctionnel de Paris ni l'arrêt de la cour d'appel ne se sont livrés à une telle analyse.

Par ailleurs, en avalisant – sinon en paraphrasant – le raisonnement tenu par les juridictions internes, en abondant dans la logique utilisée par celles-ci, l'arrêt de la Cour renonce tout simplement à effectuer son propre contrôle. Il en résulte que le contrôle européen disparaît ou, à tout le moins, se réduit à un contrôle restreint, ce qui s'écarte sensiblement de notre jurisprudence lorsqu'il s'agit de la critique des hommes politiques.

En s'appropriant la méthode d'analyse tant du jugement du tribunal correctionnel de Paris du 7 septembre 2000 que de l'arrêt de la cour d'appel du 21 mars 2001, qui sépare artificiellement au sein du roman litigieux ce qui relève de la fiction ou ce qui exprime l'intention de l'auteur, la majorité crée des zones d'incertitude. En particulier, la question de savoir si certains mots ou phrases attribués à des personnages de fiction doivent ou non être considérés comme diffamatoires est placée sous la dépendance de celle de savoir si l'auteur peut ou non passer pour avoir pris suffisamment de distance dans le récit avec les mots ou phrases en cause. Cela nous paraît constituer une base très fragile pour conclure qu'un auteur s'est rendu coupable de diffamation. Par exemple, pourquoi les mots attribués à l'ami de l'avocat – «qu'ils soient alors moralement habilités à te casser la gueule, à te trouver à dix contre un, armés de barres et de matraques et de godasses ferrées (...). Personne ne quitte impunément le Front national» (paragraphe 18 (p. 86) de l'arrêt) – ne sont *pas* considérés comme diffamatoires alors que les mots qui sont attribués à des manifestants antiracistes rassemblés devant le palais de justice – «(...) c'est combattre efficacement Le Pen que de réclamer sa mise en cause dans l'affaire, montrer qu'il n'est pas président d'un parti politique, mais chef d'une bande de tueurs (...)» (§ 18 (p. 10)) – sont jugés, à l'évidence, comme diffamatoires?

4. En appliquant rigoureusement la jurisprudence de la Cour dans ce type de situation, différents éléments auraient dû être pesés. D'un côté, le fait qu'il s'agit d'un roman, c'est-à-dire d'une œuvre artistique, est susceptible de justifier un niveau plus élevé de protection. A cet égard, il nous semble difficile, comme le fait la majorité (§ 45 *in fine* de l'arrêt), de mettre sur le même pied les situations qui concernent la liberté d'expression dans des œuvres littéraires avec les situations où celle-ci est

invoquée dans le domaine des investigations policières (*Pedersen et Baadsgaard c. Danemark* [GC], n° 49017/99, CEDH 2004-XI), des dangers de l'usage du four à micro-ondes (*Hertel c. Suisse*, 25 août 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-VI) ou encore des publicités (*Steel et Morris c. Royaume-Uni*, n° 68416/01, CEDH 2005-II).

D'un autre côté, la qualité de la personne préjudiciée est également une variable qui entre en jeu dans la détermination des limites admissibles aux droits et libertés garantis. A cet égard, les personnes publiques et les politiciens, en raison des fonctions dont ils sont investis, s'exposent par vocation à la critique et doivent en conséquence montrer une tolérance accrue à l'égard des discours polémiques voire des insultes dirigés à leur rencontre. L'arrêt fondateur concernant la critique des hommes politiques est certainement l'arrêt *Lingens c. Autriche* (8 juillet 1986, § 42, série A n° 103) et, depuis lors, on a pu relever une grande cohérence de la jurisprudence de la Cour dans l'application de ce principe fondamental¹. La récente déclaration du Comité des Ministres sur la liberté du discours politique dans les médias reprend fondamentalement les principes de la jurisprudence de la Cour en expliquant sa raison d'être : « Les personnalités politiques ont décidé d'en appeler à la confiance du public et ont accepté d'être l'objet d'un débat politique public et sont par conséquent soumises à un contrôle public attentif et à une critique publique potentiellement vigoureuse et forte à travers les médias quant à la façon dont elles ont exercé ou exercent leurs fonctions »². La Cour a mis en œuvre ces principes dans des arrêts dont les circonstances de fait sont proches de la présente affaire. Ainsi, dans l'arrêt *Lopes Gomes da Silva c. Portugal* (n° 37698/97, CEDH 2000-X), le requérant s'est vu condamner pour avoir qualifié un candidat présumé à la mairie de Lisbonne de « personnage grotesque et rustre, mélange incroyable de grossièreté réactionnaire, de bigoterie fasciste et d'antisémitisme vulgaire » et la Cour a conclu à la violation de l'article 10 de la Convention. *Mutatis mutandis*, dans l'arrêt *Karman c. Russie* (n° 29372/02, 14 décembre 2006), la Cour a constaté une violation de l'article 10 de la Convention pour la condamnation d'un journaliste qui avait qualifié un homme politique de « néofasciste local ». Dans l'arrêt *Dąbrowski c. Pologne* (n° 18235/02, 19 décembre 2006), la Cour a également conclu à une violation de l'article 10 de la Convention pour un article qui avait fait

1. M. Oetheimer, *L'Harmonisation de la liberté d'expression en Europe. Contribution à l'étude de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme et de son application en Autriche et au Royaume-Uni*, Paris, Pédone, 2001, p. 112.

2. *Déclaration sur la liberté du discours politique dans les médias*, adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 12 février 2004, lors de la 872^e réunion des Délégués des Ministres, point III.

l'objet d'une condamnation pour avoir qualifié un maire adjoint de « maire voleur ».

En ce qui concerne M. Jean-Marie Le Pen, on peut raisonnablement soutenir qu'il doit accepter un degré de tolérance encore plus élevé, dans la mesure précisément où il s'agit d'un homme politique connu pour la virulence de son discours et ses prises de position extrêmes. Nous nous référons notamment ici à l'arrêt *Oberschlick c. Autriche* (n° 2) (1^{er} juillet 1997, *Recueil* 1997-IV), où la Cour estime « qu'adressé publiquement à un homme politique, le terme [utilisé] peut offenser celui-ci » mais que, en l'espèce, « il paraît à la mesure de l'indignation consciemment suscitée par M. Haider » (§ 34). De même, dans l'arrêt *Wirtschafts-Trend Zeitschriften-Verlags GmbH c. Autriche* (n° 58547/00, 27 octobre 2005), la Cour estime que M. Haider est une figure politique dominante qui a été connu pendant de nombreuses années pour ses déclarations ambiguës sur le régime national socialiste et s'est donc exposé lui-même à une virulente critique en Autriche mais également au niveau européen : il doit dès lors manifester un particulièrement haut degré de tolérance dans ce contexte (§ 37). Certes, il convient de maintenir cette observation dans le contexte de la présente affaire et de celles qui ont fait l'objet des arrêts de la Cour que nous venons d'évoquer, sans prétendre à une quelconque généralisation. Car, dans d'autres situations, il pourrait être difficile de déterminer la nature extrême d'idées politiques ainsi que de les différencier d'autres catégories d'idées.

5. Lorsque le discours est insultant, injurieux, calomnieux et diffamatoire, la Cour rappelle qu'il faut procéder à une distinction selon que les propos litigieux procèdent de constatations de fait ou de jugements de valeur. Ces derniers doivent cependant s'autoriser d'une base factuelle suffisante. De manière générale, la Cour estime que la nécessité de ce lien entre le jugement de valeur et la base factuelle peut varier d'un cas à l'autre et en fonction des circonstances spécifiques (*De Haes et Gijssels c. Belgique*, 24 février 1997, § 47, *Recueil* 1997-I; *Feldek c. Slovaquie*, n° 29032/95, § 86, CEDH 2001-VIII; *Wirtschafts-trend Zeitschriften-Verlags GmbH*, précité, § 35). Elle précise aussi que la nécessité de fournir des faits supportant un jugement de valeur est moins rigoureuse lorsque ceux-ci sont déjà connus du public en général (*Feldek*, précité). Dans ce contexte, nous estimons devoir formuler deux observations.

Tout d'abord, il est admis, en règle générale, et la majorité le reconnaît, que « cette distinction n'a pas lieu d'être s'agissant d'écrits figurant dans un roman » (§ 55 de l'arrêt). Toutefois, la Cour estime qu'elle retrouve toute sa pertinence dès lors que, comme en l'espèce, « l'œuvre litigieuse ne relève pas de la pure fiction mais intègre des personnes ou des faits réels » (*ibidem*). Cette dernière affirmation nous paraît tout simplement inexacte. Un roman-réalité reste en grande partie un roman tout comme un documentaire-fiction reste, pour l'essentiel, une fiction. Pour être

correct, il aurait suffi à la Cour de dire que la règle retrouve une partie de sa pertinence quand roman et réalité se rejoignent.

Ensuite, le reproche adressé par la cour d'appel aux requérants de ne pas avoir procédé à des « vérifications minimales » nous paraît contraire aux faits et à la réalité. Il est clair à nos yeux qu'une base factuelle suffisante peut aisément être trouvée dans les différentes condamnations dont M. Jean-Marie Le Pen a fait l'objet tout au long de sa carrière politique, notamment, pour « banalisation de crimes contre l'humanité et consentement à l'horrible » (cour d'appel de Versailles, 18 mars 1991; tribunal de grande instance (TGI) de Nanterre, 26 décembre 1997); pour « apologie de crimes de guerre » (Cour de cassation, 14 janvier 1971); pour « antisémitisme et provocation à la haine raciale » (tribunal d'Aubervilliers, 11 mars 1986); pour « provocation à la haine ou à la violence raciale » (cour d'appel de Paris, 29 mars 1989; cour d'appel de Lyon, 23 mars 1991); pour « injures contre des personnes publiques et insultes » (cour d'appel de Paris, 3 juin 1993; tribunal de Strasbourg, 6 janvier 1997); pour « violences physiques » (TGI de Paris, 16 janvier 1969; Cour de cassation, 2 avril 1998). De même, M. Jean-Marie Le Pen a perdu différents procès notamment contre l'accusation de provocation au racisme, au nazisme et à l'antisémitisme (cour d'appel d'Amiens, 28 octobre 1985; cour d'appel de Lyon, 27 mars 1986; jugement du tribunal correctionnel du TGI de Toulon du 20 juin 1990 et arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence du 25 février 1991) ainsi que contre l'accusation de pratique de la torture (cour d'appel de Paris, 22 juin 1984). En outre, on peut raisonnablement soutenir que les discours et les prises de position de M. Jean-Marie Le Pen, incitant et provoquant à la haine et à la violence et condamnés comme tels, peuvent avoir encouragé, sinon inspiré, des actes de violence chez les militants.

6. Dans la jurisprudence de la Cour, la liberté d'expression trouve ses limites dans les propos qui incitent à la violence ou à la haine. *A contrario*, dans l'arrêt *Dağtekin c. Turquie* (n° 36215/97, 13 janvier 2005) – où il s'agissait également d'un roman –, la Cour a conclu à la violation de la Convention en observant que si certains passages du livre, particulièrement acerbes, brossent un tableau des plus négatifs de l'histoire de l'Etat turc et donnent ainsi une connotation hostile, ils n'exhortent pas pour autant à l'usage de la violence, à la résistance armée, ni au soulèvement et il ne s'agit pas d'un discours de haine (§ 26). Elle est arrivée à la même conclusion dans l'arrêt *Yalçın Küçük c. Turquie* (n° 28493/95, 5 décembre 2002) où il s'agissait d'un livre contenant un entretien, et donc non pas d'un roman, mais la Cour estime néanmoins qu'il fallait replacer le livre dans le contexte général et que celui-ci était écrit dans un style littéraire et métaphorique.

En l'espèce, l'arrêt de la Cour rappelle qu'elle porte attention à la nature des termes employés, notamment à l'intention qu'ils expriment

de stigmatiser l'adversaire et au fait que leur teneur est de nature à attiser la violence et la haine, excédant ainsi ce qui est tolérable dans le débat politique, même à l'égard d'une personnalité occupant sur l'échiquier une position extrémiste (§ 57). *Mutatis mutandis*, la Cour s'appuie sur l'arrêt *Sürek c. Turquie (n° 1)* ([GC], n° 26682/95, CEDH 1999-IV). Nous pensons qu'il est inexact de faire le parallèle entre les faits de l'espèce et l'affaire *Sürek (n° 1)*. Cette dernière affaire concernait la publication d'un texte d'une particulière virulence – l'armée turque y était traitée de fasciste et la république de « bande d'assassins » appelant les Kurdes à la lutte contre l'Etat, à la haine et à la violence, et s'inscrivant dans le contexte spécifique et délicat de la question kurde. Il s'agissait d'une sorte d'appel à la rébellion contre l'Etat lui-même et non pas de critique contre un homme politique qui ne représente pas le pouvoir en place.

En outre, et plus fondamentalement, nous pensons qu'il est excessif et inexact de prétendre que le roman en cause constitue un appel à la violence ou à la haine. Il s'agit d'une critique d'un homme politique qui tient lui-même des propos de cette nature, ce dont témoignent les condamnations dont il a fait l'objet. En l'espèce, les mots « chef d'une bande de tueurs » (§ 18 (p.10)) et « vampire qui se nourrit de l'aigreur de ses électeurs mais parfois aussi de leur sang » (§ 18 (p. 136)) ne peuvent être compris littéralement ; ils veulent transmettre le message que cet homme politique, par ses discours, encourage ses partisans à s'engager dans des actes d'une extrême violence, notamment contre les minorités, comme cela est établi par le cas Bouaram. En ce sens, ces expressions aussi sont des jugements de valeur qui ont une base factuelle établie.

7. Enfin, la peine qui a été prononcée en l'espèce n'est certainement pas symbolique et elle a été prononcée en l'absence de tout contrôle de proportionnalité de la sanction (voir par exemple l'arrêt *Cumpănă et Mazăre c. Roumanie* ([GC], n° 33348/96, §§ 111 et suiv., CEDH 2004-XI). Par ailleurs, on peut aussi se demander s'il est encore justifié, au XXI^e siècle, que les atteintes à la réputation par la voie de la presse, des médias et de toute autre forme de communication soient sanctionnées par la voie pénale. Dans sa Recommandation 1589(2003), l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe souligne que « la législation relative aux médias dans certains [des pays d'Europe occidentale] est dépassée (par exemple la loi française sur la presse date de 1881) et, bien que les dispositions restrictives ne soient plus appliquées, elles offrent aux nouvelles démocraties une bonne excuse pour refuser de démocratiser leur propre législation relatives aux médias ».

III

1. En ce qui concerne le troisième requérant, à savoir le directeur de publication de *Libération*, certes, il n'était peut-être pas opportun de

permettre à quatre-vingt-dix-sept écrivains d'utiliser les colonnes du journal pour s'exprimer de la sorte. Toutefois, comme le constate l'arrêt, la liberté de la presse étant ici en cause, «on se trouve dans un cas où l'article 10 exige un niveau particulièrement élevé de protection» (paragraphe 62 de l'arrêt). Nul ne conteste que la publication de cet article s'inscrit dans le cadre d'informations et d'idées sur des questions d'intérêt général.

Dans l'arrêt *Jersild c. Danemark* (23 septembre 1994, série A n° 298), la Cour – qui met en garde contre une application trop extensive des devoirs et responsabilités qui pourrait aller à l'encontre d'une protection de la liberté d'expression – affirme que la responsabilité accrue du journaliste ne peut cependant pas justifier un contrôle des techniques employées pour faire passer l'information. Ici en l'espèce le directeur du journal *Libération* a utilisé la chronique intitulée «Rebonds» et il ne nous appartient pas de nous prononcer sur ceci. Dans l'arrêt *Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège* ([GC], n° 21980/93, CEDH 1999-III), la Cour a également estimé que, pas plus qu'aux juridictions nationales, il ne lui appartient de se substituer à la presse pour dire quelle technique de compte rendu les journalistes doivent adopter.

2. Outre le motif tiré de la reproduction des passages jugés diffamatoires, les autorités judiciaires ont fondé la condamnation du troisième requérant sur le fait que l'objectif polémique d'un texte ne saurait dispenser de toute régulation de son expression quand, loin de se fonder sur le seul débat d'idée, l'argumentation est construite par référence à des faits précis et que dès lors le requérant était tenu de respecter l'obligation d'une enquête sérieuse préalable à des imputations particulièrement graves s'agissant de l'assimilation de M. Le Pen à «un chef d'une bande de tueurs» ou à un «vampire». En d'autres termes, la bonne foi du requérant aurait impliqué que celui-ci apporte des éléments afin d'établir le bien-fondé des imputations litigieuses.

3. Pareille obligation nous semble aller à l'encontre de la jurisprudence de la Cour en ce qui concerne les devoirs et les responsabilités de la presse. Ainsi, dans l'arrêt *Thoma c. Luxembourg* (n° 38432/97, CEDH 2001-III), la Cour a eu l'occasion de définir la responsabilité qui incombe aux journalistes dans la publication d'informations qui lui sont fournies par des tiers et elle énonce le principe selon lequel «[la sanction d']un journaliste pour avoir aidé à la diffusion de déclarations émanant d'un tiers (...) entraverait gravement la contribution de la presse aux discussions de problèmes d'intérêt général et ne saurait se concevoir sans raisons particulièrement sérieuses» (§ 62). S'il ne saurait être reproché sérieusement au troisième requérant d'avoir informé le public sur le mouvement d'opinion qui se dessinait à la suite de la condamnation de l'ouvrage de Mathieu Lindon, il ne saurait davantage être reproché au requérant de n'avoir pas corrigé par des commentaires

propres les imputations considérées comme litigieuses. De même, dans l'arrêt *Radio France et autres c. France* (n° 53984/00, CEDH 2004-II), la Cour estime que « (...) exiger de manière générale que les journalistes se distancient systématiquement et formellement du contenu d'une citation qui pourrait insulter des tiers, les provoquer ou porter atteinte à leur honneur ne se concilie pas avec le rôle de la presse d'informer sur des faits ou des opinions et des idées qui ont cours à un moment donné » (§ 27). L'on ne saurait donc soutenir que du seul fait de la publication dans la rubrique « Rebonds » du soutien que quatre-vingt-dix-sept écrivains apportaient à Mathieu Lindon et de l'opinion de ces derniers selon laquelle les passages litigieux n'étaient pas diffamatoires, le troisième requérant a manqué à son devoir d'agir de bonne foi.

LINDON, OTCHAKOVSKY-LAURENS AND JULY v. FRANCE
(Applications nos. 21279/02 and 36448/02)

GRAND CHAMBER

JUDGMENT OF 22 OCTOBER 2007¹

1. Judgment delivered by the Grand Chamber following relinquishment of jurisdiction by a Chamber in accordance with Article 30 of the Convention.

SUMMARY¹**Conviction of author and publisher of a novel for defamation against a political party of the far right and its Chairman****Conviction of a newspaper director for defamation following the publication of a petition reproducing defamatory passages and protesting about convictions in respect thereof****Article 10**

Freedom of expression – Conviction of author and publisher of a novel for defamation against a political party of the far right and its Chairman – Prescribed by law – Accessibility – Foreseeability – Protection of the reputation and rights of others – Necessary in a democratic society – Discussion on matters of public interest – Political and militant expression – Limited margin of appreciation – Duties and responsibilities – Virulent allegations consisting both of value judgments and allegations of fact – Lack of basic verification – Proportionality of penalties

Freedom of expression – Freedom of the press – Conviction of a newspaper director for defamation following the publication of a petition reproducing defamatory passages and protesting about convictions in respect thereof – Discussion on matters of public interest – Duties and responsibilities – Expression of direct thought of petitioners – Widespread circulation of serious, defamatory allegations – Lack of moderation – Moderate nature of penalties

*
* *
*

Mr Lindon, a writer, is the author of a work presented as a novel and bearing the title *Le Procès de Jean-Marie Le Pen* (“Jean-Marie Le Pen on Trial”), of which Mr Otchakovsky-Laurens is the publisher. Mr Le Pen is the Chairman of the Front National, a political party of the far right. The novel, based on real events but adding fictional elements, recounts the trial of a Front National militant, who, while putting up posters for his party with other militants, commits the cold-blooded murder of a young man of North African descent and admits that it was a racist crime. The novel openly raises questions about the responsibility of the Front National and of its Chairman in the growth of racism in France and about the difficulty of combating this scourge.

Following proceedings brought by the Front National and Mr Le Pen, Mr Otchakovsky-Laurens was convicted of defamation and Mr Lindon of complicity in that offence. They were each fined and ordered jointly and severally to pay damages and to have notice of the judgment published. The court found four passages from the book to be defamatory, stating that the criminal conduct attributed to the complainants had not been made out and that the author had

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

distorted the facts to reinforce the hostility of his readers towards Mr Le Pen and his party.

Just over a month later the daily newspaper *Libération* published an article in the form of a petition against the convictions, signed by ninety-seven writers. The article reproduced in full the passages that the court had found to be defamatory and challenged that characterisation.

Mr July, publication director of *Libération*, was summoned by the Front National and Mr Le Pen to appear before a court, which found him guilty of defamation and ordered him to pay a fine and damages, not for reporting on the opinions of writers but for reiterating the offence of which Mr Lindon and Mr Otchakovsky-Laurens had been convicted, by reproducing the impugned passages.

The Paris Court of Appeal upheld the judgment against Mr Lindon and Mr Otchakovsky-Laurens as to the fine, the damages awarded and the defamatory nature of three passages from the book containing the following remarks about Mr Le Pen: that he was “not the Chairman of a political party but the chief of a gang of killers”, comparable to Al Capone; that his words and assertions were full of “racist overtones ... barely concealed at best” and that “behind [them] loom[ed] the spectre of the worst abominations of the history of mankind”; and that he was “a vampire who thrive[d] on the bitterness of his electorate, but sometimes also on their blood, like the blood of his enemies”. The court found that the author had not sufficiently distanced himself from the views expressed and, without calling into question the political combat or condemning the aversion to the ideas and values of the civil parties, noted that the other factors that might have supported a defence of good faith (allegations made with moderation and after prior verification) were lacking. The Court of Cassation upheld the judgment.

In the meantime the Paris Court of Appeal had upheld Mr July’s conviction, referring, in deciding whether or not the article had been defamatory, to the reasons given in its judgment against Mr Lindon and Mr Otchakovsky-Laurens, which, it stated, “remain[ed] applicable”. It dismissed the defence of good faith, in particular because the petitioners’ aim had simply been to express their support for Mr Lindon “by repeating with approval, out of defiance, all the passages that had been found defamatory by the court, and without even really calling into question the defamatory nature of the remarks”. The Court of Cassation dismissed Mr July’s appeal on points of law, and in particular the argument that the Court of Appeal had been biased because the president and one of the other two judges had previously sat in the case concerning Mr Lindon and Mr Otchakovsky-Laurens.

Held

Article 10: The legal basis of the applicants’ convictions lay in the clear and accessible provisions of the Freedom of the Press Act of 29 July 1881 applicable to defamation, which, according to domestic case-law, could be committed through a work of fiction where the person claiming to have been defamed was designated clearly. The case-law was admittedly dated and rather scant, but professionals in publishing had a duty to apprise themselves of the relevant legal provisions and case-law, even if that meant consulting specialised lawyers. The interference was thus prescribed by law and also pursued a legitimate aim, that of protecting the reputation or rights of others.

The penalty imposed on the author and publisher had not been directed against the arguments expounded in the impugned novel but only against the content of three passages from the work. The criteria applied by the Court of Appeal in assessing whether or not the passages in issue were defamatory had complied with Article 10. To point out that all writings, even novelistic, were capable of resulting in a conviction for defamation was consistent with Article 10. Admittedly, anyone who, for example, created or distributed a literary work contributed to an exchange of ideas and opinions which was essential for a democratic society, hence the obligation on the State not to encroach unduly on their freedom of expression, especially where, like the novel in issue in the present case, the work constituted political or militant expression. Nonetheless, novelists and those who promoted their work had to assume certain “duties and responsibilities”. The Court of Appeal’s finding of defamation could not be criticised in view of the virulent content of the offending passages and the fact that they specifically named the Front National and its Chairman, especially as only those remarks that reflected the thoughts of the author had been found to be defamatory and not those from which the author had really distanced himself. The Court of Appeal’s finding that the three offending passages had not been based on basic verification was also consistent with Strasbourg case-law. The distinction between statements of fact, the existence of which could be demonstrated, and value judgments, the truth of which was not susceptible of proof, did not usually need to be made when dealing with extracts from a novel except where, as in the present case, the work mixed fact and fiction and was thus not pure fiction but introduced real characters or facts. It was all the more acceptable to require the applicants to show that the allegations found to be defamatory had a “sufficient factual basis” as they were not merely value judgments but also allegations of fact. In addition, the Court of Appeal had adopted a measured approach, criticising the applicants not for having failed to prove the veracity of the allegations in question but for having failed to carry out “basic verification” beforehand.

The Court of Appeal’s finding that the impugned writings were not sufficiently “dispassionate” was also compatible with Strasbourg case-law. The Court of Appeal had made a reasonable assessment of the facts in finding that to liken an individual, even a politician who, like Mr Le Pen, exposed himself to harsh criticism, to the “chief of a gang of killers”, to assert that a murder, even one committed by a fictional character, had been “advocated” by him, and to describe him as a “vampire who thrive[d] on the bitterness of his electorate, but sometimes also on their blood”, “overstep[ped] the permissible limits in such matters”. Those involved in political struggles had to show a minimum degree of moderation and propriety. Wording that expressed the intention of stigmatising an opponent and that was capable of stirring up violence and hatred went beyond what was tolerable in political debate, even in respect of a figure who occupied an extremist position in the political spectrum.

The conviction upheld by the Court of Appeal against the author and publisher had been based on “relevant and sufficient” reasons. Moreover, the penalties imposed had not been disproportionate.

As to Mr July, publication director of *Libération*, he had been convicted on account of the publication of a petition which had reproduced extracts from the novel

containing “particularly serious allegations” and offensive remarks, and whose signatories, repeating them with approval, had denied that the extracts were defamatory in spite of a ruling to that effect.

Having regard to the content of the offending passages of the novel, to the potential impact on the public of the defamatory remarks on account of their publication by a national daily newspaper with a large circulation, and to the fact that it was not necessary to reproduce them in order to report fully on the conviction of the author and publisher and on the ensuing criticism, it was not unreasonable to consider that Mr July had overstepped the permissible limits of “provocation” by reproducing the remarks. Lastly, taking into consideration the moderate nature of the fine imposed and of the damages awarded, the impugned interference could not be regarded as disproportionate.

Conclusion: no violation (thirteen votes to four).

Case-law cited by the Court

- Lingens v. Austria*, 8 July 1986, Series A no. 103
Padovani v. Italy, 26 February 1993, Series A no. 257-B
Thomann v. Switzerland, 10 June 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-III
Cantoni v. France, 15 November 1996, *Reports* 1996-V
Oberschlick v. Austria (no. 2), 1 July 1997, *Reports* 1997-IV
Gautrin and Others v. France, 20 May 1998, *Reports* 1998-III
Hertel v. Switzerland, 25 August 1998, *Reports* 1998-VI
Karataş v. Turkey [GC], no. 23168/94, ECHR 1999-IV
Süreç v. Turkey (no. 1) [GC], no. 26682/95, ECHR 1999-IV
Lopes Gomes da Silva v. Portugal, no. 37698/97, ECHR 2000-X
Craxi v. Italy (dec.), no. 63226/00, 14 June 2001
Radio France and Others v. France, no. 53984/00, ECHR 2004-II
Chauvy and Others v. France, no. 64915/01, ECHR 2004-VI
Vides Aizsardzības Klubs v. Latvia, no. 57829/00, 27 May 2004
San Leonard Band Club v. Malta, no. 77562/01, ECHR 2004-IX
Pedersen and Baadsgaard v. Denmark [GC], no. 49017/99, ECHR 2004-XI
Steel and Morris v. the United Kingdom, no. 68416/01, ECHR 2005-II
Ahnak v. Turkey, no. 40287/98, 29 March 2005
Wirtschafts-Trend Zeitschriften-Verlags GmbH v. Austria, no. 58547/00, 27 October 2005
Kyprianou v. Cyprus [GC], no. 73797/01, ECHR 2005-XIII
Brasilier v. France, no. 71343/01, 11 April 2006
Mamère v. France, no. 12697/03, ECHR 2006-XIII

In the case of Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France,

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

Christos Rozakis, *President*,
Luzius Wildhaber,
Jean-Paul Costa,
Nicolas Bratza,
Boštjan M. Zupančič,
Peer Lorenzen,
Françoise Tulkens,
Loukis Loucaides,
Josep Casadevall,
Mindia Ugrekheldze,
Elisabeth Steiner,
Lech Garlicki,
Khanlar Hajiyev,
Renate Jaeger,
Sverre Erik Jebens,
Davíd Thór Björgvinsson,
Ján Šikuta, *judges*,

and Michael O'Boyle, *Deputy Registrar*,

Having deliberated in private on 13 December 2006 and on 5 September 2007,

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

PROCEDURE

1. The case originated in two applications 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 three French nationals (“the applicants”). The first application (no. 21279/02) was lodged on 23 May 2002 by Mr Mathieu Lindon (“the first applicant”) and Mr Paul Otchakovsky-Laurens (“the second applicant”), and the second application (no. 36448/02) was lodged on 27 September 2002 by Mr Serge July (“the third applicant”).

2. The first two applicants were represented by Mr H. Leclerc and Mr R. Rappaport, lawyers practising in Paris, and the third applicant was represented by Mr J.-P. Levy, a lawyer also practising in Paris. The French Government (“the Government”) were represented by their Agent, Mrs E. Belliard, Director of Legal Affairs, Ministry of Foreign Affairs.

3. The applications were allocated to the Court’s First Section (Rule 52 § 1 of the Rules of Court). On 1 June 2006 a Chamber of that Section

composed of Christos Rozakis, President, Loukis Loucaides, Jean-Paul Costa, Françoise Tulkens, Elisabeth Steiner, Khanlar Hajiyev and Sverre Erik Jebens, judges, and Søren Nielsen, 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. The President of the Grand Chamber ordered that the proceedings in the two applications be conducted simultaneously (Rule 42 § 2). He further decided to maintain the application of Article 29 § 3 of the Convention before the Grand Chamber, which would accordingly examine the admissibility and merits of the applications at the same time.

6. The Government and the first two applicants filed observations on the admissibility and merits of the case

7. A hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 13 December 2006 (Rule 59 § 3).

There appeared before the Court:

(a) *for the Government*

Ms A.-F. TISSIER, Head of the Human Rights Section, Department of Legal Affairs, Ministry of Foreign Affairs	<i>Agent,</i>
Ms M. MONGIN, Ministry of Foreign Affairs,	<i>Counsel,</i>
Ms O. DIEGO, Ministry of Justice,	<i>Adviser;</i>

(b) *for the applicants*

Mr R. RAPPAPORT, lawyer,	
Mr J.-P. LEVY, lawyer,	<i>Counsel.</i>

The Court heard addresses by Mr Rappaport, Mr Levy and Ms Tissier, and their replies to questions from judges.

8. On 19 January 2007 Luzius Wildhaber reached the end of his term of office as President of the Court. He was succeeded in that capacity by Jean-Paul Costa, and Christos Rozakis, Vice-President of the Court, assumed the presidency of the Grand Chamber in the present case.

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

9. The first applicant is a writer and the second is the chairman of the board of directors of the publishing company P.O.L.; the third was the

publication director of the daily newspaper *Libération*. They were born in 1955, 1944 and 1949 respectively and live in Paris.

A. The conviction of Mr Lindon and Mr Otchakovsky-Laurens (application no. 21279/02)

1. The publication of the novel “Jean-Marie Le Pen on Trial”

10. The first applicant is the author of a book presented as a novel under the title *Le Procès de Jean-Marie Le Pen* (“Jean-Marie Le Pen on Trial”), published in August 1998 by P.O.L.

11. The novel recounts the trial of a Front National militant, Ronald Blistier, who, while putting up posters for his party with other militants, commits the cold-blooded murder of a young man of North African descent and admits that it was a racist crime. He is defended by a Jewish, left-wing and homosexual lawyer, Pierre Mine.

The novel is based on real events and in particular the murders, in 1995, of Brahim Bouaram, a young Moroccan who was thrown into the Seine by skinheads during a Front National march, and of Ibrahim Ali, a young Frenchman of Comorian origin who was killed in Marseilles by militants of the same party. Those militants were convicted in June 1998 after a trial in the Assize Court during which Front National leaders, Mr Le Pen included, declared that the case was no more than a provocation and a put-up job through which the party’s enemies sought to harm it.

The author builds the plot around the lawyer, the main protagonist, who throughout the trial finds himself embroiled in a political debate. At the very beginning he raises the question of Mr Le Pen’s responsibility: “Isn’t the Chairman of the Front National responsible for the murder committed by one of his teenage militants inflamed by his rhetoric?” (page 7). The novel focuses on a number of figures who are characterised by their moral or political positions in relation to the ideology and political party of the far right. The work also seeks to highlight the difficulties and contradictions of certain “anti-racist” stances.

12. The text on the back cover of the book describes the novel as follows:

“How can Jean-Marie Le Pen be fought effectively? The youth Ronald Blistier, member of the Front National, has committed a cold-blooded racist murder, killing an Arab youth in the open street. The case has caused an outcry and it is generally agreed that Blistier’s trial should really be that of his mentor.

Thirty-year-old Jewish lawyer Pierre Mine is defending the murderer. He has certain ideas about how best to fight Jean-Marie Le Pen.

– Set a trap for Le Pen? But it would backfire on all of us, warns his boyfriend Mahmoud Mammoudi.

Pierre Mine pursues his fight regardless. His strategy is unfathomable. Won't he become the punchbag of the anti-racists and the champion of those he seeks to defeat? Jean-Marie Le Pen pretends to show him some respect. He is beset with troubles on all sides – it's as if those who have no real success in their fight against the Front National are nevertheless suspicious of anyone trying a different approach.”

13. By originating summonses of 20 and 27 November 1998, the Front National and Mr Le Pen brought proceedings against the first two applicants in the Paris Criminal Court for the offence of public defamation against a private individual, as a result of the novel's publication, under sections 29(1) and 32(1) of the Freedom of the Press Act of 29 July 1881. Six extracts from the novel were the subject of particular complaint: those (on pages 10, 86, 105-06 and 136) that were reproduced in a judgment delivered by the Paris Court of Appeal on 13 September 2000 (see paragraph 18 below), and the following two passages:

On page 28 the author attributes the following remarks to Mrs Blistier, Ronald's mother:

“It might have crossed his mind, but he was never much good at shooting – my husband didn't like Ronald using his rifle. But maybe the lad was humiliated because he'd never beaten anyone up, when all his mates from the Front National were bragging about their weekly clean-up rounds on the housing estates.”

On page 118, concerning a Front National demonstration, the author writes:

“The crowd assembled on Place de la Bastille, now whipped up by their master ranter, mostly consists of youths. If you searched them you'd find handguns by their hundreds. They're ready for a fight – they're only too pleased if far-left organisations think it's a good strategy to confront them. The atmosphere is in some ways one of pre-insurrection, but as the journalists present have observed, the feeling on the side of the democrats is more one of disgust than of panic. A fascist *coup d'état* isn't yet on the cards, there is more a fear of gangrene setting in – a social disease that can occasionally be stopped from spreading or curbed temporarily.”

2. *The Paris Criminal Court's judgment of 11 October 1999*

14. In a judgment of 11 October 1999, the Paris Criminal Court convicted the second applicant of defamation and the first applicant of complicity in that offence, taking account, however, of only four of the six offending extracts, namely those on pages 10, 86, 105-06 and 136 of the book. They were each sentenced to pay a fine of 15,000 French francs (FRF) (equivalent to 2,286.74 euros (EUR)) and ordered jointly and severally to pay FRF 25,000 (EUR 3,811.23) in damages to each of the civil parties, together with the cost of publishing an announcement of the judgment.

In its judgment the court found as follows:

“Whether the publication was defamatory:

It should first be noted that, whilst the author chose to write a ‘novel’, as indicated on the front cover of the book, he portrays, along with a number of fictional characters, an actual and living political figure, namely Jean-Marie Le Pen, and his party, the Front National. In addition, the author announces the subject matter of his work in the title itself, ‘Jean-Marie Le Pen on Trial’. On the back cover he asks the question ‘How can Jean-Marie Le Pen be fought effectively?’ and in the first few lines of the book he raises another question: ‘Isn’t the Chairman of the Front National responsible for the murder committed by one of his teenage militants inflamed by his rhetoric?’ The reader thus immediately becomes aware that the fictional trial is a vector for direct criticism of Jean-Marie Le Pen, especially since the facts described are largely, and obviously, inspired by actual events which have had a great impact on public opinion.

Accordingly, although it is a novel, and although the offending remarks are only made by fictional characters, it can nevertheless be observed that the work seeks to impart clearly expressed ideas and to communicate a certain image of Jean-Marie Le Pen, his party and their behaviour. The classification of the charge cannot therefore be ruled out purely on the basis of the technique used to that end.

The text, regardless of its literary genre, is capable of harming the honour and reputation of the civil parties and it is appropriate to examine each of the offending extracts to establish their meaning and significance and to determine whether, for the charge of defamation to be made out, they are precise enough for the issue of proof to be addressed.

First passage, page 10: To allege that Jean-Marie Le Pen is the chief of a gang of killers – in other words, that he heads a group of murderers – constitutes, in the context of the book, an evidently defamatory allegation of sufficiently precise conduct, reference being made to the racist crime committed by the novel’s protagonist, a young Front National member whose criminal act is said to have been inspired by the ideas advocated by Jean-Marie Le Pen.

It is of no consequence that the crime of ‘Ronald Blistier’ is not real, because the author’s intention is not to write a satire about an impossible event but, on the contrary, to make the reader believe that, given Jean-Marie Le Pen’s ideology, such a scenario is quite plausible and that he would be accountable for it. The story also evokes – inevitably, for the reader – the trial in June 1998 of the Front National billstickers accused of killing a Comorian youth, Ibrahim Ali, in Marseilles. Similarly, when the author, a few passages further on, recounts the killing of a black youth called ‘Julien Thoris’, who is thrown into the Seine during a demonstration at which the Front National is present, the reader is bound to recall the real murder of Brahim Bouaram, whose killers were taking part in a march held by that party.

The precision of the facts described in the offending extract is thus sufficient to constitute defamation against the civil parties, and the facts thus alluded to were susceptible of proof.

Second passage, page 28: The assertion that ‘all his mates from the Front National were bragging about their weekly clean-up rounds on the housing estates’ is not clarified by other remarks or illustrated by any given facts. It may stem from the boastfulness attributed to the character in the novel and is too vague to justify prosecution.

Third passage, page 86: The Front National is accused of using violence against those who leave the party. The author has one of his characters warn Ronald Blistier’s lawyer

against ‘the Front National’s common strategy’ of ‘battering’ anyone who leaves it (‘to beat you up ... ten against one, with metal bars, truncheons and steel-capped boots, one night as you’re leaving the house’).

This extract, which concerns facts that are precise and susceptible of proof, namely the attacking or even killing of anyone who dares to betray and leave the party, damages the honour of the Front National.

Fourth passage, pages 105-06: To accuse Jean-Marie Le Pen of making statements ‘with racist overtones that are barely concealed at best’ and to write that ‘from behind each of his assertions looms the spectre of the worst abominations of the history of mankind’ constitutes defamation against him in that he is accused of a form of racism that reminds the reader of the worst atrocities ever perpetrated. The author moreover explains a few lines further on that Jean-Marie Le Pen can put the idea of a racist murder into simple minds like that of Ronald Blistier, who ‘would not have had a gun in his hand and a North African kid at the end of it if Jean-Marie Le Pen had not made it possible’ (p. 106).

Fifth passage, page 118: This passage, which describes the young Front National militants firstly as being whipped up by their ‘master ranter’ and secondly as being armed by the hundreds and of creating an atmosphere of ‘pre-insurrection’, is certainly insulting to Jean-Marie Le Pen, but too imprecise to constitute defamation; the subsequent remarks do not concern the Front National but participants in that party’s demonstrations and cannot therefore be taken into account.

Sixth passage, page 136: Jean-Marie Le Pen is accused of being a ‘vampire’ who thrives on ‘the bitterness of his electorate’ and ‘the blood of his enemies’, and of being a liar, defaming his opponents to protect himself from the accusations against him.

The author develops this image and the term ‘vampire’ by writing, just after the offending passage: ‘... Jean-Marie Le Pen used Ronald Blistier’s life and is now using his death to stir up other Ronald Blistiers, to transform other lost youths into puppets who will have their lives and deaths manipulated by this ruthless puppeteer.’

These allegations about using the life and death of young militants, in driving them to murder and suicide, for personal political ends, are precise and damage the honour and reputation of Jean-Marie Le Pen.

As to the existence of good faith:

Defamatory allegations are, in law, deemed to have been made with the intention of causing harm, but they can be justified if the writer shows that he was acting in good faith.

The court observes in this connection that the author did not simply write a work of fiction. He portrayed to his readers Jean-Marie Le Pen, engaged in his usual activities as Chairman of the Front National, with the intention of criticising him and his party and of challenging their ideas. Mathieu Lindon indeed stated at the hearing that he had made much use of information in the news and, as a result, the reader may not be able to distinguish clearly between fact and fiction, so clear was the intention to associate the situations and remarks with recent events.

Although, in the sphere of political polemics and ideological debate, the greatest freedom of expression must be afforded to the author, that freedom is not unrestricted, and stops when it comes to personal attacks, whether they are made

directly by the author or through the intermediary of fictional characters, and is discredited by the distortion of facts and by immoderate language.

Whereas the defence has asserted that this story reflects reality and does not twist it, the documents produced, which are mainly press articles, being devoid of evidentiary value, are insufficient to substantiate the defamatory allegations taken into account by the court concerning the criminal conduct imputed to the civil parties. No relevant judicial decision against them, which might have justified such assertions, was produced in the proceedings, and in the absence of documents the court can only find that Mathieu Lindon distorted the facts to reinforce the hostility of his readers towards Jean-Marie Le Pen and his party.

Furthermore, whilst authors and polemicists are afforded freedom to use a specific register, this does not authorise the particularly excessive remarks that appear in the text.

It cannot therefore be accepted that the defendants acted in good faith and the charge of defamation to the detriment of Jean-Marie Le Pen and the Front National is accordingly made out ...”

3. *The Paris Court of Appeal’s judgment of 13 September 2000*

15. The first two applicants appealed against the above judgment in the Paris Court of Appeal. They challenged the finding that the offending extracts were defamatory in nature. They argued that it was simply a work of fiction portraying fictional characters, as the reader could see from the very first page. They also argued that the remarks merely amounted to value judgments about the claimants, reflecting a public debate, treated with distance and irony, about how best to combat the rise of the far right. In the alternative, pleading good faith, they submitted that the ideas of Mr Le Pen and the Front National had not been distorted by the book and its characters, and that the offending passages consisted exclusively of remarks made by the fictional characters without reflecting the ideas of the author, who, for his part, had sought to criticise the strategy adopted by anti-racist associations and left-wing intellectuals in general, in their fight against the Front National.

The applicants relied on Article 10 of the Convention, claiming that this provision precluded any conviction because a work of fiction was entitled to reflect debate as to the moral responsibility borne by the Front National and its leader’s ideas in the commission of racist crimes. They emphasised that the freedom to hold opinions would be infringed if the author of a value judgment were to be penalised on the pretext that he could not prove the pertinence of his opinion, and referred in this connection to the *Lingens v. Austria* judgment (8 July 1986, Series A no. 103). Lastly, they argued that equally aggressive and defamatory remarks against the civil parties had been made in the past by politicians

or journalists, and that Mr Le Pen himself had been convicted several times of incitement to racial hatred.

16. In a judgment of 13 September 2000, the Paris Court of Appeal (Eleventh Division, consisting of Mr Charvet, President, Mr Blanc and Mr Deletang) upheld the judgment of 11 October 1999 as regards the defamatory nature of three out of the four passages taken into account by the Criminal Court, together with the fines imposed and the damages awarded by that court.

17. In its judgment the Court of Appeal considered, firstly, that the work in question was a “novel”, “a ‘creation of the imagination’ as defined by the *Petit Robert* dictionary”, whose story line was constructed around the dilemma facing the main character: “The author has developed a plot, based on that framework, running from the beginning of the proceedings against the young defendant until his suicide in prison before counsel’s address and the prosecution speech, and has given expression to many characters who mainly appear as stereotypes characterised by their moral or political position in relation to the civil parties, who themselves are explicitly real people.” It further observed that Mr Le Pen and the Front National, both appearing under their real and current identities, were constantly at the forefront not only of the debate conducted in open court but also of the exchanges between the various characters, “and even at the heart of the intimate contradictions facing the main protagonist”. The court then noted that, on a number of occasions, words had been put into the mouth of Mr Le Pen, who “express[ed] views that [were] close or identical to those [that he took] in reality, but which [had not been] regarded by the civil parties as impugning his honour and reputation or those of the party of which he [was] the leader”. It further considered that the subject of the book was the question set out on the back cover, “How can Jean-Marie Le Pen be fought effectively?”, adding that “to ask that question, even in a novel, [was] not *per se* defamatory against him”.

18. The court went on to point out that section 29 of the Act of 29 July 1881 defined defamation as “any statement or allegation of a fact that impugns the honour or reputation of [a] person” and that the law made no distinction based on the nature of the writing in issue. On that basis, any writing, whether political, philosophical, novelistic or even poetical, was governed by the applicable rules in such matters, with regard both to public order and to the protection of individuals. However, the court added that “the application of the rules on defamation in respect of a press article or other text directly expressing the view of its author requires, if the text is a work of fiction, an examination of the question whether the civil parties are actually the individuals concerned by the offending remarks, and then of the meaning attributed by the author to the words of his characters in the light of the ideas that he expounds in

reality in his work”. As to the second point – the first being manifestly established – the court found as follows: “... a distinction has to be made between the offending passages on pages 10, 86, 105, and, lastly, 136, the only extracts now to be taken into account: some of them express the view of the narrator and coincide with the author’s ideas as they emerge from the work as a whole, whilst others can be attributed only to the character making the remarks in question, in so far as the author genuinely distances himself from those remarks throughout the work, either through the narrator or by other means.”

Using that method the court ruled as follows on the four passages in question:

“1. Page 10: ‘... an effective way to fight Le Pen is to call for him to be put in the dock and show that he isn’t the Chairman of a political party but the chief of a gang of killers – after all, people would have voted for Al Capone too’ [this view is attributed by the author to anti-racist demonstrators who have gathered outside the law courts].

This segment of text is preceded by another, which has not been mentioned by the civil parties: ‘For them, it’s not sufficient to call Ronald Blistier the murderer’, following the narrator’s description of the crowd of ‘anti-racists’ which assembles in front of the law courts during the trial of Ronald Blistier.

To assert that Jean-Marie Le Pen is not the Chairman of a political party but the chief of a gang of killers, and then in addition to equate him with Al Capone, is clearly defamatory, as was quite rightly observed by the court below.

There is nothing in the preceding or following sentences to suggest that any distance has been taken by the narrator – and therefore, in view of the book’s literary construction, by the author himself – from this statement, which is attributed to the demonstrators gathered outside the law courts, and which, moreover, echoes the question presented on the back cover as the subject of the book: ‘How can Jean-Marie Le Pen be fought effectively?’

This extract accordingly constitutes defamation against the civil parties.

2. Page 86: ‘He (Blistier [the accused]) wants to frighten you, Pierrot [the lawyer]. He wants to brand you as a member of his clan: that’s a common Front National strategy, to make you look like a traitor if you later make the slightest criticism of Le Pen or his followers, and so they’ll feel morally entitled to beat you up – to come after you, ten against one, with metal bars, truncheons and steel-capped boots, one night as you’re leaving the house, and give you a clear message that those who join the team stick together for life. Nobody leaves the Front National with impunity. Please don’t try and be clever, Pierrot. I don’t want them to kill you.’

These words are spoken by the boyfriend of the lawyer, Mr Mine, the main protagonist. The speaker is giving his own explanation about the defendant’s attitude towards his counsel during the hearing, in response to a question from Mine.

This passage contains comments that are specific to the fictional character, albeit derogatory with regard to the civil parties, as observed by the court below.

Nevertheless, and contrary to the assessment of the lower court, they do not appear to be susceptible of proof within the meaning of the Act of 29 July 1881: being attributed to

a fictional character, in a situation which is itself fictional, the text does not suggest that they may necessarily be regarded as corresponding to the author's opinion.

This passage is not found to be defamatory.

3. Pages 105-06: 'Read the papers, listen to the radio and television, every statement by Jean-Marie Le Pen is bedecked – or rather bespotted and bespattered – with racist overtones that are barely concealed at best. Each of his words is a veil for others and from behind each of his assertions looms the spectre of the worst abominations of the history of mankind. Everyone knows it, everyone says it. What Ronald Blistier did was precisely what Jean-Marie Le Pen advocates. Perhaps not explicitly – he tries to abide by the law, even though he does not always manage to do so. But when you consider the situations in which he speaks, the innuendos he makes and the figures he supports, there can be no doubt' [here the lawyer is addressing the court].

It is clearly defamatory to accuse Jean-Marie Le Pen of 'proffering words or assertions with racist overtones that are barely concealed at best and from behind which looms the spectre of the worst abominations of the history of mankind'.

Such an accusation is susceptible of debate as to whether or not it holds true in relation to the actual discourse of Jean-Marie Le Pen and the Front National.

The defendants cannot legitimately claim impunity for such remarks on the grounds that they derive from novelistic fiction and at the same time that they are covered by the statutory impunity concerning statements made during a judicial hearing.

The allegation by the character Mr Mine, the lawyer, that 'what Ronald Blistier did was precisely what Jean-Marie Le Pen advocates', following the narrator's comment – just before the paragraph containing the passage in question – that 'once again, everyone agrees that this trial should be that of Jean-Marie Le Pen rather than that of Ronald Blistier, otherwise it would never have had such an impact', shows that through the remarks attributed to his main protagonist it is in fact Mathieu Lindon who is expressing himself here with reference to the civil parties.

This extract constitutes defamation against the civil parties.

4. Page 136: After the defendant's suicide in prison, his lawyer gives the following statement on television: 'How can Jean-Marie Le Pen be allowed to play the victim after Ronald Blistier's suicide? Isn't the Front National Chairman a vampire who thrives on the bitterness of his electorate, but sometimes also on their blood, like the blood of his enemies? Why does Le Pen accuse democrats of the alleged murder of Ronald Blistier? Because he isn't afraid of lies – because engaging in defamation against his opponents always appears useful for him, of course, but it is also quite simply a means to deflect suspicion; he's the one who shouts the loudest in the hope that his ranting will drown out the accusations against himself.'

To describe Jean-Marie Le Pen, Chairman of the Front National, as 'a vampire who thrives on the bitterness of his electorate, but sometimes also on their blood, like the blood of his enemies', impugns the honour and reputation of the two civil parties.

This passage is part of a long television appearance by the main protagonist – the only one who, apart from his boyfriend, is portrayed in a positive light in the novel, as both characters convey, so to speak, the contradictions and values of the narrator – following the defendant's suicide in prison.

It is evident that this speech, which takes the form of an indictment, and which is presented as the only interview given to the media by the lawyer, who has previously turned down many other requests, constitutes both the synthesis and the final conclusion through which the author seeks to give his character an opportunity to express, with a certain solemnity in the context of this fiction, the author's own view as a militant writer.

Moreover, in the last two pages of the book, following the television statement, no distance whatsoever is introduced between the narrator and the remarks made.

This extract thus constitutes defamation against the civil parties.”

19. The Court of Appeal further dismissed the argument that the applicants had acted in good faith, on the following grounds:

“Defamatory allegations are deemed to have been made in bad faith unless the defendant can show that they fulfil all of the following conditions: they must correspond to the pursuit of a legitimate aim; they must not reflect any personal animosity on his part towards the civil party; there must have been a serious preliminary investigation; and the language used must be dispassionate.

In the present case, the legitimacy of the aim pursued by the defendants through the novel, namely ‘to fight against Jean-Marie Le Pen effectively’, in other words to engage in a political combat, cannot be challenged in a democratic society.

With its claim to be a ‘combative’ work, the novel in question, and in particular the passages found to be defamatory, attest to patent animosity towards the civil parties. However, that animosity is explicitly related to the aversion felt by the defendants in reaction to the ideas and values presented for public debate by the civil party as Chairman of the Front National. That animosity, which is not directed against the civil party in person, cannot be regarded as reprehensible *per se*.

Since this is a work of fiction, the question of the seriousness of the investigation underpinning the work cannot be assessed as if it were a text intended to inform the reader of real facts or comment on such facts. However, the principle adopted for the construction of the work in issue, as can be seen explicitly from a reading of the text and as the defendants have asserted before the court, is based on the juxtaposition within an imaginary plot of, on the one hand, various fictional characters, and on the other, the Chairman of the Front National, a real figure, who represents the focus in relation to which the imaginary characters take shape and around which they revolve throughout the novel.

Furthermore, the ideas, rhetoric, acts and gestures of Jean-Marie Le Pen are accurately described in the novel – as the defendants have claimed, producing cogent evidence to that effect – in relation to the reality of the various public manifestations of his political activity. Accordingly, it is appropriate to examine whether the use of the defamatory comments chosen by the author was preceded by an investigation sufficiently serious to justify the comments in question.

In this connection, whilst the rhetoric and ideas attributed to the civil parties, together with the ensuing debates, are unquestionably consonant with the actual representation of the ideas of the Front National in reports on French political life today, the defendants have failed to adduce any specific evidence to show that the use of the wording found to be defamatory was preceded by basic verification as to the reality supposed to be evoked by that wording.

Similarly, it cannot be said that the form of expression used in the three extracts found to be defamatory is sufficiently dispassionate: to liken Jean-Marie Le Pen to the ‘chief of a gang of killers’ (page 10), to assert that the murder committed by Blistier – a fictional character – was ‘advocated’ by Jean-Marie Le Pen – a real person – and to describe the Chairman of the Front National – a real person – as a ‘vampire who thrives on the bitterness of his electorate, but sometimes also on their blood’, clearly oversteps the permissible limits in such matters.

It cannot therefore be accepted that the defendants acted in good faith.

Lastly, the argument derived from the application of Article 10 of the European Convention on Human Rights and the *Lingens v. Austria* judgment of 8 July 1986, whereby ‘a value-judgment made about a politician is by nature not susceptible of proof’ is ineffective.

The allegations found in the present case to be defamatory, directed against a real politician, do not merely constitute value-judgments within the meaning of the judgment of the European Court of Human Rights cited above, in a case where a journalist had described the conduct of a politician as ‘the basest opportunism’, ‘immoral’ and ‘undignified’. In Mr Lindon’s case, he accuses the civil party of certain concrete practices (describing him as the ‘chief of a gang of killers’, ‘advocating the perpetration of a murder’ and ‘a vampire who thrives on the bitterness and the blood of his voters’).”

4. *The Court of Cassation’s judgment of 27 November 2001*

20. In a judgment of 27 November 2001, the Court of Cassation dismissed an appeal on points of law lodged by the first two applicants. It rejected as follows the ground based on an alleged breach of Article 10 of the Convention:

“... In finding the defendants guilty of public defamation against a private individual, taking into account three extracts from the work, the judges, who made an accurate assessment of the meaning and significance of the offending writings, justified their decision without breaching the Convention provisions referred to in the ground of appeal.

Whilst Article 10 of the Convention ... recognises, in its first paragraph, that everyone has the right to freedom of expression, that provision states, in its second paragraph, that the exercise of this right, carrying with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society for the protection of the reputation of others.
...”

B. The conviction of Mr July (application no. 36448/02)

1. *The article published in the daily newspaper Libération*

21. In its edition of 16 November 1999, in a column entitled “*Rebonds*” (“reactions”), the daily newspaper *Libération* published an article signed by

ninety-seven contemporary writers concerning the first two applicants' conviction, on charges of defamation and complicity in defamation, by the Paris Criminal Court in its judgment of 11 October 1999 (see paragraph 14 above). The article took the form of a petition and read as follows:

“Petition. The passages from the book ‘Jean-Marie Le Pen on Trial’ for which Mathieu Lindon and his publisher were convicted are not defamatory. We are prepared to write them in a novel. We will write against Le Pen.

Novels cannot be granted unlimited rights. But they have the right to exist and to evoke the real world in which the author and his peers live. Mathieu Lindon and his publisher Paul Otchakovsky-Laurens were convicted of defamation against Jean-Marie Le Pen on account of four passages in the novel ‘Jean-Marie Le Pen on Trial’.

To write, in a novel, that demonstrators who pay tribute to the victim of a racist murder consider that: ‘For them, it’s not sufficient to call Ronald Blistier the murderer; an effective way to fight Le Pen is to call for him to be put in the dock and show that he isn’t the Chairman of a political party but the chief of a gang of killers – after all, people would have voted for Al Capone too’ is not defamatory in my view and I am prepared to write this in a novel.

To write, in a novel, that the boyfriend of a lawyer defending a murderer who belongs to the Front National gives the lawyer this warning: ‘He wants to frighten you, Pierrot. He wants to brand you as a member of his clan: that’s a common Front National strategy, to make you look like a traitor if you later make the slightest criticism of Le Pen or his followers, and so they’ll feel morally entitled to beat you up – to come after you, ten against one, with metal bars, truncheons and steel-capped boots, one night as you’re leaving the house, and give you a clear message that those who join the team stick together for life. Nobody leaves the Front National with impunity. Please don’t try and be clever, Pierrot. I don’t want them to kill you’ is not defamatory in my view and I am prepared to write this in a novel.

To write, in a novel, that a lawyer, in defending his client who is accused of a racist crime puts the following arguments to the court: ‘Read the papers, listen to the radio and television, every statement by Jean-Marie Le Pen is bedecked – or rather bespotted and bespattered – with racist overtones that are barely concealed at best. Each of his words is a veil for others and from behind each of his assertions looms the spectre of the worst abominations of the history of mankind. Everyone knows it, everyone says it. What Ronald Blistier did was precisely what Jean-Marie Le Pen advocates. Perhaps not explicitly – he tries to abide by the law, even though he does not always manage to do so. But when you consider the situations in which he speaks, the innuendos he makes and the figures he supports, there can be no doubt’ is not defamatory in my view and I am prepared to write this in a novel.

To write, in a novel, that a lawyer who has poorly defended his client, a Front National member accused of a racist murder, makes the following analysis: ‘How can Jean-Marie Le Pen be allowed to play the victim after Ronald Blistier’s suicide? Isn’t the Front National Chairman a vampire who thrives on the bitterness of his electorate, but sometimes also on their blood, like the blood of his enemies? Why does Le Pen accuse the democrats of the alleged murder of Ronald Blistier? Because he isn’t afraid of lies – because engaging in defamation against his opponents always appears useful for him, of course, but it is also quite simply a means to deflect suspicion; he’s the one who shouts

the loudest in the hope that his ranting will drown out the accusations against himself' is not defamatory in my view and I am prepared to write this in a novel.

If these passages are to be considered defamatory in a novel, they are also defamatory in reality. I should be sued by Jean-Marie Le Pen and convicted by a court, if they are true to their own logic, for having reproduced those extracts here."

2. *The Paris Criminal Court's judgment of 7 September 2000*

22. It was on account of the above article that Mr Le Pen and his party summoned the third applicant to appear before the Paris Criminal Court in his capacity as publication director of *Libération*, alleging that he had committed the offence of public defamation against a private individual (under sections 29(1), 32(1) and 42 of the Freedom of the Press Act of 29 July 1881).

23. In a judgment of 7 September 2000, the court found the applicant guilty of the criminal offence of defamation and sentenced him to pay a fine of FRF 15,000 (EUR 2,286.74). It also awarded FRF 25,000 (EUR 3,811.23) in damages.

The court, after observing that *Libération* had reproduced *in extenso* passages from the work that it had characterised as defamatory in its judgment of 11 October 1999, found that "the defamatory nature of the remarks, which ha[d] already been found to have impugned the honour and reputation of another and ha[d] been repeated in the offending article, [was] ... not in doubt". As to the question of good faith, the court found that, whilst the newspaper *Libération* was entitled to comment on a judicial decision and to impart ideas and information on questions that formed the subject of public debate, it was nevertheless true that there was "a distinction between the right of petition and the publicity given to a petition by the use of objectionable terms". In the court's view, the publication of the defamatory passages *in abstracto*, outside their literary context, strengthened the dishonouring force of the allegations, which were shifted to the terrain of reality and plausibility, without any debate of ideas, as the signatories of the article had emphasised in concluding: "If these extracts are to be considered defamatory in a novel, they are also defamatory in reality." The court added that other newspapers had reported on the debate triggered by the publication of "Jean-Marie Le Pen on Trial" and the petition following the conviction of its author but had not reproduced the offending comments *in extenso*. It inferred that the third applicant "could ... have reported on the offending petition and informed readers of the views of numerous writers and journalists, without, however, reiterating the offence of which Mr Lindon and his publisher had been convicted by reproducing the passages that had been found to be defamatory in the court's previous decision".

3. *The Paris Court of Appeal's judgment of 21 March 2001*

24. On 12 September 2000 the third applicant lodged an appeal against the judgment. He contended that the impugned article was part of a broader political debate concerning the Front National and its Chairman, and that the debate was intense because of events that had actually taken place. It was those events which had provided the inspiration for the novel by the first applicant, whose cause had been defended by the signatories of the petition, reacting in a democratic spirit and out of vigilance towards the far-right movement. The third applicant explained that the column "*Rebonds*" was specifically reserved for the opinions of commentators from outside the newspaper who expressed their views with the intention of triggering debate and provoking reactions among readers. He added that the column, in principle, was not supposed to be objective or impartial but to convey opinions and therefore entailed the freedom to hold those opinions. He argued that the free discussion of political matters should not be hindered by excessive requirements relating to the protection of the rights of others or the prevention of disorder.

25. In a judgment of 21 March 2001, the Eleventh Division of the Paris Court of Appeal (consisting of Mr Charvet, President, and Judges Deletang and Waechter) upheld all the provisions of the judgment under appeal.

The court pointed out that, in its judgment of 13 September 2000 (see paragraphs 16-19 above), it had upheld the conviction of the first two applicants on account of three out of the four offending passages in the novel. It reproduced those passages and, as regards the defamatory nature of the article, referred back to the grounds set out in the 13 September 2000 judgment, of which, it stated, the reasoning "remain[ed] applicable". It went on to dismiss the defence of good faith on the following grounds:

"The existence of controversy surrounding Mr Le Pen and the Front National has been patent for many years, and that controversy has taken on a polemical aspect at certain times.

As regards the work 'Jean-Marie Le Pen on Trial', the court found in its previous judgment that it was established that its very subject matter was the fight against the political ideas of the civil parties, which in this case had taken the form of a novel.

Such a medium does not preclude the application of the Act of 29 July 1881 where, firstly, the characters portrayed can be identified as real people, and, secondly, the defamatory allegations against them are a reflection not of the narrative process but of the author's own views.

On the basis of that analysis, the court considered that this situation obtained in respect of the novel itself. It is all the more true for the impugned article, which is presented as a shift from fiction in two ways, being published even though the passages

in question had formed the basis of a conviction and by clearly indicating that shift: 'If these passages are to be considered defamatory in a novel, they are also defamatory in reality. We will write against Le Pen.'

The authors of the text in issue had no other aim than that of showing their support for Mathieu Lindon by repeating with approval, out of defiance, all the passages that had been found defamatory by the court, and without even really calling into question the defamatory nature of the remarks.

The polemical aim of a text cannot absolve it from all regulation of expression, especially when, far from being based merely on an academic debate, its line of argument is built around reference to precise facts. There was therefore an obligation to carry out a meaningful investigation before making particularly serious accusations such as incitement to commit murder, and to avoid offensive expressions such as those describing Mr Le Pen as the 'chief of a gang of killers' or as a vampire.

The defence of good faith cannot be admitted ..."

4. The Court of Cassation's judgment of 3 April 2002

26. On 23 March 2001 the third applicant appealed on points of law, claiming in particular that there had been a violation of Articles 10 and 6 of the Convention. In respect of Article 6 he contended that the Court of Appeal had already ruled on the defamatory nature of the book in question and that it had relied on that earlier judgment, so that the appeal had not been heard by an impartial tribunal but by a "court which openly regarded itself as clearly targeted by the offending article".

27. In a judgment of 3 April 2002, the Court of Cassation dismissed the appeal in the following terms:

"... It is apparent from the decision appealed against that Serge July, publication director, was summoned to appear before the Eleventh Division of the Court of Appeal on a charge of public defamation against a private individual, on account of having published an article. That article incorporated certain passages from a book for which the author had previously been found guilty under section 29 of the Act of 29 July 1881 by a bench of the Court of Appeal consisting of President Charvet and Judges Blanc and Deletang.

The appellant is not entitled to complain that Judges Charvet and Deletang sat on the bench of the appellate court before which he appeared, in so far as the participation in this case of a number of judges of the criminal division of the Court of Appeal in proceedings concerning charges brought, firstly, against the author of a defamatory text and, secondly, against the publication director who allowed certain passages from that text to be published, is not contrary to the requirement of impartiality enshrined in Article 6 § 1 of the Convention. In addition, contrary to what has been alleged, there is nothing in the judgment appealed against to suggest that the judges deemed themselves to be targeted by the offending text or that they expressed an opinion contrary to the requirement of impartiality.

... In finding Serge July guilty ... the Court of Appeal stated that the polemical aim of a text could not absolve it from all regulation of expression, when, far from being based merely on an academic debate, its line of argument was built around reference to precise

facts. The court added that, in this case, the accusations that had been made without a meaningful prior investigation were particularly serious ones, the civil party having been described as the ‘chief of a gang of killers’ or as a vampire.

In these circumstances the Court of Appeal justified its decision without breaching Article 10 of the Convention ...”

II. RELEVANT DOMESTIC LAW AND PRACTICE

28. The relevant parts of the Freedom of the Press Act of 29 July 1881 provide as follows:

Section 29

“It shall be defamatory to make any statement or allegation of a fact that impugns the honour or reputation of the person or body of whom the fact is alleged. The direct publication or reproduction of such a statement or allegation shall be an offence, even if expressed in tentative terms or if made about a person or body not expressly named but identifiable by the terms of the disputed speeches, shouts, threats, written or printed matter, placards or posters.

It shall be an insult to use any abusive or contemptuous language or invective not containing an allegation of fact.”

Section 32(1)

“Anyone who by any of the means set out in section 23 [including ‘written’ and ‘printed’ matter and ‘any other written medium’ ‘sold or distributed, or offered for sale’] makes a statement that is defamatory of private individuals shall be liable on conviction to six months’ imprisonment and a fine of 12,000 euros, or to one only of those sentences”.

Section 42

“The following persons shall be liable, as principals, in the following order, to penalties for offences committed via the press:

1. Publication directors or publishers, irrespective of their occupation or title ...”

29. An individual may be defamed through the portrayal of characters in a novel or play, without it being necessary for the name of the imaginary person to correspond to that of the individual who claims to have been defamed, provided he or she is referred to in a clear manner such that the public cannot be mistaken (Paris Court of Appeal, 8 March 1897). On the other hand, the fact that the name of the imaginary person corresponds to that of a living person is not sufficient for the latter to allege defamation, even if there are certainly similarities of character and diffusion (Algiers Court of Appeal, 20 February 1897). Such situations mostly give rise to proceedings for civil liability and damages are awarded whenever there has been prejudice, that is to say when the public has unavoidably been led to associate the living person with the

imaginary person and where an error of judgment can be attributed to the author (Paris Court of Appeal, 24 April 1936, and Paris Court of Appeal, 8 November 1950). (Source: *Juris-Classeur de droit pénal*, 1996, *Presse-Diffamation*, fascicule 90, “86 – personnages littéraires” (literary characters)).

THE LAW

I. JOINDER OF THE APPLICATIONS

30. In view of the connection between the applications as regards the facts and the substantive questions that they both raise, the Court considers it appropriate to join them in accordance with Rule 42 § 1 of the Rules of Court.

II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 10 OF THE CONVENTION

31. The applicants complained that there had been a violation of their right to freedom of expression on account of their conviction for defamation or complicity in defamation. They relied on Article 10 of the Convention, which reads as follows:

“1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This Article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises.

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

A. The parties’ submissions

1. *The applicants*

32. The first two applicants complained that their conviction for defamation and complicity in defamation on account of the publication of *Le Procès de Jean-Marie Le Pen* (“Jean-Marie Le Pen on Trial”) had constituted a “penalty” that was not “prescribed by law” within the meaning attributed to that notion by the Court’s case-law. In their submission, notwithstanding the apparent precision of section 29(1) of the Act of 29 July 1881 upon which it had been based and the extensive case-law concerning defamation, their conviction had not been

“foreseeable”. Their main criticism of the Paris Court of Appeal was that it had sought to ascertain the author’s thoughts from the words of fictional characters. This had, moreover, depended on whether or not a particular character was presented “positively”. In examining the offending passages of the novel in such a way the court had used a process of deduction, which, they claimed, was a subjective and random approach that did not allow writers to predetermine the limits to authorised speech with which they were supposed to comply. As a result, and since that approach had not been applied with the same stringency to all the impugned passages, the judgment and reasoning of the Court of Appeal had in a number of respects been inconsistent and incoherent.

Secondly, the applicants considered that such a “penalty” had not been “necessary in a democratic society”. They pointed out in particular that their conviction as author and publisher of a text which was purely fictional, and which was presented to readers as such, had not been justified by any “pressing social need”. They laid emphasis on the novelist’s freedom of expression and, referring in particular to *Lingens* (cited above), on the fact that the book in question concerned a politician. They added that the domestic courts had distorted the remarks in question and that the “penalty” inflicted, being criminal in nature, had been disproportionate.

33. The third applicant further complained that his conviction for defamation on account of the publication in the newspaper *Libération* of a petition signed by ninety-seven writers, accompanied by certain passages from the novel “Jean-Marie Le Pen on Trial” that had been found to be defamatory by the Paris Criminal Court, had not been “necessary” within the meaning of Article 10 of the Convention. Referring in particular to the importance of the freedom of the press in a democratic society, and stressing that the impugned article had been published in the context of a political debate on a matter of general concern, he submitted that his conviction had been all the more disproportionate to the aim pursued, namely the protection of Mr Le Pen’s reputation, as Mr Le Pen himself was inclined to be provocative and to use offensive language when expressing himself through the media.

2. *The Government*

34. The Government did not dispute the fact that the applicants’ conviction constituted interference with the exercise of their right to freedom of expression but contended that it was “prescribed by law”, pursued a “legitimate aim” and, having regard to the margin of appreciation afforded to States parties in such matters, was “necessary in a democratic society” to achieve that aim, in accordance with the second paragraph of Article 10.

35. On the first point, the Government pointed out that the applicants' conviction had been based on sections 29(1) and 32(1) of the Freedom of the Press Act of 29 July 1881.

The Government dismissed the argument of the first two applicants that the application of those provisions to their case had not been foreseeable, indicating in particular that there had been previous examples of proceedings for defamation committed through a literary work (they cited a judgment of the Paris Court of Appeal from 8 March 1897). Moreover, in the Government's submission, the second applicant had admitted during the appeal proceedings that he had been aware of the risk that, on publishing the book in question, Mr Le Pen might bring proceedings against him. As to the allegedly inconsistent criteria on which the domestic courts had based their decisions, that question did not relate to the foreseeability of the law but to whether the interference had been necessary.

36. As to the second point, the Government argued that the interference had sought to ensure the "protection of the reputation or rights of others" – those of Mr Le Pen and the Front National – this being one of the legitimate aims enumerated in the second paragraph of Article 10.

37. As to the necessity and proportionality of the interference in the case of the first two applicants, the Government considered that the tribunals of fact had coherently analysed the defamatory nature of the relevant passages from the book and had based their decisions on "relevant" and "sufficient" reasons. They further emphasised that the courts had not convicted the first two applicants on account of the aversion expressed in the impugned work towards the ideas defended by the Front National and its Chairman, but only after weighing up the various interests at stake. Whilst the Government were aware that the limits of acceptable criticism were broader where politicians were concerned, the offending comments had clearly damaged the reputation of the civil parties. Moreover, in so far as they were not value judgments but allegations of fact susceptible of proof, the conviction of the applicants on the grounds, that they had not carried out a "basic verification" of the reality of the allegations before publishing them – when they had been able to do so – was compatible with Article 10 of the Convention. The Government added that the applicants had been given the opportunity to prove their good faith, that the penalties imposed on them and the amount of damages awarded against them were not disproportionate, and that the courts had ordered neither the seizure nor the destruction of the book.

The Government arrived at the same conclusion in the case of the third applicant. In their submission, the domestic courts had struck a fair balance between the various interests at stake (respect for free discussion of political ideas by the press, protection of the reputation of

others), having regard to the fact that the reputation-damaging remarks were serious and had been published in a national newspaper with a large circulation. They added that the publication of the impugned petition had gone beyond the level of participation in a political controversy surrounding the far right and in fact consisted in the attribution to Mr Le Pen and his party of unproven offences. In actual fact, by publishing the extracts from the book for which the first two applicants had been convicted, the third applicant had sought to contest the defamatory nature of the impugned allegations and therefore to give credence to the offending remarks. In doing so he had failed to fulfil the obligation of care and moderation inherent in the “duties and responsibilities” of journalists. The Government added that the domestic courts had not punished the third applicant for criticising the conviction of the first two applicants, or for informing the public that the signatories of the impugned petition supported them, but for doing so in a way that constituted a reiteration of the offence.

38. The Government concluded that the applicants’ complaints that there had been a violation of Article 10 of the Convention were manifestly ill-founded and therefore inadmissible.

B. The Court’s assessment

1. Admissibility

39. The Court observes that this aspect of the applications is not manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 of the Convention. It moreover considers that no other ground for declaring it inadmissible has been established and therefore declares it admissible.

2. Merits

40. It is not in dispute between the parties that the applicants’ conviction constituted “interference by public authority” with their right to freedom of expression. Such interference will breach the Convention if it fails to satisfy the criteria set out in the second paragraph of Article 10. The Court must therefore determine whether it was “prescribed by law”, whether it pursued one or more of the legitimate aims listed in that paragraph and whether it was “necessary in a democratic society” in order to achieve that aim or aims.

(a) “Prescribed by law”

41. The Court reiterates that a norm cannot be regarded as a “law” within the meaning of Article 10 § 2 unless it is formulated with

sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct; he must be able – if need be with appropriate advice – to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail. Those consequences need not be foreseeable with absolute certainty. Whilst certainty is desirable, it may bring in its train excessive rigidity and the law must be able to keep pace with changing circumstances. Accordingly, many laws are inevitably couched in terms which, to a greater or lesser extent, are vague and whose interpretation and application are questions of practice.

The Court further reiterates that the scope of the notion of foreseeability depends to a considerable degree on the content of the text in issue, the field it is designed to cover and the number and status of those to whom it is addressed. A law may still satisfy the requirement of foreseeability even if the person concerned has to take appropriate legal advice to assess, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail. This is particularly true in relation to persons carrying on a professional activity, who are used to having to proceed with a high degree of caution when pursuing their occupation. They can on this account be expected to take special care in assessing the risks that such activity entails (see, for example, *Cantoni v. France*, 15 November 1996, § 35, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-V, and *Chauvy and Others v. France*, no. 64915/01, §§ 43-45, ECHR 2004-VI).

42. In the present case, the legal basis for the applicants' conviction can be found in accessible and clear provisions, namely sections 29 and 32 of the Act of 29 July 1881. The first of these provisions states in particular that it is "defamatory to make any statement or allegation of a fact that impugns the honour or reputation of the person or body of whom the fact is alleged" and according to case-law this can be done through a work of fiction when the individual who claims to have been defamed is referred to in a clear manner (see paragraphs 28-29 above).

Whilst the case-law on this specific point appears dated and rather scant – the Government confined themselves to citing a judgment of the Paris Court of Appeal from 8 March 1897 – the Court must take account of the fact that the first and second applicants are respectively an author and the chairman of the board of directors of a publishing company. Being professionals in the field of publishing it was incumbent on them to apprise themselves of the relevant legal provisions and case-law in such matters, even if it meant taking specialised legal advice. Accordingly, since the novel in issue specifically named Mr Le Pen and the Front National, they could not have been unaware that if they published it there was a risk that defamation proceedings might be brought against them by Mr Le Pen and his party on the above-mentioned legal basis.

As to the criteria applied by the Paris Court of Appeal in assessing whether or not the impugned passages of the novel were defamatory, this

question in reality relates to the relevance and sufficiency of the grounds given by the domestic courts to justify the impugned interference with the right of the first two applicants to freedom of expression. The Court will therefore examine this question when it comes to assess whether the interference was “necessary”.

43. In conclusion, the Court considers that the contention of the first two applicants that they were unable to foresee “to a reasonable degree” the consequences that the publication of the book was liable to have for them in the courts is untenable. It therefore finds that the interference in issue was “prescribed by law” within the meaning of the second paragraph of Article 10 of the Convention.

(b) Legitimate aim

44. The Court finds that the interference unquestionably pursued one of the legitimate aims set out in paragraph 2 of Article 10: the protection of “the reputation or rights of others”, namely of Jean-Marie Le Pen and the Front National; moreover, this is not a matter of dispute between the parties.

(c) Necessary in a democratic society

(i) General principles

45. 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”. 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.

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 the reasons adduced by the national authorities to justify it are “relevant and sufficient” and whether it was “proportionate to the legitimate aim pursued”. 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 (see, among many other authorities, *Hertel v. Switzerland*, 25 August 1998, § 46, *Reports* 1998-VI; *Pedersen and Baadsgaard v. Denmark* [GC], no. 49017/99, §§ 68-71, ECHR 2004-XI; *Steel and Morris v. the United Kingdom*, no. 68416/01, § 87, ECHR 2005-II; and *Mamère v. France*, no. 12697/03, § 19, ECHR 2006-XIII).

46. There is little scope under Article 10 § 2 of the Convention for restrictions on freedom of expression in the area of political speech or debate – where freedom of expression is of the utmost importance (see *Brasilier v. France*, no. 71343/01, § 41, 11 April 2006) – or in matters of public interest (see, among other authorities, *Süreç v. Turkey (no. 1)* [GC], no. 26682/95, § 61, ECHR 1999-IV, and *Brasilier*, cited above).

Furthermore, the limits of acceptable criticism are wider as regards a politician as such than as regards a private individual. Unlike the latter, the former inevitably and knowingly lays himself open to close scrutiny of his every word and deed by both journalists and the public at large, and he must consequently display a greater degree of tolerance (see, for example, *Lingens*, cited above, § 42; *Vides Aizsardzības Klubs v. Latvia*, no. 57829/00, § 40, 27 May 2004; and *Brasilier*, cited above).

(ii) *Application of the above principles*

(α) The first two applicants

47. As observed by the Paris Court of Appeal in its judgment of 13 September 2000, the book whose publication resulted in the applicants’ conviction for defamation and complicity in defamation is a “novel”, a “creation of the imagination” (see paragraph 17 above). A novel is a form of artistic expression, which falls within the scope of Article 10 in that it affords the opportunity to take part in the public exchange of cultural, political and social information and ideas of all kinds. Those who create or distribute a work, for example of a literary nature, contribute to the exchange of ideas and opinions which is essential for a democratic society. Hence the obligation on the State not to encroach unduly on their freedom of expression (see, among other authorities, *Karataş v. Turkey* [GC], no. 23168/94, § 49, ECHR 1999-IV, and *Ahnak v. Turkey*, no. 40287/98, §§ 41-43, 29 March 2005).

Furthermore, in assessing whether the interference was “necessary” it should be borne in mind that a novel is a form of artistic expression that, although potentially maintaining its readership for a longer period, appeals generally to a relatively narrow public compared with the print media (in this respect see *Alinak*, cited above, § 41). Consequently, the number of persons who became aware of the remarks in issue in the present case and, accordingly, the extent of the potential damage to the rights and reputation of Mr Le Pen and his party, were likely to have been limited.

48. The impugned novel, which was inspired by real events but adds fictional elements, recounts the trial of a Front National militant, who, while putting up posters for his party with other militants, commits the cold-blooded murder of a young man of North African descent and admits that it was a racist crime. Published under the title *Le Procès de Jean-Marie Le Pen* (“Jean-Marie Le Pen on Trial”), it openly raises questions about the responsibility of the Front National and its Chairman in the growth of racism in France and about the difficulty of combating this scourge (see paragraphs 11-12 above). The work therefore unquestionably relates to a debate on a matter of general concern and constitutes political and militant expression, hence this is a case where a high level of protection of the right to freedom of expression is required under Article 10. The margin of appreciation enjoyed by the authorities in assessing the “necessity” of the penalty imposed on the applicants was thus particularly limited (see paragraph 46 above; see also *Steel and Morris*, §§ 88-89, cited above, and *Mamère*, cited above, § 20).

49. The Court notes at the outset that the examination of the applicants’ case by the Paris Court of Appeal was duly carried out in this kind of perspective. In its judgment of 13 September 2000, the Court of Appeal found that to ask the question “How can Jean-Marie Le Pen be fought effectively?” was, “even in a novel, ... not *per se* defamatory against him” and that “the legitimacy of the aim pursued by the defendants through the novel, namely ‘to fight against Jean-Marie Le Pen effectively’, in other words to engage in a political combat, [could not] be challenged in a democratic society”. The court admittedly noted that “[w]ith its claim to be a ‘combative’ work, the novel in question, and in particular the passages found to be defamatory, attest[ed] to patent animosity towards the civil parties”. It nevertheless found that this animosity, being “explicitly related to the aversion felt by the defendants in reaction to the ideas and values presented for public debate by the civil party as chairman of the Front National”, was “not directed against the civil party in person” and “[could not] be regarded as reprehensible *per se*” (see paragraphs 17-19 above).

50. It thus appears that the penalty imposed on the applicants by the domestic court was not directed against the arguments expounded in the

impugned novel but only against the content of certain passages that were found to be damaging to “the honour or reputation” of the Front National and its Chairman within the meaning of section 29 of the Act of 29 July 1881. Moreover, whilst the initial proceedings against the applicants in the criminal court concerned six passages from the novel (see paragraph 13 above), they were ultimately convicted on account of the following three passages alone:

[page 10: a view attributed by the author to anti-racist demonstrators who have gathered outside the law courts] “... an effective way to fight Le Pen is to call for him to be put in the dock and show that he isn’t the leader of a political party but the chief of a gang of killers – after all, people would have voted for Al Capone too.”

[pages 105-06: here the lawyer is addressing the court] “Read the papers, listen to the radio and television, every statement by Jean-Marie Le Pen is bedecked – or rather bespotted and bespattered – with racist overtones that are barely concealed at best. Each of his words is a veil for others and from behind each of his assertions looms the spectre of the worst abominations of the history of mankind. Everyone knows it, everyone says it. What Ronald Blistier did was precisely what Jean-Marie Le Pen advocates. Perhaps not explicitly – he tries to abide by the law, even though he does not always manage to do so. But when you consider the situations in which he speaks, the innuendos he makes and the figures he supports, there can be no doubt.”

[page 136: a statement by the defendant’s lawyer on television after his client’s suicide in prison] “How can Jean-Marie Le Pen be allowed to play the victim after Ronald Blistier’s suicide? Isn’t the Front National Chairman a vampire who thrives on the bitterness of his electorate, but sometimes also on their blood, like the blood of his enemies? Why does Le Pen accuse democrats of the alleged murder of Ronald Blistier? Because he isn’t afraid of lies – because engaging in defamation against his opponents always appears useful for him, of course, but it is also quite simply a means to deflect suspicion; he’s the one who shouts the loudest in the hope that his ranting will drown out the accusations against himself.”

51. However, the applicants criticised the Court of Appeal for having, for the purposes of its examination of their case, sought to ascertain the author’s thoughts from the remarks of fictional characters in a fictional situation and for reaching its conclusions as to the defamatory nature of the passages in issue on the basis of whether the author had distanced himself from those remarks or not. In the applicants’ submission, such an approach led to the imprisonment of literature in a set of rigid rules at odds with the freedom of artistic creation and expression.

The Court does not share that view. It considers, on the contrary, that the criteria applied by the Paris Court of Appeal in assessing whether or not the passages in issue were defamatory complied with Article 10 of the Convention.

In this connection the Court observes that, in its judgment of 13 September 2000, the Court of Appeal pointed out first of all that all writings, even novelistic, were capable of “impugn[ing] the honour or reputation of [a] person” within the meaning of section 29 of the

Freedom of the Press Act of 29 July 1881 and therefore of resulting in a conviction for defamation. That approach is consistent with Article 10 of the Convention. Admittedly, as noted above (see paragraph 47), anyone who, for example, creates or distributes a literary work contributes to an exchange of ideas and opinions which is essential for a democratic society, hence the obligation on the State not to encroach unduly on their freedom of expression. This is especially the case where, like the novel in issue in the present case, the work constitutes political or militant expression (see paragraph 48 above). Nonetheless, novelists – like other creators – and those who promote their work are certainly not immune from the possibility of limitations as provided for in paragraph 2 of Article 10. Whoever exercises his freedom of expression undertakes, in accordance with the express terms of that paragraph, “duties and responsibilities”.

52. The Court further observes that, in assessing whether or not the passages from the novel it was called upon to examine were defamatory, the Court of Appeal sought to determine whether they effectively “impugned the honour and reputation” of Mr Le Pen and the Front National. Inasmuch as the Court is entitled to judge (see, for example, *Mamère*, cited above, § 22), the domestic court’s findings on this point cannot be criticised in view of the virulent content of the impugned passages and the fact that they specifically named the party and its chairman.

Lastly, it is apparent from the judgment of 13 September 2000 that, in reality, it was for the author’s benefit that the Court of Appeal sought additionally to determine his thoughts. It considered that, where remarks “impugn[ing] the honour and reputation of [a] person” were made by a narrator or by characters in a “work of fiction”, only those that reflected the thoughts of the author were punishable under the Act of 29 July 1881, and not those remarks from which the author really distanced himself in his work. As a result, the application of this criterion led the court to find that one of the four passages referred to it was not defamatory.

53. The Court of Appeal further verified whether the applicants were entitled to rely on good faith as a defence, which would be the case, under domestic law, if the allegations considered defamatory corresponded to the pursuit of a legitimate aim, if they did not reflect any personal animosity, if they followed a serious investigation, and if they were made using dispassionate language (see paragraph 19 above).

However, the court was unable to accept that defence as it found that, unlike the first two of these conditions, the last two were not satisfied.

54. As to the seriousness of the investigation preceding the publication of the novel, the Court of Appeal stated that “[s]ince this [was] a work of fiction, [that] question [could] not be assessed as if it were a text intended to inform the reader of real facts or comment on such facts”. The court

nevertheless considered this criterion relevant in the present case, since the novel juxtaposed reality and fiction – observing in this connection that, even though the plot was an imaginary one, the Chairman of the Front National, a real figure, represented the “focus” around which the imaginary characters revolved and in relation to which they took shape – and since the ideas, rhetoric, acts and gestures of Mr Le Pen had been very accurately described in the novel. Applying this test, the Court of Appeal found that “whilst the rhetoric and ideas attributed to [Mr Le Pen and his party], together with the ensuing debates, [were] unquestionably consonant with the actual representation of the ideas of the Front National in reports on French political life today, the defendants [had] failed to adduce any specific evidence to show that the use of the wording found to be defamatory had been preceded by basic verification as to the reality supposed to be evoked by such wording”.

55. The Court considers that this reasoning is consistent with its own case-law.

It reiterates in this connection that in order to assess the justification of an impugned statement, a distinction needs to be made between statements of fact and value judgments. While the existence of facts can be demonstrated, the truth of value judgments is not susceptible of proof. The requirement to prove the truth of a value judgment is impossible to fulfil and infringes freedom of opinion itself, which is a fundamental part of the right secured by Article 10. The classification of a statement as a fact or as a value judgment is a matter which in the first place falls within the margin of appreciation of the national authorities, in particular the domestic courts. However, even where a statement amounts to a value judgment, there must exist a sufficient factual basis to support it, failing which it will be excessive (see, for example, *Pedersen and Baadsgaard*, cited above, § 76).

Generally speaking there is no need to make this distinction when dealing with extracts from a novel. It nevertheless becomes fully pertinent when, as in the present case, the impugned work is not one of pure fiction but introduces real characters or facts.

In the present case, firstly, it was all the more acceptable to require the applicants to show that the allegations contained in the passages from the novel that were found to be defamatory had a “sufficient factual basis” as they were not merely value judgments but also allegations of fact, as the Court of Appeal indicated. Secondly, the Court of Appeal adopted a measured approach, criticising the applicants not for failing to prove the reality of the allegations in question but for failing to make a “basic verification” in that connection.

56. Having regard to the content of the offending passages, the Court also considers that the Court of Appeal’s finding that they were not sufficiently “dispassionate” is compatible with its case-law.

It is true that, whilst an individual taking part in a public debate on a matter of general concern – like the applicants in the present case – is required not to overstep certain limits as regards – in particular – respect for the reputation and rights of others, he or she is allowed to have recourse to a degree of exaggeration or even provocation, or in other words to make somewhat immoderate statements (see *Mamère*, cited above, § 25).

It is also true that the limits of acceptable criticism are wider as regards a politician – or a political party – such as Mr Le Pen and the Front National – as such, than as regards a private individual (see paragraph 46 above). This is particularly true in the present case as Mr Le Pen, a leading politician, is known for the virulence of his speech and his extremist views, on account of which he has been convicted a number of times on charges of incitement to racial hatred, trivialising crimes against humanity, making allowances for atrocities, apologia for war crimes, proffering insults against public figures and making offensive remarks. As a result, he has exposed himself to harsh criticism and must therefore display a particularly high degree of tolerance in this context (see, *mutatis mutandis*, *Oberschlick v. Austria* (no. 2), 1 July 1997, §§ 31-33, *Reports* 1997-IV; *Lopes Gomes da Silva v. Portugal*, no. 37698/97, § 35, ECHR 2000-X; and *Wirtschafts-Trend Zeitschriften-Verlags GmbH v. Austria*, no. 58547/00, § 37, 27 October 2005).

57. The Court nevertheless considers that in the present case the Court of Appeal made a reasonable assessment of the facts in finding that to liken an individual, though he be a politician, to the “chief of a gang of killers”, to assert that a murder, even one committed by a fictional character, was “advocated” by him, and to describe him as a “vampire who thrives on the bitterness of his electorate, but sometimes also on their blood”, “oversteps the permissible limits in such matters”.

The Court moreover considers that, regardless of the forcefulness of political struggles, it is legitimate to try to ensure that they abide by a minimum degree of moderation and propriety, especially as the reputation of a politician, even a controversial one, must benefit from the protection afforded by the Convention.

The Court will further have regard to the nature of the remarks made, in particular to the underlying intention to stigmatise the other side, and to the fact that their content is such as to stir up violence and hatred, thus going beyond what is tolerable in political debate, even in respect of a figure who occupies an extremist position in the political spectrum (see, *mutatis mutandis*, *Sürek* (no. 1), cited above, §§ 62-63).

58. The Court accordingly arrives at the conclusion that the “penalty” imposed on the applicants was based on “relevant and sufficient” reasons.

59. As regards the “proportionality” of the penalty, the Court notes that the applicants were found guilty of an offence and ordered to pay a

fine, so in that respect alone the measures imposed on them were already very serious. However, firstly, in view of the margin of appreciation left to Contracting States by Article 10 of the Convention, a criminal measure as a response to defamation cannot, as such, be considered disproportionate to the aim pursued (see *Radio France and Others v. France*, no. 53984/00, § 40, ECHR 2004-II). Secondly, the amount of the fine imposed on the applicants was moderate: EUR 2,286.74 (each); the same finding has to be made as regards the damages they were ordered jointly and severally to pay to each of the civil parties: EUR 3,811.23. The nature and severity of the penalty imposed are factors to be taken into account when assessing the proportionality of the interference (see *Sürek (no. 1)*, cited above, § 64).

In these circumstances, and having regard to the content of the impugned remarks, the Court finds that the measures taken against the applicants were not disproportionate to the legitimate aim pursued.

60. In conclusion, the domestic court could reasonably find that the interference with the exercise by the applicants of their right to freedom of expression was necessary in a democratic society, within the meaning of Article 10 of the Convention, in order to protect the reputation and rights of Mr Le Pen and the Front National.

(β) The third applicant

61. The third applicant was convicted of defamation in his capacity as publication director of *Libération*, on account of the publication in that newspaper's column "*Rebonds*" of a petition criticising the conviction of the first two applicants on charges of defamation and complicity in defamation by the Paris Criminal Court on 11 October 1999. The petition further reproduced the passages of the novel that had been found to be defamatory by that court and challenged that characterisation (see paragraph 21 above).

62. In publishing the petition the daily newspaper *Libération* reported on the conviction of the first two applicants by the Criminal Court for the publication of "Jean-Marie Le Pen on Trial", on the support given to them by the ninety-seven writers who signed the petition, and on the opinion of those writers that the impugned passages were not defamatory. There is therefore no doubt – as the Government have not in fact disputed – that the article was published in a context of information and ideas imparted on a matter of public interest, namely the controversies surrounding a party of the far right and its Chairman – a subject of political debate – and the conviction of an author and a publisher for the publication of a book which was critical of that party and of its Chairman. Since freedom of the press is thus in issue, this is a case which attracts a particularly high level of protection of freedom of expression under Article 10.

In that connection the Court points out once again the essential role of a free press in ensuring the proper functioning of a democratic society. Although the press must not overstep certain bounds, regarding in particular the protection of the reputation and rights of others, its duty is nevertheless to impart – in a manner consistent with its obligations and responsibilities – information and ideas on all matters of public interest, including those relating to the administration of justice. Not only does the press have the task of imparting such information and ideas; the public also has a right to receive them. Were it otherwise, the press would be unable to play its vital role of “public watchdog”. Journalistic freedom also covers possible recourse to a degree of exaggeration, or even provocation (see, for example, *Pedersen and Baadsgaard*, cited above, § 71).

63. In its judgment of 21 March 2001 in the case concerning the third applicant, the Paris Court of Appeal pointed out that in its judgment of 13 September 2000 it had upheld the conviction of the first two applicants on account of three out of the four offending passages in the novel. It reproduced those passages and, as regards the defamatory nature of the article into which those passages had been incorporated, referred back to the grounds set out in the 13 September 2000 judgment, the reasoning behind which, it stated, “remain[ed] applicable” (see paragraph 25 above).

In view of its own findings on this matter (see paragraph 50 above), the Court considers those grounds “relevant and sufficient”.

64. The Court of Appeal then dismissed the defence of good faith. In this connection it found that the impugned petition, even more than the novel in issue, reflected the “direct thoughts” of its authors since they had presented it as a shift from fiction in two ways: firstly by publishing it even though the passages in question had formed the basis of a conviction; and secondly by indicating: “If these passages are to be considered defamatory in a novel, they are also defamatory in reality. We will write against *Le Pen*”. The court found that, in doing so, the authors of this text had had no other aim than that of showing their support for the first applicant “by repeating with approval, out of defiance, all the passages that had been found defamatory by the court, and without even really calling into question the defamatory nature of the remarks”. The Court of Appeal went on to explain: “The polemical aim of a text cannot absolve it from all regulation of expression, especially when, far from being based merely on an academic debate, its line of argument is built around reference to precise facts. There was therefore an obligation to carry out a meaningful investigation before making particularly serious accusations such as incitement to commit murder, and to avoid offensive expressions such as those describing Mr *Le Pen* as the ‘chief of a gang of killers’ or as ‘a vampire’”.

65. It thus appears that the third applicant was not punished for reporting on the conviction of the first two applicants for the publication of “Jean-Marie Le Pen on Trial”, on the support given to them by the ninety-seven writers who signed the petition, or on the opinion of those writers that the impugned passages were not defamatory. Nor was he convicted on the ground that *Libération* had failed to distance itself from the content of the petition (see, for example, *Radio France and Others* and *Pedersen and Baadsgaard*, both cited above, § 37 and § 77 respectively) or for reproducing or criticising a judicial decision – a conviction which would have been difficult to reconcile with Article 10 of the Convention. He was actually convicted because *Libération* had thus published a petition which reproduced extracts from the novel containing “particularly serious allegations” and offensive remarks, and whose signatories, repeating those allegations and remarks with approval, denied that the extracts were defamatory in spite of a finding to that effect against the first two applicants.

66. The Court considers that, within the limits indicated above, the reasoning of the Court of Appeal is consonant with its own findings that the impugned writings were not merely value judgments but also allegations of fact (see paragraph 54 above) and that the Court of Appeal had made an acceptable assessment of the facts in reaching its conclusion that the writings were not sufficiently dispassionate (see paragraphs 56-57 above). On this latter point in particular, having regard to the content of the impugned passages of “Jean-Marie Le Pen on Trial”, to the potential impact on the public of the remarks found to be defamatory on account of their publication by a national daily newspaper with a large circulation and to the fact that it was not necessary to reproduce them in order to give a complete account of the conviction of the first two applicants and the resulting criticism, it does not appear unreasonable to consider that the third applicant overstepped the limits of permissible “provocation” by reproducing those passages.

67. Furthermore, this reasoning is consistent with the boundaries that the press must not overstep, in particular as regards the protection of the reputation and rights of others. The Court reiterates in this connection that protection of the right of journalists to impart information on issues of general interest requires that they should act in good faith and on an accurate factual basis and provide “reliable and precise” information in accordance with the ethics of journalism. Under the terms of paragraph 2 of Article 10 of the Convention, freedom of expression carries with it “duties and responsibilities”, which also apply to the media even with respect to matters of serious public concern. Moreover, these “duties and responsibilities” are liable to assume significance when there is a question of attacking the reputation of a named individual and infringing the “rights of others”. Thus, special

grounds are required before the media can be dispensed from their ordinary obligation to verify factual statements that are defamatory of private individuals. Whether such grounds exist depends in particular on the nature and degree of the defamation in question and the extent to which the media can reasonably regard their sources as reliable with respect to the allegations (see, for example, *Pedersen and Baadsgaard*, cited above, § 78).

68. Lastly, having regard to the moderate nature of the fine and the damages that the third applicant was ordered to pay (a fine of EUR 2,286.74 and an award of EUR 3,811.23 to each of the two civil parties), to the content of the impugned writings and to the potential impact on the public of the remarks found to be defamatory on account of their publication by a national daily newspaper with a large circulation, the Court finds that the impugned interference was proportionate to the aim pursued.

69. In view of the foregoing, the Court considers that the domestic court could reasonably find that the interference with the exercise by the applicant of his right to freedom of expression was necessary in a democratic society, within the meaning of Article 10 of the Convention, in order to protect the reputation and rights of Mr Le Pen and the Front National.

(d) Conclusion

70. In conclusion, there has been no violation of Article 10 of the Convention either in respect of the first two applicants or in respect of the third applicant.

III. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 6 § 1 OF THE CONVENTION

71. The third applicant contended that he had not been heard by an “impartial” tribunal within the meaning of Article 6 § 1 of the Convention, which provides as follows:

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

A. Arguments of the parties

72. The third applicant pointed out that the article of 16 November 1999, on account of which he had been convicted of defamation, had reproduced in full a petition openly criticising the conviction of the first two applicants for defamation and complicity in defamation by the Paris

Criminal Court in a judgment upheld by the Paris Court of Appeal on 13 September 2000. He complained that two out of the three judges on the bench of the Paris Court of Appeal which ruled on his case had also sat on the bench which previously convicted the first two applicants. He emphasised that, according to the judgment given in his case by that court on 21 March 2001, the court had simply referred to its first decision to justify the second, at least as regards the characterisation of the impugned remarks as defamatory.

In his submission, under those circumstances the two judges concerned had necessarily had a preconceived idea and thus he had not been heard by an impartial tribunal. This was all the more true as the judgment given in his case by the Paris Court of Appeal had criticised the authors of the petition for “repeating with approval, out of defiance, all the passages that had been found defamatory by the court, and without even really calling into question the defamatory nature of the remarks”, thus indicating, in the applicant’s view, that the judges had felt overtly and personally targeted by the impugned article.

73. The Government rejected that argument.

In their submission, the indication by the Court of Appeal that the authors of the petition had “repeat[ed] with approval, out of defiance, all the passages that had been found defamatory by the court” could not mean that the judges had felt overtly and personally targeted by the impugned article. The attribution of this passage to the two judges in question moreover amounted to speculation: it was in reality an objective conclusion arrived at on reading the petition. The Government further argued that the applicant had not adduced any evidence of bias on the part of those judges.

The Government went on to observe that the third applicant’s case not only post-dated that of the first two applicants but was also a separate case. The parties were not the same and the case was not the same because it did not concern the same offending acts. In their submission, there was no overlap between the legal questions raised in each case either: one raised the question of the role of fiction in the determination of the offence of defamation, whilst the other concerned the applicant’s duty of verification and moderation in his capacity as head of the editorial staff of the newspaper *Libération*.

The Government added that, in the third applicant’s case, the judges of the Court of Appeal had not simply referred to the decision taken in the case of the first two applicants, but had taken other factors into account, in particular the fact that the article had been published outside any literary context and without any debate of ideas. They pointed out that, according to the Court’s case-law, the simple fact that a judge had already ruled on similar but separate offences could not in itself call the impartiality of that judge into question.

B. The Court's assessment

1. Admissibility

74. The Court observes that this complaint is not manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 of the Convention. It moreover considers that no other ground for declaring it inadmissible has been established and therefore declares it admissible.

2. Merits

75. The Court reiterates that impartiality, within the meaning of Article 6 § 1 of the Convention, normally denotes absence of prejudice or bias. There are two tests for assessing whether a tribunal is impartial: the first consists in seeking to determine a particular judge's personal conviction or interest in a given case and the second in ascertaining whether the judge offered guarantees sufficient to exclude any legitimate doubt in this respect (see, for example, *Gautrin and Others v. France*, 20 May 1998, § 58, *Reports* 1998-III, and *Kyprianou v. Cyprus* [GC], no. 73797/01, § 118, ECHR 2005-XIII).

76. In applying the first test, the personal impartiality of a judge must be presumed until there is proof to the contrary (see, among other authorities, *Padovani v. Italy*, 26 February 1993, § 26, Series A no. 257-B, and *Kyprianou*, cited above, § 119). The third applicant argued in this connection that the reasoning in the judgment of the Paris Court of Appeal of 21 March 2001 to the effect that “[t]he authors of the [petition] had [had] no other aim than that of showing their support for Mathieu Lindon by repeating with approval, out of defiance, all the passages that had been found defamatory by the court, and without even really calling into question the defamatory nature of the remarks” had shown that the two judges in question had felt overtly and personally targeted by the offending article.

The Court does not share that view. In its opinion, this was simply one of the factors that the Court of Appeal took into account in assessing whether the applicant had acted in good faith, without in fact drawing any conclusion from it. In reality, the third applicant was not convicted because he had published a text that challenged the first two applicants' conviction for defamation, or because he had thus shown support for the petitioners' “defiance”, or because he had criticised the judges in question, but because he had, without a proper preliminary investigation, disseminated a text containing “particularly serious allegations” and offensive remarks. Moreover, the Court is unable to find, in the grounds of the judgment of 21 March 2001, the slightest indication that those judges might have felt personally targeted by the offending article.

There is thus no evidence to suggest that the two judges in question were influenced by personal prejudice when they passed judgment.

77. As to the second test, when applied to a body sitting as a bench, it means determining whether, quite apart from the personal conduct of any of the members of that body, there are ascertainable facts which may raise doubts as to its impartiality. In this respect even appearances may be of some importance. It follows that when it is being decided whether in a given case there is a legitimate reason to fear that a particular body lacks impartiality, the standpoint of those claiming that it is not impartial is important but not decisive. What is decisive is whether the fear can be held to be objectively justified (see, for example, *Gautrin and Others* and *Kyprianou*, both cited above, § 58 and § 118 respectively).

In the present case, the fear of a lack of impartiality stemmed from the fact – moreover a proven one – that two out of the three judges on the bench of the Paris Court of Appeal which upheld the third applicant’s conviction for defamation on account of the publication of the impugned petition had previously, in the case of the first two applicants, ruled on the defamatory nature of three of the offending passages from the novel which were cited in the petition.

The Court understands that this situation may have aroused doubts in the third applicant’s mind as to the impartiality of the “tribunal” which heard his case, but considers that such doubts are not objectively justified.

78. The Court notes that, even though they were connected, the facts in the two cases differed and the “accused” was not the same: in the first case the question was whether the publisher and author, by publishing certain passages from “Jean-Marie Le Pen on Trial”, had been guilty of the offence of defamation and of complicity in that offence; in the second, the court had to decide whether, in a journalistic context, the publication director of *Libération* had committed the same offence by publishing the text of a petition which reproduced those same passages, and whose signatories, repeating them with approval, denied that they were defamatory in spite of the finding to that effect against the publisher and author (see, *a fortiori*, *Craxi v. Italy* (dec.), no. 63226/00, 14 June 2001). It is moreover clear that the judgments delivered in the case of the first two applicants did not contain any presupposition as to the guilt of the third applicant (*ibid.*).

79. Admittedly, in the judgment given on 21 March 2001 in the third applicant’s case, the Paris Court of Appeal referred back, in respect of the defamatory nature of the impugned passages, to the judgment that it had given on 13 September 2000 in the case of the first two applicants. However, in the Court’s view this does not objectively justify the third applicant’s fears as to a lack of impartiality on the part of the judges. The first judgment of the Court of Appeal, dated 13 September 2000, had found to be defamatory certain passages of the book written by the first applicant and published by the second. On this point that judgment had become *res judicata*. The second judgment of the Court of Appeal, dated 21 March 2001, was bound to apply that authority to this aspect of the dispute, whilst the

question of the good or bad faith of the third applicant, who was responsible for the publication of a petition approving that book and criticising the conviction of the first two applicants, remained open and had not been prejudiced by the first judgment. It would therefore be excessive to consider that two judges who sat on the bench which successively delivered the two judgments in question could taint the court's objective impartiality. In reality, as regards the characterisation of the text as defamation, any other judge would have been bound by the *res judicata* principle, which means that their participation had no influence on the respective part of the second judgment. And as regards the issue of good faith, which was a totally different issue in the two cases even though they were connected, there is no evidence to suggest that the judges were in any way bound by their assessment in the first case (see, *mutatis mutandis*, *Thomann v. Switzerland*, 10 June 1996, § 35, *Reports* 1996-III).

80. Lastly, the present case is manifestly not comparable to that of *San Leonard Band Club v. Malta* (no. 77562/01, § 63, ECHR 2004-IX), where the trial judges had been called upon to decide whether or not they themselves had committed an error of legal interpretation or application in their previous decision, that is to say, to judge themselves and their own ability to apply the law.

81. Consequently, any doubts the third applicant may have had as regards the impartiality of the Court of Appeal when it ruled in the second case cannot be regarded as objectively justified.

82. In conclusion, there has been no violation of Article 6 § 1 of the Convention.

FOR THESE REASONS, THE COURT

1. *Decides* unanimously to join the applications;
2. *Declares* the applications admissible unanimously;
3. *Holds* by thirteen votes to four that there has been no violation of Article 10 of the Convention;
4. *Holds* unanimously that there has been no violation of Article 6 § 1 of the Convention.

Done in English and in French, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 22 October 2007.

Michael O'Boyle
Deputy Registrar

Christos Rozakis
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 Loucaides;
- (b) joint dissenting opinion of Judges Rozakis, Bratza, Tulkens and Šikuta.

C.L.R.
M.O'B.

CONCURRING OPINION OF JUDGE LOUCAIDES

I agree with the findings of the Court in this case but I would like to express certain views regarding freedom of expression and the right to protection of one's reputation.

One cannot disagree with the importance of freedom of speech, especially that of the media, as an essential element of a democratic society. However, the question is whether the protection accorded to such a freedom may, under any circumstances, be so excessive as to deprive the victims of false defamatory statements of the necessary effective remedy.

For many years the jurisprudence of the Court has developed on the premise that, while freedom of speech is a right expressly guaranteed by the Convention, the protection of reputation is simply a ground of permissible restriction on the right in question which may be regarded as justified interference with expression only if it is "necessary in a democratic society", in other words if it corresponds to "a pressing social need" and is "proportionate to the aim pursued" and if "the reasons given were relevant and sufficient". Moreover, as a restriction on a right under the Convention it has to be (like any other restriction on such rights) strictly and narrowly interpreted. The State bears the burden of adducing reasons for interfering with expression and has to demonstrate the existence of "relevant and sufficient" grounds for doing so.

As a consequence of this approach, the case-law on the subject of freedom of speech has on occasion shown excessive sensitivity and granted over-protection in respect of interference with freedom of expression, as compared with interference with the right to reputation. Freedom of speech has been upheld as a value of primary importance which in many cases could deprive deserving plaintiffs of an appropriate remedy for the protection of their dignity.

This approach cannot be in line with the correct interpretation of the Convention. The right to reputation should always have been considered as safeguarded by Article 8 of the Convention, as part and parcel of the right to respect for one's private life.

It would have been inexplicable not to provide for direct protection of the reputation and dignity of the individual in a human rights convention drafted in the aftermath of the Second World War and intended to enhance the protection of the individual as a person after the abhorrent experiences of Nazism. The Convention expressly protects rights of lesser importance, such as the right to respect for one's correspondence. It is therefore difficult to accept that the basic

human value of a person's dignity¹ was deprived of direct protection by the Convention and instead simply recognised, under certain conditions, as a possible restriction on freedom of expression. A person's dignity requires more extensive and direct protection against false defamatory accusations which may destroy individuals and we have plenty of examples of such tragic results. In this respect I reiterate the following statement from my dissenting opinion in the report of the Commission concerning the case of *Bladet Tromsø A/S and Stensaas v. Norway* (9 July 1998, unreported):

“The press is, in our days, an important and powerful means of influencing public opinion. The impressions that may be created through a publication in the press are usually more decisive than the reality because until the reality is found out the impressions prevail. And the reality may never be discovered or when it is disclosed it may be too late to remedy the damage done by the original impressions. The press is in effect exercising a significant power and should be subject to the same restraints applicable to any exercise of power, namely it should avoid abuse of its power, it should act in a fair way and respect the rights of others.”

Accepting that respect for reputation is an autonomous human right, which derives its source from the Convention itself, leads inevitably to a more effective protection of the reputation of individuals *vis-à-vis* freedom of expression.

In recent years the Court has expressly recognised that protection of reputation is a right which is covered by the scope of the right to respect for one's private life under Article 8 § 1 of the Convention (see *Chauvy and Others v. France*, no. 64915/01, ECHR 2004-VI; *Abeberry v. France* (dec.), no. 58729/00, 21 September 2004; and *White v. Sweden*, no. 42435/02, 19 September 2006), even though the relevant jurisprudence has not expanded on this novel approach, nor has it been relied on in other cases involving freedom of speech and defamation. In the light of this jurisprudence, protection of reputation entails an obligation for the State to enforce a corresponding right guaranteed by the Convention with the same status as freedom of expression. Any defamatory statement amounts to interference with the right guaranteed by the Convention and can only be justified if it satisfies the requirements of permissible restrictions on the exercise of such right, that is to say, it must be prescribed by law and necessary in a democratic society, corresponding to a pressing social need, proportionate to the aim pursued, etc. Therefore it will be more difficult to defend a defamatory statement for purposes of Convention protection when it is examined as interference with a right recognised under the

1. In this respect the following well-known words of Shakespeare come to mind: “Good name in man and woman, dear my lord, Is the immediate jewel of their souls: Who steals my purse steals trash ...; But he that filches from me my good name ... makes me poor indeed.” (*Othello*, Act III, scene 3)

Convention, rather than as a necessary restriction on freedom of expression.

When there is a conflict between two rights under the Convention, neither of them can neutralise the other through the adoption of any absolute approach. Both must be implemented and survive in harmony through the necessary compromises, depending on the facts of each particular case.

The principle established by the jurisprudence that there is more latitude in the exercise of freedom of expression in the area of political speech or debate, or in matters of public interest, or in cases of criticism of politicians, as in the present case, should not be interpreted as allowing the publication of any unverified defamatory statements. To my mind this principle means simply that in those areas mentioned above, and in respect of politicians, certain exaggeration in allegations of fact or even some offending effect should be tolerated and should not be sanctioned. But the principle does not mean that the reputation of politicians is at the mercy of the mass media or other persons dealing with politics, or that such reputation is not entitled to the same legal protection as that of any other individual. Reputation is a sacred value for every person including politicians and is safeguarded as a human right under the Convention for the benefit of every individual without exception. And that is how I approached the facts of the present case.

I wish to take this opportunity to point out some adverse consequences resulting from over-protection of freedom of expression at the expense of the right to reputation. The main argument in favour of protecting freedom of expression, even in cases of inaccurate defamatory statements, is the encouragement of uninhibited debate on public issues. But the opposite argument is equally strong: the suppression of untrue defamatory statements, apart from protecting the dignity of individuals, discourages false speech and improves the overall quality of public debate through a chilling effect on irresponsible journalism. Moreover, such debates may be suppressed if the potential participants know that they will have no remedy in the event that false defamatory accusations are made against them. The prohibition of defamatory speech also eliminates misinformation in the mass media and effectively protects the right of the public to truthful information. Furthermore, false accusations concerning public officials, including candidates for public office, may drive capable persons away from government service, thus frustrating rather than furthering the political process.

The right to reputation, having the same legal status as freedom of speech, as explained above, is entitled to effective protection so that under any circumstances any false defamatory statement, whether or not it is malicious and whether or not it may be inevitable for an uninhibited

debate on public issues or for the essential function of the press, should not be allowed to remain unchecked.

One should not lose sight of the fact that the mass media are nowadays commercial enterprises with uncontrolled and virtually unlimited strength, interested more in profitable, flashy news than in disseminating proper information to the public, in controlling government abuse or in fulfilling other idealistic objectives. And although they may be achieving such objectives incidentally, accidentally or occasionally, even deliberately, they should be subject to certain restraint out of respect for the truth and for the dignity of individuals. Such restraint should include the duty to investigate defamatory allegations before rushing into print and the obligation to give an opportunity to the persons affected by their defamatory stories to react and give their own version. Furthermore they should remain legally accountable to the persons concerned for any false defamatory allegations. Like any power, the mass media cannot be accountable only to themselves. A contrary position would lead to arbitrariness and impunity, which undermine democracy itself.

JOINT PARTLY DISSENTING OPINION OF JUDGES ROZAKIS, BRATZA, TULKENS AND ŠIKUTA

(Translation)

We are unable to agree with the finding of the majority that there has been no violation of Article 10 of the Convention in the present case. In the first place, it is noteworthy in our view that in the course of the judicial proceedings there was a gradual reduction in the number of passages regarded as defamatory: the direct summons served by the civil parties designated six passages; the Paris Criminal Court, in its judgment of 11 October 1999, found four of them to be defamatory; the judgment of the Paris Court of Appeal of 13 September 2000 limited the number to three; lastly, the Court, for its part, has identified two defamatory passages, representing three lines in all from a novel of 138 pages.

I

In terms of the *general principles*, it should be emphasised that freedom of expression is one of the foundations of a democratic society, of which the hallmarks are pluralism, tolerance and broadmindedness (see *Handyside v. the United Kingdom*, 7 December 1976, § 49, Series A no. 24). On numerous occasions the Court has referred to the key importance of freedom of expression as one of the preconditions for a functioning democracy (see *Özgül Gündem v. Turkey*, no. 23144/93, § 43, ECHR 2000-III). This assertion of the social function of freedom of expression constitutes the basic philosophy of the Court's Article 10 case-law. It follows that the right to freedom of expression is not only a safeguard against State interference (an individual right), it is also a general fundamental principle of life in a democracy. Moreover, freedom of expression is not an end in itself but a means by which a democratic society is established. In this context we will first examine the situation of the first two applicants then that of the third applicant.

II

1. With regard to the first two applicants, we attach considerable weight to the nature of the work in question and, as explained later, we consider that the Court has not sufficiently taken this into account. It is undeniable – and not in fact disputed – that the book containing the two passages finally regarded as defamatory is not a news report but a *novel*, written by an author who is recognised as such. We are not saying that artistic and literary creation should be immune from all criticism and unbridled, but we nevertheless believe that this aspect should be given due consideration.

In this connection, we are not prepared to espouse the view of the domestic courts that no distinction was to be made based on the form of expression used or, at the very least, that this was not an essential factor. The 11 October 1999 judgment of the Paris Criminal Court, for example, rules out or neutralises such a consideration: “although it is a novel, and although the offending remarks are only made by fictional characters ...”, the text was to be assessed “regardless of its literary genre”. The Court of Appeal, in its judgment of 13 September 2000, also pointed out that it would not take account of the fact that the work was a novel and therefore a fictional device: “... On that basis, any writing, whether political, philosophical, novelistic or even poetical, was governed by the applicable rules in such matters, with regard both to public order and to the protection of individuals”. In addition, by seeking to ascertain the author’s thoughts from the remarks of fictional characters in a fictional situation, the Court of Appeal imprisoned literature in a set of rigid rules at odds with the freedom of artistic creation and expression.

2. In our view such a radical position represents a clear departure from our case-law, which has laid emphasis on the role of artistic creation in political debate.

In *Müller and Others v. Switzerland* (24 May 1988, Series A no. 133) the Court already had occasion to point out that Article 10 covered freedom of artistic expression – notably within freedom to receive and impart ideas – adding that it afforded the opportunity to take part in the exchange of cultural, political and social information and ideas (§ 27) and it concluded that this imposed on the State a particular obligation not to encroach on the freedom of expression of creative artists (§ 33).

In the area of literary creation – as in the present case – the Court applied Article 10 of the Convention to the medium of poetry in *Karataş v. Turkey* ([GC], no. 23168/94, ECHR 1999-IV): “The work in issue contained poems which, through the frequent use of pathos and metaphors, called for self-sacrifice for ‘Kurdistan’ and included some particularly aggressive passages directed at the Turkish authorities. Taken literally, the poems might be construed as inciting readers to hatred, revolt and the use of violence. In deciding whether they in fact did so, it must nevertheless be borne in mind that the medium used by the applicant was poetry, a form of artistic expression that appeals to only a minority of readers” (§ 49). Moreover, in the context of Article 10, the Court added: “Those who create, perform, distribute or exhibit works of art contribute to the exchange of ideas and opinions which is essential for a democratic society. Hence the obligation on the State not to encroach unduly on their freedom of expression” (ibid.). Lastly, it declared as follows: “As to the tone of the poems in the present case – which the Court should not be taken to approve – it must be remembered that Article 10 protects not

only the substance of the ideas and information expressed but also the form in which they are conveyed” (ibid.).

The case of *Alinak v. Turkey* (no. 40287/98, 29 March 2005) concerned a novel about the torture of villagers that was based on real events. The Court observed as follows: “... the book contains passages in which graphic details are given of fictional ill-treatment and atrocities committed against villagers, which no doubt creates in the mind of the reader a powerful hostility towards the injustice to which the villagers were subjected in the tale. Taken literally, certain passages might be construed as inciting readers to hatred, revolt and the use of violence. In deciding whether they in fact did so, it must nevertheless be borne in mind that the medium used by the applicant was a novel, a form of artistic expression that appeals to a relatively narrow public compared to, for example, the mass media” (§ 41). After reiterating, in paragraphs 42 and 43 of its judgment, all the general principles that we have mentioned above, the Court pointed out that “the impugned book [was] a novel classified as fiction, albeit purportedly based on real events”. It further observed as follows: “... even though some of the passages from the book seem very hostile in tone, the Court considers that their artistic nature and limited impact reduced them to an expression of deep distress in the face of tragic events, rather than a call to violence” (§ 45). In the present case the Government have not indicated the number of copies of Mathieu Lindon’s novel that were sold and distributed.

Even though it does not directly concern a novel or work of fiction, the case of *Klein v. Slovakia* (no. 72208/01, 31 October 2006) is nevertheless significant. In that case the Court expressly took account of the applicant’s explanation that the article he had published in a weekly journal aimed at intellectually-oriented readers was in fact meant as a joke which he had not expected to be understood and appreciated by everyone. The journal moreover had a limited circulation of approximately 8,000 copies (§ 48).

Lastly, in its judgment in *Vereinigung Bildender Künstler v. Austria* (no. 68354/01, 25 January 2007) concerning an injunction against the exhibition of pictures considered to be indecent, the Court based its findings on the same principles as those that govern its case-law on artistic creation, observing that “[a]rtists and those who promote their work are certainly not immune from the possibility of limitations as provided for in paragraph 2 of Article 10” (§ 26). However, the following assessment was given in paragraph 33 of that judgment: “The Court finds that such portrayal amounted to a caricature of the persons concerned using satirical elements. It notes that satire is a form of artistic expression and social commentary and, by its inherent features of exaggeration and distortion of reality, naturally aims to provoke and

agitate. Accordingly, any interference with an artist's right to such expression must be examined with particular care".

3. When the Court is confronted, as in the present case, with a situation of conflict between freedom of expression (Article 10 of the Convention) and the right to protection of one's reputation (Article 8), its method is to weigh the various interests against each other in order to ascertain whether a fair balance has been struck between the competing rights and interests. By contrast, neither the Paris Criminal Court nor the Court of Appeal engaged in such an analysis.

Moreover, by endorsing – or even paraphrasing – the reasoning given by the domestic courts, adhering to the logic they themselves adopted, the Court in its judgment has quite simply refrained from carrying out its own review. The result is that European supervision is lacking, or is at best considerably limited, and this represents a significant departure from our case-law in matters of criticism of politicians.

By espousing the method of analysis both of the Paris Criminal Court judgment of 7 September 2000 and of the Court of Appeal judgment of 21 March 2001, making an artificial distinction within the impugned novel between what is fiction and what represents the author's intention, the majority have created areas of uncertainty. In particular, the question whether words or expressions attributed to fictional characters are to be regarded as defamatory is made to depend on whether the author is to be seen as having sufficiently distanced himself in the novel from the words spoken. This seems to us to be a very fragile foundation on which to conclude that an author is guilty of defamation. By way of example, why is it that the words attributed to the lawyer's boyfriend – "so they'll feel morally entitled to beat you up – to come after you, ten against one, with metal bars, truncheons and steel-capped boots ... Nobody leaves the Front National with impunity." (p. 86) – are *not* regarded as defamatory whereas the words attributed to the anti-racist demonstrators in front of the law courts – "... an effective way to fight Le Pen is to call for him to be put in the dock and show that he isn't the Chairman of a political party but the chief of a gang of killers ..." (p. 10) – are clearly found to be defamatory?

4. To ensure the stringent application of the Court's case-law to this type of situation, the relative importance of various factors should have been assessed. In the first place, the fact that it was a novel, in other words an artistic work, is capable of justifying a higher level of protection. In this connection we find it difficult to place on the same plane, as the majority do (see paragraph 45 *in fine* of the judgment), situations concerning freedom of expression in literary works and situations where this right is relied upon in relation to police investigations (see *Pedersen and Baadsgaard v. Denmark* [GC], no. 49017/99, ECHR 2004-XI), to the dangers of using a microwave oven (see *Hertel v. Switzerland*, 25 August 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-VI) or to

advertising (see *Steel and Morris v. the United Kingdom*, no. 68416/01, ECHR 2005-II).

Furthermore, the status of the injured party is also a factor which comes into play in the determination of the admissible limits to the rights and freedoms protected. In this connection, public figures and politicians, on account of the responsibilities they bear, are exposed to criticism as a matter of course and are therefore required to show greater tolerance towards polemical discourse or even insults directed against them. The founding judgment concerning the criticism of politicians is clearly that of *Lingens v. Austria* (8 July 1986, § 42, Series A no. 103) and since then there has been a high degree of consistency in the Court's case-law with regard to the application of this fundamental principle¹. The recent declaration of the Committee of Ministers on freedom of political debate in the media fundamentally adheres to the Court's case-law and explains its *raison d'être*: "Political figures have decided to appeal to the confidence of the public and accepted to subject themselves to public political debate and are therefore subject to close public scrutiny and potentially robust and strong public criticism through the media over the way in which they have carried out or carry out their functions."² The Court has applied these principles in cases where the factual circumstances were similar to those of the present case. For instance, in *Lopes Gomes da Silva v. Portugal* (no. 37698/97, ECHR 2000-X) the applicant had been convicted for describing a person reported to be standing in the Lisbon City Council elections as "grotesque and ... buffoonish ... such an incredible mixture of crude reactionaryism ..., fascist bigotry and coarse anti-Semitism" (§ 10) and the Court found that there had been a violation of Article 10 of the Convention. *Mutatis mutandis*, in *Karman v. Russia* (no. 29372/02, 14 December 2006) the Court found that the conviction of a journalist who had described a politician as a "local neofascist" had entailed a violation of Article 10 of the Convention. In *Dąbrowski v. Poland* (no. 18235/02, 19 December 2006) the Court also found that there had been a violation of Article 10 of the Convention in respect of an article that had led to a journalist's conviction for describing a deputy mayor as a "mayor-burglar".

As regards Mr Jean-Marie Le Pen, it may reasonably be argued that he should accept an even higher degree of tolerance precisely because he is a politician who is known for the virulence of his discourse and for his extremist views. On this point we refer in particular to the case of

1. M. Oetheimer, *L'Harmonisation de la liberté d'expression en Europe. Contribution à l'étude de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme et de son application en Autriche et au Royaume-Uni*, Paris, Pédone, 2001, p. 112.

2. *Declaration on freedom of political debate in the media* (adopted by the Committee of Ministers on 12 February 2004 at the 872nd meeting of the Ministers' Deputies), point III.

Oberschlick v. Austria (no. 2) (1 July 1997, *Reports* 1997-IV) where the Court considered that “calling a politician a Trottel in public may offend him” but that, in the instant case, “the word [did] not seem disproportionate to the indignation knowingly aroused by Mr Haider” (§ 34). Similarly, in *Wirtschafts-Trend Zeitschriften-Verlags GmbH v. Austria* (no. 58547/00, 27 October 2005) the Court considered that Mr Haider was a leading politician who had been known for years for his ambiguous statements about the National Socialist regime and had thus exposed himself to fierce criticism inside Austria but also at the European level. He therefore had to display a particularly high degree of tolerance in this context (§ 37). Of course, such an observation should be kept in the context of the present case and of those cases that have given rise to the judgments of the Court cited above, and we do not suggest that it be applied generally. In other situations it may be difficult to determine the extreme nature of political ideas or distinguish them from other categories of ideas.

5. In examining insulting, offensive, libellous and defamatory discourse, the Court has observed that it is necessary to make a distinction depending on whether the offending remarks are statements of fact or value judgments. However, value judgments must be supported by a sufficient factual basis. As a general rule, the Court considers that the necessity of a link between a value judgment and its supporting facts may vary from case to case according to the specific circumstances (see *De Haes and Gijssels v. Belgium*, 24 February 1997, § 47, *Reports* 1997-I; *Feldek v. Slovakia*, no. 29032/95, § 86, ECHR 2001-VIII; and *Wirtschafts-Trend Zeitschriften-Verlags GmbH*, cited above, § 35). The Court has also found that the requirement to adduce the facts on which a value judgment is based is less stringent when they are already known to the general public (see *Feldek*, cited above, § 86). In this context we consider it appropriate to make two observations.

First of all, it is generally accepted – and the majority acknowledge this – that “there is no need to make this distinction when dealing with extracts from a novel” (see paragraph 55). However, the Court considers that it does become fully pertinent where, as in the present case “the impugned work is not one of pure fiction but introduces real characters or facts” (*ibid.*). In our view that assertion is quite simply incorrect. A reality novel largely remains a novel, just as docufiction remains, for the most part, fiction. Strictly speaking, the Court should simply have said that the rule becomes partly pertinent when the novel and the reality coincide.

Furthermore, the criticism levelled against the applicants by the Court of Appeal for not having carried out a “basic verification” appears to us to be at odds with the facts and the reality. It is clear in our view that a sufficient factual basis could easily be derived from Jean-Marie Le Pen’s

various convictions throughout his political career, particularly for the following offences: “trivialisation of crimes against humanity, making allowances for atrocities” (Versailles Court of Appeal, 18 March 1991, and Nanterre *tribunal de grande instance*, 26 December 1997); “apologia for war crimes” (Court of Cassation, 14 January 1971); “anti-Semitism, incitement to racial hatred” (court of Aubervilliers, 11 March 1986); “incitement to hatred or racial violence” (Paris Court of Appeal, 29 March 1989, and Lyons Court of Appeal, 23 March 1991); “proffering insults against public figures and offensive remarks” (Paris Court of Appeal, 3 June 1993, and court of Strasbourg, 6 January 1997); and “physical violence” (Paris *tribunal de grande instance*, 16 January 1969, and Court of Cassation, 2 April 1998). Similarly, Mr Jean-Marie Le Pen has lost a number of cases, particularly suits against the accusation of “incitement to racism, anti-Semitism and Nazism” (Amiens Court of Appeal, 28 October 1985; Lyons Court of Appeal, 27 March 1986; and Toulon Criminal Court, 20 June 1990, judgment upheld by Aix-en-Provence Court of Appeal on 25 February 1991) and against the accusation that he engaged in torture (Paris Court of Appeal, 22 June 1984). In addition, it may reasonably be argued that Mr Jean-Marie Le Pen’s speeches and opinions inciting and provoking hatred and violence, for which he has been convicted, may have encouraged, and indeed prompted, militants to commit acts of violence.

6. According to the Court’s case-law, the limits to freedom of expression are overstepped where there is incitement to violence or hatred. By contrast, in *Dağtekin v. Turkey* (no. 36215/97, 13 January 2005) – which also concerned a novel – the Court found that there had been a violation of the Convention, observing that whilst certain particularly caustic passages of the book painted an extremely negative picture of the history of the Turkish State and the tone was thus hostile, they nevertheless did not amount to incitement to engage in violence, armed resistance or rebellion, nor did they constitute hate speech (§ 26). The Court reached the same conclusion in *Yalçın Küçük v. Turkey* (no. 28493/95, 5 December 2002), which concerned an interview book rather than a novel, but the Court nevertheless considered that the book had to be placed in the general context and that it was written in a literary and metaphorical style.

In the present judgment, the Court reiterates that it has had regard to the nature of the remarks made, in particular to the underlying intention to stigmatise the other side, and to the fact that their content is such as to stir up violence and hatred, thus going beyond what is tolerable in political debate, even in respect of a figure who occupies an extremist position in the political spectrum (see paragraph 57). *Mutatis mutandis*, the Court refers to its judgment in *Sürek v. Turkey (no. 1)* ([GC], no. 26682/95, ECHR 1999-IV). We find that it is incorrect to draw a parallel between the facts of the present case and those of the *Sürek* case, which concerned

the publication of a particularly virulent text – describing the Turkish army as fascist and the Republic as a “murder gang”, calling the Kurdish population to fight against the State, inciting hatred and violence, and being placed in the specific and sensitive context of the Kurdish question. It was a sort of appeal to rise up against the State itself, not criticism of a politician who does not represent the State.

In addition, and more fundamentally, we believe that it is excessive and inaccurate to claim that the novel in question constitutes an appeal to violence or hatred. The work criticises a politician who is himself inclined to make comments of such a nature, as shown by the convictions pronounced against him. In the present case, the expressions “the chief of a gang of killers” (p. 10) and “a vampire who thrives on the bitterness of his electorate, but sometimes also on their blood” (p. 136) cannot be taken literally; their intention is to convey the message that this politician, through his discourse, encourages his followers to engage in acts of extreme violence, especially against minorities, as the Bouaram case itself showed. In this sense, these expressions are also value judgments which have an established factual basis.

7. Lastly, the sentence handed down in the present case was certainly not symbolic and there has been no review of the proportionality of the sanction (compare, for example, *Cumpănă and Mazăre v. Romania* [GC], no. 33348/96, §§ 111 et seq., ECHR 2004-XI). Moreover, it may also be questioned whether it is still justified, in the twenty-first century, for damage to reputation through the press, media or other forms of communication to entail punishment in the criminal courts. In its Recommendation 1589(2003), the Parliamentary Assembly of the Council of Europe made the following observation: “The media legislation in some [west European] countries is outdated (for instance the French press law dates back to 1881) and although restrictive provisions are no longer applied in practice, they provide a suitable excuse for new democracies not willing to democratise their own media legislation.”

III

1. As regards the third applicant, the publication director of *Libération*, admittedly it was perhaps not advisable to allow ninety-seven writers to use a newspaper column to express such views. However, as the Court has found in the present judgment, since freedom of the press is in issue “this is a case which attracts a particularly high level of protection of freedom of expression under Article 10” (see paragraph 62). It is not in dispute that the article was published in the context of information and ideas on questions of public interest.

In its judgment in *Jersild v. Denmark* (23 September 1994, Series A no. 298) the Court – which warned that if duties and responsibilities were

applied too extensively there was a risk of undermining the protection of freedom of expression – declared that the journalist’s increased responsibility could not, however, justify scrutiny of the techniques used to convey information. In the present case, the director of the newspaper *Libération* used a column entitled “*Rebonds*” and it is not for us to comment on that. In its judgment in *Bladet Tromsø and Stensaas v. Norway* ([GC], no. 21980/93, ECHR 1999-III) the Court also considered that it was not its role, any more than that of the domestic courts, to substitute itself for the press and dictate the reporting technique that journalists should adopt.

2. Apart from the argument that he had reproduced passages previously judged to be defamatory, the judicial authorities justified the third applicant’s conviction by the fact that the polemical aim of a text could not absolve it from all regulation of expression, when, far from being based merely on an academic debate, its line of argument was built around reference to precise facts, and that the applicant had therefore been under an obligation to carry out a meaningful investigation before making particularly serious accusations, namely that Mr Le Pen could be regarded as the “chief of a gang of killers” or as a “vampire”. In other words, for the applicant to have acted in good faith he should have adduced evidence to substantiate his offending allegations.

3. Such an obligation, in our view, seems to run counter to the Court’s case-law concerning the duties and responsibilities of the press. For example, in its judgment in *Thoma v. Luxembourg* (no. 38432/97, ECHR 2001-III) the Court had occasion to define the responsibility borne by journalists in the publication of information supplied to them by third parties, and it restated the principle whereby “punishment of a journalist for assisting in the dissemination of statements made by another person ... would seriously hamper the contribution of the press to discussion of matters of public interest and should not be envisaged unless there are particularly strong reasons for doing so” (§ 62). The third applicant could not seriously be criticised for informing the public about the protest movement that had emerged following the judgment against Mathieu Lindon’s work, but nor could he be criticised for failing to correct, by comments of his own, the allegations regarded as defamatory. In its judgment in *Radio France and Others v. France* (no. 53984/00, ECHR 2004-II) the Court considered that “... a general requirement for journalists systematically and formally to distance themselves from the content of a quotation that might insult or provoke others or damage their reputation was not reconcilable with the press’s role of providing information on current events, opinions and ideas” (§ 27). It cannot therefore be argued that, by simply reporting in the column “*Rebonds*” on the support of ninety-seven writers for Mathieu

Lindon and by publishing their opinion that the impugned passages were not defamatory, the third applicant had failed in his duty to act in good faith.

D.H. AND OTHERS v. THE CZECH REPUBLIC
(Application no. 57325/00)

GRAND CHAMBER

JUDGMENT OF 13 NOVEMBER 2007¹

1. Judgment delivered by the Grand Chamber following referral of the case in accordance with Article 43 of the Convention.

SUMMARY¹**Placement of Roma children in “special” schools****Article 14 of the Convention in conjunction with Article 2 of Protocol No. 1**

Discrimination – Right to education – Placement of Roma children in “special” schools – Disadvantaged minority requiring special protection – Disproportionately large number of Roma children in special schools – Presumption of indirect discrimination – Lack of objective and reasonable justification – Whether parents can waive Convention right where it is not in public interest for them to do so – Absence of adequate safeguards in schooling arrangements – More basic curriculum than that followed in ordinary schools – Isolation from the wider population

Article 46

Execution of judgments – General measures – Repeal of impugned legislation constitutes sufficient measure – No need to reserve the question

*
* *

The applicants are eighteen Czech nationals of Roma origin. Between 1996 and 1999, when still minors, they were placed in special schools for children with intellectual deficiencies unable to attend ordinary schools. Under the relevant legislation, the decision to place a child in a special school was taken by the head teacher on the basis of the results of tests to measure the child’s intellectual capacity carried out in an educational psychology centre, and was subject to the consent of the child’s legal guardian. The case file shows that the applicants’ parents had consented to and, in some instances, expressly requested their children’s placement in a special school. The decisions on placement were then taken by the head teachers of the special schools concerned after referring to the recommendations of the educational psychology centres where the applicants had undergone psychological tests. The written decisions concerning the placement were sent to the children’s parents. It contained instructions on the right to appeal, a right which none of the applicants exercised.

Disputing the reliability of the tests, and arguing that their parents had not been adequately informed of the consequences of consenting to their placement, fourteen of the applicants asked the Education Authority to reconsider, outside the formal appeal procedure, the administrative decisions to place them in special schools. The Education Authority found the decisions to have been in compliance with the legislation.

At the same time, relying, *inter alia*, on Articles 3 and 14 of the Convention and Article 2 of Protocol No. 1, twelve of the applicants lodged constitutional appeals

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

in which they complained of *de facto* discrimination in the general functioning of the special-education system, and of not having been adequately informed of the consequences of their placement in special schools. They submitted that their placement in special schools was a general practice that resulted in segregation and racial discrimination, as was reflected in the side-by-side existence of two separately organised educational systems, namely special schools for the Roma and “ordinary” primary schools for the majority of the population. The Constitutional Court dismissed the appeals, partly on the ground that it had no jurisdiction to hear them and partly on the ground that they were manifestly unfounded.

Held

(1) Preliminary objection: The Government submitted that the applicants had failed to exhaust two domestic remedies. However, the Czech Constitutional Court had decided to disregard that omission. It would therefore be unduly formalistic to require the applicants to exercise a remedy which even the highest court of the country concerned had not obliged them to use.

(2) Article 14 of the Convention in conjunction with Article 2 of Protocol No. 1: The Chamber had held by six votes to one that there had been no violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 2 of Protocol No. 1. In its view, the Czech Government had succeeded in establishing that the system of special schools had not been introduced solely to cater for Roma children and that considerable efforts had been made in those schools to help certain categories of pupils acquire a basic education. The Chamber had observed that the rules governing children’s placement in special schools did not refer to the pupils’ ethnic origin, but pursued the legitimate aim of adapting the education system to the needs, aptitudes and disabilities of the children.

The Grand Chamber noted first of all that as a result of their turbulent history and constant uprooting the Roma had become a specific type of disadvantaged and vulnerable minority and, as such, required special protection, including in the field of education.

(a) *Presumption of indirect discrimination*: The applicants had submitted that by being placed in special schools they had, without objective and reasonable justification, been treated less favourably than non-Roma children in a comparable situation and that this amounted to “indirect” discrimination. They had produced statistical evidence based on information supplied by head teachers showing that more than half the pupils placed in the local special schools were Roma children, whereas Roma children accounted for only 2.26% of the city’s primary school children.

The Grand Chamber accepted, in the absence of official national statistics on pupils’ ethnic origin, that the statistics submitted by the applicants might not be entirely reliable. It nevertheless considered that these figures revealed a dominant trend that had been confirmed by both the respondent State and independent supervisory bodies. In their reports submitted in accordance with the Council of Europe’s Framework Convention for the Protection of National Minorities, the Czech authorities had admitted that in 1999 Roma pupils made up between 80% and 90% of the total number of pupils in some special schools and that in 2004 “large numbers” of Roma children were still being placed in special schools.

According to a report published by the European Commission against Racism and Intolerance (ECRI) in 2000, Roma children were “vastly over-represented” in special schools. Even though the exact percentage of Roma children in special schools at the material time remained difficult to establish, their number was disproportionately high, and Roma pupils formed a majority of the pupils in such schools. Despite being couched in neutral terms, the relevant statutory provisions had therefore had, *de facto*, considerably more impact on Roma children than on non-Roma children. In these circumstances, the evidence submitted by the applicants could be regarded as sufficiently reliable and significant to give rise to a strong presumption of indirect discrimination, in a sphere where it was not necessary to prove any discriminatory intent on the part of the relevant authorities. The burden of proof therefore lay with the Government to show that the difference in the impact of the legislation was the result of objective factors unrelated to ethnic origin.

(b) *Objective and reasonable justification*: The Court accepted that the Czech authorities’ decision to retain the special-school system was motivated by the desire to find a solution for children with special educational needs. However, it shared the disquiet of the other Council of Europe institutions who had expressed concerns about the more basic curriculum followed in these schools and, in particular, the segregation the system caused. As to the tests used to evaluate the children’s intellectual capacities, all the children who were examined sat the same tests, irrespective of their ethnic origin. The Czech authorities themselves had acknowledged in 1999 that “Romany children with average or above-average intellect” were often placed in such schools on the basis of the results of psychological tests and that the tests were conceived for the majority population and did not take Roma specifics into consideration. In addition, various independent bodies of the Council of Europe (the Advisory Committee on the Framework Convention for the Protection of National Minorities, ECRI and the Commissioner for Human Rights) had expressed doubts over the appropriateness of the tests. The Court considered that there was a danger that the tests were biased and that the results were not analysed in the light of the particularities and special characteristics of the Roma children who sat them. In those circumstances, the tests in question could not serve as justification for the impugned difference in treatment.

As regards parental consent, which was the decisive factor according to the Government, the Court was not satisfied that the parents of the Roma children, who were members of a disadvantaged community and often poorly educated, were capable of weighing up all the aspects of the situation and the consequences of giving their consent to placement in special schools. In view of the fundamental importance of the prohibition of racial discrimination, the Grand Chamber considered that, even assuming the conditions for waiving a right guaranteed by the Convention were satisfied, no waiver of the right not to be subjected to racial discrimination could be accepted.

In conclusion, the Czech Republic was not alone in having encountered difficulties in providing schooling for Roma children: other European States had had similar difficulties. Unlike some countries, the Czech Republic had sought to tackle the problem. However, the schooling arrangements for Roma children were not attended by safeguards that would ensure that, in the exercise of its margin of

appreciation in the education sphere, the State took into account their special needs as members of a disadvantaged class. Furthermore, as a result of the arrangements, the applicants had been placed in schools for children with mental disabilities where a more basic curriculum was followed than in ordinary schools and where they were isolated from pupils from the wider population. As a result, they had received an education which compounded their difficulties and compromised their subsequent personal development instead of tackling their real problems or helping them to integrate later into the ordinary schools and develop the skills that would facilitate life among the majority population.

In these circumstances, and while recognising the efforts made by the Czech authorities to ensure that Roma children received schooling and the difficulties they had encountered, the Court was not satisfied that the difference in treatment between Roma children and non-Roma children was objectively and reasonably justified and that there existed a reasonable relationship of proportionality between the means used and the aim pursued. As it had been established that the relevant legislation as applied at the material time had had a disproportionately prejudicial effect on the Roma community, the applicants as members of that community had necessarily suffered the same discriminatory treatment.

Conclusion: violation (thirteen votes to four).

Articles 41 and 46: The Court awarded each of the applicants a sum in respect of non-pecuniary damage and, jointly, a sum in respect of costs and expenses. The applicants had submitted that general measures had to be taken at the national level to remove any hindrance to the implementation of the right of the numerous persons affected by the situation or to provide equivalent redress. However, noting that the impugned legislation had been repealed and that the Committee of Ministers had recently made recommendations to the member States on the education of Roma/Gypsy children in Europe, the Court did not consider it appropriate to reserve the question.

Case-law cited by the Court

Case "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" v. Belgium (merits), 23 July 1968, Series A no. 6

Deweert v. Belgium, 27 February 1980, Series A no. 35

Pfeifer and Plankl v. Austria, 25 February 1992, Series A no. 227

Buckley v. the United Kingdom, 25 September 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-IV

Valsamis v. Greece, 18 December 1996, *Reports* 1996-VI

Larkos v. Cyprus [GC], no. 29515/95, ECHR 1999-I

Chassagnou and Others v. France [GC], nos. 25088/94, 28331/95 and 28443/95, ECHR 1999-III

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

Thlimmenos v. Greece [GC], no. 34369/97, ECHR 2000-IV

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

Salman v. Turkey [GC], no. 21986/93, ECHR 2000-VII

Chapman v. the United Kingdom [GC], no. 27238/95, ECHR 2001-I

Hugh Jordan v. the United Kingdom, no. 24746/94, 4 May 2001

K. and T. v. Finland [GC], no. 25702/94, ECHR 2001-VII
Willis v. the United Kingdom, no. 36042/97, ECHR 2002-IV
Angelova v. Bulgaria, no. 38361/97, ECHR 2002-IV
Aktaş v. Turkey, no. 24351/94, ECHR 2003-V
Connors v. the United Kingdom, no. 66746/01, 27 May 2004
Hoogendijk v. the Netherlands (dec.), no. 58641/00, 6 January 2005
Nachova and Others v. Bulgaria [GC], nos. 43577/98 and 43579/98, ECHR 2005-VII
Okpiz v. Germany, no. 59140/00, 25 October 2005
Leyla Şahin v. Turkey [GC], no. 44774/98, ECHR 2005-XI
Timishev v. Russia, nos. 55762/00 and 55974/00, ECHR 2005-XII
Stec and Others v. the United Kingdom [GC], nos. 65731/01 and 659/00/01, ECHR 2006-VI
Zarb Adami v. Malta, no. 17209/02, ECHR 2006-VIII
Hermi v. Italy [GC], no. 18114/02, ECHR 2006-XII
Üner v. the Netherlands [GC], no. 46410/99, ECHR 2006-XII

In the case of D.H. and Others v. the Czech Republic,

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

Nicolas Bratza, *President*,
Boštjan M. Zupančič,
Rıza Türmen,
Karel Jungwiert,
Josep Casadevall,
Margarita Tsatsa-Nikolovska,
Kristaq Traja,
Vladimiro Zagrebelsky,
Elisabeth Steiner,
Javier Borrego Borrego,
Alvina Gyulumyan,
Khanlar Hajiyev,
Dean Spielmann,
Sverre Erik Jebens,
Ján Šikuta,
Ineta Ziemele,
Mark Villiger, *judges*,

and Michael O'Boyle, *Deputy Registrar*,

Having deliberated in private on 17 January and 19 September 2007,

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

PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 57325/00) against the Czech Republic lodged with the Court on 18 April 2000 under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by eighteen Czech nationals (“the applicants”), whose details are set out in the Annex to this judgment.

2. The applicants were represented before the Court by the European Roma Rights Centre based in Budapest, Lord Lester of Herne Hill, QC, Mr J. Goldston, of the New York Bar, and Mr D. Strupek, a lawyer practising in the Czech Republic. The Czech Government (“the Government”) were represented by their Agent, Mr V.A. Schorm.

3. The applicants alleged, *inter alia*, that they had been discriminated against in the enjoyment of their right to education on account of their race or ethnic origin.

4. The application was allocated to the Second Section of the Court (Rule 52 § 1 of the Rules of Court). Within that Section, the Chamber

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

5. By a decision of 1 March 2005 following a hearing on admissibility and the merits (Rule 54 § 3), the Chamber declared the application partly admissible.

6. On 7 February 2006 a Chamber of that Section composed of Jean-Paul Costa, President, András Baka, Ireneu Cabral Barreto, Karel Jungwiert, Volodymyr Butkevych, Antonella Mularoni and Danutė Jočienė, judges, and Sally Dollé, Section Registrar, delivered a judgment in which it held by six votes to one that there had been no violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 2 of Protocol No. 1.

7. On 5 May 2006 the applicants requested the referral of their case to the Grand Chamber in accordance with Article 43 of the Convention. On 3 July 2006 a panel of the Grand Chamber granted their request.

8. The composition of the Grand Chamber was determined according to the provisions of Article 27 §§ 2 and 3 of the Convention and Rule 24. At the final deliberations, Kristaq Traja and Josep Casadevall, substitute judges, replaced Christos Rozakis and Peer Lorenzen, who were unable to take part in the further consideration of the case (Rule 24 § 3).

9. The applicants and the Government each filed observations on the merits. In addition third-party comments were received from various non-governmental organisations, namely, the International Step by Step Association, the Roma Education Fund and the European Early Childhood Education Research Association; Interights and Human Rights Watch; Minority Rights Group International, the European Network Against Racism and the European Roma Information Office; and the International Federation for Human Rights (Fédération internationale des ligues des droits de l'Homme – FIDH), each of 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 replied to those comments (Rule 44 § 5).

10. A hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 17 January 2007 (Rule 59 § 3).

There appeared before the Court:

(a) *for the Government*

Mr V.A. SCHORM,

Ms M. KOPSOVÁ,

Ms Z. KAPROVÁ,

Ms J. ZAPLETALOVÁ,

Mr R. BARINKA,

Mr P. KONŮPKA,

Agent,

Counsel;

(b) *for the applicants*

Lord LESTER OF HERNE HILL, QC,

Mr J. GOLDSTON,

Mr D. STRUPEK,

Counsel.

The Court heard addresses by Lord Lester of Herne Hill, Mr Goldston and Mr Strupek, and by Mr Schorm.

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

11. Details of the applicants' names and places of residence are set out in the Annex.

A. Historical background

12. According to documents available on the website of the Roma and Travellers Division of the Council of Europe, the Roma originated from the regions situated between north-west India and the Iranian plateau. The first written traces of their arrival in Europe date back to the fourteenth century. Today there are between eight and ten million Roma living in Europe. They are to be found in almost all Council of Europe member States and indeed, in some central and east European countries, they represent over 5% of the population. The majority of them speak Romany, an Indo-European language that is understood by a very large number of Roma in Europe, despite its many variants. In general, Roma also speak the dominant language of the region in which they live, or even several languages.

13. Although they have been in Europe since the fourteenth century, often they are not recognised by the majority of society as a fully fledged European people and they have suffered throughout their history from rejection and persecution. This culminated in their attempted extermination by the Nazis, who considered them an inferior race. As a result of centuries of rejection, many Roma communities today live in very difficult conditions, often on the fringe of society in the countries where they have settled, and their participation in public life is extremely limited.

14. In the Czech Republic the Roma have national-minority status and, accordingly, enjoy the special rights associated therewith. The National Minorities Commission of the Government of the Czech Republic, a governmental consultative body without executive power, has responsibility for defending the interests of the national minorities, including the Roma.

As to the number of Roma currently living in the Czech Republic, there is a discrepancy between the official, census-based, statistics and the estimated number. According to the latter, which is available on the website of the Minorities Commission of the Government of the Czech Republic, the Roma community now numbers between 150,000 and 300,000 people.

B. Special schools

15. According to information supplied by the Czech Government, the special schools (*zvláštní školy*) were established after the First World War for children with special needs, including those suffering from a mental or social handicap. The number of children placed in these schools continued to rise (from 23,000 pupils in 1960 to 59,301 in 1988). Owing to the entrance requirements of the primary schools (*základní školy*) and the resulting selection process, prior to 1989 most Roma children attended special schools.

16. Under the terms of the Schools Act (Law no. 29/1984), the legislation applicable in the present case, special schools were a category of specialised school (*speciální školy*) and were intended for children with mental deficiencies who were unable to attend “ordinary” or specialised primary schools. Under the Act, the decision to place a child in a special school was taken by the head teacher on the basis of the results of tests to measure the child’s intellectual capacity carried out in an educational psychology centre and was subject to the consent of the child’s legal guardian.

17. Following the switch to the market economy in the 1990s, a number of changes were made to the system of special schools in the Czech Republic. These changes also affected the education of Roma pupils. In 1995 the Ministry of Education issued a directive concerning the provision of additional lessons for pupils who had completed their compulsory education in a special school. Since the 1996/97 school year, preparatory classes for children from disadvantaged social backgrounds have been opened in nursery, primary and special schools. In 1998 the Ministry of Education approved an alternative educational curriculum for children of Roma origin who had been placed in special schools. Roma teaching assistants were also assigned to primary and special schools to assist the teachers and facilitate communication with the families. By virtue of amendment no. 19/2000 to the Schools Act, which came into force on 18 February 2000, pupils who had completed their compulsory education in a special school were also eligible for admission to secondary schools, provided they satisfied the entrance requirements for their chosen course.

18. According to data supplied by the applicants, which was obtained through questionnaires sent in 1999 to the head teachers of the 8 special schools and 69 primary schools in the town of Ostrava, the total number of pupils placed in special schools in Ostrava came to 1,360, of whom 762 (56%) were Roma. Conversely, Roma represented only 2.26% of the total of 33,372 primary-school pupils in Ostrava. Further, although only 1.8% of non-Roma pupils were placed in special schools, in Ostrava the proportion of Roma pupils assigned to such schools was 50.3%. Accordingly, a Roma child in Ostrava was 27 times more likely to be placed in a special school than a non-Roma child.

According to data from the European Monitoring Centre on Racism and Xenophobia (now the European Union Agency for Fundamental Rights), more than half of Roma children in the Czech Republic attend special schools.

The Advisory Committee on the Framework Convention for the Protection of National Minorities observed in its report of 26 October 2005 that, according to unofficial estimates, the Roma represent up to 70% of pupils enrolled in special schools.

Lastly, according to a comparison of data on fifteen countries, including countries from Europe, Asia and North America, gathered by the Organisation for Economic Cooperation and Development in 1999 and cited in the observations of the International Step by Step Association, the Roma Education Fund and the European Early Childhood Education Research Association¹, the Czech Republic ranked second highest in terms of placing children with physiological impairments in special schools and in third place in the table of countries placing children with learning difficulties in such schools. Further, of the eight countries who had provided data on the schooling of children whose difficulties arose from social factors, the Czech Republic was the only one to use special schools; the other countries concerned almost exclusively used ordinary schools for the education of such children.

C. The facts of the instant case

19. Between 1996 and 1999 the applicants were placed in special schools in Ostrava, either directly or after a spell in an ordinary primary school.

20. The material before the Court shows that the applicants' parents had consented to and in some instances expressly requested their children's placement in a special school. Consent was indicated by signing a pre-completed form. In the case of applicants nos. 12 and 16,

1. P. Evans (2004), "Educating students with special needs: A comparison of inclusion practices in OECD countries", *Education Canada* 44 (1): 32-35.

the dates on the forms are later than the dates of the decisions to place the children in special schools. In both instances, the date has been corrected by hand, and one of them is accompanied by a note from the teacher citing a typing error.

The decisions on placement were then taken by the head teachers of the special schools concerned after referring to the recommendations of the educational psychology centres where the applicants had undergone psychological tests. The applicants' school files contained the report on their examination, including the results of the tests with the examiners' comments, drawings by the children and, in a number of cases, a questionnaire for the parents.

The written decision concerning the placement was sent to the children's parents. It contained instructions on the right to appeal, a right which none of them exercised.

21. On 29 June 1999 the applicants received a letter from the school authorities informing them of the possibilities available for transferring from a special school to a primary school. It would appear that four of the applicants (nos. 5, 6, 11 and 16 in the Annex) were successful in aptitude tests and thereafter attended ordinary schools.

22. In the review and appeals procedures referred to below, the applicants were represented by a lawyer acting on the basis of signed written authorities from their parents.

1. Request for reconsideration of the case outside the formal appeal procedure

23. On 15 June 1999 all the applicants apart from those numbered 1, 2, 10 and 12 in the Annex asked the Ostrava Education Authority (*Školský úřad*) to reconsider, outside the formal appeal procedure (*přezkoumání mimo odvolací řízení*), the administrative decisions to place them in special schools. They argued that their intellectual capacity had not been reliably tested and that their representatives had not been adequately informed of the consequences of consenting to their placement in special schools. They therefore asked the Education Authority to revoke the impugned decisions, which they maintained did not comply with the statutory requirements and infringed their right to education without discrimination.

24. On 10 September 1999 the Education Authority informed the applicants that, as the impugned decisions complied with the legislation, the conditions for bringing proceedings outside the appeal procedure were not satisfied in their case.

2. Constitutional appeal

25. On 15 June 1999 applicants nos. 1 to 12 in the Annex lodged a constitutional appeal in which they complained, *inter alia*, of *de facto*

discrimination in the general functioning of the special-education system. In that connection, they relied on, *inter alia*, Articles 3 and 14 of the Convention and Article 2 of Protocol No. 1. While acknowledging that they had not appealed against the decisions to place them in special schools, they alleged that they had not been sufficiently informed of the consequences of placement and argued (on the question of the exhaustion of remedies) that their case concerned continuing violations and issues that went far beyond their personal interests.

In their grounds of appeal, the applicants explained that they had been placed in special schools under a practice that had been established in order to implement the relevant statutory rules. In their submission, that practice had resulted in *de facto* racial segregation and discrimination that were reflected in the existence of two separately organised educational systems for members of different racial groups, namely special schools for the Roma and “ordinary” primary schools for the majority of the population. That difference in treatment was not based on any objective and reasonable justification, amounted to degrading treatment, and had deprived them of the right to education (as the curriculum followed in special schools was inferior and pupils in special schools were unable to return to primary school or to obtain a secondary education other than in a vocational training centre). Arguing that they had received an inadequate education and an affront to their dignity, the applicants asked the Constitutional Court (*Ústavní soud*) to find a violation of their rights, to quash the decisions to place them in special schools, to order the respondents (the special schools concerned, the Ostrava Education Authority and the Ministry of Education) to refrain from any further violation of their rights and to restore the status quo ante by offering them compensatory lessons.

26. In their written submissions to the Constitutional Court, the special schools concerned pointed out that all the applicants had been enrolled on the basis of a recommendation from an educational psychology centre and with the consent of their representatives. Furthermore, despite having been notified of the relevant decisions, none of the representatives had decided to appeal. According to the schools, the applicants’ representatives had been informed of the differences between the special-school curriculum and the primary-school curriculum. Regular meetings of teaching staff were held to assess pupils (with a view to their possible transfer to primary school). They added that some of the applicants (nos. 5 to 11 in the Annex) had been advised that there was a possibility of their being placed in primary school.

The Education Authority pointed out in its written submissions that the special schools had their own legal personality, that the impugned

decisions contained advice on the right of appeal and that the applicants had at no stage contacted the Schools Inspectorate.

The Ministry of Education denied any discrimination and noted a tendency on the part of the parents of Roma children to have a rather negative attitude to school work. It asserted that each placement in a special school was preceded by an assessment of the child's intellectual capacity and that parental consent was a decisive factor. It further noted that there were eighteen educational assistants of Roma origin in schools in Ostrava.

27. In their final written submissions, the applicants pointed out (i) that there was nothing in their school files to show that their progress was being regularly monitored with a view to a possible transfer to primary school, (ii) that the reports from the educational psychology centres contained no information on the tests that were used, and (iii) that their recommendations for placement in a special school were based on grounds such as an insufficient command of the Czech language, an over-tolerant attitude on the part of the parents or an ill-adapted social environment, etc. They also argued that the gaps in their education made a transfer to primary school impossible in practice and that social or cultural differences could not justify the alleged difference in treatment.

28. On 20 October 1999 the Constitutional Court dismissed the applicants' appeal, partly on the ground that it was manifestly unfounded and partly on the ground that it had no jurisdiction to hear it. It nevertheless invited the competent authorities to give careful and constructive consideration to the applicants' proposals.

(a) With regard to the complaint of a violation of the applicants' rights as a result of their placement in special schools, the Constitutional Court held that, as only five decisions had actually been referred to in the notice of appeal, it had no jurisdiction to decide the cases of those applicants who had not appealed against the decisions concerned.

As to the five applicants who had lodged constitutional appeals against the decisions to place them in special schools (nos. 1, 2, 3, 5 and 9 in the Annex), the Constitutional Court decided to disregard the fact that they had not lodged ordinary appeals against those decisions, as it agreed that the scope of their constitutional appeals went beyond their personal interests. However, it found that there was nothing in the material before it to show that the relevant statutory provisions had been interpreted or applied unconstitutionally, since the decisions had been taken by head teachers vested with the necessary authority on the basis of recommendations by educational psychology centres and with the consent of the applicants' representatives.

(b) With regard to the complaints of insufficient monitoring of the applicants' progress at school and of racial discrimination, the

Constitutional Court noted that it was not its role to assess the overall social context and found that the applicants had not furnished concrete evidence in support of their allegations. It further noted that the applicants had had a right of appeal against the decisions to place them in special schools, but had not exercised it. As to the objection that insufficient information had been given about the consequences of placement in a special school, the Constitutional Court considered that the applicants' representatives could have obtained this information by liaising with the schools and that there was nothing in the file to indicate that they had shown any interest in transferring to a primary school. The Constitutional Court therefore ruled that this part of the appeal was manifestly ill-founded.

II. RELEVANT DOMESTIC LAW AND PRACTICE

A. The Schools Act 1984 (Law no. 29/1984 – since repealed by Law no. 561/2004, which came into force on 1 January 2005)

29. Prior to 18 February 2000, section 19(1) of the Schools Act provided that to be eligible for secondary-school education pupils had to have successfully completed their primary-school education.

Following amendment no. 19/2000, which came into force on 18 February 2000, the amended section 19(1) provided that to be eligible for secondary-school education pupils had to have completed their compulsory education and demonstrated during the admission procedure that they satisfied the conditions of eligibility for their chosen course.

30. Section 31(1) provided that special schools were intended for children with “mental deficiencies” (*rozumové nedostatky*) that prevented them from following the curricula in ordinary primary schools or in specialised primary schools (*speciální základní škola*) intended for children suffering from sensory impairment, illness or disability.

B. The Schools Act 2004 (Law no. 561/2004)

31. This new Act on school education no longer provides for special schools in the form that had existed prior to its entry into force. Primary education is now provided by primary schools and specialised primary schools, the latter being intended for pupils with severe mental disability or multiple disabilities and for autistic children.

32. Section 16 contains provisions governing the education of children and pupils with special educational needs. These are defined in subsection 1 as children suffering from a disability, health problems

or a social disadvantage. Section 16(4) provides that for the purposes of the Act a child is socially disadvantaged, *inter alia*, if it comes from a family environment with low socio-cultural status or at risk of socio-pathological phenomena. Subsection 5 provides that the existence of special educational needs is to be assessed by an educational guidance centre.

33. The Act also makes provision, *inter alia*, for educational assistants, individualised education projects, preparatory classes for socially disadvantaged children prior to the period of compulsory school education and additional lessons for pupils who have not received a basic education.

C. Decree no. 127/1997 on specialised schools (since repealed by Decree no. 73/2005, which came into force on 17 February 2005)

34. Article 2 § 4 of the Decree laid down that the following schools were available for pupils suffering from mental disability: specialised nursery schools (*speciální mateřské školy*), special schools, auxiliary schools (*pomocné školy*), vocational training centres (*odborná učiliště*) and practical training schools (*praktické školy*).

35. Article 6 § 2 stipulated that if during the pupil's school career there was a change in the nature of his or her disability or if the specialised school was no longer adapted to the level of disability, the head teacher of the school attended by the pupil was required, after an interview with the pupil's representative, to recommend the pupil's placement in another specialised school or an ordinary school.

36. Article 7 § 1 stipulated that the decision to place a pupil in or transfer a pupil to, *inter alia*, a special school was to be taken by the head teacher, provided that the pupil's legal guardians consented. Article 7 § 2 provided that a proposal for a pupil to be placed, *inter alia*, in a special school could be made to the head teacher by the pupil's legal guardian, the pupil's current school, an educational psychology centre, a hospital or clinic, an authority with responsibility for family and child welfare, a health centre, etc. In the event of the pupil not receiving a place in a special school, the head teacher was required by Article 7 § 3 to notify the pupil's legal guardian and the competent school authority or the municipality in which the pupil was permanently resident of the decision. The education authority was then required, after consulting the municipality, to make a proposal regarding the school in which the pupil would receive his or her compulsory education. Article 7 § 4 required the educational psychology centre to assemble all the documents relevant to the decision and to make a recommendation to the head teacher regarding the type of school.

D. Decree no. 73/2005 on the education of children, pupils and students with special educational needs and gifted children, pupils and students

37. Article 1 of the Decree provides that pupils and students with special educational needs are to be educated with the help of support measures that go beyond or are different from the individualised educational and organisational measures available in ordinary schools.

38. Article 2 provides that children whose special educational needs have been established with the aid of an educational or psychological examination performed by an educational guidance centre will receive special schooling if they have clear and compelling needs that warrant their placement in a special education system.

E. Domestic practice at the material time

1. Psychological examination

39. The testing of intellectual capacity in an educational psychology centre with the consent of the child's legal guardians was neither compulsory nor automatic. The recommendation for the child to sit the tests was generally made by teachers – either when the child first enrolled at the school or if difficulties were noted in its ordinary primary-school education – or by paediatricians.

40. According to the applicants, who cited experts in this field, the most commonly used tests appeared to be variants of the Wechsler Intelligence Scale for Children (PDW and WISC-III) and the Stanford-Binet intelligence test. Citing various opinions, including those of teachers and psychologists and the Head of the Special Schools Department at the Czech Ministry of Education in February 1999, the applicants submitted that the tests used were neither objective nor reliable, as they had been devised solely for Czech children, and had not recently been standardised or approved for use with Roma children. Moreover, no measures had been taken to enable Roma children to overcome their cultural and linguistic disadvantages in the tests. Nor had any instructions been given to restrict the latitude that was given in the administration of the tests and the interpretation of the results. The applicants also drew attention to a 2002 report in which the Czech Schools Inspectorate noted that children without any significant mental deficiencies were still being placed in special schools.

41. In the report submitted by the Czech Republic on 1 April 1999 pursuant to Article 25 § 1 of the Framework Convention for the Protection of National Minorities, it was noted that the psychological

tests “are conceived for the majority population and do not take Romany specifics into consideration”.

The Advisory Committee on the Framework Convention noted in its first report on the Czech Republic, which was published on 25 January 2002, that while these schools were designed for mentally handicapped children it appeared that many Roma children who were not mentally handicapped were placed in them owing to real or perceived language and cultural differences between Roma and the majority. The Committee stressed that “placing children in such special schools should take place only when it is absolutely necessary and always on the basis of consistent, objective and comprehensive tests”.

In its second report on the Czech Republic published on 26 October 2005 the Advisory Committee observed: “Tests and methods used to assess children’s intellectual abilities upon school enrolment have already been revised with a view to ensuring that they are not misused to the detriment of Roma children.” However, it noted with concern that “revision of the psychological tests used in this context has not had a marked impact. According to unofficial estimates, Roma account for up to 70% of pupils in [special] schools, and this – having regard to the percentage of Roma in the population – raises doubts concerning the tests’ validity and the relevant methodology followed in practice”.

42. In its report on the Czech Republic published on 21 March 2000, the European Commission against Racism and Intolerance (ECRI) noted that channelling of Roma children to special schools was reported to be often quasi-automatic. According to ECRI, the poor results obtained by these children in the pre-school aptitude tests could be explained by the fact that in the Czech Republic most Roma children did not attend kindergarten education. ECRI therefore considered that the practice of channelling Roma/Gypsy children into special schools for those with mental retardation should be fully examined, to ensure that any testing used was fair and that the true abilities of each child were properly evaluated.

In its next report on the Czech Republic, which was published in June 2004, ECRI noted that the test developed by the Czech Ministry of Education for assessing a child’s mental level was not mandatory, and was only one of a battery of tools and methods recommended to the educational guidance centres.

43. In his final report on the human rights situation of the Roma, Sinti and Travellers in Europe of 15 February 2006, the Commissioner for Human Rights observed: “Roma children are frequently placed in classes for children with special needs without an adequate psychological or pedagogical assessment, the real criteria clearly being their ethnic origin.”

44. According to the observations submitted by the International Step by Step Association, the Roma Education Fund and the European Early

Childhood Education Research Association, countries in east-central and south-eastern Europe typically lacked national definitions of “disability” (related to the placement of students in special schools) and used definitions in which some form of disability was connected to the socio-cultural background of the child, thus leaving the door to discriminatory practices open. Data on children with disabilities were drawn largely from administrative sources rather than being derived from a thorough assessment of the actual characteristics of the child. Thus, divisive practices and the use of a single test were common in the 1990s.

It is alleged in the observations that the assessment used to place Roma children in special schools in the Ostrava region ran contrary to effective assessment indicators that were well known by the mid 1990s, for example, those published in 1987 by the National Association for the Education of Young Children (USA). These indicators were now associated with the Global Alliance for the Education of Young Children, which included member organisations in Europe and, more particularly, the Czech Republic. Relevant indicators included: ethical principles to guide assessment practices; the use of assessment instruments for their intended purposes and in such a way as to meet professional quality criteria; assessments appropriate to the ages and other characteristics of the children being assessed; recognition of the developmental and educational significance of the subject matter of the assessment; the use of assessment evidence to understand and improve learning; the gathering of assessment evidence from realistic settings and in situations that reflected children’s actual performance; the use of multiple sources of evidence gathered over time for assessments; the existence of a link between screening and follow-up; limitations on the use of individually administered, norm-referenced tests; and adequate information for staff and families involved in the assessment process.

Thus, the assessment of Roma children in the Ostrava region did not take into account the language and culture of the children, or their prior learning experiences, or their unfamiliarity with the demands of the testing situation. Single rather than multiple sources of evidence were used. Testing was done in one sitting, not over time. Evidence was not obtained in realistic or authentic settings where children could demonstrate their skills. Undue emphasis was placed on individually administered, standardised tests normed on other populations.

According to studies cited in these observations (UNICEF Innocenti Insight (2005); Save the Children (2001), *Denied a future? The right to education of Roma/Gypsy and Traveller children*; D.J. Losen and G. Orfield (2002), *Introduction: Racial inequity in special education*, Cambridge, MA: Harvard Education Press), disproportionately placing certain groups of students in special education resulted from an array of factors, including “unconscious racial bias on the part of school authorities, large resource

inequalities, an unjustifiable reliance on IQ and other evaluation tools, educators' inappropriate responses to the pressures of high-stakes testing, and power differentials between minority parents and school officials". Thus, school placement through psychological testing often reflected racial biases in the society concerned.

45. The Government observed that the unification of European norms used by psychologists was currently under way and that the State authorities had taken all reasonable steps to ensure that the psychological tests were administered by appropriately qualified experts with university degrees applying the latest professional and ethical standards in their specialised field. In addition, research conducted in 1997 by Czech experts at the request of the Ministry of Education showed that Roma children had attained in a standard test of intelligence (WISC-III) only insignificantly lower results than comparable non-Roma Czech children (one point on the IQ scale).

2. Consent to placement in a special school

46. Article 7 of Decree no. 127/1997 on specialised schools made the consent of the legal guardians a condition *sine qua non* for the child's placement in a special school. The applicants noted that the Czech legislation did not require the consent to be in writing. Nor did information on the education provided by special schools or the consequences of the child's placement in a special school have to be provided beforehand.

47. In its report on the Czech Republic published in March 2000, ECRI observed that Roma parents often favoured the channelling of Roma children to special schools, partly to avoid abuse from non-Roma children in ordinary schools and isolation of the child from other neighbourhood Roma children, and partly owing to a relatively low level of interest in education.

In its report on the Czech Republic published in June 2004, ECRI noted that when deciding whether or not to give their consent parents of Roma children continued "to lack information concerning the long-term negative consequences of sending their children to such schools", which were "often presented to parents as an opportunity for their children to receive specialised attention and be with other Roma children".

48. According to information obtained by the International Federation for Human Rights from its Czech affiliate, many schools in the Czech Republic are reluctant to accept Roma children. That reluctance is explained by the reaction of the parents of non-Roma children, which, in numerous cases, has been to remove their children from integrated schools because the parents fear that the level of the school will fall following the arrival of Roma children or, quite simply, because of

prejudice against the Roma. It is in that context that Roma children undergo tests designed to ascertain their capacity to follow the ordinary curriculum, following which parents of Roma children are encouraged to place their children in special schools. The parents' choice to place their children in special schools, where that is what they choose to do, is consistent with the school authorities' desire not to admit so many Roma children that their arrival might induce the parents of non-Roma children to remove their own children from the school.

3. Consequences

49. Pupils in special schools follow a special curriculum supposedly adapted to their intellectual capacity. After completing their course of compulsory education in this type of school, they may elect to continue their studies in vocational training centres or, since 18 February 2000, in other forms of secondary school (provided they are able to establish during the admissions procedure that they satisfy the entrance requirements for their chosen course).

Further, Article 6 § 2 of Decree no. 127/1997 stipulated that, if during the pupil's school career there was a change in the nature of his or her disability or if the specialised school was no longer adapted to the level of disability, the head teacher of the school attended by the child or pupil was required, after an interview with the pupil's guardian, to recommend the pupil's placement in another specialised school or in an ordinary school.

50. In his final report on the human rights situation of the Roma, Sinti and Travellers in Europe of 15 February 2006, the Commissioner for Human Rights noted: "Being subjected to special schools or classes often means that these children follow a curriculum inferior to those of mainstream classes, which diminishes their opportunities for further education and for finding employment in the future. The automatic placement of Roma children in classes for children with special needs is likely to increase the stigma by labelling the Roma children as less intelligent and less capable. At the same time, segregated education denies both the Roma and non-Roma children the chance to know each other and to learn to live as equal citizens. It excludes Roma children from mainstream society at the very beginning of their lives, increasing the risk of their being caught in the vicious circle of marginalisation."

51. The Advisory Committee on the Framework Convention for the Protection of National Minorities noted in its second report on the Czech Republic, which was published on 26 October 2005, that placement in a special school "makes it more difficult for Roma children to gain access to other levels of education, thus reducing their chances of integrating in the society. Although legislation no longer prevents children from advancing from 'special' to ordinary secondary schools, the level of

education offered by ‘special’ schools generally does not make it possible to cope with the requirements of secondary schools, with the result that most drop out of the system”.

52. According to the observations submitted by the International Step by Step Association, the Roma Education Fund and the European Early Childhood Education Research Association, the placement of children in segregated special schools was an example of a very early “tracking” of students, in this case by assigning children perceived to be of “low ability” or “low potential” to special schools from an early age. Such practices increased educational inequity as they had especially negative effects on the achievement levels of disadvantaged children (see, *inter alia*, the Communication from the Commission of the European Communities to the Council and to the European Parliament on efficiency and equity in European education and training systems (COM/2006/0481, 8 September 2006)). The longer-term consequences of “tracking” included pupils being channelled towards less prestigious forms of education and training and pupils dropping out of school early. Tracking could thus help create a social construction of failure.

53. In their observations to the Court, the organisations Minority Rights Group International, European Network Against Racism and European Roma Information Office noted that children in special schools followed a simplified curriculum that was considered appropriate for their lower level of development. Thus, in the Czech Republic, children in special schools were not expected to know the alphabet or numbers up to ten until the third or fourth year of school, while their counterparts in ordinary schools acquired that knowledge in the first year.

III. COUNCIL OF EUROPE SOURCES

A. The Committee of Ministers

Recommendation No. R (2000) 4 of the Committee of Ministers to member States on the education of Roma/Gypsy children in Europe (adopted by the Committee of Ministers on 3 February 2000 at the 696th meeting of the Ministers’ Deputies)

54. The Recommendation provides as follows:

“The Committee of Ministers, under the terms of Article 15.b of the Statute of the Council of Europe,

Considering that the aim of the Council of Europe is to achieve greater unity between its members and that this aim may be pursued, in particular, through common action in the field of education;

Recognising that there is an urgent need to build new foundations for future educational strategies toward the Roma/Gypsy people in Europe, particularly in view of the high rates of illiteracy or semi-literacy among them, their high drop-out rate, the low percentage of students completing primary education and the persistence of features such as low school attendance;

Noting that the problems faced by Roma/Gypsies in the field of schooling are largely the result of long-standing educational policies of the past, which led either to assimilation or to segregation of Roma/Gypsy children at school on the grounds that they were ‘socially and culturally handicapped’;

Considering that the disadvantaged position of Roma/Gypsies in European societies cannot be overcome unless equality of opportunity in the field of education is guaranteed for Roma/Gypsy children;

Considering that the education of Roma/Gypsy children should be a priority in national policies in favour of Roma/Gypsies;

Bearing in mind that policies aimed at addressing the problems faced by Roma/Gypsies in the field of education should be comprehensive, based on an acknowledgement that the issue of schooling for Roma/Gypsy children is linked with a wide range of other factors and pre-conditions, namely the economic, social and cultural aspects, and the fight against racism and discrimination;

Bearing in mind that educational policies in favour of Roma/Gypsy children should be backed up by an active adult education and vocational education policy;

...

Recommends that in implementing their education policies the governments of the member States:

- be guided by the principles set out in the appendix to this Recommendation;
- bring this Recommendation to the attention of the relevant public bodies in their respective countries through the appropriate national channels.”

55. The relevant sections of the Appendix to Recommendation No. R (2000) 4 read as follows:

“Guiding principles of an education policy for Roma/Gypsy children in Europe

I. Structures

1. Educational policies for Roma/Gypsy children should be accompanied by adequate resources and the flexible structures necessary to meet the diversity of the Roma/Gypsy population in Europe and which take into account the existence of Roma/Gypsy groups which lead an itinerant or semi-itinerant lifestyle. In this respect, it might be envisaged having recourse to distance education, based on new communication technologies.

2. Emphasis should be put on the need to better coordinate the international, national, regional and local levels in order to avoid dispersion of efforts and to promote synergies.

3. To this end member States should make the Ministries of Education sensitive to the question of education of Roma/Gypsy children.

4. In order to secure access to school for Roma/Gypsy children, pre-school education schemes should be widely developed and made accessible to them.

5. Particular attention should also be paid to the need to ensure better communication with parents, where necessary using mediators from the Roma/Gypsy community which could then lead to specific career possibilities. Special information and advice should be given to parents about the necessity of education and about the support mechanisms that municipalities can offer families. There has to be mutual understanding between parents and schools. The parents' exclusion and lack of knowledge and education (even illiteracy) also prevent children from benefiting from the education system.

6. Appropriate support structures should be set up in order to enable Roma/Gypsy children to benefit, in particular through positive action, from equal opportunities at school.

7. The member States are invited to provide the necessary means to implement the above-mentioned policies and arrangements in order to close the gap between Roma/Gypsy pupils and majority pupils.

II. Curriculum and teaching material

8. Educational policies in favour of Roma/Gypsy children should be implemented in the framework of broader intercultural policies, taking into account the particular features of the Romani culture and the disadvantaged position of many Roma/Gypsies in the member States.

9. The curriculum, on the whole, and the teaching material should therefore be designed so as to take into account the cultural identity of Roma/Gypsy children. Romani history and culture should be introduced in the teaching material in order to reflect the cultural identity of Roma/Gypsy children. The participation of representatives of the Roma/Gypsy community should be encouraged in the development of teaching material on the history, culture or language of the Roma/Gypsies.

10. However, the member States should ensure that this does not lead to the establishment of separate curricula, which might lead to the setting up of separate classes.

11. The member States should also encourage the development of teaching material based on good practices in order to assist teachers in their daily work with Roma/Gypsy pupils.

12. In the countries where the Romani language is spoken, opportunities to learn in the mother tongue should be offered at school to Roma/Gypsy children.

III. Recruitment and training of teachers

13. It is important that future teachers should be provided with specific knowledge and training to help them understand better their Roma/Gypsy pupils. The education of Roma/Gypsy pupils should however remain an integral part of the general educational system.

14. The Roma/Gypsy community should be involved in the designing of such curricula and should be directly involved in the delivery of information to future teachers.

15. Support should also be given to the training and recruitment of teachers from within the Roma/Gypsy community.

..."

B. The Parliamentary Assembly

1. Recommendation No. 1203 (1993) on Gypsies in Europe

56. The Parliamentary Assembly made, *inter alia*, the following general observations:

“1. One of the aims of the Council of Europe is to promote the emergence of a genuine European cultural identity. Europe harbours many different cultures, all of them, including the many minority cultures, enriching and contributing to the cultural diversity of Europe.

2. A special place among the minorities is reserved for Gypsies. Living scattered all over Europe, not having a country to call their own, they are a true European minority, but one that does not fit into the definitions of national or linguistic minorities.

3. As a non-territorial minority, Gypsies greatly contribute to the cultural diversity of Europe. In different parts of Europe they contribute in different ways, be it by language and music or by their trades and crafts.

4. With central and east European countries now member States, the number of Gypsies living in the area of the Council of Europe has increased drastically.

5. Intolerance of Gypsies by others has existed throughout the ages. Outbursts of racial or social hatred, however, occur more and more regularly, and the strained relations between communities have contributed to the deplorable situation in which the majority of Gypsies lives today.

6. Respect for the rights of Gypsies, individual, fundamental and human rights and their rights as a minority is essential to improve their situation.

7. Guarantees for equal rights, equal chances, equal treatment, and measures to improve their situation will make a revival of Gypsy language and culture possible, thus enriching the European cultural diversity.

8. The guarantee of the enjoyment of the rights and freedoms set forth in Article 14 of the European Convention on Human Rights is important for Gypsies as it enables them to maintain their individual rights.

...”

57. As far as education is concerned, the Recommendation states:

“...

vi. the existing European programmes for training teachers of Gypsies should be extended;

vii. special attention should be paid to the education of women in general and mothers together with their younger children;

viii. talented young Gypsies should be encouraged to study and to act as intermediaries for Gypsies;

...”

2. *Recommendation No. 1557 (2002) on the legal situation of Roma in Europe*

58. This Recommendation states, *inter alia*:

“...

3. Today Roma are still subjected to discrimination, marginalisation and segregation. Discrimination is widespread in every field of public and personal life, including access to public places, education, employment, health services and housing, as well as crossing borders and access to asylum procedures. Marginalisation and the economic and social segregation of Roma are turning into ethnic discrimination, which usually affects the weakest social groups.

4. Roma form a special minority group, in so far as they have a double minority status. They are an ethnic community and most of them belong to the socially disadvantaged groups of society.

...

15. The Council of Europe can and must play an important role in improving the legal status, the level of equality and the living conditions of Roma. The Assembly calls upon the member States to complete the six general conditions, which are necessary for the improvement of the situation of Roma in Europe:

...

c. to guarantee equal treatment for the Romany minority as an ethnic or national minority group in the field of education, employment, housing, health and public services. Member States should give special attention to:

- i. promoting equal opportunities for Roma on the labour market;
- ii. providing the possibility for Romany students to participate in all levels of education from kindergarten to university;
- iii. developing positive measures to recruit Roma in public services of direct relevance to Roma communities, such as primary and secondary schools, social welfare centres, local primary health care centres and local administration;
- iv. eradicating all practices of segregated schooling for Romany children, particularly that of routing Romany children to schools or classes for the mentally disabled;
- d.* to develop and implement positive action and preferential treatment for the socially deprived strata, including Roma as a socially disadvantaged community, in the field of education, employment and housing;

...

e. to take specific measures and create special institutions for the protection of the Romany language, culture, traditions and identity:

...

- ii. to encourage Romany parents to send their children to primary school, secondary school and higher education, including college or university, and give them adequate information about the necessity of education;

...

v. to recruit Roma teaching staff, particularly in areas with a large Romany population;

f. to combat racism, xenophobia and intolerance and to ensure non-discriminatory treatment of Roma at local, regional, national and international levels:

...

vi. to pay particular attention to the phenomenon of the discrimination against Roma, especially in the fields of education and employment;

...”

C. The European Commission against Racism and Intolerance (ECRI)

1. ECRI General Policy Recommendation No. 3: Combating racism and intolerance against Roma/Gypsies (adopted by ECRI on 6 March 1998)

59. The relevant sections of this Recommendation state:

“The European Commission against Racism and Intolerance:

...

Recalling that combating racism, xenophobia, antisemitism and intolerance forms an integral part of the protection and promotion of human rights, that these rights are universal and indivisible, and that all human beings, without any distinction whatsoever, are entitled to these rights;

Stressing that combating racism, xenophobia, antisemitism and intolerance is above all a matter of protecting the rights of vulnerable members of society;

Convinced that in any action to combat racism and discrimination, emphasis should be placed on the victim and the improvement of his or her situation;

Noting that Roma/Gypsies suffer throughout Europe from persisting prejudices, are victims of a racism which is deeply-rooted in society, are the target of sometimes violent demonstrations of racism and intolerance and that their fundamental rights are regularly violated or threatened;

Noting also that the persisting prejudices against Roma/Gypsies lead to discrimination against them in many fields of social and economic life, and that such discrimination is a major factor in the process of social exclusion affecting many Roma/Gypsies;

Convinced that the promotion of the principle of tolerance is a guarantee of the preservation of open and pluralistic societies allowing for a peaceful coexistence;

recommends the following to Governments of member States:

...

– to ensure that discrimination as such, as well as discriminatory practices, are combated through adequate legislation and to introduce into civil law specific provisions to this end, particularly in the fields of employment, housing and education;

...

– to vigorously combat all forms of school segregation towards Roma/Gypsy children and to ensure the effective enjoyment of equal access to education;
 ...”

2. *ECRI General Policy Recommendation No. 7 on national legislation to combat racism and racial discrimination (adopted by ECRI on 13 December 2002)*

60. The following definitions are used for the purposes of this Recommendation:

“(a) ‘racism’ shall mean the belief that a ground such as race, colour, language, religion, nationality or national or ethnic origin justifies contempt for a person or a group of persons, or the notion of superiority of a person or a group of persons.

(b) ‘direct racial discrimination’ shall mean any differential treatment based on a ground such as race, colour, language, religion, nationality or national or ethnic origin, which has no objective and reasonable justification. Differential treatment has no objective and reasonable justification if it does not pursue a legitimate aim or if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised.

(c) ‘indirect racial discrimination’ shall mean cases where an apparently neutral factor such as a provision, criterion or practice cannot be as easily complied with by, or disadvantages ... persons belonging to a group designated by a ground such as race, colour, language, religion, nationality or national or ethnic origin, unless this factor has an objective and reasonable justification. This latter would be the case if it pursues a legitimate aim and if there is a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised.”

61. In the explanatory memorandum to this Recommendation, it is noted (point 8) that the definitions of direct and indirect racial discrimination contained in paragraph 1 (b) and (c) of the Recommendation draw inspiration from those contained in Council Directive 2000/43/EC implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin and in Council Directive 2000/78/EC establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, and on the case-law of the European Court of Human Rights.

3. *The report on the Czech Republic published in September 1997*

62. In the section of the report dealing with the policy aspects of education and training, ECRI stated that public opinion appeared sometimes to be rather negative towards certain groups, especially the Roma/Gypsy community, and suggested that further measures should be taken to raise public awareness of the issues of racism and intolerance and to improve tolerance towards all groups in society. It added that special

measures should be taken as regards the education and training of the members of minority groups, particularly members of the Roma/Gypsy community.

4. The report on the Czech Republic published in March 2000

63. In this report, ECRI stated that the disadvantages and effective discrimination faced by members of the Roma/Gypsy community in the field of education were of particularly serious concern. It was noted that Roma/Gypsy children were vastly over-represented in special schools and that their channelling to special schools was reported to be often quasi-automatic. Roma/Gypsy parents often favoured this solution, partly to avoid abuse from non-Roma/Gypsy children in ordinary schools and isolation of the child from other neighbourhood Roma/Gypsy children, and partly owing to a relatively low level of interest in education. Most Roma/Gypsy children were consequently relegated to educational facilities designed for other purposes, offering little opportunity for skills training or educational preparation and therefore very limited opportunity for further study or employment. Participation of members of the Roma/Gypsy community in education beyond the primary school level was extremely rare.

64. ECRI therefore considered that the practice of channelling Roma/Gypsy children into special schools for those with mental retardation should be fully examined to ensure that any testing used was fair and that the true abilities of each child were properly evaluated. ECRI also considered that it was fundamental that Roma/Gypsy parents should be made aware of the need for their children to receive a normal education. In general, ECRI considered that there was a need for closer involvement of members of the Roma/Gypsy community in matters concerning education. As a start, the authorities needed to ensure that Roma/Gypsy parents were kept fully informed of measures taken and were encouraged to participate in educational decisions affecting their children.

5. The report on the Czech Republic published in June 2004

65. With regard to the access of Roma children to education, ECRI said in this report that it was concerned that Roma children continued to be sent to special schools which, besides perpetuating their segregation from mainstream society, severely disadvantaged them for the rest of their lives. The standardised test developed by the Czech Ministry of Education for assessing a child's mental level was not mandatory and was only one of a battery of tools and methods recommended to the psychological counselling centres. As to the other element required in order to send a child to a special school – the consent of the child's legal guardian – ECRI observed that parents making such decisions continued

to lack information concerning the long-term negative consequences of sending their children to such schools, which were often presented to parents as an opportunity for their children to receive specialised help and be with other Roma children. ECRI also said that it had received reports of Roma parents being turned away from ordinary schools.

ECRI also noted that the Schools Act had come into force in January 2000 and provided the opportunity for pupils from special schools to apply for admission to secondary schools. According to various sources, that remained largely a theoretical possibility as special schools did not provide children with the knowledge required to follow the secondary-school curriculum. There were no measures in place to provide additional education to pupils who had gone through the special-school system to bring them to a level where they would be adequately prepared for ordinary secondary schools.

ECRI had received very positive feedback concerning the success of ‘zero-grade courses’ (preparatory classes) at pre-school level in increasing the number of Roma children who attended ordinary schools. It expressed its concern, however, over a new trend to maintain the system of segregated education in a new form – this involved special classes in mainstream schools. In that connection, a number of concerned actors were worried that the proposed new Schools Act created the possibility for even further separation of Roma through the introduction of a new category of special programmes for the “socially disadvantaged”.

Lastly, ECRI noted that, despite initiatives taken by the Ministry of Education (classroom assistants, training programmes for teachers, revision of the primary-school curriculum), the problem of low levels of Roma participation in secondary and higher education that had been described by ECRI in its second report persisted.

D. Framework Convention for the Protection of National Minorities

1. The report submitted by the Czech Republic on 1 April 1999 pursuant to Article 25 § 1 of the Framework Convention for the Protection of National Minorities

66. The report stated that the government had adopted measures in the education sphere that were focused on providing suitable conditions especially for children from socially and culturally disadvantaged environments, in particular the Roma community, by opening preparatory classes in elementary and special schools. It was noted that “Romany children with average or above-average intellect are often placed in such schools on the basis of results of psychological tests (this

happens always with the consent of the parents). These tests are conceived for the majority population and do not take Romany specifics into consideration. Work is being done on restructuring these tests". In some special schools Roma pupils made up between 80% and 90% of the total number of pupils.

2. The report submitted by the Czech Republic on 2 July 2004

67. The Czech Republic accepted that the Roma were particularly exposed to discrimination and social exclusion and said that it was preparing to introduce comprehensive anti-discrimination tools associated with the implementation of the Council Directive implementing the principle of equal treatment. New legislation was due to be enacted in 2004 (the Act, Law no. 561/2004, was passed on 24 September 2004 and came into force on 1 January 2005).

In the field of Roma education, the report said that the State had taken various measures of affirmative action in order to radically change the present situation of Roma children. The government regarded the practice of referring large numbers of Roma children to special schools as untenable. The need for affirmative action was due not only to the socio-cultural handicap of Roma children, but also to the nature of the whole education system and its inability to sufficiently reflect cultural differences. The proposed new Schools Act would bring changes to the special-education system by transforming "special schools" into "special primary schools", thus providing the children targeted assistance in overcoming their socio-cultural handicap. These included preparatory classes, individual study programmes for children in special schools, measures concerning pre-school education, an expanded role for assistants from the Roma community and specialised teacher-training programmes. As one of the main problems encountered by Roma pupils was their poor command of the Czech language, the Ministry of Education considered that the best solution (and the only realistic one) would be to provide preparatory classes at the pre-school stage for children from disadvantaged socio-cultural backgrounds.

The report also cited a number of projects and programmes that had been implemented nationally in this sphere (Support for Roma integration, Programme for Roma integration/Multicultural education reform, and Reintegrating Roma special-school pupils in primary schools).

3. Opinion on the Czech Republic of the Advisory Committee on the Framework Convention for the Protection of National Minorities, published on 25 January 2002

68. The Advisory Committee noted that, while the special schools were designed for mentally handicapped children, it appeared that many Roma

children who were not mentally handicapped were placed in these schools due to real or perceived language and cultural differences between Roma and the majority. It considered that this practice was not compatible with the Framework Convention and stressed that placing children in such schools should take place only when absolutely necessary and always on the basis of consistent, objective and comprehensive tests.

69. The special schools had led to a high level of separation of Roma pupils from others and to a low level of educational skills in the Roma community. This was recognised by the Czech authorities. Both governmental and civil society actors agreed on the need for a major reform. There was however disagreement about the precise nature of the reform to be carried out, the amount of resources to be made available and the speed with which reforms were to be implemented. The Advisory Committee was of the opinion that the Czech authorities ought to develop the reform, in consultation with the persons concerned, so as to ensure equal opportunities for access to schools for Roma children and equal rights to an ordinary education, in accordance with the principles set out in Committee of Ministers Recommendation No. R (2000) 4 on the education of Roma/Gypsy children in Europe.

70. The Advisory Committee noted with approval the initiatives that had been taken to establish so-called zero classes, allowing the preparation of Roma children for basic school education, *inter alia*, by improving their Czech language skills, and encouraged the authorities to make these facilities more broadly available. It also considered the creation of posts of Roma pedagogical advisers in schools, a civil society initiative, to be a most positive step. The Advisory Committee encouraged the State authorities in their efforts to ensure the increase and development of such posts. A further crucial objective was to ensure a much higher number of Roma children had access to and successfully completed secondary education.

4. The Advisory Committee's opinion on the Czech Republic, published on 26 October 2005

71. In this opinion, the Advisory Committee noted that the authorities were genuinely committed to improving the educational situation of Roma children, and were trying, in various ways, to realise this aim in practice. In that connection, it noted that it was too early to determine whether the revised educational system introduced by the new Schools Act (Law no. 561/2004) would substantially change the existing situation of over-representation of Roma children in special schools or special classes.

72. The Advisory Committee noted that the authorities were paying special attention to the unjustified placement of Roma children in special

schools. Tests and methods used to assess children's intellectual abilities upon school enrolment had already been revised with a view to ensuring that they were not misused to the detriment of Roma children. Special educational programmes had been launched to help Roma children overcome their problems. These included waiving fees for the last year of pre-school education, relaxing the rules on minimum class sizes, more individualised education, appointing educational assistants (mostly Roma), as well as producing methodological handbooks and guidelines for teachers working with Roma children. Preparatory pre-school classes had also been organised for Roma children, and had worked well, although on a fairly limited scale. To accommodate all the children concerned, these measures needed to be applied more widely. The Advisory Committee also took note of the special support programme for Roma access to secondary and higher education, and of the efforts that had been made to build up a network of qualified Roma teachers and educational assistants.

73. The Advisory Committee noted, however, that although constant monitoring and evaluation of the school situation of Roma children was one of the government's priorities the relevant report submitted by the Czech Republic said little about the extent to which they were currently integrated in schools, or the effectiveness and impact of the many measures that had been taken for them. It noted with concern that the measures had produced few improvements and that local authorities did not systematically implement the government's school support scheme and did not always have the determination needed to act effectively in this field.

74. The Advisory Committee noted with concern that, according to non-governmental sources, a considerable number of Roma children were still being placed in special schools at a very early age, and that revision of the psychological tests used in this context had not had a marked impact. According to unofficial estimates, Roma accounted for up to 70% of pupils in these schools, and this – having regard to the percentage of Roma in the population – raised doubts concerning the tests' validity and the methodology followed. This situation was made all the more disturbing by the fact that it also made it more difficult for Roma children to gain access to other levels of education, thus reducing their chances of integrating in society. Although legislation no longer prevented children from advancing from special to ordinary secondary schools, the level of education offered by special schools generally did not make it possible to cope with the requirements of secondary schools, with the result that most dropped out of the system. Although estimates of the number of Roma children who remained outside the school system varied, those who did attend school rarely advanced beyond primary school.

75. In addition, the Advisory Committee noted that, in spite of the awareness-raising initiatives taken by the Ministry of Education, many of the Roma children who attended ordinary schools were isolated by other children and by teaching staff, or even placed in separate classes. At the same time, it was recognised that in some schools Roma children were the largest pupil group simply because the schools concerned were located near the places where Roma resided compactly. According to other sources, material conditions in some of the schools they attended were precarious and the teaching they received was still, in most cases, insufficiently adapted to their situation. It was important to ensure that these schools, too, provided quality education.

76. According to the Advisory Committee priority had to go to placing Roma children in ordinary schools, supporting and promoting preparatory classes and also to educational assistants. Recruiting Roma teaching staff and making all education staff aware of the specific situation of Roma children also needed to receive increased attention. An active involvement on the part of the parents, in particular with regard to the implementation of the new Schools Act, also needed to be promoted as a condition *sine qua non* for the overall improvement of the educational situation of the Roma. Lastly, more determined action was needed to combat isolation of Roma children in both ordinary and special schools. A clearer approach, coupled with instructions and immediate action on all levels, was needed to put an end to unjustified placement of these children in special schools designed for children with mental disabilities. Effective monitoring measures, particularly designed to eliminate undue placement of children in such schools, had to be one of the authorities' constant priorities.

E. Commissioner for Human Rights

Final Report by Mr Alvaro Gil-Robles on the Human Rights Situation of the Roma, Sinti and Travellers in Europe (dated 15 February 2006)

77. In the third section of the report, which concerns discrimination in education, the Commissioner for Human Rights noted that the fact that a significant number of Roma children did not have access to education of a similar standard enjoyed by other children was in part a result of discriminatory practices and prejudices. In that connection, he noted that segregation in education was a common feature in many Council of Europe member States. In some countries there were segregated schools in segregated settlements, in others special classes for Roma children in ordinary schools or a clear over-representation of Roma children in classes for children with special needs. Roma children were frequently placed in

classes for children with special needs without an adequate psychological or pedagogical assessment, the real criteria clearly being their ethnic origin. Being subjected to special schools or classes often meant that these children followed a curriculum inferior to those of mainstream classes, which diminished their opportunities for further education and for finding employment in the future. The automatic placement of Roma children in classes for children with special needs was likely to increase the stigma by labelling the Roma children as less intelligent and less capable. At the same time, segregated education denied both the Roma and non-Roma children the chance to know each other and to learn to live as equal citizens. It excluded Roma children from mainstream society at the very beginning of their lives, increasing the risk of their being caught in the vicious circle of marginalisation.

78. The Commissioner was told that in the Czech Republic the young members of the Roma/Gypsy community were drastically over-represented in “special” schools and classes for children with a slight mental disability. At the same time he noted that the authorities had introduced Roma assistant teachers in ordinary classes and set up preliminary classes and that these initiatives had had promising results, though only on a small scale due to the lack of adequate resources. In particular, preparatory classes for socially disadvantaged children had been central in efforts to overcome excessive attendance of Roma children in special schools. The Czech authorities deemed that preparatory schools attached to nursery schools had been particularly successful in easing the integration of Roma children in ordinary schools. In 2004 the Czech Republic also had 332 teaching assistants who attended to the special needs of Roma pupils.

79. It was also noted that special classes or special curricula for the Roma had been introduced with good intentions, for the purposes of overcoming language barriers or remedying the lack of pre-school attendance of Roma children. Evidently, it was necessary to respond to such challenges, but segregation or systematic placement of Roma children in classes which followed a simplified or a special Romany-language curriculum while isolating them from other pupils was clearly a distorted response. Instead of segregation, significant emphasis had to be placed on measures such as pre-school and in-school educational and linguistic support as well as the provision of school assistants to work alongside teachers. In certain communities, it was crucial to raise the awareness of Roma parents, who themselves might not have had the possibility to attend school, of the necessity and benefits of adequate education for their children.

80. In conclusion, the Commissioner made a number of recommendations related to education. Where segregated education still existed in one form or another, it had to be replaced by ordinary

integrated education and, where appropriate, banned through legislation. Adequate resources had to be made available for the provision of pre-school education, language training and school-assistant training in order to ensure the success of desegregation efforts. Adequate assessment had to be made before children were placed in special classes, in order to ensure that the sole criterion in the placement was the objective needs of the child, not his or her ethnicity.

IV. RELEVANT COMMUNITY LAW AND PRACTICE

81. The principle prohibiting discrimination or requiring equality of treatment is well established in a large body of Community law instruments based on Article 13 of the Treaty establishing the European Community. This provision enables the Council, through a unanimous decision following a proposal/recommendation by the Commission and consultation of the European Parliament, to take the measures necessary to combat discrimination based on sex, race or ethnic origin, religion or belief, disability, age or sexual orientation.

82. Thus, Article 2 § 2 of Council Directive 97/80/EC of 15 December 1997 on the burden of proof in cases of discrimination based on sex provides that “indirect discrimination shall exist where an apparently neutral provision, criterion or practice disadvantages a substantially higher proportion of the members of one sex unless that provision, criterion or practice is appropriate and necessary and can be justified by objective factors unrelated to sex”. Article 4 § 1, which concerns the burden of proof, reads: “Member States shall take such measures as are necessary, in accordance with their national judicial systems, to ensure that, when persons who consider themselves wronged because the principle of equal treatment has not been applied to them establish, before a court or other competent authority, facts from which it may be presumed that there has been direct or indirect discrimination, it shall be for the respondent to prove that there has been no breach of the principle of equal treatment.”

83. Similarly, the aim of Council Directives 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin and 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation is to prohibit in their respective spheres all direct or indirect discrimination based on race, ethnic origin, religion or belief, disability, age or sexual orientation. The preambles to these Directives state as follows: “The appreciation of the facts from which it may be inferred that there has been direct or indirect discrimination is a matter for national judicial or other competent bodies, in accordance with

rules of national law or practice. Such rules may provide in particular for indirect discrimination to be established by any means including on the basis of statistical evidence” and “The rules on the burden of proof must be adapted when there is a prima facie case of discrimination and, for the principle of equal treatment to be applied effectively, the burden of proof must shift back to the respondent when evidence of such discrimination is brought.”

84. In particular, Directive 2000/43/EC provides as follows:

Article 2
Concept of discrimination

“1. For the purposes of this Directive, the principle of equal treatment shall mean that there shall be no direct or indirect discrimination based on racial or ethnic origin.

2. For the purposes of paragraph 1:

(a) direct discrimination shall be taken to occur where one person is treated less favourably than another is, has been or would be treated in a comparable situation on grounds of racial or ethnic origin;

(b) indirect discrimination shall be taken to occur where an apparently neutral provision, criterion or practice would put persons of a racial or ethnic origin at a particular disadvantage compared with other persons, unless that provision, criterion or practice is objectively justified by a legitimate aim and the means of achieving that aim are appropriate and necessary.

...”

Article 8
Burden of proof

“1. Member States shall take such measures as are necessary, in accordance with their national judicial systems, to ensure that, when persons who consider themselves wronged because the principle of equal treatment has not been applied to them establish, before a court or other competent authority, facts from which it may be presumed that there has been direct or indirect discrimination, it shall be for the respondent to prove that there has been no breach of the principle of equal treatment.

2. Paragraph 1 shall not prevent Member States from introducing rules of evidence which are more favourable to plaintiffs.

3. Paragraph 1 shall not apply to criminal procedures.

...”

5. Member States need not apply paragraph 1 to proceedings in which it is for the court or competent body to investigate the facts of the case.”

85. Under the case-law of the Court of Justice of the European Communities (CJEC), discrimination, which entails the application of different rules to comparable situations or the application of the same rule to different situations, may be overt or covert and direct or indirect.

86. In its *Giovanni Maria Sotgiu v. Deutsche Bundespost* judgment of 12 February 1974 (Case 152-73, point 11), the CJEC stated:

“The rules regarding equality of treatment ... forbid not only overt discrimination by reason of nationality but also all covert forms of discrimination which, by the application of other criteria of differentiation, lead in fact to the same result.

...”

87. In its *Bilka-Kaufhaus GmbH v. Karin Weber von Hartz* judgment of 13 May 1986 (Case 170/84, point 31), it stated:

“... Article 119 of the EEC Treaty is infringed by a department store company which excludes part-time employees from its occupational pension scheme, where that exclusion affects a far greater number of women than men, unless the undertaking shows that the exclusion is based on objectively justified factors unrelated to any discrimination on grounds of sex.”

88. In *Regina v. Secretary of State for Employment, ex parte Nicole Seymour-Smith and Laura Perez* (judgment of 9 February 1999, Case C-167/97, points 51, 57, 62, 65 and 77), the CJEC observed:

“... the national court seeks to ascertain the legal test for establishing whether a measure adopted by a Member State has disparate effect as between men and women to such a degree as to amount to indirect discrimination. ...

...

... the Commission proposes a ‘statistically significant’ test, whereby statistics must form an adequate basis of comparison and the national court must ensure that they are not distorted by factors specific to the case. The existence of statistically significant evidence is enough to establish disproportionate impact and pass the onus to the author of the allegedly discriminatory measure.

...

It is also for the national court to assess whether the statistics concerning the situation ... are valid and can be taken into account, that is to say, whether they cover enough individuals, whether they illustrate purely fortuitous or short-term phenomena, and whether, in general, they appear to be significant (see Case C-127/92 *Enderby* [1993] ECR I-5535, paragraph 17). ...

...

Accordingly, ... in order to establish whether a measure adopted by a Member State has disparate effect as between men and women to such a degree as to amount to indirect discrimination for the purposes of Article 119 of the Treaty, the national court must verify whether the statistics available indicate that a considerably smaller percentage of women than men is able to fulfil the requirement imposed by that measure. If that is the case, there is indirect sex discrimination, unless that measure is justified by objective factors unrelated to any discrimination based on sex.

...

... if a considerably smaller percentage of women than men is capable of fulfilling the requirement ... imposed by the disputed rule, it is for the Member State, as the author of the allegedly discriminatory rule, to show that the said rule reflects a legitimate aim of

its social policy, that that aim is unrelated to any discrimination based on sex, and that it could reasonably consider that the means chosen were suitable for attaining that aim.”

89. In its judgment of 23 October 2003 in *Hilde Schönheit v. Stadt Frankfurt am Main* (Case C-4/02) and *Silvia Becker v. Land Hessen* (Case C-5/02), the CJEC noted at points 67-69 and 71:

“... it must be borne in mind that Article 119 of the Treaty and Article 141(1) and (2) EC set out the principle that men and women should receive equal pay for equal work. That principle precludes not only the application of provisions leading to direct sex discrimination, but also the application of provisions which maintain different treatment between men and women at work as a result of the application of criteria not based on sex where those differences of treatment are not attributable to objective factors unrelated to sex discrimination ...

It is common ground that the provisions of the BeamtVG at issue do not entail discrimination directly based on sex. It is therefore necessary to ascertain whether they can amount to indirect discrimination ...

To establish whether there is indirect discrimination, it is necessary to ascertain whether the provisions at issue have a more unfavourable impact on women than on men ...

...

Therefore it is necessary to determine whether the statistics available indicate that a considerably higher percentage of women than men is affected by the provisions of the BeamtVG entailing a reduction in the pensions of civil servants who have worked part-time for at least a part of their career. Such a situation would be evidence of apparent discrimination on grounds of sex unless the provisions at issue were justified by objective factors unrelated to any discrimination based on sex.”

90. In *Debra Allonby v. Accrington & Rossendale College, Education Lecturing Services ... and Secretary of State for Education and Employment* (judgment of 13 January 2004, Case C-256/01), it stated (point 81):

“... it must be held that a woman may rely on statistics to show that a clause in State legislation is contrary to Article 141(1) EC because it discriminates against female workers. ...”

91. Lastly, in *Commission of the European Communities v. Republic of Austria* (judgment of 7 July 2005, Case C-147/03), the CJEC observed (points 41 and 46-48):

“According to settled case-law, the principle of equal treatment prohibits not only overt discrimination based on nationality but also all covert forms of discrimination which, by applying other distinguishing criteria, lead in fact to the same result (see, in particular, Case 152/73 *Sotgiu* [1974] ECR 153, paragraph 11; Case C-65/03 *Commission v. Belgium*, cited above, paragraph 28; and Case C-209/03 *Bidar* [2005] ECR [I-02119], paragraph 51).

...

... the legislation in question places holders of secondary education diplomas awarded in a Member State other than the Republic of Austria at a disadvantage, since they

cannot gain access to Austrian higher education under the same conditions as holders of the equivalent Austrian diploma.

Thus, although paragraph ... applies without distinction to all students, it is liable to have a greater effect on nationals of other Member States than on Austrian nationals, and therefore the difference in treatment introduced by that provision results in indirect discrimination.

Consequently, the differential treatment in question could be justified only if it were based on objective considerations independent of the nationality of the persons concerned and were proportionate to the legitimate aim of the national provisions (Case C-274/96 *Bickel and Franz* [1998] ECR I-7637, paragraph 27, and *D'Hoop*, cited above, paragraph 36)."

V. RELEVANT UNITED NATIONS MATERIALS

A. International Covenant on Civil and Political Rights

92. Article 26 of the Covenant provides:

"All persons are equal before the law and are entitled without any discrimination to the equal protection of the law. In this respect, the law shall prohibit any discrimination and guarantee to all persons equal and effective protection against discrimination on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status."

B. United Nations Human Rights Committee

93. In points 7 and 12 of its General Comment No. 18 of 10 November 1989 on non-discrimination, the Committee expressed the following opinion:

"... the Committee believes that the term 'discrimination' as used in the Covenant should be understood to imply any distinction, exclusion, restriction or preference which is based on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status, and which has the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise by all persons, on an equal footing, of all rights and freedoms.

...

... when legislation is adopted by a State party, it must comply with the requirement of Article 26 that its content should not be discriminatory ..."

94. In point 11.7 of its Views dated 31 July 1995 on Communication no. 516/1992 concerning the Czech Republic, the Committee noted:

"... The Committee is of the view, however, that the intent of the legislature is not alone dispositive in determining a breach of Article 26 of the Covenant. A politically motivated differentiation is unlikely to be compatible with Article 26. But an act which is not politically motivated may still contravene Article 26 if its effects are discriminatory."

C. International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination

95. Article 1 of this Convention provides:

“... the term ‘racial discrimination’ shall mean any distinction, exclusion, restriction or preference based on race, colour, descent, or national or ethnic origin which has the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise, on an equal footing, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural or any other field of public life.

...”

D. Committee on the Elimination of Racial Discrimination

96. In its General Recommendation No. 14 of 22 March 1993 on the definition of discrimination, the Committee noted, *inter alia*:

“1. ... A distinction is contrary to the Convention if it has either the purpose or the effect of impairing particular rights and freedoms. This is confirmed by the obligation placed upon States Parties by Article 2, paragraph 1 (c), to nullify any law or practice which has the effect of creating or perpetuating racial discrimination.

2. ... In seeking to determine whether an action has an effect contrary to the Convention, [the Committee] will look to see whether that action has an unjustifiable disparate impact upon a group distinguished by race, colour, descent, or national or ethnic origin.

...”

97. In its General Recommendation No. 19 of 18 August 1995 on racial segregation and apartheid, the Committee observed:

“3. ... while conditions of complete or partial racial segregation may in some countries have been created by governmental policies, a condition of partial segregation may also arise as an unintended by-product of the actions of private persons. In many cities residential patterns are influenced by group differences in income, which are sometimes combined with differences of race, colour, descent and national or ethnic origin, so that inhabitants can be stigmatized and individuals suffer a form of discrimination in which racial grounds are mixed with other grounds.

4. The Committee therefore affirms that a condition of racial segregation can also arise without any initiative or direct involvement by the public authorities. ...”

98. In its General Recommendation No. 27 of 16 August 2000 on discrimination against Roma, the Committee made, *inter alia*, the following recommendation in the education sphere:

“17. To support the inclusion in the school system of all children of Roma origin and to act to reduce drop-out rates, in particular among Roma girls, and, for these purposes, to cooperate actively with Roma parents, associations and local communities.

18. To prevent and avoid as much as possible the segregation of Roma students, while keeping open the possibility for bilingual or mother-tongue tuition; to this end, to endeavour to raise the quality of education in all schools and the level of

achievement in schools by the minority community, to recruit school personnel from among members of Roma communities and to promote intercultural education.

19. To consider adopting measures in favour of Roma children, in cooperation with their parents, in the field of education.”

99. In its concluding observations of 30 March 1998 following its examination of the report submitted by the Czech Republic, the Committee noted, *inter alia*:

“13. The marginalization of the Roma community in the field of education is noted with concern. Evidence that a disproportionately large number of Roma children are placed in special schools, leading to *de facto* racial segregation, and that they also have a considerably lower level of participation in secondary and higher education, raises doubts about whether Article 5 of the Convention is being fully implemented.”

E. Convention on the Rights of the Child

100. Articles 28 and 30 of this Convention provide:

Article 28

“1. States Parties recognize the right of the child to education, and with a view to achieving this right progressively and on the basis of equal opportunity, they shall, in particular:

- (a) Make primary education compulsory and available free to all;
- (b) Encourage the development of different forms of secondary education, including general and vocational education, make them available and accessible to every child, and take appropriate measures such as the introduction of free education and offering financial assistance in case of need;
- (c) Make higher education accessible to all on the basis of capacity by every appropriate means;
- (d) Make educational and vocational information and guidance available and accessible to all children;
- (e) Take measures to encourage regular attendance at schools and the reduction of drop-out rates.

2. States Parties shall take all appropriate measures to ensure that school discipline is administered in a manner consistent with the child’s human dignity and in conformity with the present Convention.

3. States Parties shall promote and encourage international cooperation in matters relating to education, in particular with a view to contributing to the elimination of ignorance and illiteracy throughout the world and facilitating access to scientific and technical knowledge and modern teaching methods. In this regard, particular account shall be taken of the needs of developing countries.”

Article 30

“In those States in which ethnic, religious or linguistic minorities or persons of indigenous origin exist, a child belonging to such a minority or who is indigenous shall

not be denied the right, in community with other members of his or her group, to enjoy his or her own culture, to profess and practise his or her own religion, or to use his or her own language.”

F. Unesco

101. Articles 1 to 3 of the Convention against Discrimination in Education of 14 December 1960 provide:

Article 1

“1. For the purposes of this Convention, the term ‘discrimination’ includes any distinction, exclusion, limitation or preference which, being based on race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, economic condition or birth, has the purpose or effect of nullifying or impairing equality of treatment in education and in particular:

- (a) Of depriving any person or group of persons of access to education of any type or at any level;
- (b) Of limiting any person or group of persons to education of an inferior standard;
- (c) Subject to the provisions of Article 2 of this Convention, of establishing or maintaining separate educational systems or institutions for persons or groups of persons; or
- (d) Of inflicting on any person or group of persons conditions which are incompatible with the dignity of man.

...”

Article 2

“When permitted in a State, the following situations shall not be deemed to constitute discrimination, within the meaning of Article [1] of this Convention:

- (a) The establishment or maintenance of separate educational systems or institutions for pupils of the two sexes, if these systems or institutions offer equivalent access to education, provide a teaching staff with qualifications of the same standard as well as school premises and equipment of the same quality, and afford the opportunity to take the same or equivalent courses of study;
- (b) The establishment or maintenance, for religious or linguistic reasons, of separate educational systems or institutions offering an education which is in keeping with the wishes of the pupil’s parents or legal guardians, if participation in such systems or attendance at such institutions is optional and if the education provided conforms to such standards as may be laid down or approved by the competent authorities, in particular for education of the same level;
- (c) The establishment or maintenance of private educational institutions, if the object of the institutions is not to secure the exclusion of any group but to provide educational facilities in addition to those provided by the public authorities, if the institutions are conducted in accordance with that object, and if the education provided conforms with such standards as may be laid down or approved by the competent authorities, in particular for education of the same level.”

Article 3

“In order to eliminate and prevent discrimination within the meaning of this Convention, the States Parties thereto undertake:

- (a) To abrogate any statutory provisions and any administrative instructions and to discontinue any administrative practices which involve discrimination in education;
- (b) To ensure, by legislation where necessary, that there is no discrimination in the admission of pupils to educational institutions;

...”

102. The Declaration on Race and Racial Prejudice adopted by the Unesco General Conference on 27 November 1978 proclaims as follows:

Article 1

“1. All human beings belong to a single species and are descended from a common stock. They are born equal in dignity and rights and all form an integral part of humanity.

2. All individuals and groups have the right to be different, to consider themselves as different and to be regarded as such. However, the diversity of life styles and the right to be different may not, in any circumstances, serve as a pretext for racial prejudice; they may not justify either in law or in fact any discriminatory practice whatsoever, nor provide a ground for the policy of apartheid, which is the extreme form of racism.

...”

Article 2

“...

2. Racism includes racist ideologies, prejudiced attitudes, discriminatory behaviour, structural arrangements and institutionalized practices resulting in racial inequality as well as the fallacious notion that discriminatory relations between groups are morally and scientifically justifiable; it is reflected in discriminatory provisions in legislation or regulations and discriminatory practices as well as in anti-social beliefs and acts; it hinders the development of its victims, perverts those who practise it, divides nations internally, impedes international cooperation and gives rise to political tensions between peoples; it is contrary to the fundamental principles of international law and, consequently, seriously disturbs international peace and security.

3. Racial prejudice, historically linked with inequalities in power, reinforced by economic and social differences between individuals and groups, and still seeking today to justify such inequalities, is totally without justification.”

Article 3

“Any distinction, exclusion, restriction or preference based on race, colour, ethnic or national origin or religious intolerance motivated by racist considerations, which destroys or compromises the sovereign equality of States and the right of peoples to self-determination, or which limits in an arbitrary or discriminatory manner the right of every human being and group to full development is incompatible with the requirements of an international order which is just and guarantees respect for human

rights; the right to full development implies equal access to the means of personal and collective advancement and fulfilment in a climate of respect for the values of civilizations and cultures, both national and world-wide.”

Article 5

“1. Culture, as a product of all human beings and a common heritage of mankind, and education in its broadest sense, offer men and women increasingly effective means of adaptation, enabling them not only to affirm that they are born equal in dignity and rights, but also to recognize that they should respect the right of all groups to their own cultural identity and the development of their distinctive cultural life within the national and international contexts, it being understood that it rests with each group to decide in complete freedom on the maintenance, and, if appropriate, the adaptation or enrichment of the values which it regards as essential to its identity.

2. States, in accordance with their constitutional principles and procedures, as well as all other competent authorities and the entire teaching profession, have a responsibility to see that the educational resources of all countries are used to combat racism, more especially by ensuring that curricula and textbooks include scientific and ethical considerations concerning human unity and diversity and that no invidious distinctions are made with regard to any people; by training teachers to achieve these ends; by making the resources of the educational system available to all groups of the population without racial restriction or discrimination; and by taking appropriate steps to remedy the handicaps from which certain racial or ethnic groups suffer with regard to their level of education and standard of living and in particular to prevent such handicaps from being passed on to children.

...”

Article 6

“1. The State has prime responsibility for ensuring human rights and fundamental freedoms on an entirely equal footing in dignity and rights for all individuals and all groups.

2. So far as its competence extends and in accordance with its constitutional principles and procedures, the State should take all appropriate steps, *inter alia* by legislation, particularly in the spheres of education, culture and communication, to prevent, prohibit and eradicate racism racist propaganda, racial segregation and apartheid and to encourage the dissemination of knowledge and the findings of appropriate research in natural and social sciences on the causes and prevention of racial prejudice and racist attitudes with due regard to the principles embodied in the Universal Declaration of Human Rights and in the International Covenant on Civil and Political Rights.

3. Since laws proscribing racial discrimination are not in themselves sufficient, it is also incumbent on States to supplement them by administrative machinery for the systematic investigation of instances of racial discrimination, by a comprehensive framework of legal remedies against acts of racial discrimination, by broadly based education and research programmes designed to combat racial prejudice and racial discrimination and by programmes of positive political, social, educational and cultural measures calculated to promote genuine mutual respect among groups. Where circumstances warrant, special programmes should be undertaken to promote the advancement of disadvantaged groups and, in the case of nationals, to ensure their effective participation in the decision-making processes of the community.”

Article 9

“1. The principle of the equality in dignity and rights of all human beings and all peoples, irrespective of race, colour and origin, is a generally accepted and recognized principle of international law. Consequently any form of racial discrimination practised by a State constitutes a violation of international law giving rise to its international responsibility.

2. Special measures must be taken to ensure equality in dignity and rights for individuals and groups wherever necessary, while ensuring that they are not such as to appear racially discriminatory. In this respect, particular attention should be paid to racial or ethnic groups which are socially or economically disadvantaged, so as to afford them, on a completely equal footing and without discrimination or restriction, the protection of the laws and regulations and the advantages of the social measures in force, in particular in regard to housing, employment and health; to respect the authenticity of their culture and values; and to facilitate their social and occupational advancement, especially through education.

...”

VI. OTHER SOURCES

A. European Monitoring Centre on Racism and Xenophobia (now the European Union Agency for Fundamental Rights)

103. The information on education in the Czech Republic available on the website of the European Monitoring Centre includes the following.

“In the Czech Republic, there are no official or non-official data on racism and discrimination in education available.

The most serious problem of the Czech education system is still the segregatory placement of children from socially disadvantaged backgrounds (very often Roma) in special schools. More than half of Roma children study there. Such tendencies of the Czech education system especially at elementary schools were proved by extensive research carried out by the Institute of Sociology of the Academy of Sciences of the Czech Republic. Only a very small percentage of Roma youth enter secondary schools.”

104. The Monitoring Centre’s report entitled “Roma and Travellers in Public Education”, which was published in May 2006 and concerned what at the time were twenty-five member States of the European Union, noted, *inter alia*, that although systematic segregation of Roma children no longer existed as educational policy segregation was practised by schools and educational authorities in a number of different, mostly indirect, ways, sometimes as the unintended effect of policies and practices and sometimes as a result of residential segregation. Schools and educational authorities may, for example, segregate pupils on the basis of a perception of “their different needs” and/or as a response to behavioural issues and learning difficulties. The latter could also lead to

the frequent placement of Roma pupils in special schools for mentally handicapped children, which was still a worrying phenomenon in member States of the European Union like Hungary, Slovakia and the Czech Republic. However, steps were being taken to review testing and placement procedures taking into account the norms and behavioural patterns of the Roma children's social and cultural background.

B. The House of Lords

105. In its decision of 9 December 2004 in the case of *Regina v. Immigration Officer at Prague Airport and another ex parte European Roma Rights Centre and others*, the House of Lords unanimously held that British immigration officers working at Prague Airport had discriminated against Roma wishing to travel from the airport to the United Kingdom as they had on racial grounds treated them less favourably than other people travelling to the same destination.

106. Baroness Hale of Richmond said, *inter alia*:

“73. ... The underlying concept in both race and sex discrimination laws is that individuals of each sex and all races are entitled to be treated equally. Thus it is just as discriminatory to treat men less favourably than women as it is to treat women less favourably than men; and it is just as discriminatory to treat whites less favourably than blacks as it is to treat blacks less favourably than whites. The ingredients of unlawful discrimination are (i) a difference in treatment between one person and another person (real or hypothetical) from a different sex or racial group; (ii) that the treatment is less favourable to one; (iii) that their relevant circumstances are the same or not materially different; and (iv) that the difference in treatment is on sex or racial grounds. However, because people rarely advertise their prejudices and may not even be aware of them, discrimination has normally to be proved by inference rather than direct evidence. Once treatment less favourable than that of a comparable person (ingredients (i), (ii) and (iii)) is shown, the court will look to the alleged discriminator for an explanation. The explanation must, of course, be unrelated to the race or sex of the complainant. If there is no, or no satisfactory explanation, it is legitimate to infer that the less favourable treatment was on racial grounds ...

74. If direct discrimination of this sort is shown, that is that. Save for some very limited exceptions, there is no defence of objective justification. The whole point of the law is to require suppliers to treat each person as an individual, not as a member of a group. The individual should not be assumed to hold the characteristics which the supplier associates with the group, whether or not most members of the group do indeed have such characteristics, a process sometimes referred to as stereotyping. ...

75. The complaint in this case is of direct discrimination against the Roma. Indirect discrimination arises where an employer or supplier treats everyone in the same way, but he applies to them all a requirement or condition which members of one sex or racial group are much less likely to be able to meet than members of another: for example, a test of heavy lifting which men would be much more likely to pass than women. This is only unlawful if the requirement is one which cannot be justified independently of the

sex or race of those involved ... But it is the requirement or condition that may be justified, not the discrimination. This sort of justification should not be confused with the possibility that there may be an objective justification for discriminatory treatment which would otherwise fall foul of Article 14 of the European Convention on Human Rights.

...

90. It is worth remembering that good equal opportunities practice may not come naturally. Many will think it contrary to common sense to approach all applicants with an equally open mind, irrespective of the very good reasons there may be to suspect some of them more than others. But that is what is required by a law which tries to ensure that individuals are not disadvantaged by the general characteristics of the group to which they belong. In 2001, when the operation with which we are concerned began, the race relations legislation had only just been extended to cover the activities of the immigration service. It would scarcely be surprising if officers acting under considerable pressure of time found it difficult to conform in all respects to procedures and expectations which employers have been struggling to get right for more than quarter of a century.

91. It is against this background that such evidence as there is of what happened on the ground at Prague Airport needs to be assessed. The officers did not make any record of the ethnic origin of the people they interviewed. The respondents cannot therefore provide us with figures of how many from each group were interviewed, for how long, and with what result. This, they suggest, makes it clear that the officers were not relying on the Authorisation: if they had been, they would only have had to record their view of the passenger's ethnicity. If correct, that would have been enough to justify refusal of leave. But what it also shows is that no formal steps were being taken to gather the information which might have helped ensure that this high-risk operation was not being conducted in a discriminatory manner. It also means that the only information available is that supplied by the claimants, and in particular the ERRC which was attempting to monitor the operation. The respondents can cast doubt on the reliability of this, but they cannot contradict it or provide more reliable information themselves. ..."

C. The United States Supreme Court

107. The Supreme Court issued its decision in the case of *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 US 424 (1971), in which it established the disparate impact test, after black employees at an electricity generating plant had brought proceedings on the grounds that their employers' practice of requiring them to hold a high school diploma or to pass an aptitude test, even for the least well-paid jobs, was discriminatory. Fewer blacks had managed to obtain the diploma or pass the standardised tests. The Supreme Court stated:

"The [Civil Rights] Act [of 1964] requires the elimination of artificial, arbitrary, and unnecessary barriers to employment that operate invidiously to discriminate on the basis of race, and, if, as here, an employment practice that operates to exclude Negroes cannot be shown to be related to job performance, it is prohibited, notwithstanding the employer's lack of discriminatory intent. ...

The Act does not preclude the use of testing or measuring procedures, but it does proscribe giving them controlling force unless ... they are demonstrably a reasonable measure of job performance ...

The Act proscribes not only overt discrimination but also practices that are fair in form, but discriminatory in operation. The touchstone is business necessity. If an employment practice which operates to exclude Negroes cannot be shown to be related to job performance, the practice is prohibited.

... Congress has placed on the employer the burden of showing that any given requirement must have a manifest relationship to the employment in question.”

THE LAW

I. SCOPE OF THE GRAND CHAMBER’S JURISDICTION

108. In their final observations, which were lodged with the Grand Chamber on 26 September 2006, the applicants repeated their contention that there had been a violation of their rights under Article 3 and Article 6 § 1 of the Convention.

109. Under the Court’s case-law, the “case” referred to the Grand Chamber is the application as it has been declared admissible (see, among other authorities, *Leyla Şahin v. Turkey* [GC], no. 44774/98, § 128, ECHR 2005-XI, and *Üner v. the Netherlands* [GC], no. 46410/99, § 41, ECHR 2006-XII). The Grand Chamber notes that in its partial decision of 1 March 2005 the Chamber declared inadmissible all the applicants’ complaints that did not relate to Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 2 of Protocol No. 1, including those under Articles 3 and 6 § 1 of the Convention. Accordingly, the latter complaints – assuming the applicants still wish to rely on them – are not within the scope of the case before the Grand Chamber.

II. THE GOVERNMENT’S PRELIMINARY OBJECTION

110. The Court notes that in its decision on the admissibility of the application the preliminary objection made by the Government in their observations of 15 March 2004 of a failure to exhaust domestic remedies was joined to the merits of the complaint under Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 2 of Protocol No. 1. In its judgment of 7 February 2006 (§ 31), the Chamber found that the parties’ submissions on the issue of the exhaustion of domestic remedies raised questions that were closely linked to the merits of the case. It agreed with the Czech Constitutional Court that the application raised points of considerable importance and that vital interests were at stake. Accordingly, and in view of its finding that for other reasons pertaining

to the merits there had been no violation, the Chamber did not consider it necessary to examine whether the applicants had satisfied that requirement in the present case.

111. It will be recalled that where a case is referred to it, the Grand Chamber may also examine issues relating to the admissibility of the application, for example where they have been joined to the merits or are otherwise relevant at the merits stage (see *K. and T. v. Finland* [GC], no. 25702/94, § 141, ECHR 2001-VII).

112. In these circumstances, the Grand Chamber considers it necessary to determine whether the applicants have in the instant case satisfied the exhaustion of domestic remedies requirement.

113. The Government argued that the applicants had not used all available means to remedy their position. None of them had exercised their right to appeal against the decisions to place them in special schools. Six had failed to lodge a constitutional appeal. Further, of those applicants who had appealed to the Constitutional Court only five had actually contested the decisions to place them in special schools. No attempt had been made by the applicants to defend their dignity by bringing an action under the Civil Code to protect their personality rights and their parents had not referred the matter to the Schools Inspectorate or the Ministry of Education.

114. The applicants submitted, firstly, that there were no remedies available in the Czech Republic that were effective and adequate to deal with complaints of racial discrimination in the education sphere. More specifically, the right to lodge a constitutional appeal had been rendered ineffective by the reasoning followed by the Constitutional Court in the instant case and its refusal to attach any significance to the general practice that had been referred to by the applicants. In the applicants' submission, no criticism could therefore be made of those applicants who had chosen not to lodge such an appeal. As to why they had not lodged an administrative appeal, the applicants said that their parents had only gained access to the requisite information after the time allowed for lodging such an appeal had expired. Even the Constitutional Court had disregarded that omission. Finally, an action to protect personality rights could not be regarded as a means of challenging enforceable administrative decisions and the Government had not provided any evidence that such a remedy was effective.

Further, even supposing that an effective remedy existed, the applicants submitted that it did not have to be exercised in cases in which an administrative practice, such as the system of special schools in the Czech Republic, made racism possible or encouraged it. They also drew the Court's attention to the racial hatred and numerous acts of violence directed at Roma in the Czech Republic and to the

unsatisfactory nature of the penalties imposed for racist and xenophobic criminal offences.

115. The Court reiterates that the rule of exhaustion of domestic remedies referred to in Article 35 § 1 of the Convention is based on the assumption that the domestic system provides an effective remedy in respect of the alleged breach. It is for the Government claiming non-exhaustion to satisfy the Court that an effective remedy was available in theory and in practice at the relevant time; that is to say, that the remedy was accessible, capable of providing redress in respect of the applicant's complaints and offered reasonable prospects of success (see *V. v. the United Kingdom* [GC], no. 24888/94, § 57, ECHR 1999-IX).

116. The application of the rule of exhaustion of domestic remedies must make due allowance for the fact that it is being applied in the context of machinery for the protection of human rights that the Contracting States have agreed to set up. The Court has accordingly recognised that Article 35 § 1 must be applied with some degree of flexibility and without excessive formalism. It has further recognised that the rule of exhaustion is neither absolute nor capable of being applied automatically; for the purposes of reviewing whether it has been observed, it is essential to have regard to the circumstances of the individual case. This means, in particular, that the Court must take realistic account not only of the existence of formal remedies in the legal system of the Contracting State concerned but also of the general context in which they operate, as well as the personal circumstances of the applicant. It must then examine whether, in all the circumstances of the case, the applicant did everything that could reasonably be expected of him or her to exhaust domestic remedies (see *İlhan v. Turkey* [GC], no. 22277/93, § 59, ECHR 2000-VII).

117. In the present case, the Government complained, firstly, that none of the applicants had sought to appeal against the decision ordering their placement in a special school or brought an action to protect their personality rights.

118. In this connection, the Court, like the applicants, notes that the Czech Constitutional Court decided to disregard that omission (see paragraph 28 above). In these circumstances, it considers that it would be unduly formalistic to require the applicants to exercise a remedy which even the highest court of the country concerned had not obliged them to use.

119. Secondly, the Government stated that of the twelve applicants who had lodged a constitutional appeal, only five had actually contested the decisions to place them in special schools, so enabling the Constitutional Court to hear their cases.

120. The Court notes that by virtue of the fact that the five applicants concerned had brought a constitutional appeal in due form, the

Constitutional Court was given an opportunity to rule on all the complaints which the applicants have now referred to the Court. The Constitutional Court also found that the scope of the appeals went beyond the applicants' own personal interests so that, in that sense, its decision was of more general application.

121. Further, it can be seen from its decision of 20 October 1999 that the Constitutional Court confined itself to verifying the competent authorities' interpretation and application of the relevant statutory provisions without considering their impact, which the applicants argued was discriminatory. As regards the complaint of racial discrimination, it also stated that it was not its role to assess the overall social context.

122. In these circumstances, there is nothing to suggest that the Constitutional Court's decision would have been different had it been called upon to decide the cases of the thirteen applicants who did not lodge a constitutional appeal or challenge the decision of the head teacher of the special school. In the light of these considerations, the Court is not satisfied that, in the special circumstances of the present case, this remedy was apt to afford the applicants redress for their complaints or offered reasonable prospects of success.

123. Consequently, the Government's preliminary objection in this case must be rejected.

III. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 14 OF THE CONVENTION TAKEN IN CONJUNCTION WITH ARTICLE 2 OF PROTOCOL NO. 1

124. The applicants maintained that they had been discriminated against in that because of their race or ethnic origin they had been treated less favourably than other children in a comparable situation without any objective and reasonable justification. They relied in that connection on Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 2 of Protocol No. 1, which provide as follows:

Article 14 of the Convention

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

Article 2 of Protocol No. 1

"No person shall be denied the right to education. In the exercise of any functions which it assumes in relation to education and to teaching, the State shall respect the right of parents to ensure such education and teaching in conformity with their own religious and philosophical convictions."

A. The Chamber judgment

125. The Chamber held that there had been no violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 2 of Protocol No 1. In its view, the Government had succeeded in establishing that the system of special schools in the Czech Republic had not been introduced solely to cater for Roma children and that considerable efforts had been made in those schools to help certain categories of pupils to acquire a basic education. In that connection, it observed that the rules governing children's placement in special schools did not refer to the pupils' ethnic origin, but pursued the legitimate aim of adapting the education system to the needs, aptitudes and disabilities of the children.

126. The Chamber noted in particular that the applicants had not succeeded in refuting the experts' findings that their learning difficulties were such as to prevent them from following the ordinary primary-school curriculum. It was further noted that the applicants' parents had failed to take any action or had even requested their children's placement or continued placement in a special school themselves.

127. The Chamber accepted in its judgment that it was not easy to choose an education system that reconciled the various competing interests and that there did not appear to be an ideal solution. However, while acknowledging that the statistical evidence disclosed worrying figures and that the general situation in the Czech Republic concerning the education of Roma children was by no means perfect, it considered that the concrete evidence before it did not enable it to conclude that the applicants' placement or, in some instances, continued placement in special schools was the result of racial prejudice.

B. The parties' submissions

1. The applicants

128. The applicants submitted that the restrictive interpretation the Chamber had given to the notion of discrimination was incompatible not only with the aim of the Convention but also with the case-law of the Court and of other jurisdictions in Europe and beyond.

129. They firstly asked the Grand Chamber to correct the obscure and contradictory test the Chamber had used for deciding whether there had been discrimination. They noted that, while reaffirming the established principle that if a policy or general measure had disproportionately prejudicial effects on a group of people, the possibility of its being considered discriminatory could not be ruled out even if it was not specifically aimed or directed at that group. The Chamber had nevertheless departed from the Court's previous case-law (see *Thlimmenos*

v. Greece [GC], no. 34369/97, § 44, ECHR 2000-IV; *Hoogendijk v. the Netherlands* (dec.), no. 58641/00, 6 January 2005; and *Nachova and Others v. Bulgaria* [GC], nos. 43577/98 and 43579/98, § 157, ECHR 2005-VII) by erroneously requiring the applicants to prove discriminatory intent on the part of the Czech authorities. In the applicants' submission, such a requirement was unrealistic and illogical as the question whether or not special schools were designed to segregate along ethnic lines was irrelevant since that was indisputably the effect they had in practice. The reality was that well-intentioned actors often engaged in discriminatory practices through ignorance, neglect or inertia.

130. The applicants observed in particular that in explaining why it had refused to shift the burden of proof in *Nachova and Others* (cited above, § 157) the Court had been careful to distinguish between racially-motivated violent crime and non-violent acts of racial discrimination in, for example, employment or the provision of services. In their submission, racial discrimination in access to education fell precisely in the latter category of discriminatory acts which could be proved in the absence of intent. More recently, the Court had ruled in *Zarb Adami v. Malta* (no. 17209/02, §§ 75-76, ECHR 2006-VIII) that a difference in treatment did not need to be set forth in legislative text in order to breach Article 14 and that a "well-established practice" or "*de facto* situation" could also give rise to discrimination. As, in the instant case, the applicants considered that they had indisputably succeeded in establishing the existence of a disproportionate impact, the burden of proof had to shift to the Government to prove that the applicants' ethnic origin had had no bearing on the impugned decisions and that sufficient safeguards against discrimination were in place.

131. In that connection, the applicants noted that in its General Policy Recommendation No. 7, ECRI had invited the States to prohibit both direct discrimination and indirect discrimination, with neither concept requiring proof of discriminatory intent. A clear majority of the member States of the Council of Europe had already expressly prohibited discrimination in sections of their national legislation without requiring proof of such intent and this was reflected in the judicial practice of those States. The applicants referred in this context to, *inter alia*, the decision of the House of Lords in the case of *Regina v. Immigration Officer at Prague Airport and another ex parte European Roma Rights Centre and others* (see paragraph 105 above) and to the jurisprudence of the Court of Justice of the European Communities. Lastly, they noted that indirect discrimination was also prohibited under international law, including the International Covenant on Civil and Political Rights and the Convention on the Elimination of Racial Discrimination.

132. Accordingly, in view of the vital importance of Article 14 protection and the need to make it effective, the applicants considered

that it would be helpful for the Court to clarify the rules it applied in such situations to ensure, *inter alia*, that the principle of non-discrimination was interpreted and applied consistently by the two European courts. For this reason, the applicants asked the Grand Chamber to give a clear ruling that intent was not necessary to prove discrimination under Article 14, except in cases – such as of racially motivated violence – where it was already an element of the underlying offence.

133. In the instant case, the applicants did not claim that the competent authorities had at the relevant time harboured invidiously racist attitudes towards Roma, or that they had intended to discriminate against Roma, or even that they had failed to take positive measures. All the applicants needed to prove – and, in their submission, had proved – was that the authorities had subjected the applicants to differential adverse treatment in comparison with similarly situated non-Roma, without objective and reasonable justification. The question of a common European standard that had been raised by the Government was, in the applicants' view, more of a political issue and the existence or otherwise of such a standard was of no relevance as the principle of equality of treatment was a binding rule of international law.

134. Similarly, the applicants asked the Grand Chamber to provide guidance concerning the kinds of proof, including but not limited to statistical evidence, which might be relevant to a claim of a violation of Article 14. They noted that the Chamber had discounted the overwhelming statistical evidence they had adduced, without checking whether or not it was accurate, despite the fact that it had been corroborated by independent specialised intergovernmental bodies (ECRI, the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, and the Advisory Committee on the Framework Convention for the Protection of National Minorities) and by the government's own admission (see paragraphs 41 and 66 above). According to this data, although Roma represented only 5% of all primary-school pupils at the time the application was lodged, they made up more than 50% of the population of special schools. Whereas fewer than 2% of non-Roma pupils in Ostrava were assigned to special schools, over 50% of Roma children were sent to such schools. Overall, a Roma child was more than twenty-seven times more likely than a similarly situated non-Roma child to be assigned to a special school.

135. In the applicants' view, these figures strongly suggested that, whether through conscious design or reprehensible neglect, race or ethnicity had infected the process of school assignment to a substantial – perhaps determining – extent. The presumption that they, like other Roma children in the city of Ostrava, had been the victims of discrimination on the grounds of ethnic origin had never been rebutted. It was undisputed that as a result of their assignment to special schools

the applicants had received a substantially inferior education as compared with non-Roma children and that this had effectively deprived them of the opportunity to pursue a secondary education other than in a vocational training centre.

136. In this context, they argued that both in Europe and beyond statistical data was often used in cases which, as here, concerned discriminatory effect, as sometimes it was the only means of proving indirect discrimination. Statistical data was accepted as a means of proof of discrimination by the bodies responsible for supervising the United Nations treaties and by the Court of Justice of the European Communities. Council Directive 2000/43/EC expressly provided that indirect discrimination could be established by any means “including on the basis of statistical evidence”.

137. With respect to the Convention institutions, the applicants noted that, in finding racial discrimination in *East African Asians v. the United Kingdom* (nos. 4403/70-4530/70, Commission’s report of 14 December 1973, Decisions and Reports 78-A, p. 5), the Commission took into account the surrounding circumstances including statistical data on the disproportionate effect the legislation had had on British citizens of Asian origin. Recently, the Court had indicated in its decision in *Hoogendijk* (cited above) that, while statistics alone were not sufficient to prove discrimination, they could – particularly where they were undisputed – amount to prima facie evidence requiring the Government to provide an objective explanation of the differential treatment. Further, in its judgment in *Zarb Adami* (cited above), the Court had relied, *inter alia*, on statistical evidence of disproportionate effect.

138. The applicants added that it would be helpful for the Grand Chamber to clarify the Court’s case-law by determining whether there was an objective and reasonable justification for the purposes of Article 14 for the difference in treatment in the present case and specifying the conclusions that should be drawn in the absence of a satisfactory explanation. Referring to, *inter alia*, the judgments in *Timishev v. Russia* (nos. 55762/00 and 55974/00, § 56, ECHR 2005-XII) and *Moldovan and Others v. Romania* (no. 2) (nos. 41138/98 and 64320/01, § 140, 12 July 2005), they stated that where an applicant had established a difference in treatment the onus was on the respondent State to prove that it was justified. In the absence of a racially neutral explanation, it was legitimate to conclude that the difference in treatment was based on racial grounds. In the applicants’ submission, neither an inadequate command of the Czech language, nor poverty nor a different socio-economic status could constitute an objective and reasonable justification in their case. They denied that the disproportionately large number of Roma children in special schools could be explained by the results of intellectual capacity tests or justified by parental consent (see also paragraphs 141-42 below).

139. In view of the importance of the fight against racial and ethnic discrimination that had constantly been reaffirmed by the Strasbourg institutions, the applicants considered that the Grand Chamber should state in clear terms that the States' "margin of appreciation" could not serve to justify segregation in education. The approach adopted by the Chamber, which left an unlimited margin of appreciation to the Czech State, was unjustified in view of the serious allegations of racial and ethnic discrimination in the instant case and was inconsistent with the Court's case-law. The present case warranted all the more the Court's attention in that it concerned one of the most important substantive rights, namely the right to education.

140. The applicants further argued that the Chamber had misinterpreted crucial evidence and drawn inappropriate conclusions on two decisive issues, namely parental consent and the reliability of the psychological tests.

141. There were no uniform rules at the material time governing the manner in which the tests used by the educational psychology centres were administered and the results interpreted, so that much had been left to the discretion of the psychologists and there had been considerable scope for racial prejudice and cultural insensitivity. Further, the tests which they and other Roma children had been forced to sit were scientifically flawed and educationally unsound. The documentary evidence showed that a number of the applicants had been placed in special schools for reasons other than intellectual deficiencies (such as absenteeism, bad behaviour, and even misconduct on the part of the parents). The Czech Government had themselves acknowledged the discriminatory effect of the tests (see paragraph 66 above). They had also admitted in their observations on the present case that one of the applicants had been placed in a special school despite possessing good verbal communication skills.

142. Nor, in the applicants' submission, could the discriminatory treatment to which they had been subjected be justified by their parents' consent to their placement in the special schools. Governments were legally bound to protect the higher interest of the child and in particular the equal right of all children to education. Neither parental conduct nor parental choice could deprive them of that right.

The credibility of the "consent" allegedly given by the parents of several of the applicants had been called into question by inconsistencies in the school records that raised doubts as to whether they had indeed agreed. In any event, even supposing that consent had been given by all the parents, it had no legal value as the parents concerned had never been properly informed of their right to withhold their consent, of alternatives to placement in a special school or of the risks and consequences of such a placement. The procedure was largely formal: the parents were given a pre-completed form and the results of

the psychological tests, results they believed they had no right to contest. As to the alleged right subsequently to request a transfer to an ordinary school, the applicants pointed out that from their very first year at school they had received a substantially inferior education that made it impossible for them subsequently to meet the requirements of the ordinary schools.

Moreover, it was unrealistic to consider the issue of consent without taking into account the history of Roma segregation in education and the absence of adequate information on the choices available to Roma parents. Referring to the view that had been expressed by the Court (see *Håkansson and Sturesson v. Sweden*, 21 February 1990, § 66, Series A no. 171-A) that a waiver may be lawful for certain rights but not for others and that it must not run counter to any important public interest, the applicants submitted that there could be no waiver of the child's right not to be racially discriminated against in education.

143. The instant case raised “a serious issue of general importance”, namely whether European governments were capable of coping with increasing racial and ethnic diversity and of protecting vulnerable minorities. In that connection, the most important issue was that of equality of opportunity in education as discrimination against Roma in that sphere persisted in all the member States of the Council of Europe. Putting an end to discrimination at school would enable Roma to enjoy equality of treatment generally.

144. The racial segregation of Roma children in Czech schools had not materially changed since the date the application was filed. The applicants' own futures and lack of prospects revealed the harm that their discriminatory placement in special schools had caused. Thus, in May 2006 eight of the applicants were continuing their education in a special school while a further six who had completed special school found themselves unemployed. Of the four applicants who had been allowed to attend ordinary primary school after passing the aptitude tests, two were still at school, one was unemployed and the fourth was enrolled in a vocational secondary school. The applicants considered that it was already clear that none of them would receive a general secondary-school education, still less a university education.

145. Finally, the applicants pointed out that a new Schools Act had been passed in late 2004, which had purported to end the special-school system. The new legislation thus acknowledged that the very existence of schools deemed “special” imposed a badge of inferiority on those placed there. In reality, however, the new law had not brought about changes in practice as it had merely altered the criteria on which educational programmes were based. Extensive research carried out by the European Roma Rights Centre in 2005 and 2006 showed that in many cases special schools had simply been renamed “remedial schools” or “practical

schools” without any substantial change in the composition of their teaching staff or the content of their curriculum.

2. *The Government*

146. The Government stated that the case raised complex issues concerning the social problem of the position of Roma in contemporary society. Although the Roma ostensibly enjoyed the same rights as other citizens, in reality their prospects were limited by both objective and subjective factors. There could be no improvement in their situation without the involvement and commitment of all members of the Roma community. When they attempted to eliminate these inequalities, member States were confronted with numerous political, social, economic and technical problems which could not be confined to the question of respect for fundamental rights. It was for this reason that the courts, including the European Court of Human Rights, had to exercise a degree of restraint when examining measures adopted in this field and confine themselves to deciding whether or not the competent authorities had overstepped their margin of appreciation.

147. Referring to their previous written and oral observations, the Government reiterated that race, colour or association with a national minority had not played a determining role in the applicants’ education. There was no specific evidence of any difference in treatment of the applicants on the basis of those grounds. The applicants’ school files showed beyond doubt that their placement in special schools was not based on their ethnic origin, but on the results of psychological tests carried out at the educational psychology centres. Since the applicants had been placed in special schools on account of their specific educational needs resulting essentially from their intellectual capacity and since the criteria, the process by which the criteria were applied and the system of special schools were all racially neutral, as the Chamber had confirmed in its judgment, it was not possible to speak of overt or direct discrimination in the instant case.

148. The Government next turned to the applicants’ argument that the instant case was one of indirect discrimination which, in some instances, could only be established with the aid of statistics. They contended that the case of *Zarb Adami* (cited above), in which the Court had relied extensively on statistical evidence submitted by the parties, was not comparable to the instant case. Firstly, *Zarb Adami* was far less complex. Secondly, the statistical disparities found in that case between the number of men and women called to perform jury service were the result of a decision by the State, whereas the statistics relied on by the applicants in the instant case reflected first and foremost the parents’ wishes for their children to attend special school, not any act or omission

on the part of the State. Had the parents not expressed such a wish (by giving their consent) the children would not have been placed in a special school.

Further, the statistical information that had been submitted in the instant case by the applicants was not sufficiently conclusive as the data had been furnished by the head teachers of the schools and therefore only reflected their subjective opinions. There was no official information on the ethnic origin of the pupils. The Government further considered that the statistics had no informative value without an evaluation of the socio-cultural background of the Roma, their family situation and their attitude towards education. They pointed out in that connection that the Ostrava region had one of the largest Roma populations in the Czech Republic.

As to the comparative studies on countries from central and eastern Europe and beyond cited in the observations of the third-party interveners, the Government did not consider that there was any relevant link between those statistics and the substantive issues in the case to hand. In their submission, those studies tended to confirm that creating an education system optimised for Roma children was an extremely complex task.

149. Nevertheless, even assuming that the data submitted by the applicants were reliable and that the State could be considered responsible for the situation, that did not, in the Government's submission, amount to indirect discrimination that was incompatible with the Convention. The impugned measure was consistent with the principle of non-discrimination as it pursued a legitimate aim, namely the adaptation of the education process to the capacity of children with specific educational needs. It was also objectively and reasonably justified.

150. On this latter point, the Government contested the applicants' claim that they had not submitted any satisfactory explanation regarding the large number of Roma in special schools. While admitting that the situation of the Roma with regard to education was not ideal, the Government considered that they had demonstrated that the special schools had not been established for the Roma community and that ethnic origin had not been a criterion for deciding on placements in special schools. They reiterated that special-school placements were only possible after prior individualised pedagogical and psychological testing. The testing process was a technical tool that was the subject of continuing scientific research and for that reason could only be carried out by qualified personnel. The courts did not possess the necessary qualifications and therefore had to exercise a degree of restraint in this field. As regards the professional standards referred to in the observations of the International Step by Step Association and others, the Government emphasised that these were not legal norms possessing force of law but, at most, non-binding recommendations or indications by

specialists and that the failure to apply them could not, by definition, entail international legal responsibility.

151. The files of each of the applicants contained full details of the methods that had been used and the results of the testing. These had not been challenged at the time by any of the applicants. The applicants' allegations that the psychologists had followed a subjective approach appeared to be biased and not based on any evidence.

152. The Government again conceded that there might have been rare situations where the reason for the placement in a special school was on the borderline between learning difficulties and a socio-culturally disadvantaged environment. Among the eighteen cases, this had apparently happened in one case only, that of the ninth applicant. Otherwise, the pedagogical-psychological diagnostics and the testing at the educational psychology centres had proved learning difficulties in the case of all the applicants.

153. The educational psychology centres that had administered the tests had only made recommendations concerning the type of school in which the child should be placed. The essential, decisive factor was the wishes of the parents. In the instant case, the parents had been informed that their children's placement in a special school depended on their consent and the consequences of such a decision had been explained to them. If the effect of their consent was not entirely clear, they could have appealed against the decision regarding placement and could at any time have required their child's transfer to a different type of school. If, as they now alleged, their consent was not informed, they should have sought information from the competent authorities. The Government noted in this respect that Article 2 of Protocol No. 1 emphasised the primary role and responsibility of parents in the education of their children. The State could not intervene if there was nothing in the parents' conduct to indicate that they were unable or unwilling to decide on the most appropriate form of education for their children. Interference of that sort would contravene the principle that the State had to respect parents' wishes regarding education and teaching.

In the instant case, the Government noted that apart from appealing to the Constitutional Court and lodging an application with the European Court of Human Rights, the applicants' parents had on the whole done nothing to spare their children the alleged discriminatory treatment and had played a relatively passive role in their education.

154. The Government rejected the applicants' argument that their placement in special schools had prevented them from pursuing a secondary or higher education. Whether the applicants had finished their compulsory education before or after the entry into force of the new Schools Act (Law no. 561/2004), it had been open to them to pursue their secondary education, to take additional lessons to bring them up to the

appropriate level or to seek career advice. However, none of the applicants had established that they had attempted to do so (albeit unsuccessfully) or that their (alleged) difficulties were due to a more limited education as a result of their earlier placement in a special school. On the contrary, several of the applicants had decided not to pursue their studies or had abandoned them. The Government were firmly convinced that the applicants had deprived themselves of the possibility of continuing their studies through a lack of interest. Their situation, which in many cases was unfavourable, had stemmed mainly from their own lack of interest, and was not something for which the State could be held responsible.

155. The Government conceded that the national authorities had to take all reasonable steps to ensure that measures did not produce disproportionate effects or, if that was not feasible, to mitigate and compensate for such effects. However, neither the Convention nor any other international instrument contained a general definition of the State's positive obligations concerning the education of Roma pupils or, more generally, of children from national or ethnic minorities. The Government noted in this connection that when determining the State's positive obligations the Court sometimes referred to developments in the legislation of the Contracting Parties. However, they said that no European standard or consensus currently existed regarding the criteria to be used to determine whether children should be placed in special schools or how children with special learning needs should be educated and the special school was one of the possible and acceptable solutions to the problem.

156. Moreover, the positive obligations under Article 14 of the Convention could not be construed as an obligation to take affirmative action. That had to remain an option. It was not possible to infer from Article 14 a general obligation on the part of the State actively to compensate for all the disabilities which different sections of the population suffered from.

157. In any event, since special schools had to be regarded as an alternative, but not inferior, form of education, the Government submitted that they had in the instant case adopted reasonable measures to compensate for the disabilities of the applicants, who required a special education as a result of their individual situation, and that they had not overstepped the margin of appreciation which the Convention afforded the States in the education sphere. They observed that the State had allocated twice the level of resources to special schools as to ordinary schools and that the domestic authorities had made considerable efforts to deal with the complex issue of the education of Roma children.

158. The Government went on to provide information on the applicants' current situation obtained from the files of both the school and the Ostrava Job Centre (where those applicants who were

unemployed had signed on). As a preliminary, they noted that the Ostrava region was afflicted by a high rate of unemployment and that, in general, young people who had received only a primary education had difficulties in finding work. While it was possible to obtain a qualification and career counselling from the State, the active participation of the job applicant was essential.

In concrete terms, two applicants were currently in their final year at primary school. Seven had begun vocational training in a secondary school in September 2006. Four had started but later abandoned their secondary-school studies, the majority through a lack of interest, and had instead signed on at the job centre. Lastly, five of the applicants had not sought to pursue their studies at secondary-school level but had registered at the job centre. Those applicants who had registered at a job centre had not cooperated with it or shown any interest in the offers of training or employment that had been made, with the result that some of them had already been struck off the job-applicants register (in some instances repeatedly).

159. Lastly, the Government rejected the applicants' claim that nothing had been changed by the introduction of the Schools Act (Law no. 561/2004). The Act unified the previously existing types of primary school and standardised the educational programmes. It did not provide for a separate, independent system of specialised schools, with the exception of schools for pupils with serious mental disorders, autism or combined mental and physical defects. Pupils with disabilities were individually integrated, wherever possible and desirable, into conventional schools. However, schools were authorised to set up separate classes with educational techniques and methods adjusted to their needs. The former "special schools" could continue to function as separate institutions, but were now "primary schools" providing education under a modified educational programme for primary education. Schools at which socially disadvantaged pupils were educated often made use of their right to establish assistant teacher's posts and preparatory classes designed to improve the children's communication skills and command of the Czech language. Teaching assistants from the Roma community often served as a link between the school, family, and, in some instances, other experts and helped to integrate pupils into the education system. The region where the applicants lived favoured integrating Roma pupils in classes drawn from the majority population.

160. In their concluding submissions, the Government asked the Court carefully to examine the issue of the applicants' access to education in each individual case, though without losing sight of the overall context, and to hold that there had been no violation of the Convention.

3. *The third-party interveners*

(a) **Interights and Human Rights Watch**

161. Interights and Human Rights Watch stated that it was essential that Article 14 of the Convention should afford effective protection against indirect discrimination, a concept which the Court had not yet had many occasions to consider. They submitted that aspects of the Chamber's reasoning were out of step with recent developments in cases such as *Timishev* (cited above), *Zarb Adami* (cited above) and *Hoogendijk* (cited above). The Grand Chamber needed to consolidate a purposive interpretation of Article 14 and to bring the Court's jurisprudence on indirect discrimination in line with existing international standards.

162. Interights and Human Rights Watch noted that the Court itself had confirmed in *Zarb Adami* that discrimination was not always direct or explicit and that a policy or general measure could result in indirect discrimination. It had also accepted that intent was not required in cases of indirect discrimination (see *Hugh Jordan v. the United Kingdom*, no. 24746/94, § 154, 4 May 2001). In their submission, it was sufficient in the case of indirect discrimination that the practice or policy resulted in a disproportionate adverse effect on a particular group.

163. As to proof of indirect discrimination, it was widely accepted in Europe and internationally and also by the Court (see *Timishev*, cited above, § 57, and *Hoogendijk*, cited above) that the burden of proof had to shift once a prima facie case of discrimination had been established. In cases of indirect discrimination, where the applicant had demonstrated that significantly more people of a particular category were placed at a disadvantage by a given policy or practice, a presumption of discrimination arose. The burden then shifted to the State to reject the basis for the prima facie case, or to provide a justification for it.

164. It was therefore critical for the Court to engage with the type of evidence that might be produced in order to shift the burden of proof. Interights and Human Rights Watch submitted on this point that the Court's position with regard to statistical evidence, as set out in *Hugh Jordan* (cited above, § 154), was at variance with international and comparative practice. In Council directives and international instruments, statistics were the key method of proving indirect discrimination. Where measures were neutral on their face, statistics sometimes proved the only effective means of identifying their varying impact on different segments of society. Obviously, courts had to assess the credibility, strength and relevance of the statistics to the case at hand, requiring that they be tied to the applicant's allegations in concrete ways.

If, however, the Court were to maintain the position that statistics alone were not sufficient to disclose a discriminatory practice, Interights

and Human Rights Watch submitted that the general social context should be taken into account, as it provided valuable insight into the extent to which the effects of the measure on the applicants were disproportionate.

(b) Minority Rights Group International, the European Network Against Racism and the European Roma Information Office

165. The Minority Rights Group International, the European Network Against Racism and the European Roma Information Office submitted that the wrongful assignment of Roma children to special schools for the mentally disabled was the most obvious and odious form of discrimination against the Roma. Children in such special schools followed a simplified curriculum considered appropriate for their lower level of intellectual development. Thus, for example, in the Czech Republic, children in special schools were not expected to know the Czech alphabet or numbers up to ten until the third or fourth year of school, while their counterparts in ordinary schools acquired that knowledge in the first year.

166. This practice had received considerable attention, both at the European level and within the human rights bodies of the United Nations, which had expressed their concern in various reports as to the over-representation of Roma children in special schools, the adequacy of the tests employed and the quality of the alleged parental consent. All these bodies had found that no objective and reasonable justification could legitimise the disadvantage faced by Roma children in the field of education. The degree of consistency among the institutions and quasi-judicial bodies was persuasive in confirming the existence of widespread discrimination against Roma children.

167. The interveners added that whatever the merits of separate education for children with genuine mental disabilities, the decision to place Roma children in special schools was in the majority of cases not based on any actual mental disability but rather on language and cultural differences which were not taken into account in the testing process. In order to fulfil their obligation to secure equal treatment for Roma in the exercise of their right to education, the first requirement of States was to amend the testing process so that it was not racially prejudiced against Roma and to take positive measures in the area of language training and social-skills training.

(c) International Step by Step Association, the Roma Education Fund and the European Early Childhood Education Research Association

168. The International Step by Step Association, the Roma Education Fund and the European Early Childhood Education Research Association sought to demonstrate that the assessment used to place Roma children in

special schools in the Ostrava region disregarded the numerous effective and appropriate indicators that were well known by the mid-1990s (see paragraph 44 above). In their submission, the assessment had not taken into account the language and culture of the children, their prior learning experiences or their unfamiliarity with the demands of the testing situation. Single rather than multiple sources of evidence had been used. Testing had been done in one sitting, not over time. Evidence had not been obtained in realistic or authentic settings where children could demonstrate their learning. Undue emphasis had been placed on individually administered, standardised tests normed on other populations.

169. Referring to various studies that had been carried out (see paragraph 44 above), the interveners noted that minority children and those from vulnerable families were over-represented in special education in central and eastern Europe. This resulted from an array of factors, including unconscious racial bias on the part of school authorities, large resource inequalities, unjustifiable reliance on IQ and other evaluation tools, educators' inappropriate responses to the pressures of "high stakes" testing and power differentials between minority parents and school officials. School placement through psychological testing often reflected racial biases in the society concerned.

170. The Czech Republic was notable for its placement of children in segregated settings because of "social disadvantage". According to a comparison of data on fifteen countries collected by the Organisation for Economic Co-operation and Development in 1999 (see paragraph 18 *in fine* above), the Czech Republic ranked third in placing pupils with learning difficulties in special-school settings. Of the eight countries that provided data on the placement of pupils as a result of social factors, the Czech Republic was the only one to have recourse to special schools; the other countries almost exclusively used ordinary schools for educating such pupils.

171. Further, the practice of referring children labelled as being of low ability to special schools at an early age (educational tracking) frequently led, whether intentionally or not, to racial segregation and had particularly negative effects on the level of education of disadvantaged children. This had long-term detrimental consequences for both them and society, including premature exclusion from the education system with the resulting loss of job opportunities for those concerned.

(d) International Federation for Human Rights (*Fédération internationale des ligues des droits de l'Homme* – FIDH)

172. The FIDH considered that the Chamber had unjustifiably placed significant weight in its judgment on the consent the applicants' parents had allegedly given to the situation forming the subject of their complaint

to the Court. It noted that under the Court's case-law there were situations in which the waiver of a right was not considered capable of exempting the State from its obligation to guarantee to every person within its jurisdiction the rights and freedoms laid down in the Convention. That applied, in particular, where the waiver conflicted with an important public interest, or was not explicit or unequivocal. Furthermore, in order to be capable of justifying a restriction of the right or freedom of the individual, the waiver of that guarantee by the person concerned had to take place in circumstances from which it could be concluded that he was fully aware of the consequences, in particular the legal consequences, of his choice. In the case of *R. v. Borden* ([1994] 3 RCS 145, p. 162), the Supreme Court of Canada had developed the following principle on that precise point: "[i]n order for a waiver of the right ... to be effective, the person purporting to consent must be possessed of the requisite informational foundation for a true relinquishment of the right. A right to choose requires not only the volition to prefer one option over another, but also sufficient available information to make the preference meaningful."

173. The question therefore arose as to whether, in the light of the nature of the principle of equality of treatment, and of the link between the prohibition of racial discrimination and the wider concept of human dignity, waiver of the right to protection against discrimination ought not to be precluded altogether. In the instant case, the consent obtained from the applicants' parents was binding not solely on the applicants but on all the children of the Roma community. It was perfectly possible – indeed, in the FIDH's submission, probable – that all parents of Roma children would prefer an integrated education for their children, but that, being uncertain as regards the choice that would be made by other parents in that situation, they preferred the "security" offered by special education, which was followed by the vast majority of Roma children. In a context characterised by a history of discrimination against the Roma, the choice available to the parents of Roma children was between (a) placing their children in schools where the authorities were reluctant to admit them and where they feared being the subject of various forms of harassment and of manifestations of hostility on the part of their fellow pupils and of teachers, or (b) placing them in special schools where Roma children were in a large majority and where, consequently, they would not have to fear the manifestation of such prejudices. In reality, the applicants' parents had chosen what they saw as being the lesser of two evils, in the absence of any real possibility of receiving an integrated education which would unreservedly welcome Roma. The disproportion between the two alternatives was such that the applicants' parents had been obliged to make the choice for which the Government now sought to hold them responsible.

174. For the reasons set out above, the FIDH considered that in the circumstances of the instant case, the alleged waiver by the applicants' parents of the right for their children to receive an education in normal schools could not justify exempting the Czech Republic from its obligations under the Convention.

C. The Court's assessment

1. Recapitulation of the main principles

175. The Court has established in its case-law that discrimination means treating differently, without an objective and reasonable justification, persons in relevantly similar situations (see *Willis v. the United Kingdom*, no. 36042/97, § 48, ECHR 2002-IV, and *Okpisz v. Germany*, no. 59140/00, § 33, 25 October 2005). However, Article 14 does not prohibit a member State from treating groups differently in order to correct "factual inequalities" between them; indeed in certain circumstances a failure to attempt to correct inequality through different treatment may in itself give rise to a breach of the Article (see *Case "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" v. Belgium* (merits), 23 July 1968, p. 34, § 10, Series A no. 6; *Thlimmenos v. Greece* [GC], no. 34369/97, § 44, ECHR 2000-IV; and *Stec and Others v. the United Kingdom* [GC], no. 65731/01, § 51, ECHR 2006-VI). The Court has also accepted that a general policy or measure that has disproportionately prejudicial effects on a particular group may be considered discriminatory notwithstanding that it is not specifically aimed at that group (see *Hugh Jordan*, cited above, and *Hoogendijk*, cited above), and that discrimination potentially contrary to the Convention may result from a *de facto* situation (see *Zarb Adami*, cited above).

176. Discrimination on account of, *inter alia*, a person's ethnic origin is a form of racial discrimination. Racial discrimination is a particularly invidious kind of discrimination and, in view of its perilous consequences, requires from the authorities special vigilance and a vigorous reaction. It is for this reason that the authorities must use all available means to combat racism, thereby reinforcing democracy's vision of a society in which diversity is not perceived as a threat but as a source of enrichment (see *Nachova*, cited above, and *Timishev*, cited above). The Court has also held that no difference in treatment which is based exclusively or to a decisive extent on a person's ethnic origin is capable of being objectively justified in a contemporary democratic society built on the principles of pluralism and respect for different cultures (see *Timishev*, cited above, § 58).

177. As to the burden of proof in this sphere, the Court has established that once the applicant has shown a difference in treatment it is for the

Government to show that it was justified (see, among other authorities, *Chassagnou and Others v. France* [GC], nos. 25088/94, 28331/95 and 28443/95, §§ 91-92, ECHR 1999-III, and *Timishev*, cited above, § 57).

178. As regards the question of what constitutes prima facie evidence capable of shifting the burden of proof on to the respondent State, the Court stated in *Nachova and Others* (cited above, § 147) that in proceedings before it there are no procedural barriers to the admissibility of evidence or predetermined formulae for its assessment. The Court adopts the conclusions that are, in its view, supported by the free evaluation of all evidence, including such inferences as may flow from the facts and the parties' submissions. According to its established case-law, proof may follow from the coexistence of sufficiently strong, clear and concordant inferences or of similar unrebutted presumptions of fact. Moreover, the level of persuasion necessary for reaching a particular conclusion and, in this connection, the distribution of the burden of proof are intrinsically linked to the specificity of the facts, the nature of the allegation made and the Convention right at stake.

179. The Court has also recognised that Convention proceedings do not in all cases lend themselves to a rigorous application of the principle *affirmanti incumbit probatio* (he who alleges something must prove that allegation – see *Aktaş v. Turkey*, no. 24351/94, § 272, ECHR 2003-V). In certain circumstances, where the events in issue lie wholly, or in large part, within the exclusive knowledge of the authorities, the burden of proof may be regarded as resting on the authorities to provide a satisfactory and convincing explanation (see *Salman v. Turkey* [GC], no. 21986/93, § 100, ECHR 2000-VII, and *Angelova v. Bulgaria*, no. 38361/97, § 111, ECHR 2002-IV). In *Nachova and Others* (cited above, § 157), the Court did not rule out requiring a respondent Government to disprove an arguable allegation of discrimination in certain cases, even though it considered that it would be difficult to do so in that particular case in which the allegation was that an act of violence had been motivated by racial prejudice. It noted in that connection that in the legal systems of many countries proof of the discriminatory effect of a policy, decision or practice would dispense with the need to prove intent in respect of alleged discrimination in employment or in the provision of services.

180. As to whether statistics can constitute evidence, the Court has in the past stated that statistics could not in themselves disclose a practice which could be classified as discriminatory (see *Hugh Jordan*, cited above, § 154). However, in more recent cases on the question of discrimination in which the applicants alleged a difference in the effect of a general measure or *de facto* situation (see *Hoogendijk*, cited above, and *Zarb Adami*, cited above, §§ 77-78), the Court relied extensively on statistics produced by the parties to establish a difference in treatment between two groups (men and women) in similar situations.

Thus, in *Hoogendijk* the Court stated: “[W]here an applicant is able to show, on the basis of undisputed official statistics, the existence of a prima facie indication that a specific rule – although formulated in a neutral manner – in fact affects a clearly higher percentage of women than men, it is for the respondent Government to show that this is the result of objective factors unrelated to any discrimination on grounds of sex. If the onus of demonstrating that a difference in impact for men and women is not in practice discriminatory does not shift to the respondent Government, it will be in practice extremely difficult for applicants to prove indirect discrimination.”

181. Lastly, as noted in previous cases, the vulnerable position of Roma/Gypsies means that special consideration should be given to their needs and their different lifestyle both in the relevant regulatory framework and in reaching decisions in particular cases (see *Chapman v. the United Kingdom* [GC], no. 27238/95, § 96, ECHR 2001-I, and *Connors v. the United Kingdom*, no. 66746/01, § 84, 27 May 2004).

In *Chapman* (cited above, §§ 93-94), the Court also observed that there could be said to be an emerging international consensus among the Contracting States of the Council of Europe recognising the special needs of minorities and an obligation to protect their security, identity and lifestyle, not only for the purpose of safeguarding the interests of the minorities themselves but to preserve a cultural diversity of value to the whole community.

2. *Application of the above-mentioned principles to the instant case*

182. The Court notes that as a result of their turbulent history and constant uprooting the Roma have become a specific type of disadvantaged and vulnerable minority (see also the general observations in the Parliamentary Assembly’s Recommendation no. 1203 (1993) on Gypsies in Europe, cited in paragraph 56 above, and point 4 of its Recommendation No. 1557 (2002) on the legal situation of Roma in Europe, cited in paragraph 58 above). As the Court has noted in previous cases, they therefore require special protection (see paragraph 181 above). As is attested by the activities of numerous European and international organisations and the recommendations of the Council of Europe bodies (see paragraphs 54-61 above), this protection also extends to the sphere of education. The present case therefore warrants particular attention, especially as when the applications were lodged with the Court the applicants were minor children for whom the right to education was of paramount importance.

183. The applicants’ allegation in the present case is not that they were in a different situation from non-Roma children that called for different treatment or that the respondent State had failed to take

affirmative action to correct factual inequalities or differences between them (see *Thlimmenos*, cited above, § 44, and *Stec and Others*, cited above, § 51). In their submission, all that has to be established is that, without objective and reasonable justification, they were treated less favourably than non-Roma children in a comparable situation and that this amounted in their case to indirect discrimination.

184. The Court has already accepted in previous cases that a difference in treatment may take the form of disproportionately prejudicial effects of a general policy or measure which, though couched in neutral terms, discriminates against a group (see *Hugh Jordan*, cited above, § 154, and *Hoogendijk*, cited above). In accordance with, for instance, Council Directives 97/80/EC and 2000/43/EC (see paragraphs 82-84 above) and the definition provided by ECRI (see paragraph 60 above), such a situation may amount to “indirect discrimination”, which does not necessarily require a discriminatory intent.

(a) Whether a presumption of indirect discrimination arises in the instant case

185. It was common ground that the impugned difference in treatment did not result from the wording of the statutory provisions on placements in special schools in force at the material time. Accordingly, the issue in the instant case is whether the manner in which the legislation was applied in practice resulted in a disproportionate number of Roma children – including the applicants – being placed in special schools without justification, and whether such children were thereby placed at a significant disadvantage.

186. As mentioned above, the Court has noted in previous cases that applicants may have difficulty in proving discriminatory treatment (*Nachova and Others*, cited above, §§ 147 and 157). In order to guarantee those concerned the effective protection of their rights, less strict evidential rules should apply in cases of alleged indirect discrimination.

187. On this point, the Court observes that Council Directives 97/80/EC and 2000/43/EC stipulate that persons who consider themselves wronged because the principle of equal treatment has not been applied to them may establish before a domestic authority by any means, including on the basis of statistical evidence, facts from which it may be presumed that there has been discrimination (see paragraphs 82-83 above). The recent case-law of the Court of Justice of the European Communities (see paragraphs 88-89 above) shows that it permits claimants to rely on statistical evidence and the national courts to take such evidence into account where it is valid and significant.

The Grand Chamber further notes the information furnished by the third-party interveners that the courts of many countries and the

supervisory bodies of the United Nations treaties habitually accept statistics as evidence of indirect discrimination in order to facilitate the victims' task of adducing prima facie evidence.

The Court also recognised the importance of official statistics in the above-mentioned cases of *Hoogendijk* and *Zarb Adami* and has shown that it is prepared to accept and take into consideration various types of evidence (see *Nachova and Others*, cited above, § 147).

188. In these circumstances, the Court considers that when it comes to assessing the impact of a measure or practice on an individual or group, statistics which appear on critical examination to be reliable and significant will be sufficient to constitute the prima facie evidence the applicant is required to produce. This does not, however, mean that indirect discrimination cannot be proved without statistical evidence.

189. Where an applicant alleging indirect discrimination thus establishes a rebuttable presumption that the effect of a measure or practice is discriminatory, the burden then shifts to the respondent State, which must show that the difference in treatment is not discriminatory (see, *mutatis mutandis*, *Nachova and Others*, cited above, § 157). Regard being had in particular to the specificity of the facts and the nature of the allegations made in this type of case (*ibid.*, § 147), it would be extremely difficult in practice for applicants to prove indirect discrimination without such a shift in the burden of proof.

190. In the present case, the statistical data submitted by the applicants were obtained from questionnaires that were sent out to the head teachers of special and primary schools in the town of Ostrava in 1999. They indicate that at the time 56% of all pupils placed in special schools in Ostrava were Roma. Conversely, Roma represented only 2.26% of the total number of pupils attending primary school in Ostrava. Further, whereas only 1.8% of non-Roma pupils were placed in special schools, the proportion of Roma pupils in Ostrava assigned to special schools was 50.3%. According to the Government, these figures are not sufficiently conclusive as they merely reflect the subjective opinions of the head teachers. The Government also noted that no official information on the ethnic origin of the pupils existed and that the Ostrava region had one of the largest Roma populations.

191. The Grand Chamber observes that these figures are not disputed by the Government and that they have not produced any alternative statistical evidence. In view of their comment that no official information on the ethnic origin of the pupils exists, the Court accepts that the statistics submitted by the applicants may not be entirely reliable. It nevertheless considers that these figures reveal a dominant trend that has been confirmed both by the respondent State and the independent supervisory bodies which have looked into the question.

192. In their reports submitted in accordance with Article 25 § 1 of the Framework Convention for the Protection of National Minorities, the Czech authorities accepted that in 1999 Roma pupils made up between 80% and 90% of the total number of pupils in some special schools (see paragraph 66 above) and that in 2004 “large numbers” of Roma children were still being placed in special schools (see paragraph 67 above). The Advisory Committee on the Framework Convention observed in its report of 26 October 2005 that according to unofficial estimates Roma accounted for up to 70% of pupils enrolled in special schools. According to the report published by ECRI in 2000, Roma children were “vastly over-represented” in special schools. The Committee on the Elimination of Racial Discrimination noted in its concluding observations of 30 March 1998 that a disproportionately large number of Roma children were placed in special schools (see paragraph 99 above). Lastly, according to the figures supplied by the European Monitoring Centre on Racism and Xenophobia, more than half of Roma children in the Czech Republic attended special school.

193. In the Court’s view, the latter figures, which do not relate solely to the Ostrava region and therefore provide a more general picture, show that, even if the exact percentage of Roma children in special schools at the material time remains difficult to establish, their number was disproportionately high. Moreover, Roma pupils formed a majority of the pupils in special schools. Despite being couched in neutral terms, the relevant statutory provisions therefore had considerably more impact in practice on Roma children than on non-Roma children and resulted in statistically disproportionate numbers of placements of the former in special schools.

194. Where it has been shown that legislation produces such a discriminatory effect, the Grand Chamber considers that, as with cases concerning employment or the provision of services (see, *mutatis mutandis*, *Nachova and Others*, cited above, § 157), it is not necessary in cases in the educational sphere to prove any discriminatory intent on the part of the relevant authorities (see paragraph 184 above).

195. In these circumstances, the evidence submitted by the applicants can be regarded as sufficiently reliable and significant to give rise to a strong presumption of indirect discrimination. The burden of proof must therefore shift to the Government, which must show that the difference in the impact of the legislation was the result of objective factors unrelated to ethnic origin.

(b) Objective and reasonable justification

196. The Court reiterates that a difference in treatment is discriminatory if “it has no objective and reasonable justification”, that is, if it does not pursue a “legitimate aim” or if there is not a “reasonable

relationship of proportionality” between the means employed and the aim sought to be realised (see, among many other authorities, *Larkos v. Cyprus* [GC], no. 29515/95, § 29, ECHR 1999-I, and *Stec and Others*, cited above, § 51). Where the difference in treatment is based on race, colour or ethnic origin, the notion of objective and reasonable justification must be interpreted as strictly as possible.

197. In the instant case, the Government sought to explain the difference in treatment between Roma children and non-Roma children by the need to adapt the education system to the capacity of children with special needs. In the Government’s submission, the applicants were placed in special schools on account of their specific educational needs, essentially as a result of their low intellectual capacity measured with the aid of psychological tests in educational psychology centres. After the centres had made their recommendations regarding the type of school in which the applicants should be placed, the final decision had lain with the applicants’ parents and they had consented to the placements. The argument that the applicants were placed in special schools on account of their ethnic origin was therefore unsustainable.

For their part, the applicants strenuously contested the suggestion that the disproportionately high number of Roma children in special schools could be explained by the results of the intellectual capacity tests or be justified by parental consent.

198. The Court accepts that the Government’s decision to retain the special-school system was motivated by the desire to find a solution for children with special educational needs. However, it shares the disquiet of the other Council of Europe institutions who have expressed concerns about the more basic curriculum followed in these schools and, in particular, the segregation the system causes.

199. The Grand Chamber observes, further, that the tests used to assess the children’s learning abilities or difficulties have given rise to controversy and continue to be the subject of scientific debate and research. While accepting that it is not its role to judge the validity of such tests, various factors in the instant case nevertheless lead the Grand Chamber to conclude that the results of the tests carried out at the material time were not capable of constituting objective and reasonable justification for the purposes of Article 14 of the Convention.

200. In the first place, it was common ground that all the children who were examined sat the same tests, irrespective of their ethnic origin. The Czech authorities themselves acknowledged in 1999 that “Romany children with average or above-average intellect” were often placed in such schools on the basis of the results of psychological tests and that the tests were conceived for the majority population and did not take Roma specifics into consideration (see paragraph 66 above). As a result, they had revised the tests and methods used with a view to

ensuring that they “were not misused to the detriment of Roma children” (see paragraph 72 above).

In addition, various independent bodies have expressed doubts over the adequacy of the tests. Thus, the Advisory Committee on the Framework Convention for the Protection of National Minorities observed that children who were not mentally handicapped were frequently placed in these schools “[owing] to real or perceived language and cultural differences between Roma and the majority”. It also stressed the need for the tests to be “consistent, objective and comprehensive” (see paragraph 68 above). ECRI noted that the channelling of Roma children to special schools for those with mental retardation was reportedly often “quasi-automatic” and needed to be examined to ensure that any testing used was “fair” and that the true abilities of each child were “properly evaluated” (see paragraphs 63-64 above). The Council of Europe Commissioner for Human Rights noted that Roma children were frequently placed in classes for children with special needs “without an adequate psychological or pedagogical assessment, the real criteria clearly being their ethnic origin” (see paragraph 77 above).

Lastly, in the submission of some of the third-party interveners, placements following the results of the psychological tests reflected the racial prejudices of the society concerned.

201. The Court considers that, at the very least, there is a danger that the tests were biased and that the results were not analysed in the light of the particularities and special characteristics of the Roma children who sat them. In these circumstances, the tests in question cannot serve as justification for the impugned difference in treatment.

202. As regards parental consent, the Court notes the Government’s submission that this was the decisive factor without which the applicants would not have been placed in special schools. In view of the fact that a difference in treatment has been established in the instant case, it follows that any such consent would signify an acceptance of the difference in treatment, even if discriminatory, in other words a waiver of the right not to be discriminated against. However, under the Court’s case-law, the waiver of a right guaranteed by the Convention – in so far as such a waiver is permissible – must be established in an unequivocal manner, and be given in full knowledge of the facts, that is to say on the basis of informed consent (see *Pfeifer and Plankl v. Austria*, 25 February 1992, §§ 37-38, Series A no. 227) and without constraint (see *Deweever v. Belgium*, 27 February 1980, § 51, Series A no. 35).

203. In the circumstances of the present case, the Court is not satisfied that the parents of the Roma children, who were members of a disadvantaged community and often poorly educated, were capable of weighing up all the aspects of the situation and the consequences of giving their consent. The Government themselves admitted that consent

in this instance had been given by means of a signature on a pre-completed form that contained no information on the available alternatives or the differences between the special-school curriculum and the curriculum followed in other schools. Nor do the domestic authorities appear to have taken any additional measures to ensure that the Roma parents received all the information they needed to make an informed decision or were aware of the consequences that giving their consent would have for their children's futures. It also appears indisputable that the Roma parents were faced with a dilemma: a choice between ordinary schools that were ill-equipped to cater for their children's social and cultural differences and in which their children risked isolation and ostracism, and special schools where the majority of the pupils were Roma.

204. In view of the fundamental importance of the prohibition of racial discrimination (see *Nachova and Others*, cited above, § 145, and *Timishev*, cited above, § 56), the Grand Chamber considers that, even assuming the conditions referred to in paragraph 202 above were satisfied, no waiver of the right not to be subjected to racial discrimination can be accepted, as it would be counter to an important public interest (see, *mutatis mutandis*, *Hermi v. Italy* [GC], no. 18114/02, § 73, ECHR 2006-XII).

(c) Conclusion

205. As is apparent from the documentation produced by ECRI and the report of the Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, the Czech Republic is not alone in having encountered difficulties in providing schooling for Roma children: other European States have had similar difficulties. The Court is gratified to note that, unlike some countries, the Czech Republic has sought to tackle the problem and acknowledges that, in its attempts to achieve the social and educational integration of the disadvantaged group which the Roma form, it has had to contend with numerous difficulties as a result of, *inter alia*, the cultural specificities of that minority and a degree of hostility on the part of the parents of non-Roma children. As the Chamber noted in its admissibility decision in the instant case, the choice between a single school for everyone, highly specialised structures and unified structures with specialised sections is not an easy one. It entails a difficult balancing exercise between the competing interests. As to the setting and planning of the curriculum, this mainly involves questions of expediency on which it is not for the Court to rule (see *Valsamis v. Greece*, 18 December 1996, § 28, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-VI).

206. Nevertheless, whenever discretion capable of interfering with the enjoyment of a Convention right is conferred on national authorities, the procedural safeguards available to the individual will be especially material in determining whether the respondent State has, when fixing the regulatory framework, remained within its margin of appreciation

(see *Buckley v. the United Kingdom*, 25 September 1996, § 76, *Reports* 1996-IV, and *Connors*, cited above, § 83).

207. The facts of the instant case indicate that the schooling arrangements for Roma children were not attended by safeguards (see paragraph 28 above) that would ensure that, in the exercise of its margin of appreciation in the education sphere, the State took into account their special needs as members of a disadvantaged class (see, *mutatis mutandis*, *Buckley*, cited above, § 76, and *Connors*, cited above, § 84). Furthermore, as a result of the arrangements the applicants were placed in schools for children with mental disabilities where a more basic curriculum was followed than in ordinary schools and where they were isolated from pupils from the wider population. As a result, they received an education which compounded their difficulties and compromised their subsequent personal development instead of tackling their real problems or helping them to integrate into the ordinary schools and develop the skills that would facilitate life among the majority population. Indeed, the Government have implicitly admitted that job opportunities are more limited for pupils from special schools.

208. In these circumstances and while recognising the efforts made by the Czech authorities to ensure that Roma children receive schooling, the Court is not satisfied that the difference in treatment between Roma children and non-Roma children was objectively and reasonably justified and that there existed a reasonable relationship of proportionality between the means used and the aim pursued. In that connection, it notes with interest that the new legislation has abolished special schools and provides for children with special educational needs, including socially disadvantaged children, to be educated in ordinary schools.

209. Lastly, since it has been established that the relevant legislation as applied in practice at the material time had a disproportionately prejudicial effect on the Roma community, the Court considers that the applicants as members of that community necessarily suffered the same discriminatory treatment. Accordingly, it does not need to examine their individual cases.

210. Consequently, there has been a violation in the instant case of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 2 of Protocol No. 1 as regards each of the applicants.

IV. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

211. 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

212. The applicants did not allege any pecuniary damage.

213. They claimed 22,000 euros (EUR) each (making a total of EUR 396,000) for the non-pecuniary damage they had sustained, including educational, psychological and emotional harm and compensation for the anxiety, frustration and humiliation they had suffered as a result of their discriminatory placement in special schools. They stressed that the effects of this violation were serious and ongoing and affected all areas of their lives.

214. Further, referring to the judgments in *Broniowski v. Poland* ([GC], no. 31443/96, § 189, ECHR 2004-V) and *Hutten-Czapska v. Poland* ([GC], no. 35014/97, §§ 235-37, ECHR 2006-VIII), the applicants said that the violation of their rights “was neither prompted by an isolated incident nor attributable to the particular turn of events in [their] case, but was rather the consequence of administrative and regulatory conduct on the part of the authorities towards an identifiable class of citizens”. Accordingly, in their submission, general measures had to be taken at the national level either to remove any hindrance to the implementation of the right of the numerous persons affected by the situation or to provide equivalent redress.

215. The Government submitted, with particular regard to the psychological and educational damage, that it related to the complaints under Article 3 of the Convention and Article 2 of Protocol No. 1 taken individually, which had been declared inadmissible by the Court in its decision of 1 March 2005. In their submission, there was therefore no causal link between any violation of the Convention and the alleged non-pecuniary damage. They further contended that the sum claimed by the applicants was excessive and that any finding of a violation would constitute sufficient just satisfaction.

216. The Court reiterates, firstly, that by virtue of Article 46 of the Convention the High Contracting Parties have undertaken to abide by the final judgments of the Court in any case to which they are parties, execution being supervised by the Committee of Ministers. It follows, *inter alia*, that a judgment in which the Court finds a breach imposes on the respondent State a legal obligation not just to pay those concerned the sums awarded by way of just satisfaction under Article 41, but also to select, subject to supervision by the Committee of Ministers, the general and/or, if appropriate, individual measures to be adopted in their domestic legal order to put an end to the violation found by the Court and to redress so far as possible the effects. However, the respondent State remains free to choose the means by which it will discharge its legal obligation under Article 46 of the Convention, provided that such means are compatible with the conclusions set out in the Court’s judgment (see *Broniowski*,

cited above, § 192, and *Čonka v. Belgium*, no. 51564/99, § 89, ECHR 2002-I). The Court notes in this connection that the legislation impugned in the instant case has been repealed and that the Committee of Ministers recently made recommendations to the member States on the education of Roma/Gypsy children in Europe (see paragraphs 54-55 above). Consequently, it does not consider it appropriate to reserve the question.

217. The Court cannot speculate on what the outcome of the situation complained of by the applicants would have been had they not been placed in special schools. It is clear, however, that they have sustained non-pecuniary damage – in particular as a result of the humiliation and frustration caused by the indirect discrimination of which they were victims – for which the finding of a violation of the Convention does not afford sufficient redress. However, the amounts claimed by the applicants are excessive. Ruling on an equitable basis, the Court assesses the non-pecuniary damage sustained by each of the applicants at EUR 4,000.

B. Costs and expenses

218. The applicants have not amended the initial claim they made before the Chamber. The costs and expenses do not, therefore, include those incurred in the proceedings before the Grand Chamber.

The Court notes that the total amount claimed in the request signed by all the applicants' representatives was EUR 10,737, comprising EUR 2,550 (1,750 pounds sterling (GBP)) for the fees invoiced by Lord Lester of Herne Hill, QC, and EUR 8,187 for the costs incurred by Mr D. Strupek in the domestic proceedings and those before the Chamber. However, the bill of costs drawn up by Lord Lester, enclosed with the claim for just satisfaction, put his fees at GBP 11,750 (approximately EUR 17,000), including GBP 1,750 in value-added tax (VAT), for 45 hours of legal work. The applicants' other representatives, Mr J. Goldston and the European Centre for Roma Rights, have not sought the reimbursement of their costs.

219. The Government noted that, apart from a detailed list of the legal services he had provided, Mr Strupek had not submitted any invoice to prove that the alleged costs and expenses had in fact been paid to him by the applicants. They did not comment on the discrepancy between the claim for just satisfaction as formulated by the applicants and the fee note submitted by Lord Lester. The Government further pointed out that only part of the application had been declared admissible and continued to be the subject of examination by the Court. They therefore submitted that the applicants should not be awarded more than a reasonable portion (not exceeding EUR 3,000) of the costs and expenses claimed.

220. The Court reiterates that legal costs are only recoverable to the extent that they relate to the violation that has been found (see *Beyeler v. Italy* (just satisfaction) [GC], no. 33202/96, § 27, 28 May 2002). In the present case, this is solely the violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 2 of Protocol No. 1. The Court notes that Lord Lester has submitted details of his professional fees, which were invoiced to the European Centre for Roma Rights. Mr Strupek has produced a breakdown of the 172 hours of legal services he rendered at an hourly rate of EUR 40, to which has to be added VAT at the rate of 19%.

Having regard to all the relevant factors and to Rule 60 § 2 of the Rules of Court, the Court makes a joint award to all the applicants of EUR 10,000 for costs and expenses.

C. Default interest

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

FOR THESE REASONS, THE COURT

1. *Dismisses* unanimously the Government's preliminary objection;
2. *Holds* by thirteen votes to four that there has been a violation of Article 14 taken in conjunction with Article 2 of Protocol No. 1;
3. *Holds* by thirteen votes to four
 - (a) that the respondent State is to pay the applicants, within three months, the following amounts together with any tax that may be chargeable:
 - (i) to each of the eighteen applicants EUR 4,000 (four thousand euros) in respect of non-pecuniary damage, to be converted into Czech korunas at the rate applicable on the date of payment;
 - (ii) jointly, to all the applicants, EUR 10,000 (ten thousand euros) in respect of costs and expenses, to be converted into Czech korunas at the rate applicable on the date of payment;
 - (b) that from the expiry of the above-mentioned three months until settlement simple interest shall be payable on the above amounts at a rate equal to the marginal lending rate of the European Central Bank during the default period plus three percentage points;
4. *Dismisses* unanimously the remainder of the applicants' claim for just satisfaction.

Done in English and in French, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 13 November 2007.

Michael O'Boyle
Deputy Registrar

Nicolas Bratza
President

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

- (a) dissenting opinion of Judge Zupančič;
- (b) dissenting opinion of Judge Jungwiert;
- (c) dissenting opinion of Judge Borrego Borrego;
- (d) dissenting opinion of Judge Šikuta.

N.B.
M.O'B.

DISSENTING OPINION OF JUDGE ZUPANČIČ

I agree entirely with the comprehensive dissenting opinion of Judge Karel Jungwiert. I wish only to add the following.

As the majority explicitly, and implicitly elsewhere in the judgment, admitted in paragraphs 198 and 205, the Czech Republic is the only Contracting State which has in fact tackled the special-educational troubles of Roma children. It then borders on the absurd to find the Czech Republic in violation of anti-discrimination principles. In other words, this “violation” would never have happened had the respondent State approached the problem with benign neglect.

No amount of politically charged argumentation can hide the obvious fact that the Court in this case has been brought into play for ulterior purposes, which have little to do with the special education of Roma children in the Czech Republic.

The future will show what specific purpose this precedent will serve.

DISSENTING OPINION OF JUDGE JUNGWIERT

(Translation)

1. I strongly disagree with the majority's finding in the present case of a violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 2 of Protocol No. 1.

While I am able to agree to an extent with the formulation of the relevant principles under Article 14 in the judgment, I cannot accept the manner in which the majority have applied those principles in the instant case.

2. Before specifying all the matters with which I disagree, I would like to put this judgment into a more general perspective.

It represents a new development in the Court's case-law, as it set about evaluating and criticising a country's entire education system.

However authoritative the precedents cited at paragraphs 175 to 181 of the judgment may be, in practice they have very little in common with the instant case other perhaps than the Roma origin of the applicants in most of the cases (for instance in *Nachova and Others v. Bulgaria* ([GC], nos. 43577/98 and 43579/98, ECHR 2005-VII) and *Buckley v. the United Kingdom* (25 September 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-IV), among others).

3. In my opinion for the principles to be applied correctly requires, firstly, a sound knowledge of the facts and also of the circumstances of the case, primarily the historical context and the situation obtaining in other European countries.

As regards the historical context, the data presented in the judgment (paragraphs 12 to 14) provides information that is inaccurate, inadequate and of a very general nature.

The facts as presented in the judgment do not permit the slightest comparison to be made between Roma communities in Europe with respect, *inter alia*, to such matters as demographic evolution or levels of school attendance.

4. I will endeavour to supply some facts and figures to make up for this lack of information.

I should perhaps begin with the awful truth that, so far as the current territory of the Czech Republic is concerned, we are not talking about an "attempted" extermination of the Roma by the Nazis (see paragraph 13) but about their almost total annihilation. Of the nearly 7,000 Roma who were living in the country at the start of the war, scarcely 600 survived¹.

1. A. Fraser (M. Miklušáková), *The Gypsies*, Prague, 2002, p. 275.

The situation is thus very different from that in other countries: the Czech Roma, almost all of whom were exterminated, were replaced from 1945 onwards by successive waves of new arrivals in their tens of thousands, mainly from Slovakia, Hungary and Romania. The vast majority of this new population were not only illiterate and completely uprooted, they did not speak the Czech language. The same is not true of other countries on whose territory the Roma have – in principle – been living for decades and even centuries and have attained a degree of familiarity with the environment and language.

To complete and close this incursion into the historical and demographic context, I believe that a further comparison, which helps to explain the scale and complexity of the problem, would be useful.

An estimation of the numbers of Roma living in certain European countries has given the following minimum and maximum figures (which of course remain approximate):

	min	max	population (millions)
Germany	110,000	140,000	80
France	300,000	400,000	60
Italy	90,000	120,000	60
United Kingdom	100,000	150,000	60
Poland	35,000	45,000	38
Portugal	40,000	50,000	10
Belgium	25,000	35,000	10
Czech Republic	200,000	250,000	10 ^{1,2}

These figures provide an indication of the scale of the problem facing the Czech Republic in the education field.

5. An important question that needs to be asked is what is the position in Europe and what standards or minimum requirements have to be met?

The question of the schooling and education of Roma children has for almost thirty years been the subject of analysis and, on the initiative of the Council of Europe, proposals by the European Commission and other institutions.

1. J.-P. Liégeois, *Roma in Europe*, Council of Europe Publishing, 2008, p. 31.

2. Nevertheless, in a census taken of the population of the Czech Republic on 3 March 1991, only 32,903 people claimed to be members of the Roma (*Statistical Yearbook of the Czech Republic 1993*, Prague, 1993, p. 142).

The judgment contains more than twenty-five pages (paragraphs 54-107) of citations from Council of Europe texts, Community law and practice, United Nations materials and other sources.

However, the majority of the recommendations, reports and other documents it cites are relatively vague, largely theoretical and, most important of all, were published *after* the period with which the instant case is concerned (1996-99 – see paragraph 19 of the judgment).

I should therefore like to quote the author mentioned above, whose opinion I agree with. In his book *Roma in Europe*, Jean-Pierre Liégeois stresses:

“We must avoid over-use of vague terms (‘emancipation’, ‘autonomy’, ‘integration’, ‘inclusion’, etc.) which mask reality, put things in abstract terms and have no functional value ...

... officials often formulate complex questions and demand immediate answers, but such an approach leads only to empty promises or knee-jerk responses that assuage the electorate, or the liberal conscience, in the short term.”¹

In this connection, the sole resolution on the subject that is concrete and accurate – a major founding text of perhaps historic value – is the *Resolution of the Council and the Ministers of Education meeting within the Council of 22 May 1989 on school provision for gypsy and traveller children*².

6. Regrettably and to my great surprise, this crucial document is not among the sources cited in the Grand Chamber’s judgment.

I should therefore like to quote some of the passages from this resolution:

“THE COUNCIL AND THE MINISTERS FOR EDUCATION, MEETING WITHIN THE COUNCIL,

...

Considering that the present situation is disturbing in general, and in particular with regard to schooling, *that only 30 to 40% of gypsy or traveller children attend school with any regularity, that half of them have never been to school* [emphasis added], that a very small percentage attend secondary school and beyond, that the level of educational skills, especially reading and writing, bears little relationship to the presumed length of schooling, and that the illiteracy rate among adults is frequently over 50% and in some places 80% or more,

Considering that over [500,000] children are involved and that this number must constantly be revised upwards on account of the high proportion of young people in gypsy and traveller communities, half of whom are under 16 years of age,

Considering that schooling, in particular by providing the means of adapting to a changing environment and achieving personal and professional autonomy, is a key factor in the cultural, social and economic future of gypsy and traveller communities,

1. Op. cit., pp. 274-75.

2. *Official Journal of the European Communities* C 153 of 21 June 1989, pp. 3 and 4.

that parents are aware of this fact and their desire for schooling for their children is increasing,

...”

7. How astonishing! In the twelve countries that formed the European Union in 1989 it is acknowledged that between 250,000 and 300,000 children had never attended school.

It is an inescapable fact that the trend since then has tended to confirm this diagnosis. There is nothing to suggest an improvement in the situation in this sphere, especially with the enlargement of the European Union. The population of the Roma community is estimated (by the same source) at 400,000 in Slovakia, 600,000 in Hungary, 750,000 in Bulgaria and 2,100,000 in Romania. In total, there are more than 4,000,000 Roma children in Europe, *approximately 2,000,000 of whom will, in all probability, never attend school in their lifetimes.*

8. I am determined to bring this terrible and largely concealed truth out into the open, as I consider it shameful that such a situation should exist in Europe in the twenty-first century. What has caused this alarming silence?

9. Statistical data on the former Czechoslovakia indicates that in 1960 some 30% of Roma had never attended school. This figure has fallen and was only 10% in 1970.

A numerical comparison of the Czech Republic data on the number of children born and the number attending school shows school-attendance levels attaining almost 100% twenty years later¹.

10. Nevertheless, in this sorry state of affairs, some people consider it necessary to focus criticism on the Czech Republic, one of the few countries in Europe where virtually all children, including Roma children, attend school.

Further, for the school year 1989/90 there were 7,957 teachers for 58,889 pupils and for the school year 1992/93 8,325 teachers for 48,394 pupils², that is to say *one teacher for every seven pupils.*

11. For years, European States have produced an often strange mix of achievements and projects which combine successes with failures. The problem concerns the education systems of many countries, not just the special schools³.

1. *Statistical Yearbook of the Czech Republic 1993*, Prague, 1993, pp. 88 and 302.

2. *Op. cit.*, Prague, 1993, p. 307.

3. In the public debate currently under way in France, it has been noted that “40% of pupils entering the first form do not have a basic education. At the end of the fourth form, 150,000 young people leave the system without mastering any subject (Editorial in *Le Figaro*, 4 September 2007). The same newspaper related in an article on 7 September 2007 that “according to the Education Board, 40% of primary-school pupils – 300,000 children in all – leave each year with severe failings or in great difficulty”.

The Czech Republic has chosen to develop a system that was introduced back in the 1920s (see paragraph 15 of the judgment), and to improve it while providing the following procedural safeguards for placements in special schools (see paragraphs 20-21):

- parental consent;
- recommendations of the educational psychology centres;
- a right of appeal;
- an opportunity to transfer back to an ordinary primary school from a special school.

In a way, the Czech Republic has thereby established an education system that is inegalitarian. However, this inegalitarianism has a positive aim: to get children to attend school in order to have a chance to succeed through positive discrimination in favour of a disadvantaged population.

Despite this, the majority feel compelled to say that it is not satisfied that the difference in treatment between Roma children and non-Roma children pursued the legitimate aim of adapting the education system to the needs of the former and that there existed a reasonable relationship of proportionality between the means used and the aim pursued (see paragraph 208 of the judgment).

No one has conveyed the following opinion better than Arthur Schopenhauer, who was the first to express it:

“This peculiar satisfaction in words contributes more than anything else to the perpetuation of errors. For, relying on the words and phrases received from his predecessors, each one confidently passes over obscurities and problems.”¹

12. I fully accept that, while much has been done to help certain categories of pupil acquire a basic knowledge, the situation regarding the education of Roma children in the Czech Republic is far from ideal and leaves room for improvement.

Nevertheless, a closer examination of the situation leads me to ask but one question: which country in Europe has done more, or indeed as much, in this sphere? To require more, to require an immediate and infallible solution, is to my mind asking too much, perhaps even the impossible, at least as far as the relevant period, which began just a few years after the fall of the communist regime, is concerned.

13. I consider it important both in the analyses and in all the assessments and conclusions for a distinction to be drawn between what is desirable and what one might term realistic, possible or simply feasible.

This rule should also apply to the sphere of law generally and in the instant case *in concreto*. According to the applicants, no measures were

1. A. Schopenhauer, *The World as Will and Representation (Volume II)*, this translation by E.F.J. Payne, Dover, New York, 1966, p. 145.

taken to enable Roma children to overcome their cultural and linguistic disadvantages in the tests (see paragraph 40).

However, this is but another excellent illustration of their lack of realism. It is, in my view, illusory to think that a situation that has obtained for decades, even centuries, can be changed from one day to the next by a few statutory provisions – unless the idea is to dispense with the tests altogether or to make them an irrelevance.

14. Nor should it be forgotten that every school system entails not only education but also a process of assessment, differentiation, competition and selection. This fact of life is currently the subject of a wide debate on the reform of the French education system. The President of the French Republic has in a letter of 4 September 2007 to the teaching professions introduced the notion of a selection procedure for entry to lower and higher secondary education:

“No one should go into the first form unless he has shown that he is able to follow lower secondary-school education. No one should enter the fifth form unless he has demonstrated his ability to follow an upper secondary-school education ...”¹

15. I find the conclusions reached by the majority (see paragraphs 205-10 of the judgment) somewhat contradictory. They note that difficulties exist in the education of Roma children not just in the Czech Republic but in other European States as well.

To describe *the total absence of a school education for half of Roma children* (see points 6 and 7 above) in a number of States as “difficulties” is an extraordinary euphemism. To explain this illogical approach, the majority note with satisfaction that, unlike some countries, the Czech Republic has chosen to tackle the problem (see paragraph 205 of the judgment).

The implication is that it is probably preferable and less risky to do nothing and to leave things as they are elsewhere, in other words to make no effort to confront the problems with which a large section of the Roma community is faced.

16. In my view, such abstract, theoretical reasoning renders the majority’s conclusions wholly unacceptable.

1. *Le Figaro*, 5 September 2007, p. 8.

DISSENTING OPINION OF JUDGE BORREGO BORREGO

(Translation)

1. I am somewhat saddened by the judgment in the present case.

2. In 2002 Judge Bonello said that he found it “*particularly disturbing that the Court, in over fifty years of pertinacious judicial scrutiny, has not, to date, found one single instance of violation of the right [guaranteed by Article 2 or Article 3] induced by the race ... of the victim*” (see *Anguelova v. Bulgaria*, no. 38361/97, ECHR 2002-IV, dissenting opinion). While I agree with Judge Bonello’s criticism that the absence, five years ago, of a single case of racial discrimination concerning the core Convention rights was disturbing, the judgment in the present case has now got the Court off to a flying start. The Grand Chamber has in this judgment behaved like a Formula One car, hurtling at high speed into the new and difficult terrain of education and, in so doing, has inevitably strayed far from the line normally followed by the Court.

3. In my opinion, the Second Section’s judgment of 17 February 2006 in the present case was sound and wise and a good example of the Court’s case-law. Regrettably, I cannot say the same of the Grand Chamber judgment. (The Chamber judgment is seventeen pages long, the Grand Chamber’s, seventy-eight pages, which just goes to show that the length of a judgment is no measure of its sagacity.)

I will focus on two points only.

4. The approach:

After noting the concerns of various organisations about the realities of the Roma’s situation, the Chamber stated: “*The Court points out, however, that its role is different from that of the aforementioned bodies and that, like the Czech Constitutional Court, it is not its task to assess the overall social context. Its sole task in the instant case is to examine the individual applications ...*” (§ 45).

5. Yet the Grand Chamber does the exact opposite. In contradiction with the role which all judicial bodies assume, the entire judgment is devoted to assessing the overall social context – from the first page (“historical background”) to the last paragraph, including a review of the “Council of Europe sources” (fourteen pages), “Community law and practice” (five pages), United Nations materials (seven pages) and “other sources” (three pages, which, curiously, with the exception of the reference to the European Monitoring Centre, are taken exclusively from the Anglo-American system, that is, the House of Lords and the United States Supreme Court). Thus, to cite but one example, the Court states at the start of paragraph 182: “*The Court notes that as a result of their turbulent history and constant uprooting the Roma have become a specific type of disadvantaged and vulnerable minority.*” Is it the Court’s role to be doing this?

6. Following this same line, which to my mind is not one appropriate for a court, the Grand Chamber stated in paragraph 209 after finding a discriminatory difference in treatment between Roma and non-Roma children: “... since it has been established that the relevant legislation ... had a disproportionately prejudicial effect on the Roma community, the Court considers that the applicants as members of that community necessarily suffered the same discriminatory treatment. Accordingly, it does not need to examine their individual cases.”

7. This, then, is the Court’s new role: to become a second ECRI (European Commission against Racism and Intolerance) and dispense with an examination of the individual applications, for example the situation of applicants nos. 9, 10, 11, 16 and 17, in complete contrast to the procedure followed by the Chamber in paragraphs 49 and 50 of its judgment.

8. At the hearing on 17 January 2007 the representatives (from London and New York) of the applicant children (from Ostrava) confined themselves in their oral submissions to an account of the discrimination which they say the Roma are subjected to in Europe.

9. None of the applicant children or the parents of those applicants who were still minors were present at the hearing. The individual circumstances of the applicants and their parents were forgotten. Since Rule 36 § 4 of the Rules of Court states that representatives act on behalf of the applicants, I put a very simple question to the two British and American representatives – had they met the minor applicants and/or their parents? And had they been to Ostrava? I did not receive an answer.

10. I still have the same impression: the hearing room of the Grand Chamber had become an ivory tower, divorced from the life and problems of the minor applicants and their parents, a place where those in attendance could display their superiority over the absentees.

11. The Roma parents and the education of their children:

On the subject of the children’s education, the Chamber judgment states: “[T]he Court notes that it was the parents’ responsibility, as part of their natural duty to ensure that their children receive an education ...” (at § 51). After an analysis of the facts the Chamber went on to hold that there had been no violation of Article 14 taken in conjunction with Article 2 of Protocol No. 1.

12. I consider the stance taken by the Grand Chamber with respect to the parents of the minor applicants to be extremely preoccupying and, since it concerned all the Roma parents, one that is quite frankly unacceptable. It represents a major deviation from the norm and reflects a sentiment of superiority that ought to be inconceivable in a court of human rights and strikes at the human dignity of the Roma parents.

13. The Grand Chamber begins by calling into question the capacity of Roma parents to perform their parental duty. The judgment states “the

Court is not satisfied that the parents of the Roma children, who were members of a disadvantaged community and often poorly educated, were capable of weighing up all the aspects of the situation and the consequences of giving their consent” (at paragraph 203). Such assertions are unduly harsh, superfluous and, above all, unwarranted.

14. The Grand Chamber then proceeds to compound its negative appraisal of the Roma parents: “[T]he Grand Chamber considers that, even assuming the conditions [for an informed consent] were satisfied, no waiver of the right not to be subjected to racial discrimination can be accepted, as it would be counter to an important public interest ...” (paragraph 204).

I find this particularly disquieting. The Grand Chamber asserts that *all* parents of Roma children, “even assuming” them to be capable of giving informed consent, are unable to choose their children’s school. Such a view can lead to the awful experiences with which we are only too familiar of children being “abducted” from their parents when the latter belong to a particular social group because certain “well intentioned” people feel constrained to impose their conception of life on all. An example of the sad human tradition of fighting racism through racism.

15. How cynical: the parents of the applicant minors are not qualified to bring up their children, even though they are qualified to sign an authority in favour of British and North American representatives whom they do not even know!

16. Clearly, I agree with the dissenting opinions expressed by my colleagues, whose views I wholly subscribe to.

17. Any departure by the European Court from its judicial role will lead it into a state of confusion and that can only have negative consequences for Europe. The deviation from the norm implicit in this judgment is substantial and the fact that all Roma parents are deemed unfit to educate their children is, in my view, insulting. I therefore take my place alongside the victims of that insult and declare: “*Jsem český Rom*” (I am a Czech Rom).

DISSENTING OPINION OF JUDGE ŠIKUTA

To my great regret, I cannot share the opinion of the majority, which has found that in the instant case there has been a violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 2 of Protocol No. 1. I wish to briefly explain my main reasons for not concurring.

I do agree that, in general terms, the situation of Roma in central and eastern Europe is very complex, not easy and simple, and requires efforts from all the key players involved, in particular the governments. This situation, however, has developed over hundreds of years and been influenced by various historical, political, economic, cultural and other factors. Governments have to play a proactive role in this process and are obliged therefore to adopt relevant measures and projects, with a view to reaching a satisfactory situation. The Roma issue should be seen from that perspective, as a living and continuously evolving issue.

The Court's case-law¹ clearly establishes that a difference in treatment of "persons in otherwise similar situations" does not constitute discrimination contrary to Article 14 where it has an objective and reasonable justification; that is, where it can be shown that it pursues "a legitimate aim" or there is "a reasonable relationship of proportionality" between the means employed and the aim sought to be realised. The validity of the justification must be assessed by reference to the aim and effects of the measures under consideration, regard being had to the principles that apply in democratic societies.

In assessing whether and to what extent differences in "otherwise similar situations" justify different treatment, the Court has allowed the Contracting States a certain margin of appreciation². The fact that the Government chose to fulfil the task of providing all children with compulsory education through the establishment of special schools was fully within the scope of their margin of appreciation.

The special schools were introduced for children with special learning difficulties and special learning needs as a way of fulfilling the government's task of securing to all children a basic education, which was fully compulsory. The introduction of special schools should be seen as another step in the above-mentioned process, whose ultimate aim was to reach a satisfactory, or at least an improved, educational situation. The introduction of special schooling, though not a perfect solution, should be seen as positive action on the part of the State to help children with special educational needs to overcome their different level of preparedness to attend an ordinary school and to follow the ordinary curriculum.

1. See, for example, *Willis v. the United Kingdom*, no. 36042/97, § 48, ECHR 2002-IV.

2. *Gaygusuz v. Austria*, 16 September 1996, § 42, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-IV.

It can therefore be seen that, in general, there existed objective and reasonable justification for treating children placed in special schools differently from those placed in ordinary schools, on the basis of objective results in the psychological tests, administered by qualified professionals, who were able to select suitable methods. I do agree that the treatment of the children attending ordinary schools on the one hand and of those attending special schools on the other was different. But, at the same time, both types of school, ordinary and special, were accessible and also *de facto* attended, at the material time, by both categories of children – Roma and non-Roma.

The only decisive criterion, therefore, for determining which child would be recommended to which type of school was the outcome of the psychological test, a test designed by experts, qualified professionals, whose professionalism none of the parties disputed. The difference in treatment of the children attending either type of school (ordinary or special) was simply determined by the different level of intellectual capacity of the children concerned and by their different level of preparedness and readiness to successfully follow all the requirements imposed by the existing school system represented by the ordinary schools.

Therefore, isolated statistical evidence, especially when from a particular region of the country, does not by itself enable one to conclude that the placement of the applicants in special schools was the result of racial prejudice, because, by way of example, special schools were attended by both Roma and, at the same time, non-Roma children. Statistics are not by themselves sufficient to disclose a practice which could be classified as discriminatory (see *Hugh Jordan v. the United Kingdom*, no. 24746/94, § 154, 4 May 2001). The fact that ordinary schools were attended by Roma children as well proves only that there existed other selection criteria than race or ethnic origin. Also, the fact that some of the applicants were transferred to ordinary schools proves that the situation was not irreversible.

It should also be noted that the parents of the children placed in the special schools agreed to their placement and some of them actually asked the competent authorities to place their children there. Such positive action on the part of the applicants' parents only serves to show that they were sufficiently and adequately informed about the existence of such schools and about their role in the schooling system. I have no doubt that, in general, a professional will be more competent to take a decision on the education of a minor child than its parents. Be that as it may, had there been any doubt that a decision of the parents to place their children in a special school was not "in the best interest of the child", the Child Care Department of the Ostrava Welfare Office, which had the power and duty to bring such cases to the Juvenile Court to assess the best interest of the child, could have intervened. But that was not the case, as

neither the Welfare Office, nor the applicants' parents, turned to the Juvenile Court, which was competent to deal with this issue.

Having said all this, I have come to the conclusion that the *difference in treatment was* between children attending ordinary schools on the one hand and children attending special schools on the other, regardless of whether they were of Roma or non-Roma origin. Such difference in treatment had an objective and reasonable justification and pursued a legitimate aim – providing all children with compulsory education.

However, I have also come to the conclusion that *there was no difference in treatment* between children attending the same special school, which children (Roma and non-Roma) are to be considered as “*persons in otherwise similar situations*”. I found no legal or factual ground in the instant case for the conclusion that Roma children attending special school were treated less favourably than non-Roma children attending the same special school. It is not acceptable to conclude that only Roma children attending special schools were discriminated against in comparison to non-Roma children (or all children) attending ordinary schools, since these two groups of children are not “persons in [an] otherwise similar situation”. It is also not acceptable to conclude this because both “groups” had the same conditions of access and attended both types of school: non-Roma children were attending special schools and, at the same time, Roma children were attending ordinary schools solely on the basis of the results achieved by passing the psychological test, which test was the same for all children regardless of their race.

Based on the above, I do not share the opinion that the applicants, because of their membership of the Roma community, were subjected to discriminatory treatment by their placement in special schools.

ANNEX

LIST OF THE APPLICANTS

1. Ms D.H. is a Czech national of Roma origin who was born in 1989 and lives in Ostrava-Přívovz;
2. Ms S.H. is a Czech national of Roma origin who was born in 1991 and lives in Ostrava-Přívovz;
3. Mr L.B. is a Czech national of Roma origin who was born in 1985 and lives in Ostrava-Fifejdy;
4. Mr M.P. is a Czech national of Roma origin who was born in 1991 and lives in Ostrava-Přívovz;
5. Mr J.M. is a Czech national of Roma origin who was born in 1988 and lives in Ostrava-Radvanice;
6. Ms N.P. is a Czech national of Roma origin who was born in 1989 and lives in Ostrava;
7. Ms D.B. is a Czech national of Roma origin who was born in 1988 and lives in Ostrava-Heřmanice;
8. Ms A.B. is a Czech national of Roma origin who was born in 1989 and lives in Ostrava-Heřmanice;
9. Mr R.S. is a Czech national of Roma origin who was born in 1985 and lives in Ostrava-Kunčičky;
10. Ms K.R. is a Czech national of Roma origin who was born in 1989 and lives in Ostrava-Mariánské Hory;
11. Ms Z.V. is a Czech national of Roma origin who was born in 1990 and lives in Ostrava-Hrušov;
12. Ms H.K. is a Czech national of Roma origin who was born in 1990 and lives in Ostrava-Vítkovice;
13. Mr P.D. is a Czech national of Roma origin who was born in 1991 and lives in Ostrava;
14. Ms M.P. is a Czech national of Roma origin who was born in 1990 and lives in Ostrava-Hrušov;
15. Ms D.M. is a Czech national of Roma origin who was born in 1991 and lives in Ostrava-Hrušov;
16. Ms M.B. is a Czech national of Roma origin who was born in 1991 and lives in Ostrava I;
17. Ms K.D. is a Czech national of Roma origin who was born in 1991 and lives in Ostrava-Hrušov;
18. Ms V.Š. is a Czech national of Roma origin who was born in 1990 and lives in Ostrava-Vítkovice.

D.H. ET AUTRES c. RÉPUBLIQUE TCHÈQUE
(*Requête n° 57325/00*)

GRANDE CHAMBRE

ARRÊT DU 13 NOVEMBRE 2007¹

1. Arrêt rendu par la Grande Chambre à la suite du renvoi de l'affaire en application de l'article 43 de la Convention.

SOMMAIRE¹**Placement d'enfants roms dans des écoles spéciales****Article 14 de la Convention combiné avec l'article 2 du Protocole n° 1**

Discrimination – Droit à l'instruction – Placement d'enfants roms dans des écoles spéciales – Minorité défavorisée ayant besoin d'une protection spéciale – Nombre démesurément élevé d'enfants roms dans les écoles spéciales – Présomption de discrimination indirecte – Absence de justification objective et raisonnable – Possibilité pour des parents de renoncer au droit consacré par la Convention se heurtant à un intérêt public – Absence de garanties suffisantes dans le processus de scolarisation – Programme scolaire d'un niveau inférieur à celui d'une école ordinaire – Isolement par rapport à la population majoritaire

Article 46

Exécution de l'arrêt – Mesures générales – Abrogation de la législation incriminée constituant une mesure suffisante – Non-lieu à réserver la question

*
* *

Les requérants sont dix-huit ressortissants tchèques d'origine rom. Entre 1996 et 1999, alors mineurs, ils furent placés dans des écoles spéciales destinées aux enfants présentant des déficiences mentales et ne pouvant pas suivre un cursus scolaire ordinaire. Selon la loi sur les écoles alors applicable, l'orientation vers un tel établissement était décidée par le directeur de l'école, sur la base des résultats d'un test des capacités intellectuelles de l'enfant effectué dans un centre d'orientation psychopédagogique, avec le consentement du représentant légal de l'enfant. Il ressort du dossier que les parents des requérants avaient consenti au placement de leurs enfants dans une école spéciale, voire l'avaient expressément demandé. Le placement avait été ensuite décidé par les directeurs des écoles concernées, qui se référaient aux recommandations émanant des centres de conseil psychopédagogique dans lesquels les requérants avaient subi des tests psychologiques. Les décisions écrites furent notifiées aux parents des requérants. Elles contenaient une instruction sur la possibilité de faire appel, dont aucun des intéressés ne se prévalut.

Contestant la fiabilité des tests effectués et estimant que leurs parents n'avaient pas été suffisamment informés des conséquences de leur consentement, quatorze des requérants demandèrent à l'office des écoles de réexaminer, en dehors de la procédure d'appel, les décisions administratives relatives à leur placement dans des écoles spéciales. L'office estima que les décisions attaquées étaient conformes à la législation.

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

Parallèlement, douze des requérants saisirent la Cour constitutionnelle. Ils se plaignaient notamment, sur le terrain des articles 3 et 14 de la Convention et de l'article 2 du Protocole n° 1, d'être soumis à une discrimination *de facto* découlant du fonctionnement général du système d'éducation spéciale et de ne pas avoir été suffisamment informés des conséquences de leur placement dans des écoles spéciales. Ils soutenaient que leur placement dans ces établissements s'analysait en une pratique générale entraînant une ségrégation et une discrimination raciales du fait de la coexistence de deux systèmes scolaires autonomes, à savoir des écoles spéciales pour les Roms et des écoles primaires « normales » pour la population majoritaire. La Cour constitutionnelle rejeta les recours, en partie en raison de son incompétence et en partie pour défaut manifeste de fondement.

1. Rejet de l'exception préliminaire de non-épuisement des voies de recours internes: le Gouvernement reproche aux requérants de ne pas avoir exercé deux recours internes. La Cour constitutionnelle tchèque a décidé de ne pas tenir compte de ce manquement. Il serait donc trop formaliste d'exiger des requérants qu'ils usent d'un recours que même la juridiction suprême du pays ne les obligeait pas à exercer.

2. Article 14 de la Convention combiné avec l'article 2 du Protocole n° 1: une chambre de la Cour a conclu, par six voix contre une, à la non-violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 2 du Protocole n° 1. Elle a estimé que le gouvernement tchèque avait prouvé que le système des écoles spéciales n'était pas conçu pour accueillir uniquement des enfants roms et qu'au sein de ces établissements de multiples efforts étaient déployés pour aider certaines catégories d'élèves à acquérir des connaissances de base. La chambre a observé que la réglementation relative aux modalités de placement des enfants dans des écoles spéciales n'avait pas trait à l'origine ethnique des élèves, mais poursuivait le but légitime de l'adaptation du système d'éducation aux besoins, aptitudes ou déficiences des enfants.

La Grande Chambre observe tout d'abord que, du fait de leurs vicissitudes et de leur perpétuel déracinement, les Roms constituent une minorité défavorisée et vulnérable, qui a un caractère particulier. Ils ont dès lors besoin d'une protection spéciale, qui s'étend également au domaine de l'éducation.

a) *Sur l'existence d'une présomption de discrimination indirecte*: les requérants allèguent avoir subi, sans justification objective et raisonnable, un traitement moins favorable que celui réservé aux non-Roms se trouvant dans une situation comparable, du fait de leur placement dans des écoles spéciales, et soutiennent que cette situation relève d'une discrimination « indirecte ». Ils présentent à cet égard des données statistiques, établies à partir des informations fournies par les directeurs d'école. Il en ressort qu'à l'époque plus de la moitié des élèves placés dans les écoles spéciales de la ville étaient roms; les Roms ne représentaient en revanche que 2,26 % du total des élèves des écoles primaires de la même ville.

La Grande Chambre admet que, en l'absence d'informations nationales officielles sur l'origine ethnique des élèves, les statistiques présentées par les requérants peuvent ne pas être entièrement fiables. A ses yeux, ces chiffres révèlent néanmoins la tendance prédominante, confirmée tant par l'Etat défendeur que par des organes de contrôle indépendants. En effet, selon les rapports soumis conformément à la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales

du Conseil de l'Europe, les autorités tchèques ont admis, en 1999, que certaines écoles spéciales comptaient de 80 % à 90 % d'enfants roms et, en 2004, qu'un «grand nombre» d'enfants roms continuaient à être orientés vers les écoles spéciales. Par ailleurs, il ressort notamment d'un rapport de la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI) publié en 2000 que les enfants roms étaient «très largement surreprésentés» dans les écoles spéciales. Même si le pourcentage exact des enfants roms placés à l'époque des faits dans des écoles spéciales reste difficile à établir, leur nombre était démesurément élevé et ces écoles spéciales comptaient majoritairement des enfants roms. En dépit de sa neutralité, la loi en cause a donc, *de facto*, eu des répercussions beaucoup plus importantes sur les enfants roms que sur les enfants non roms. Dans ces conditions, les éléments de preuve présentés par les requérants peuvent être considérés comme suffisamment fiables et révélateurs pour faire naître une forte présomption de discrimination indirecte, laquelle dans ce domaine notamment n'exige pas de prouver une intention des autorités de discriminer. Il appartient donc au Gouvernement de démontrer que cette différence d'effet de la législation était le résultat de facteurs objectifs qui n'étaient pas liés à l'origine ethnique.

b) Sur l'existence d'une justification objective et raisonnable : la Cour reconnaît que, en maintenant le système des écoles spéciales, la République tchèque cherchait à trouver une solution pour les enfants ayant des besoins éducatifs spécifiques. Elle partage toutefois les préoccupations des autres organes du Conseil de l'Europe qui ont exprimé leurs inquiétudes quant au programme de niveau inférieur suivi par ces écoles et, en particulier, quant à la ségrégation engendrée par ce système. En ce qui concerne les tests d'évaluation que les enfants ont subis, elle constate que tous les enfants examinés, indépendamment de leur origine ethnique, ont été soumis aux mêmes tests. Les autorités tchèques ont elles-mêmes reconnu, en 1999, que «les enfants roms doués d'une intelligence moyenne ou supérieure à la moyenne» étaient souvent admis dans des écoles spéciales à la suite de tests psychologiques et que ces tests étaient conçus pour la population majoritaire et ne tenaient pas compte des particularités des Roms. En outre, plusieurs organismes indépendants du Conseil de l'Europe (le comité consultatif de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales, l'ECRI et le Commissaire aux droits de l'homme) ont exprimé des doutes sur le caractère adéquat desdits tests. La Cour estime qu'il existe un risque que les tests soient entachés de préjugés et que leurs résultats ne soient pas lus à la lumière des particularités et des caractéristiques spécifiques des enfants roms qui les subissent. Dans ces conditions, les résultats ne sauraient servir de justification à la différence de traitement litigieuse.

Quant au consentement parental, élément décisif selon le gouvernement tchèque, la Cour n'est pas convaincue que les parents des enfants roms, en tant que membres d'une communauté défavorisée et souvent sans instruction, fussent capables d'évaluer tous les aspects de la situation et les conséquences de leur consentement au placement dans une école spéciale. Eu égard à l'importance fondamentale de la prohibition de la discrimination raciale, la Grande Chambre considère que, à supposer même que les conditions d'une renonciation à un droit garanti par la Convention fussent réunies, l'on ne saurait admettre la possibilité de renoncer au droit de ne pas faire l'objet d'une telle discrimination.

En conclusion, il existe des difficultés liées à la scolarisation des enfants roms non seulement en République tchèque mais aussi dans d'autres Etats européens. A la différence de certains pays, la République tchèque a choisi de s'attaquer à ce problème. Cependant, le processus de scolarisation des enfants roms n'a pas été entouré de garanties permettant de s'assurer que, dans l'exercice de sa marge d'appréciation en matière d'éducation, l'Etat a tenu compte des besoins spécifiques de ces enfants découlant de leur position défavorisée. De plus, à l'issue de ce processus, les requérants ont été placés dans des écoles destinées à des enfants souffrant d'un handicap mental, dont le programme était d'un niveau inférieur à celui des écoles ordinaires, et dans lesquelles ils se trouvaient isolés de la population majoritaire. Ils ont par conséquent reçu une éducation qui a accentué leurs difficultés et compromis leur développement personnel ultérieur, au lieu de s'attaquer à leurs vrais problèmes, de les aider à intégrer plus tard les écoles ordinaires et à développer les capacités facilitant leur vie au sein de la population majoritaire.

Dans ces conditions, tout en reconnaissant les efforts fournis par les autorités tchèques en vue de scolariser les enfants roms, et les difficultés qu'elles ont rencontrées, la Cour n'est pas convaincue que la différence de traitement ayant existé entre les enfants roms et les enfants non roms reposât sur une justification objective et raisonnable et qu'il existât un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but à atteindre. Dès lors qu'il a été établi que l'application de la législation tchèque pertinente avait à l'époque des faits des effets préjudiciables disproportionnés sur la communauté rom, les requérants en tant que membres de cette communauté ont nécessairement subi le même traitement discriminatoire.

Conclusion : violation (treize voix contre quatre).

Articles 41 et 46: la Cour alloue à chacun des requérants une indemnité pour dommage moral et, conjointement à l'ensemble des requérants, une somme pour frais et dépens. En outre, les requérants estiment qu'il y a lieu d'adopter des mesures générales au niveau national pour éliminer les obstacles à l'exercice de leurs droits par de nombreuses personnes touchées par la situation en question, ou pour leur offrir un redressement approprié. La législation incriminée a en l'espèce été abrogée et le Comité des Ministres a récemment adressé aux Etats membres des recommandations sur l'éducation des enfants roms/tsiganes en Europe. En conséquence, la Cour n'estime pas approprié de réserver la question.

Jurisprudence citée par la Cour

Affaire «relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique» c. Belgique (fond), 23 juillet 1968, série A n° 6

Deweer c. Belgique, 27 février 1980, série A n° 35

Pfeifer et Plankl c. Autriche, 25 février 1992, série A n° 227

Buckley c. Royaume-Uni, 25 septembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-IV

Valsamis c. Grèce, 18 décembre 1996, *Recueil* 1996-VI

Larkos c. Chypre [GC], n° 29515/95, CEDH 1999-I

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

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

Thlimmenos c. Grèce [GC], n° 34369/97, CEDH 2000-IV

İlhan c. Turquie [GC], n° 22277/93, CEDH 2000-VII
Salman c. Turquie [GC], n° 21986/93, CEDH 2000-VII
Chapman c. Royaume-Uni [GC], n° 27238/95, CEDH 2001-I
Hugh Jordan c. Royaume-Uni, n° 24746/94, 4 mai 2001
K. et T. c. Finlande [GC], n° 25702/94, CEDH 2001-VII
Willis c. Royaume-Uni, n° 36042/97, CEDH 2002-IV
Anguelova c. Bulgarie, n° 38361/97, CEDH 2002-IV
Aktaş c. Turquie, n° 24351/94, CEDH 2003-V
Connors c. Royaume-Uni, n° 66746/01, 27 mai 2004
Hoogendijk c. Pays-Bas (déc.), n° 58641/00, 6 janvier 2005
Natchova et autres c. Bulgarie [GC], n^{os} 43577/98 et 43579/98, CEDH 2005-VII
Okpisz c. Allemagne, n° 59140/00, 25 octobre 2005
Leyla Şahin c. Turquie [GC], n° 44774/98, CEDH 2005-XI
Timichev c. Russie, n^{os} 55762/00 et 55974/00, CEDH 2005-XII
Stec et autres c. Royaume-Uni [GC], n° 65731/01, CEDH 2006-VI
Zarb Adami c. Malte, n° 17209/02, CEDH 2006-VIII
Hermi c. Italie [GC], n° 18114/02, CEDH 2006-XII
Üner c. Pays-Bas [GC], n° 46410/99, CEDH 2006-XII

En l'affaire D.H. et autres c. République tchèque,

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

Nicolas Bratza, *président*,
Boštjan M. Zupančič,
Rıza Türmen,
Karel Jungwiert,
Josep Casadevall,
Margarita Tsatsa-Nikolovska,
Kristaq Traja,
Vladimiro Zagrebelsky,
Elisabeth Steiner,
Javier Borrego Borrego,
Alvina Gyulumyan,
Khanlar Hajiyev,
Dean Spielmann,
Sverre Erik Jebens,
Ján Šikuta,
Ineta Ziemele,
Mark Villiger, *juges*,

et de Michael O'Boyle, *greffier adjoint*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 17 janvier 2007 et 19 septembre 2007,

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

PROCÉDURE

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 57325/00) dirigée contre la République tchèque et dont dix-huit ressortissants de cet Etat («les requérants» – leurs coordonnées figurent en annexe) ont saisi la Cour le 18 avril 2000 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales («la Convention»).

2. Les requérants ont été représentés devant la Cour par le Centre européen pour les droits des Roms sis à Budapest, par Lord Lester of Herne Hill *QC*, avocat, par M^e J. Goldston, membre du barreau de New York, et par M^e D. Strupek, avocat au barreau tchèque. Le gouvernement tchèque («le Gouvernement») a été représenté par son agent, M. V.A. Schorm.

3. Les requérants alléguaient en particulier avoir subi une discrimination dans la jouissance de leur droit à l'instruction en raison de leur race ou de leur origine ethnique.

4. La requête a été attribuée à la deuxième section de la Cour (article 52 § 1 du règlement). Au sein de celle-ci, la chambre chargée

d'examiner l'affaire (article 27 § 1 de la Convention) a été constituée conformément à l'article 26 § 1 du règlement.

5. Le 1^{er} mars 2005, après une audience portant à la fois sur les questions de recevabilité et sur celles de fond (article 54 § 3 du règlement), la requête a été déclarée partiellement recevable par ladite chambre.

6. Le 7 février 2006, la chambre, composée de Jean-Paul Costa, président, András Baka, Ireneu Cabral Barreto, Karel Jungwiert, Volodymyr Butkevych, Antonella Mularoni et Danutė Jočienė, juges, ainsi que de Sally Dollé, greffière de section, a rendu son arrêt concluant, par six voix contre une, à la non-violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 2 du Protocole n° 1.

7. Le 5 mai 2006, les requérants ont sollicité le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre en vertu de l'article 43 de la Convention. Le 3 juillet 2006, un collège de la Grande Chambre a fait droit à cette demande.

8. La composition de la Grande Chambre a été arrêtée conformément aux articles 27 §§ 2 et 3 de la Convention et 24 du règlement. Lors des délibérations finales, Kristaq Traja et Josep Casadevall, suppléants, ont remplacé Christos Rozakis et Peer Lorenzen, empêchés (article 24 § 3 du règlement).

9. Tant les requérants que le Gouvernement ont déposé un mémoire sur le fond de l'affaire. Des observations ont également été reçues des organisations non gouvernementales International Step by Step Association, Roma Education Fund et European Early Childhood Education Research Association, Interights et Human Rights Watch, Minority Rights Group International, European Network Against Racism et European Roma Information Office, ainsi que de la Fédération internationale des ligues des droits de l'homme. Le président les avait toutes autorisées à intervenir dans la procédure écrite (articles 36 § 2 de la Convention et 44 § 2 du règlement). Le Gouvernement a répondu à ces commentaires (article 44 § 5 du règlement).

10. Une audience s'est déroulée en public au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 17 janvier 2007 (article 59 § 3 du règlement).

Ont comparu :

– *pour le Gouvernement*

M. V.A. SCHORM,

agent,

M^{mes} M. KOPSOVÁ,

Z. KAPROVÁ,

J. ZAPLETALOVÁ,

MM. R. BARINKA,

P. KONŮPKA,

conseils ;

– *pour les requérants*

Lord LESTER OF HERNE HILL *QC*, avocat,

M^{es} J. GOLDSTON, avocat,

D. STRUPEK, avocat,

conseils.

La Cour a entendu en leurs déclarations Lord Lester of Herne Hill, M^c Goldston et M^c Strupek, ainsi que M. Schorm.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

11. Des renseignements concernant l'identité et le lieu de résidence des requérants figurent en annexe.

A. Le contexte historique

12. D'après les documents disponibles sur le site Internet de la division des Roms et des Gens du voyage du Conseil de l'Europe, les Roms sont originaires des régions situées entre le Nord-Ouest de l'Inde et le plateau iranien. Les premières traces écrites de leur arrivée en Europe remontent au XIV^e siècle. Aujourd'hui, on compte de huit à dix millions de Roms en Europe. Ils sont présents dans la quasi-totalité des Etats membres du Conseil de l'Europe ; dans certains pays d'Europe centrale et orientale, ils représentent plus de 5 % de la population. Ils parlent pour la plupart le romani, langue indo-européenne comprise par une très grande partie des Roms d'Europe, en dépit de ses nombreuses variantes. En général, les Roms parlent aussi la langue dominante de la région dans laquelle ils vivent, voire plusieurs langues.

13. Même s'ils sont présents en Europe depuis le XIV^e siècle, les Roms ne sont bien souvent pas reconnus par les sociétés majoritaires comme un peuple européen à part entière. Ils ont souffert, tout au long de leur histoire, de rejet et de persécutions, qui culminèrent avec la tentative d'extermination perpétrée par les nazis, lesquels considéraient les Roms comme une race inférieure. Ce rejet séculaire a aujourd'hui pour résultat que les Roms vivent bien souvent dans des conditions très difficiles, fréquemment en marge des sociétés des pays dans lesquels ils se sont installés et que leur participation à la vie publique est extrêmement limitée.

14. En République tchèque, les Roms bénéficient du statut de minorité nationale, ce qui leur confère des droits spécifiques propres aux minorités nationales. C'est le Conseil chargé des minorités nationales, organe consultatif du gouvernement tchèque sans compétence exécutive,

qui a pour tâche de défendre les intérêts des minorités nationales et donc ceux de la minorité rom.

Quant au nombre actuel de Roms en République tchèque, il existe un décalage entre les statistiques officielles basées sur le recensement et les estimations. Selon ces dernières, disponibles sur le site Internet du Conseil du gouvernement tchèque chargé des minorités nationales, on compterait aujourd'hui de 150 000 à 300 000 personnes appartenant à la minorité rom.

B. Les écoles spéciales

15. D'après les informations fournies par le gouvernement tchèque, les écoles spéciales (*zvláštní školy*) furent créées après la Première Guerre mondiale pour les enfants ayant besoin d'une attention particulière, dont les enfants ayant un handicap mental mais aussi social. Le nombre d'élèves placés dans ces écoles est allé croissant (passant de 23 000 en 1960 à 59 301 en 1988). Etant donné les exigences des écoles primaires (*základní školy*) et la sélection qui en résultait, la plupart des enfants roms fréquentaient avant 1989 les écoles spéciales.

16. D'après la loi n° 29/1984 sur les écoles, applicable dans la présente affaire, les écoles spéciales constituaient une catégorie d'écoles spécialisées (*speciální školy*) et étaient destinées aux enfants présentant des déficiences mentales, qui ne pouvaient pas être formés dans des écoles primaires «ordinaires» ou spécialisées. En vertu de ladite loi, l'orientation vers un tel établissement était décidée par le directeur de l'école, sur la base des résultats d'un test des capacités intellectuelles de l'enfant effectué dans un centre de conseil psychopédagogique, et sous réserve du consentement du représentant légal de l'enfant.

17. A la suite du passage à l'économie de marché dans les années 1990, le système des écoles spéciales en République tchèque connut de nombreux changements, qui eurent des répercussions également sur l'éducation des élèves roms. En 1995, le ministère de l'Éducation élabora une instruction prévoyant des cours complémentaires pour les élèves ayant terminé leur scolarité obligatoire dans une école spéciale. Depuis l'année scolaire 1996/1997, des classes préparatoires, destinées aux enfants provenant d'un milieu social défavorisé, sont ouvertes auprès des écoles maternelles, primaires et spéciales. En 1998, le ministère de l'Éducation approuva un programme éducatif alternatif pour les élèves d'origine rom placés dans les écoles spéciales. Des assistants d'enseignement roms furent également affectés à des écoles primaires et spéciales afin de seconder les enseignants et de faciliter leur communication avec les familles. En vertu de l'amendement n° 19/2000 à la loi sur les écoles, entré en vigueur le 18 février 2000, les élèves ayant

accompli leur scolarité obligatoire dans une école spéciale pouvaient aussi être admis à étudier dans les établissements d'enseignement secondaire, sous réserve de satisfaire aux conditions d'admission prévues pour la formation choisie.

18. Selon les données fournies par les requérants et ressortant des réponses aux questionnaires adressés en 1999 aux directeurs des écoles spéciales (au nombre de huit) et primaires (au nombre de soixante-neuf) de la ville d'Ostrava, le nombre total des élèves placés dans les écoles spéciales à Ostrava s'élevait à 1 360, dont 762 (à savoir 56 %) étaient roms. En revanche, les Roms ne représentaient que 2,26 % du nombre total des 33 372 élèves fréquentant les écoles primaires d'Ostrava. De plus, alors que seulement 1,8 % des élèves non roms étaient inscrits dans les écoles spéciales, le pourcentage des Roms d'Ostrava orientés vers ces écoles s'élevait à 50,3 %. Ainsi, un enfant rom à Ostrava aurait eu 27 fois plus de chances de se retrouver dans une école spéciale qu'un enfant non rom.

D'après les données recueillies par l'Observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes (désormais l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne), plus de la moitié des enfants roms en République tchèque fréquentent des écoles spéciales.

Le comité consultatif de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales observe dans son rapport du 26 octobre 2005 que, selon des estimations non officielles, les Roms représentent jusqu'à 70 % des élèves inscrits dans les écoles spéciales.

Enfin, d'après une comparaison de données recueillies par l'OCDE en 1999 concernant quinze pays, parmi lesquels des pays européens, asiatiques et nord-américains (comparaison citée dans les observations présentées par International Step by Step Association, Roma Education Fund et European Early Childhood Education Research Association)¹, la République tchèque se serait classée au deuxième rang pour le placement, dans les écoles spéciales, des enfants présentant des déficiences organiques et au troisième pour la scolarisation, dans des établissements spéciaux, des enfants ayant des difficultés d'apprentissage. Par ailleurs, parmi les huit pays ayant fourni des informations sur la scolarisation des enfants dont les difficultés trouvent leur source dans des facteurs sociaux, la République tchèque serait la seule à avoir recours à des écoles spéciales; les autres pays s'en remettraient presque exclusivement aux écoles ordinaires pour l'éducation de ces enfants.

1. P. Evans (2004), *Educating students with special needs: A comparison of inclusion practices in OECD countries*, *Education Canada* 44 (1): 32-35.

C. Les faits de l'espèce

19. Entre 1996 et 1999, les requérants furent inscrits dans des écoles spéciales à Ostrava, directement ou après un certain temps passé dans des établissements d'enseignement primaire.

20. Il ressort du dossier que les parents des requérants avaient consenti à l'orientation de leurs enfants vers une école spéciale, voire avaient expressément demandé une telle mesure. Le consentement avait été exprimé par l'apposition d'une signature sur un formulaire prérempli. Dans le cas des requérants mentionnés sous les numéros 12 et 16, les dates figurant sur les formulaires sont postérieures à celles des décisions par lesquelles les intéressés furent placés dans les écoles spéciales; dans les deux cas, cette date est corrigée au crayon, une fois avec une note de l'institutrice invoquant une erreur de frappe.

Le placement fut ensuite décidé par les directeurs des écoles spéciales concernées, qui se référaient aux recommandations émanant des centres de conseil psychopédagogique dans lesquels les requérants avaient subi des tests psychologiques. Les dossiers scolaires contiennent un rapport dudit examen, avec les résultats des tests commentés par l'examineur, des dessins faits par les intéressés et, dans plusieurs cas, un questionnaire destiné aux parents.

Les décisions écrites sur ledit placement furent notifiées aux parents des requérants. Elles contenaient une instruction sur la possibilité de faire appel, dont aucun des intéressés ne se prévalut.

21. Par ailleurs, le 29 juin 1999, les requérants reçurent une lettre des autorités scolaires les informant des possibilités de passer d'une école spéciale à une école primaire. Il semble que quatre d'entre eux (mentionnés en annexe sous les numéros 5, 6, 11 et 16) aient réussi les tests d'aptitude et fréquenté ensuite des écoles ordinaires.

22. Dans la procédure portant sur les recours ci-après, les requérants furent représentés par un avocat agissant en vertu d'une procuration signée par leurs parents.

1. Le recours en réexamen en dehors de la procédure d'appel

23. Le 15 juin 1999, les requérants, à l'exception de ceux mentionnés en annexe sous les numéros 1, 2, 10 et 12, adressèrent à l'office des écoles (*Školský úřad*) d'Ostrava une demande tendant à un réexamen, en dehors de la procédure d'appel (*přezkoumání mimo odvolací řízení*), des décisions administratives relatives à leur placement dans des écoles spéciales. Ils soutenaient que leurs capacités intellectuelles n'avaient pas été testées de façon fiable et que leurs représentants n'avaient pas été suffisamment informés des conséquences de leur consentement au placement dans des écoles spéciales; ils demandaient donc l'annulation des décisions attaquées, alléguant que celles-ci n'avaient pas satisfait aux

exigences de la loi et portaient atteinte à leur droit à l'instruction sans discrimination.

24. Le 10 septembre 1999, l'office des écoles fit savoir aux requérants que, les décisions attaquées étant conformes à la législation, les conditions pour entamer une procédure en dehors de l'instance d'appel n'étaient pas réunies en l'espèce.

2. *Le recours constitutionnel*

25. Le 15 juin 1999, les requérants mentionnés en annexe sous les numéros 1 à 12 introduisirent un recours constitutionnel. Ils se plaignaient notamment d'être soumis à une discrimination *de facto* découlant du fonctionnement général du système d'éducation spéciale ; à cet égard, ils invoquaient entre autres les articles 3 et 14 de la Convention et l'article 2 du Protocole n° 1. Tout en admettant ne pas avoir interjeté appel contre les décisions relatives à leur placement dans des écoles spéciales, les requérants alléguaient ne pas avoir été suffisamment informés des conséquences d'un tel placement et soutenaient (quant à la condition de l'épuisement des voies de recours) qu'il s'agissait en l'espèce d'une situation de violation continue et que l'enjeu du recours dépassait largement leurs intérêts propres.

Dans leur recours, les requérants soulignaient que leur placement dans des écoles spéciales avait été effectué conformément à une pratique établie quant à l'application des dispositions légales pertinentes, qui avait selon eux pour conséquence une ségrégation et une discrimination raciales *de facto* se traduisant par l'existence de deux systèmes scolaires autonomes pour les membres de différents groupes raciaux, à savoir les écoles spéciales pour les Roms et les écoles primaires « ordinaires » pour la population majoritaire. Les intéressés soutenaient que cette différence de traitement ne reposait sur aucune justification objective et raisonnable, constituait un traitement dégradant, et les privait du droit à l'instruction (du fait du plus faible niveau du programme suivi dans les écoles spéciales, et de l'impossibilité de retourner dans une école primaire et de poursuivre des études secondaires autrement que dans un centre d'apprentissage). Se considérant victimes d'un déficit d'éducation et d'une atteinte à la dignité, les requérants demandaient à la Cour constitutionnelle (*Ústavní soud*) de constater la violation des droits invoqués par eux, d'annuler les décisions relatives à leur placement dans des écoles spéciales, d'interdire aux défendeurs (écoles spéciales en cause, office des écoles d'Ostrava et ministère de l'Éducation) de continuer à violer leurs droits, et de leur ordonner de rétablir le *statu quo ante* en offrant aux enfants concernés une formation compensatoire.

26. Dans les mémoires qu'elles déposèrent à la Cour constitutionnelle, les écoles spéciales en question soulignaient que tous les requérants

avaient été inscrits sur la base de la recommandation d'un centre de conseil psychopédagogique et avec le consentement de leurs représentants, et que ces derniers s'étaient dûment notifiés les décisions correspondantes, dont aucun n'avait fait appel. Selon ces écoles, les représentants des requérants avaient été informés des différences entre le programme des écoles spéciales et celui des écoles primaires, et l'appréciation des élèves (en vue d'un éventuel passage dans une école primaire) faisait l'objet de réunions pédagogiques régulières. Il était noté par ailleurs que certains requérants (à savoir ceux mentionnés en annexe sous les numéros 5 à 11) avaient été avertis de la possibilité d'un placement dans une école primaire.

L'office des écoles observait dans son mémoire que les écoles spéciales avaient une personnalité juridique propre, que les décisions attaquées contenaient une instruction quant à la possibilité d'interjeter appel et que les requérants n'avaient jamais pris contact avec les autorités de l'inspection scolaire.

Le ministère de l'Éducation contesta toute discrimination et rappela l'attitude plutôt négative des parents des enfants roms à l'égard du travail scolaire. Il affirma que le placement de chaque élève dans une école spéciale était précédé d'un bilan des capacités intellectuelles de l'intéressé et que le consentement des parents revêtait une importance décisive; il nota par ailleurs qu'il y avait dans les écoles d'Ostrava dix-huit assistants pédagogiques d'origine rom.

27. Dans leur mémoire final, les requérants observaient que rien dans leurs dossiers scolaires ne témoignait d'un suivi régulier en vue de leur passage éventuel dans une école primaire, que les rapports des centres de conseil psychopédagogique ne contenaient aucune information sur les tests utilisés et que leurs recommandations quant au placement dans une école spéciale se fondaient sur plusieurs critères tels qu'une maîtrise insuffisante de la langue tchèque, l'attitude trop tolérante des parents, un milieu social inadapté, etc. Ils soutenaient également que leur déficit d'éducation rendait tout passage dans une école primaire pratiquement impossible et que les dissemblances sociales ou culturelles ne pouvaient pas justifier la différence de traitement alléguée.

28. Le 20 octobre 1999, la Cour constitutionnelle rejeta le recours des requérants, en partie pour défaut manifeste de fondement et en partie en raison de son incompétence. Elle invita néanmoins les autorités administratives compétentes à étudier les propositions des requérants de manière approfondie et effective.

a) Quant au grief concernant la violation des droits des intéressés à raison de leur placement dans des écoles spéciales, la Cour constitutionnelle observa que seules cinq décisions étaient concrètement visées par le recours, et estima donc qu'elle n'était pas compétente pour statuer sur le cas des requérants qui n'avaient pas attaqué les décisions en question.

Pour ce qui est des cinq requérants (mentionnés en annexe sous les numéros 1, 2, 3, 5 et 9) ayant attaqué les décisions relatives à leur placement dans des écoles spéciales, la Cour constitutionnelle décida de passer outre au fait qu'ils n'avaient pas interjeté appel de ces décisions, considérant que le recours dépassait effectivement leurs intérêts propres. Selon cette juridiction, il ne ressortait cependant pas du dossier que les dispositions légales pertinentes eussent été interprétées ou appliquées de façon anticonstitutionnelle, étant donné que les décisions concernées avaient été rendues par les directeurs compétents, sur la base des recommandations des centres de conseil psychopédagogique et avec le consentement des représentants des requérants.

b) En ce qui concerne les griefs relatifs à un suivi scolaire insuffisant et à la discrimination raciale, la juridiction constitutionnelle nota qu'elle n'avait pas à apprécier le contexte social global et que les requérants n'avaient pas étayé leurs allégations par des preuves concrètes. Elle releva également que les décisions de placer les requérants dans des écoles spéciales étaient susceptibles d'appel, et que les intéressés ne s'étaient pas prévalus de cette possibilité. Quant à l'objection se rapportant au manque d'information sur les conséquences du placement dans des écoles spéciales, elle estima que les représentants des requérants auraient pu obtenir ces renseignements en coopérant avec les écoles et qu'il ne ressortait pas du dossier qu'ils avaient manifesté un intérêt pour un passage éventuel dans des écoles primaires. Cette partie de la requête fut donc jugée manifestement mal fondée.

II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

A. La loi n° 29/1984 (dite «loi sur les écoles»), abrogée par la loi n° 561/2004 entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2005

29. Avant le 18 février 2000, l'article 19 § 1 énonçait que pouvaient être admis à étudier dans les établissements d'enseignement secondaire les élèves ayant accompli avec succès leur scolarité dans une école primaire.

A la suite de l'amendement n° 19/2000, entré en vigueur le 18 février 2000, l'article 19 § 1 modifié disposait que pouvaient être admis à étudier dans les écoles secondaires les élèves ayant accompli leur scolarité obligatoire et ayant prouvé lors de la procédure d'admission qu'ils satisfaisaient aux conditions prévues pour la formation choisie.

30. Aux termes de l'article 31 § 1, les écoles spéciales étaient destinées aux enfants présentant des déficiences mentales (*rozumové nedostatky*) telles qu'elles les empêchaient de suivre l'enseignement dispensé par une école primaire ordinaire ou par une école primaire spécialisée (*speciální základní*

škola) destinée aux enfants malades, handicapés ou ayant des déficiences sensorielles.

B. La loi n° 561/2004 (dite «loi sur les écoles»)

31. Cette nouvelle loi sur les écoles ne prévoit plus les écoles spéciales telles qu'elles existaient avant son entrée en vigueur. Désormais, l'enseignement élémentaire est dispensé par les écoles primaires et par les écoles primaires spécialisées, ces dernières étant destinées aux élèves souffrant d'un handicap mental grave ou de plusieurs handicaps et aux élèves autistes.

32. L'article 16 contient les dispositions relatives à l'éducation des enfants ayant en la matière des besoins spécifiques. D'après le paragraphe 1, il s'agit d'enfants qui présentent un handicap, ou qui sont défavorisés du point de vue de la santé ou sur le plan social. En vertu de l'article 16 § 4, est considéré comme défavorisé sur le plan social aux fins de cette loi notamment un enfant issu d'un milieu familial de faible niveau socioculturel et exposé à des phénomènes sociaux pathologiques. Selon le paragraphe 5 de cet article, l'existence de besoins éducatifs spécifiques est déterminée par un centre d'orientation scolaire.

33. D'autres dispositions de cette loi prévoient des mesures telles que les assistants pédagogiques, un programme éducatif individuel, des classes préparatoires destinées aux enfants défavorisés sur le plan social avant le début de leur scolarité obligatoire, et des cours complémentaires pour ceux qui n'ont pas terminé l'enseignement élémentaire.

C. Le décret n° 127/1997 sur les écoles spécialisées, abrogé par le décret n° 73/2005 entré en vigueur le 17 février 2005

34. Selon l'article 2 § 4, étaient destinés aux élèves ayant un handicap mental les écoles maternelles spécialisées (*speciální mateřské školy*), les écoles spéciales, les écoles auxiliaires (*pomocné školy*), les centres d'apprentissage (*odborná učiliště*) et les écoles pratiques (*praktické školy*).

35. Aux termes de l'article 6 § 2, s'il survenait au cours de la scolarité de l'élève un changement dans la nature de son handicap ou si l'école spécialisée ne correspondait plus au degré de ce handicap, le directeur de l'école fréquentée par l'intéressé était tenu, après un entretien avec le représentant de l'élève, de proposer l'orientation de cet élève vers une autre école spécialisée ou un établissement ordinaire.

36. L'article 7 § 1 disposait que la décision relative à l'orientation ou la réorientation d'un élève vers, notamment, une école spéciale était prise par le directeur de l'école, sous réserve du consentement du représentant légal de l'enfant. Selon le paragraphe 2, la proposition de placement d'un élève dans,

notamment, une école spéciale pouvait être présentée au directeur par le représentant légal de l'enfant, l'école que l'élève fréquentait, le centre de conseil psychopédagogique, un établissement de santé, les autorités pour la famille et les enfants, un centre de soins sociaux, etc. En vertu de l'article 7 § 3, dans le cas où l'élève n'était pas placé dans une école spéciale, le directeur notifiait cette décision au représentant légal de l'intéressé, ainsi qu'à l'autorité scolaire compétente ou à la commune de résidence de l'élève. Après avoir consulté les autorités de la commune, l'autorité scolaire faisait une proposition quant à l'école dans laquelle l'enfant devrait accomplir sa scolarité obligatoire. Le paragraphe 4 de l'article 7 disposait que le centre de conseil psychopédagogique rassemblait tous les documents nécessaires à la décision et soumettait une proposition au directeur quant au placement de l'élève dans le type d'école approprié.

D. Le décret n° 73/2005 sur l'éducation des enfants, élèves et étudiants ayant des besoins éducatifs spécifiques et des enfants, élèves et étudiants surdoués

37. Aux termes de l'article 1, l'éducation des élèves et étudiants ayant en la matière des besoins spécifiques est assurée à l'aide de mesures de soutien, lesquelles vont au-delà des mesures pédagogiques et organisationnelles individuelles mises en œuvre dans les écoles ordinaires ou s'en distinguent.

38. L'article 2 énonce que l'éducation spéciale est dispensée aux enfants dont les besoins éducatifs spécifiques ont été établis au moyen d'un examen pédagogique ou psychologique effectué dans un centre d'orientation scolaire, si l'ampleur et la gravité de ces besoins justifient de soumettre ces élèves au régime d'éducation spéciale.

E. La pratique interne à l'époque des faits

1. L'examen psychologique

39. L'examen des capacités intellectuelles effectué dans un centre de conseil psychopédagogique, sous réserve du consentement du représentant légal de l'enfant, n'était ni obligatoire ni automatique. La recommandation de faire subir un tel examen à un enfant venait en général des enseignants présents au moment de la première inscription de l'intéressé à l'école, ou des enseignants constatant des échecs chez l'enfant fréquentant une école primaire ordinaire, ou encore des médecins pédiatres.

40. Selon les requérants, qui citent des experts en la matière, les tests les plus courants semblent être des variantes de l'« Echelle d'intelligence de

Wechsler pour enfants – Troisième édition» (*Wechsler Intelligence Scale for Children* (PDW et WISC-III)) et le «Test d'intelligence Stanford-Binet» (*Stanford-Binet Intelligence Test*). S'appuyant sur diverses opinions, dont celles de plusieurs enseignants et psychologues ainsi que du directeur du département des écoles spéciales au ministère de l'Éducation tchèque (en fonction en février 1999), les intéressés affirment que les tests utilisés n'étaient ni objectifs ni fiables car ils avaient été conçus uniquement pour les enfants tchèques, sans avoir été récemment standardisés ou validés aux fins de l'examen des enfants roms. De plus, aucune mesure n'avait été mise en place en vue de permettre aux enfants roms de surmonter, lors de l'examen, leurs obstacles culturels et linguistiques et il n'y avait pas eu de directives limitant les éléments discrétionnaires dans les modalités de ces tests et dans l'interprétation de leurs résultats. Les requérants attirent l'attention également sur le rapport de 2002 de l'Inspection scolaire tchèque, qui relevait que des enfants sans déficiences mentales significatives continuaient d'être placés dans des écoles spéciales.

41. Dans le rapport soumis par la République tchèque, le 1^{er} avril 1999, conformément à l'article 25 § 1 de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales, il est noté que les tests psychologiques «sont conçus pour la population majoritaire et ne tiennent pas compte des particularités des Roms».

Le comité consultatif de ladite Convention a indiqué dans son premier avis sur la République tchèque, rendu public le 25 janvier 2002, que, bien que les écoles spéciales fussent destinées aux enfants présentant un handicap mental, il semblait que beaucoup d'enfants roms ne souffrant pas d'un tel handicap fussent placés dans ces établissements, en raison d'une différence linguistique ou culturelle réelle ou supposée par rapport à la majorité. Le comité a souligné que «la scolarisation d'enfants dans de tels établissements devrait intervenir uniquement en cas d'absolue nécessité, et après réalisation de tests méthodiques, objectifs et approfondis».

Dans son deuxième avis sur la République tchèque, rendu public le 26 octobre 2005, le comité consultatif a observé : «Les autorités ont déjà procédé à la révision des tests utilisés pour évaluer le niveau des aptitudes intellectuelles des enfants au début de leur scolarité, ainsi que la méthodologie afférente, de manière à éviter leur utilisation abusive, au détriment des enfants roms.» Il a cependant noté avec inquiétude que «les correctifs apportés aux tests psychologiques utilisés dans ce contexte n'ont pas eu de conséquences notables. Selon des estimations non officielles, les Roms représentent jusqu'à 70 % des élèves inscrits dans [les] écoles [spéciales], ce qui, si l'on prend en considération le pourcentage que les Roms représentent au sein de la population, soulève des interrogations quant au bien-fondé des tests en question ou à la méthodologie afférente.»

42. Dans son rapport sur la République tchèque, rendu public le 21 mars 2000, la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI) relève que l'orientation des enfants roms vers la filière des écoles spéciales est apparemment souvent quasi automatique. Selon l'ECRI, les mauvais résultats obtenus par ces enfants lors des tests d'aptitude préscolaires pourraient s'expliquer par le fait que, en République tchèque, la plupart des enfants roms ne sont pas scolarisés en école maternelle. L'ECRI considère par conséquent qu'il faut étudier avec attention l'orientation des enfants roms vers des établissements spéciaux destinés aux enfants souffrant de retards mentaux, afin de vérifier que les tests utilisés sont équitables et que les véritables capacités de chaque enfant sont évaluées correctement.

Le rapport suivant concernant la République tchèque, rendu public par l'ECRI en juin 2004, note que le test visant à évaluer le niveau mental des enfants, élaboré par le ministère tchèque de l'Éducation, n'est pas obligatoire et ne représente qu'une partie de l'ensemble des moyens et des méthodes recommandés aux centres de conseil psychopédagogique.

43. Dans son rapport final sur la situation en matière de droits de l'homme des Roms, Sintis et Gens du voyage en Europe, daté du 15 février 2006, le Commissaire aux droits de l'homme constate qu'« [i]l est fréquent que les enfants roms soient placés dans des classes pour enfants ayant des besoins spéciaux, sans évaluation psychologique ou pédagogique adéquate, les critères réels étant leur origine ethnique ».

44. Selon les observations présentées par International Step by Step Association, Roma Education Fund et European Early Childhood Education Research Association, les pays de l'Europe du Centre-Est et du Sud-Est n'ont en règle générale pas de définition nationale uniforme de la « déficience » (en rapport avec le placement des enfants dans des écoles spéciales) et appliquent des définitions établissant un lien entre les déficiences et l'origine socioculturelle de l'enfant, ouvrant ainsi la voie aux pratiques discriminatoires. Les données sur les enfants présentant des déficiences sont pour l'essentiel tirées de sources administratives au lieu de résulter d'une évaluation approfondie des caractéristiques propres à l'enfant. Ainsi, le recours à un test unique de même que des pratiques de ségrégation étaient chose courante dans les années 1990.

Il est allégué dans lesdites observations que la méthode appliquée dans la région d'Ostrava pour placer les enfants roms dans des écoles spéciales allait à l'encontre des indicateurs de méthodes d'évaluation efficaces, connus au milieu des années 1990. On peut citer, à titre d'exemple, la liste des indicateurs publiée en 1987 par la National Association for the Education of Young Children (Association nationale pour l'éducation des jeunes enfants – États-Unis). Cette liste fut ensuite rattachée à Global Alliance for the Education of Young Children (Alliance globale pour l'éducation des jeunes enfants), laquelle englobe des organisations en

Europe et plus particulièrement en République tchèque. Elle comprend : les principes éthiques destinés à orienter les méthodes d'évaluation; l'utilisation des outils d'évaluation pour les fins prévues et de manière à répondre aux critères de qualité professionnels; l'adaptation de l'évaluation à l'âge et aux autres caractéristiques des enfants qui sont l'objet de l'évaluation; la reconnaissance que ce qui est évalué est important du point de vue éducatif ainsi que pour le développement de l'enfant; le recours aux données de l'évaluation pour comprendre et améliorer l'apprentissage; la collecte de ces données dans un environnement et des situations correspondant aux performances réelles de l'enfant; l'utilisation de multiples sources de données recueillies au fil du temps aux fins de l'évaluation; l'établissement d'un lien entre la sélection et le suivi; l'usage limité de tests conçus en considération de ce qui constitue la «norme»; l'information adéquate du personnel et des familles impliqués dans l'évaluation.

Ainsi, l'évaluation des enfants roms dans la région d'Ostrava n'a pas tenu compte de la langue et de la culture des intéressés ou de leurs expériences d'apprentissage antérieures ou encore de leur ignorance des exigences de la situation d'évaluation. Il a été fait usage d'une seule source de données, et non de plusieurs. L'évaluation s'est déroulée en une seule fois et non dans la durée. Les éléments d'information n'ont pas été recueillis dans un environnement réaliste ou authentique dans le cadre duquel les enfants auraient pu faire la preuve de leurs aptitudes. Une importance démesurée a été accordée à des tests standardisés, conçus pour d'autres populations, et utilisés individuellement.

Selon des études citées dans ces observations (UNICEF, Innocenti Insight, 2005; Save the Children, *Denied a future? The right to education of Roma/Gypsy and Traveller children*, 2001; D.J. Losen et G. Orfield (2002), *Introduction: Racial inequity in special education*, Cambridge, MA: Harvard Education Press), le placement exagérément élevé de certaines catégories d'élèves dans les écoles spéciales résulte d'un ensemble de facteurs, parmi lesquels «les préjugés raciaux inconscients des autorités scolaires, les importantes inégalités de ressources, le recours injustifié au QI et à d'autres outils d'évaluation, les réponses inadaptées des éducateurs à la pression des tests à enjeu élevé et la différence de pouvoir entre les parents appartenant à une minorité et les autorités scolaires». Ainsi, le placement scolaire fondé sur les résultats obtenus aux tests psychologiques reflète souvent les préjugés raciaux de la société concernée.

45. D'après le Gouvernement, l'unification des normes européennes portant sur les activités des psychologues est en cours et les autorités ont pris toutes les mesures pour veiller à ce que les tests psychologiques soient pratiqués par des spécialistes correctement formés possédant un diplôme universitaire conforme aux normes professionnelles et morales les plus

récentes dans leur domaine. Par ailleurs, les recherches menées en 1997 par des experts tchèques, à la demande du ministère de l'Éducation, ont révélé que les enfants roms soumis à un test classique d'intelligence (WISC-III) avaient obtenu des résultats à peine inférieurs à ceux d'enfants tchèques non roms comparables (un point sur l'échelle du QI).

2. *Le consentement au placement dans une école spéciale*

46. Aux termes de l'article 7 du décret n° 127/1997 sur les écoles spécialisées, applicable à l'époque des faits, le consentement du représentant légal de l'enfant était une *conditio sine qua non* au placement de ce dernier dans une école spéciale. Les requérants notent que la législation tchèque n'exigeait pas que le consentement fût écrit ni qu'il fût précédé par des informations sur l'éducation dispensée dans les écoles spéciales ou sur les conséquences de la scolarisation de l'enfant dans un tel établissement.

47. L'ECRI observe dans son rapport sur la République tchèque, rendu public en mars 2000, que les parents roms encouragent souvent l'orientation de leurs enfants vers la filière des écoles spéciales, en partie afin d'éviter les mauvais traitements infligés à leurs enfants par les autres enfants n'appartenant pas à la communauté rom dans les écoles ordinaires ainsi que l'isolement des enfants par rapport aux autres enfants roms du quartier, mais aussi en partie en raison d'un intérêt relativement moindre pour les questions d'éducation.

Dans son rapport sur la République tchèque, rendu public en juin 2004, l'ECRI relève que les parents d'enfants roms, lorsqu'ils décident de donner ou non leur consentement, n'ont pas toujours des informations «sur les conséquences négatives à long terme que peut avoir l'envoi de leurs enfants dans ces écoles (...), [qui leur] sont souvent présentées (...) comme une opportunité pour leurs enfants de faire l'objet d'une attention particulière et de côtoyer d'autres enfants roms».

48. Selon les informations recueillies par la Fédération internationale des ligues des droits de l'homme auprès de son organisation tchèque affiliée, beaucoup d'écoles en République tchèque sont réticentes à accueillir des enfants roms. Cette attitude s'explique par la réaction des parents d'enfants non roms, ceux-ci ayant dans de nombreux cas retiré leurs enfants d'écoles intégrées en raison de leur crainte de voir le niveau de l'école baisser à la suite de l'arrivée d'enfants roms ou, plus simplement, en raison de préjugés à l'égard des Roms. C'est dans ce contexte que les enfants roms subissent des épreuves tendant à vérifier leur capacité à s'inscrire dans les filières générales d'enseignement et à l'issue desquelles les parents sont encouragés à inscrire leurs enfants dans des établissements spéciaux. Le choix des parents, là où un tel choix est fait, d'orienter leurs enfants vers des écoles spéciales rejoint en effet la

volonté des directions des établissements scolaires de ne pas accueillir un nombre d'enfants roms tel que leur arrivée pourrait conduire les parents d'enfants non roms à retirer leurs enfants de l'école.

3. *Les conséquences*

49. Dans les écoles spéciales, les élèves suivaient un programme spécifique, qui était censé être adapté à leurs capacités intellectuelles. Après avoir accompli leur scolarité obligatoire dans ce type d'établissement, les élèves pouvaient continuer leurs études dans des centres d'apprentissage ou, depuis le 18 février 2000, dans d'autres écoles secondaires (sous réserve d'avoir prouvé lors de la procédure d'admission qu'ils satisfaisaient aux conditions prévues pour la formation choisie).

Par ailleurs, l'article 6 § 2 du décret n° 127/1997 prévoyait que, s'il survenait au cours de la scolarité de l'élève un changement dans la nature de son handicap ou si l'école spécialisée ne correspondait plus au degré de ce handicap, le directeur de l'école fréquentée par l'intéressé était tenu, après un entretien avec le représentant de l'élève, de proposer l'orientation de cet élève vers une autre école spécialisée ou une école ordinaire.

50. Dans son rapport final sur la situation en matière de droits de l'homme des Roms, Sintis et Gens du voyage en Europe, daté du 15 février 2006, le Commissaire aux droits de l'homme note que « [l]e fait d'être placé dans des écoles (...) spéciales fait que ces enfants suivent souvent un programme scolaire moins ambitieux que celui des classes normales, ce qui réduit leurs perspectives en matière d'éducation, et, (...) partant, la possibilité de trouver un emploi ultérieurement. Le placement automatique des enfants roms dans des classes pour enfants ayant des besoins spéciaux est propre à conforter la réprobation sociale en étiquetant les enfants roms comme moins intelligents et moins capables. Dans le même temps, l'éducation ségréguée prive les enfants roms et les enfants non roms de la possibilité de se connaître et d'apprendre à vivre comme des citoyens égaux. Elle exclut les enfants roms de la société normale dès leur toute petite enfance en augmentant le risque pour eux d'être pris dans le cercle vicieux de la marginalisation. »

51. Le comité consultatif de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales a relevé dans son deuxième avis sur la République tchèque, rendu public le 26 octobre 2005, que le placement dans les écoles spéciales « rend plus difficile l'accès des enfants roms aux autres niveaux d'éducation et, de ce fait, diminue leurs perspectives d'intégration sociale. Bien que la législation en vigueur ne crée plus d'obstacle au passage des élèves issus de ces écoles vers l'enseignement secondaire régulier, le niveau d'éducation acquis dans les écoles « spéciales » ne leur permet en général pas de faire face aux exigences du

niveau secondaire, ce qui entraîne dans la plupart des cas un abandon scolaire.»

52. Selon les observations présentées par International Step by Step Association, Roma Education Fund et European Early Childhood Education Research Association, le placement des enfants dans des écoles spéciales où sévit la ségrégation est une illustration du groupement des élèves selon leurs aptitudes («*tracking*»), auquel il est procédé à un stade très précoce. En l'espèce, ce groupement aurait consisté à placer, dès leur plus jeune âge, des enfants passant pour avoir une «faible aptitude» ou un «faible potentiel» dans des écoles spéciales. Une telle pratique accroîtrait l'injustice scolaire car elle produit des effets particulièrement négatifs sur le niveau d'instruction des enfants défavorisés (voir, entre autres, la Communication de la Commission européenne au Conseil et au Parlement européen portant sur l'efficacité et l'équité des systèmes européens d'éducation et de formation, COM/2006/0481, 8 septembre 2006). Parmi les conséquences à long terme de ce *tracking* figurent notamment l'orientation des élèves vers des formes d'éducation et de formation moins prestigieuses ainsi que l'exclusion précoce du système scolaire, ce qui peut contribuer à créer une construction sociale de l'échec.

53. Dans leurs observations soumises à la Cour, les organisations Minority Rights Group International, European Network Against Racism et European Roma Information Office notent que dans les écoles spéciales les enfants suivent un programme scolaire simplifié qui passe pour être adapté à leur faible niveau de développement intellectuel. Ainsi par exemple, en République tchèque, les enfants fréquentant les écoles spéciales ne sont pas censés connaître l'alphabet ou les chiffres de 0 à 10 avant leur troisième ou quatrième année scolaire, alors que les enfants scolarisés dans les établissements ordinaires acquièrent ces connaissances au cours préparatoire.

III. LES SOURCES DU CONSEIL DE L'EUROPE

A. Le Comité des Ministres

La Recommandation n° R (2000) 4 du Comité des Ministres aux Etats membres sur l'éducation des enfants roms/tsiganes en Europe (adoptée par le Comité des Ministres le 3 février 2000, lors de la 696^e réunion des Délégués des Ministres)

54. Les termes de cette recommandation sont les suivants :

«Le Comité des Ministres, conformément à l'article 15.b du Statut du Conseil de l'Europe,

Considérant que le but du Conseil de l'Europe est de réaliser une union plus étroite entre ses membres et que ce but peut être poursuivi notamment par l'adoption d'une action commune dans le domaine de l'éducation ;

Reconnaissant qu'il est urgent de poser de nouvelles fondations pour de futures stratégies éducatives en faveur des Rom/Tsiganes en Europe, notamment en raison du taux élevé d'analphabétisme ou de semi-analphabétisme qui sévit dans cette communauté, de l'ampleur de l'échec scolaire, de la faible proportion de jeunes achevant leurs études primaires et de la persistance de facteurs tels que l'absentéisme scolaire ;

Notant que les problèmes auxquels sont confrontés les Rom/Tsiganes dans le domaine scolaire sont largement dus aux politiques éducatives menées depuis longtemps, qui ont conduit soit à l'assimilation, soit à la ségrégation des enfants roms/tsiganes à l'école au motif qu'ils souffraient d'un « handicap socioculturel » ;

Considérant qu'il ne pourra être remédié à la position défavorisée des Rom/Tsiganes dans les sociétés européennes que si l'égalité des chances dans le domaine de l'éducation est garantie aux enfants roms/tsiganes ;

Considérant que l'éducation des enfants roms/tsiganes doit être une priorité des politiques nationales menées en faveur des Rom/Tsiganes ;

Gardant à l'esprit que les politiques visant à régler les problèmes auxquels sont confrontés les Rom/Tsiganes dans le domaine de l'éducation doivent être globales et fondées sur le constat que la question de la scolarisation des enfants roms/tsiganes est liée à tout un ensemble de facteurs et de conditions préalables, notamment les aspects économiques, sociaux, culturels et la lutte contre le racisme et la discrimination ;

Gardant à l'esprit que les politiques éducatives en faveur des enfants roms/tsiganes devraient s'accompagner d'une politique active en ce qui concerne l'éducation des adultes et l'enseignement professionnel ;

(...)

Recommande aux gouvernements des Etats membres :

– de respecter, dans la mise en œuvre de leur politique d'éducation, les principes énoncés en annexe de la présente Recommandation ;

– de porter la présente Recommandation à l'attention des instances publiques compétentes dans leurs pays respectifs, par les voies nationales appropriées.»

55. Les passages pertinents de l'annexe à la Recommandation n° R (2000) 4 se lisent ainsi :

« Principes directeurs d'une politique d'éducation à l'égard des enfants roms/tsiganes en Europe

I. Structures

1. Les politiques éducatives en faveur des enfants roms/tsiganes devraient s'accompagner des moyens adéquats et de structures souples indispensables pour refléter la diversité de la population rom/tsigane en Europe et pour tenir compte de l'existence de groupes roms/tsiganes ayant un mode de vie itinérant ou semi-itinérant. A cet égard, le recours à un système d'éducation à distance, s'appuyant sur les nouvelles technologies de la communication pourrait être envisagé.

2. L'accent devrait être mis sur une meilleure coordination des niveaux internationaux, nationaux, régionaux et locaux afin d'éviter la dispersion des efforts et de favoriser les synergies.

3. Les Etats membres devraient dans cette optique sensibiliser les ministères de l'Éducation à la question de l'éducation des enfants roms/tsiganes.

4. L'enseignement préscolaire devrait être largement développé et rendu accessible aux enfants roms/tsiganes, afin de garantir leur accès à l'enseignement scolaire.

5. Il conviendrait aussi de veiller tout particulièrement à une meilleure communication avec et entre les parents par le recours, le cas échéant, à des médiateurs issus de la communauté rom/tsigane qui auraient la possibilité d'accès à une carrière professionnelle spécifique. Des informations spéciales et des conseils devraient être prodigués aux parents quant à l'obligation d'éducation et aux mécanismes de soutien que les municipalités peuvent offrir aux familles. L'exclusion et le manque de connaissances et d'éducation (voire l'illettrisme) des parents empêchent également les enfants de bénéficier du système éducatif.

6. Des structures de soutien adéquates devraient être mises en place afin de permettre aux enfants roms/tsiganes de bénéficier, notamment par le biais d'actions positives, de l'égalité des chances à l'école.

7. Les Etats membres sont invités à fournir les moyens nécessaires à la mise en œuvre des politiques et des mesures susmentionnées afin de combler le fossé entre les écoliers roms/tsiganes et ceux appartenant à la population majoritaire.

II. Programmes scolaires et matériel pédagogique

8. Les mesures éducatives en faveur des enfants roms/tsiganes devraient s'inscrire dans le cadre de politiques interculturelles plus larges, et tenir compte des caractéristiques de la culture romani et de la position défavorisée de nombreux Rom/Tsiganes dans les Etats membres.

9. Les programmes scolaires, dans leur ensemble, et le matériel didactique devraient être conçus de manière à respecter l'identité culturelle des enfants roms/tsiganes. Il faudrait donc introduire l'histoire et la culture des Rom dans les matériels pédagogiques afin de refléter l'identité culturelle des enfants roms/tsiganes. La participation des représentants des communautés roms/tsiganes à l'élaboration de matériels portant sur l'histoire, la culture ou la langue roms/tsiganes devrait être encouragée.

10. Les Etats membres devraient toutefois s'assurer que ces mesures ne débouchent pas sur des programmes scolaires distincts pouvant mener à la création de classes distinctes.

11. Les Etats membres devraient également encourager l'élaboration de matériels pédagogiques fondés sur des exemples d'actions réussies afin d'aider les enseignants dans leur travail quotidien avec les écoliers roms/tsiganes.

12. Dans les pays où la langue romani est parlée, il faudrait offrir aux enfants roms/tsiganes la possibilité de suivre un enseignement dans leur langue maternelle.

III. Recrutement et formation des enseignants

13. Il conviendrait de prévoir l'introduction d'un enseignement spécifique dans les programmes préparant les futurs enseignants afin que ceux-ci acquièrent les

connaissances et une formation leur permettant de mieux comprendre les écoliers roms/tsiganes. Toutefois, l'éducation des écoliers roms/tsiganes devrait rester partie intégrante du système éducatif global.

14. La communauté rom/tsigane devrait être associée à l'élaboration de ces programmes et pouvoir communiquer directement des informations aux futurs enseignants.

15. Il faudrait aussi favoriser le recrutement et la formation d'enseignants issus de la communauté rom/tsigane.

(...)»

B. L'Assemblée parlementaire

1. *La Recommandation n° 1203 (1993) relative aux Tsiganes en Europe*

56. Les observations générales de cette recommandation énoncent notamment :

« 1. L'un des objectifs du Conseil de l'Europe est de promouvoir la formation d'une véritable identité culturelle européenne. L'Europe abrite de nombreuses cultures différentes qui toutes, y compris les multiples cultures minoritaires, concourent à sa diversité culturelle.

2. Les Tsiganes occupent une place particulière parmi les minorités. Vivant dispersés à travers toute l'Europe, ne pouvant se réclamer d'un pays qui leur soit propre, ils constituent une véritable minorité européenne qui ne correspond toutefois pas aux définitions applicables aux minorités nationales ou linguistiques.

3. En tant que minorité dépourvue de territoire, les Tsiganes contribuent dans une large mesure à la diversité culturelle de l'Europe, et cela à plusieurs égards, que ce soit par la langue et la musique ou par leurs activités artisanales.

4. A la suite de l'admission de nouveaux Etats membres d'Europe centrale et orientale, le nombre de Tsiganes vivant dans la zone du Conseil de l'Europe s'est considérablement accru.

5. L'intolérance à l'égard des Tsiganes a toujours existé. Des flambées de haine raciale ou sociale se produisent cependant de plus en plus régulièrement et les relations tendues entre les communautés ont contribué à créer la situation déplorable dans laquelle vivent aujourd'hui la majorité des Tsiganes.

6. Le respect des droits des Tsiganes, qu'il s'agisse des droits fondamentaux de la personne, ou de leurs droits en tant que minorité, est une condition essentielle de l'amélioration de leur situation.

7. En garantissant l'égalité des droits, des chances et de traitement, et en prenant des mesures pour améliorer le sort des Tsiganes, il sera possible de redonner vie à leur langue et à leur culture, et, partant, d'enrichir la diversité culturelle européenne.

8. Il importe de garantir aux Tsiganes la jouissance des droits et des libertés définis dans l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, car cela leur permet de faire valoir leurs droits.

(...)»

57. Concernant le domaine de l'éducation, la recommandation dispose :

« (...)

vi. les programmes européens existants de formation des maîtres enseignant à des Tsiganes devraient être élargis ;

vii. une attention particulière devrait être accordée à l'éducation des femmes, en général, et des mères accompagnées de leurs enfants en bas âge ;

viii. les jeunes Tsiganes doués devraient être encouragés à étudier et à jouer le rôle d'intermédiaires pour les Tsiganes ;

(...)»

2. *La Recommandation n° 1557 (2002) relative à la situation juridique des Roms en Europe*

58. Cette recommandation énonce notamment :

« (...)

3. Aujourd'hui, les Roms font encore l'objet de discrimination, de marginalisation et de ségrégation. La discrimination est répandue dans tous les domaines de la vie publique et privée, y compris dans l'accès à la fonction publique, à l'enseignement, à l'emploi, aux services de santé et au logement, ainsi que lors du passage des frontières et dans l'accès aux procédures d'asile. La marginalisation et la ségrégation économique et sociale des Roms se transforment en discrimination ethnique, qui touche en général les groupes sociaux les plus faibles.

4. Les Roms constituent un groupe particulier, minoritaire à double titre : ethniquement minoritaires, ils appartiennent aussi très souvent aux couches socialement défavorisées de la société.

(...)

15. Le Conseil de l'Europe peut et doit jouer un rôle important dans l'amélioration du statut juridique des Roms, du niveau d'égalité dont ils bénéficient et de leurs conditions d'existence. L'Assemblée appelle les Etats membres à satisfaire les six conditions générales ci-après, qui sont nécessaires pour une amélioration de la situation des Roms en Europe :

(...)

c) garantir l'égalité de traitement à la minorité rom en tant que groupe minoritaire ethnique ou national dans les domaines de l'éducation, de l'emploi, du logement, de la santé et des services publics. Les Etats membres devraient porter une attention spéciale :

i. à promouvoir l'égalité des chances pour les Roms sur le marché de l'emploi ;

ii. à donner la possibilité aux Roms d'intégrer toutes les structures éducatives, du jardin d'enfants à l'université ;

iii. à développer des mesures positives pour recruter des Roms dans les services publics intéressant directement les communautés roms, comme les établissements

d'enseignement primaire et secondaire, les centres de protection sociale, les centres locaux de soins de santé primaire et les administrations locales ;

iv. à faire disparaître toute pratique tendant à la ségrégation scolaire des enfants roms, en particulier la pratique consistant à les orienter vers des écoles ou des classes réservées aux élèves handicapés mentaux ;

d) développer, et mettre en œuvre des actions positives et un traitement préférentiel pour les classes socialement défavorisées, y compris les Roms, en tant que communauté socialement défavorisée, dans les domaines de l'enseignement, de l'emploi et du logement :

(...)

e) prendre des mesures spécifiques et créer des institutions spéciales pour la protection de la langue, de la culture, des traditions et de l'identité roms :

(...)

ii. encourager les parents roms à envoyer leurs enfants à l'école primaire et secondaire, et dans les établissements d'enseignement supérieur et à les informer correctement de l'importance de l'éducation ;

(...)

v. recruter des enseignants roms, notamment dans les zones où la population rom est importante ;

f) combattre le racisme, la xénophobie et l'intolérance, et garantir le traitement non discriminatoire des Roms aux niveaux local, régional, national et international :

(...)

vi. porter une attention particulière aux phénomènes de discrimination à l'encontre des Roms, notamment dans le domaine de l'éducation et de l'emploi ;

(...)

C. La Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI)

1. *La Recommandation de politique générale n° 3 de l'ECRI sur la lutte contre le racisme et l'intolérance envers les Roms/Tsiganes (adoptée par l'ECRI le 6 mars 1998)*

59. Les passages pertinents de cette recommandation sont ainsi libellés :

«La Commission européenne contre le racisme et l'intolérance :

(...)

Rappelant que la lutte contre le racisme, la xénophobie, l'antisémitisme et l'intolérance fait partie intégrante de la protection et promotion des droits de l'homme, que ces derniers sont universels et indivisibles, et sont les droits de tout être humain, sans distinction aucune ;

Soulignant que la lutte contre le racisme, la xénophobie, l'antisémitisme et l'intolérance vise avant tout à protéger les droits des membres vulnérables de la société ;

Convaincue que toute action contre le racisme et la discrimination devrait partir du point de vue de la victime et tendre à améliorer sa situation ;

Constatant que les Roms/Tsiganes souffrent aujourd'hui partout en Europe de préjugés persistants à leur égard, sont victimes d'un racisme profondément enraciné dans la société, sont la cible de manifestations, parfois violentes, de racisme et d'intolérance, et que leurs droits fondamentaux sont régulièrement violés ou menacés ;

Constatant également que les préjugés persistants envers les Roms/Tsiganes conduisent à des discriminations à leur égard dans de nombreux domaines de la vie sociale et économique, et que ces discriminations alimentent considérablement le processus d'exclusion sociale dont souffrent les Roms/Tsiganes ;

Convaincue que la promotion du principe de tolérance est une garantie du maintien de sociétés ouvertes et pluralistes rendant possible une coexistence pacifique ;

recommande aux gouvernements des Etats membres ce qui suit :

(...)

– S'assurer que la discrimination en tant que telle ainsi que les pratiques discriminatoires sont combattues au moyen de législations adéquates et veiller à introduire dans le droit civil des dispositions spécifiques à cet effet, notamment dans les secteurs de l'emploi, du logement et de l'éducation ;

(...)

– Combattre de manière vigoureuse toute forme de ségrégation scolaire à l'égard des enfants roms/tsiganes et assurer de manière effective l'égalité d'accès à l'éducation ;

(...)

2. La Recommandation de politique générale n° 7 de l'ECRI sur la législation nationale pour lutter contre le racisme et la discrimination raciale (adoptée par l'ECRI le 13 décembre 2002)

60. Aux fins de cette recommandation, on entend par :

« a) « racisme » la croyance qu'un motif tel que la race, la couleur, la langue, la religion, la nationalité ou l'origine nationale ou ethnique justifie le mépris envers une personne ou un groupe de personnes ou l'idée de supériorité d'une personne ou d'un groupe de personnes.

b) « discrimination raciale directe » toute différence de traitement fondée sur un motif tel que la race, la couleur, la langue, la religion, la nationalité ou l'origine nationale ou ethnique, qui manque de justification objective et raisonnable. Une différence de traitement manque de justification objective et raisonnable si elle ne poursuit pas un but légitime ou si fait défaut un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé.

c) « discrimination raciale indirecte » le cas où un facteur apparemment neutre tel qu'une disposition, un critère ou une pratique ne peut être respecté aussi facilement par des personnes appartenant à un groupe distingué par un motif tel que la race, la

couleur, la langue, la religion, la nationalité ou l'origine nationale ou ethnique, ou désavantage ces personnes, sauf si ce facteur a une justification objective et raisonnable. Il en est ainsi s'il poursuit un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé.»

61. Dans l'exposé des motifs relatif à cette recommandation, il est noté (point 8) que les définitions de discriminations raciales directe et indirecte contenues dans le paragraphe 1 b) et c) de la recommandation s'inspirent de celles contenues dans la directive 2000/43/CE du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, et dans la directive 2000/78/CE du Conseil portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, ainsi que de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

3. Le rapport sur la République tchèque rendu public en septembre 1997

62. Dans sa partie portant sur les aspects politiques de l'éducation et de la formation, le rapport observe que l'opinion publique semble parfois avoir une attitude assez négative envers certains groupes, en particulier la communauté rom/tsigane, et suggère d'adopter des mesures supplémentaires pour mieux faire prendre conscience à l'opinion publique des questions de racisme et d'intolérance, et pour développer un esprit de tolérance envers tous les groupes au sein de la société. Le rapport ajoute que des mesures spéciales s'imposent en matière d'éducation et de formation des membres de groupes minoritaires, en particulier des membres de la communauté rom/tsigane.

4. Le rapport sur la République tchèque rendu public en mars 2000

63. Dans ce rapport, l'ECRI se déclare préoccupée par les handicaps et la discrimination effective auxquels sont confrontés les membres de la communauté rom/tsigane dans le domaine de l'éducation. Il est noté que les enfants roms/tsiganes sont très largement surreprésentés dans les écoles spéciales et que leur orientation vers ce type d'écoles est apparemment souvent quasi automatique. Les parents roms/tsiganes encouragent souvent cette solution, en partie afin d'éviter les mauvais traitements infligés à leurs enfants par les autres enfants n'appartenant pas à la communauté rom/tsigane dans les écoles ordinaires ainsi que l'isolement des enfants par rapport aux autres enfants roms/tsiganes du quartier, mais aussi en partie en raison d'un intérêt relativement moindre pour les questions d'éducation. La plupart des enfants roms/tsiganes sont donc relégués dans des établissements destinés à d'autres buts, offrant peu d'opportunités pour l'acquisition d'un savoir-faire, ou une préparation éducative, ce qui réduit d'autant leurs chances de poursuivre leurs études ou d'accéder au marché du travail. Il est noté par ailleurs que

la présence de membres de la communauté rom/tsigane dans le système éducatif au-delà du niveau de l'école primaire est extrêmement rare.

64. Selon l'ECRI, il faut étudier avec attention l'orientation des enfants roms/tsiganes vers des établissements spéciaux destinés aux enfants souffrant de retards mentaux, afin de vérifier que les tests utilisés sont équitables et que les vraies capacités de chaque enfant sont évaluées correctement. L'ECRI estime également qu'il est fondamental de sensibiliser les parents roms/tsiganes à la nécessité, pour leurs enfants, de suivre un cursus scolaire normal. De manière générale, l'ECRI considère qu'il existe un besoin d'implication accrue des membres de la communauté rom/tsigane dans les questions relatives à l'éducation. Les autorités doivent commencer par s'assurer que les parents roms/tsiganes sont pleinement informés des mesures prises et encouragés à participer aux décisions concernant l'éducation de leurs enfants.

5. Le rapport sur la République tchèque rendu public en juin 2004

65. Au sujet de l'accès des enfants roms à l'éducation, l'ECRI dit dans ce rapport craindre que les enfants roms continuent d'être placés dans des écoles spéciales qui non seulement perpétuent leur séparation de la société normale, mais aussi les placent dans une situation extrêmement défavorisée pour le reste de leur vie. Elle note que le test type visant à évaluer le niveau mental des enfants, élaboré par le ministère tchèque de l'Éducation, n'est pas obligatoire et ne représente qu'une partie de l'ensemble des moyens et des méthodes recommandés aux centres de prise en charge psychologique. En ce qui concerne l'autre élément nécessaire au placement d'un enfant dans une école spéciale, à savoir le consentement du représentant légal, l'ECRI observe que les parents prenant de telles décisions n'ont pas toujours d'informations sur les conséquences négatives à long terme que peut avoir l'envoi de leurs enfants dans ces écoles, qui leur sont souvent présentées comme une possibilité pour leurs enfants de faire l'objet d'une attention particulière et de côtoyer d'autres enfants roms. L'ECRI dit aussi avoir appris que des écoles ordinaires auraient refusé d'entrer en contact avec des parents roms.

L'ECRI note également l'entrée en vigueur, en janvier 2000, de la loi sur les écoles qui donne la possibilité aux diplômés des écoles spéciales de demander à être admis dans le secondaire. Selon diverses sources, cela reste cependant une possibilité surtout théorique, car les écoles spéciales ne fournissent pas aux enfants les connaissances nécessaires pour suivre les cours du secondaire. Il n'existe aucune mesure permettant à ces élèves de suivre une formation complémentaire qui les aide à atteindre un niveau suffisant de préparation pour intégrer un établissement d'enseignement secondaire ordinaire.

L'ECRI a eu des informations en retour très positives concernant les classes de «niveau zéro» (cours préparatoires) au stade préscolaire qui ont permis d'augmenter le nombre d'enfants roms fréquentant les écoles ordinaires. Elle exprime en revanche son inquiétude devant une nouvelle tendance qui maintient le système d'enseignement séparé sous une nouvelle forme, à savoir des classes spéciales dans les écoles ordinaires. Selon les informations de l'ECRI, un certain nombre de parties concernées craignent que le nouveau projet de loi sur les écoles ne permette une ségrégation encore plus marquée des Roms par la mise en place d'une nouvelle catégorie de programmes spéciaux pour les «défavorisés sociaux».

Enfin, l'ECRI note que malgré les initiatives prises par le ministère de l'Éducation (assistants pédagogiques dans les écoles, programmes de formation destinés aux enseignants, révision du programme de l'école primaire), le problème de la faible représentation des Roms dans l'enseignement secondaire et supérieur persiste.

D. La Convention-cadre pour la protection des minorités nationales

1. Le rapport soumis par la République tchèque, le 1^{er} avril 1999, conformément à l'article 25 § 1 de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales

66. Il est relevé dans ce document que, dans le domaine de l'éducation, le gouvernement a adopté des mesures visant à offrir des conditions favorables aux enfants de milieux défavorisés aux plans social et culturel, en particulier à la communauté rom, en ouvrant des classes préparatoires dans les écoles élémentaires et spécialisées. Il est noté que «les enfants roms doués d'une intelligence moyenne ou supérieure à la moyenne sont souvent placés dans [des écoles spéciales, destinées aux enfants ayant des difficultés intellectuelles,] à la suite de tests psychologiques ([qui se font] toujours avec le consentement des parents). Ces tests sont conçus pour la population majoritaire et ne tiennent pas compte des particularités [des] Roms. On s'emploie actuellement à restructurer ces tests.» Certaines écoles spéciales compteraient ainsi de 80 % à 90 % d'enfants roms.

2. Le rapport soumis par la République tchèque le 2 juillet 2004

67. Le rapport indique que la République tchèque, qui admet que les Roms sont particulièrement exposés à la discrimination et à l'exclusion sociale, s'apprête à introduire des instruments antidiscriminatoires dans le cadre de l'incorporation de la directive européenne portant sur l'égalité de traitement – ainsi, une nouvelle loi devrait être adoptée en 2004 (cette

loi, n° 561/2004, adoptée le 24 septembre 2004, est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2005).

Dans le domaine de l'éducation des Roms, le rapport fait état de nombreuses actions positives de l'Etat destinées à changer la situation actuelle des enfants roms et note que le gouvernement considère comme intenable la pratique consistant à placer un grand nombre de ces enfants dans des écoles spéciales. Ces actions positives seraient nécessaires non seulement du fait du handicap socioculturel des enfants roms mais aussi en raison de la nature de tout le système d'éducation, qui ne reflète pas suffisamment les différences culturelles. Dans ce contexte, le projet de loi sur les écoles devrait apporter des changements dans le système de l'éducation spéciale (transformant les «écoles spéciales» en «écoles primaires spéciales»), afin de fournir aux enfants une assistance ciblée les aidant à surmonter les désavantages liés à leur milieu socioculturel. Il s'agit notamment de classes préparatoires, de programmes individuels pour les élèves des écoles spéciales, de mesures concernant l'éducation préscolaire, du développement des fonctions d'assistants d'origine rom et de programmes spécialisés destinés aux enseignants. Etant donné que l'un des problèmes principaux rencontrés par les élèves roms est une faible connaissance de la langue tchèque, le ministère de l'Education considère que la meilleure solution (et la seule réaliste) consiste à mettre en place au stade préscolaire des classes préparatoires destinées aux enfants venant d'un milieu socioculturel défavorisé.

Le rapport cite également plusieurs projets et programmes suivis dans ce domaine au niveau national (Soutien à l'intégration des Roms, Programme pour l'intégration des Roms/Réforme de l'éducation multiculturelle, et Réintégration des élèves roms des écoles spéciales dans les écoles primaires normales).

3. *L'avis sur la République tchèque du comité consultatif de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales, rendu public le 25 janvier 2002*

68. Le comité consultatif observe que, bien que les écoles spéciales soient destinées aux enfants présentant un handicap mental, il semble que beaucoup d'enfants roms ne souffrant pas d'un tel handicap soient placés dans ces établissements, en raison d'une différence linguistique ou culturelle réelle ou supposée par rapport à la majorité. Le comité estime qu'une telle pratique n'est pas compatible avec la convention-cadre. Il souligne que la scolarisation d'enfants dans de tels établissements devrait intervenir uniquement en cas d'absolue nécessité, et après réalisation de tests méthodiques, objectifs et approfondis.

69. Selon le comité, les écoles spéciales ont conduit à une séparation importante des enfants roms et à un faible niveau d'instruction dans la

communauté rom, ce que les autorités tchèques reconnaissent. Les agents du gouvernement aussi bien que les acteurs de la société civile s'accordent sur la nécessité d'une réforme de grande envergure. La nature précise de cette réforme fait l'objet d'un désaccord, tout comme le montant des ressources à mobiliser et le rythme de mise en œuvre des réformes. Le comité consultatif est d'avis que les autorités tchèques devraient développer ces réformes, en concertation avec les personnes concernées, de manière à assurer l'égalité des chances dans l'accès des enfants roms aux établissements scolaires et l'égalité des droits pour suivre un enseignement ordinaire, en conformité avec les principes contenus dans la Recommandation n° R (2000) 4 du Comité des Ministres sur l'éducation des enfants roms/tsiganes en Europe.

70. Le comité consultatif salue les initiatives prises pour créer des classes dites zéro qui permettent de préparer les enfants roms à un enseignement scolaire de base, notamment en améliorant leur maîtrise de la langue tchèque, et il encourage leur multiplication. Il estime en outre que la création de postes de conseillers pédagogiques roms dans les établissements scolaires, une initiative de la société civile, est une mesure particulièrement positive. Le comité consultatif encourage les pouvoirs publics dans leurs efforts visant à accroître le nombre de ces postes et à les développer. Un autre objectif essentiel consiste à faire en sorte qu'un nombre beaucoup plus important d'enfants roms aient accès aux études secondaires et les terminent avec succès.

4. L'avis sur la République tchèque du comité consultatif, rendu public le 26 octobre 2005

71. Dans cet avis, le comité consultatif observe que les autorités font montre d'un engagement particulier dans leurs efforts visant à changer radicalement la condition des enfants roms dans le domaine de l'éducation et qu'elles cherchent, par différents moyens, à traduire cet objectif dans la pratique. Il relève à cet égard qu'il est encore trop tôt pour évaluer si la nouvelle loi sur l'éducation (n° 561/2004) changera fondamentalement la situation actuelle de surreprésentation des enfants roms dans les écoles spéciales ou classes spéciales.

72. Le comité note que les autorités ont prêté une attention particulière au placement injustifié des enfants roms dans les écoles spéciales. Ainsi, elles ont procédé à la révision des tests utilisés pour évaluer le niveau des aptitudes intellectuelles des enfants au début de leur scolarité, ainsi que la méthodologie afférente, de manière à éviter leur utilisation abusive au détriment des enfants roms. Parallèlement, des programmes éducationnels spécifiques ont été lancés pour permettre aux enfants roms de surmonter les difficultés auxquelles ils sont confrontés. Il s'agit notamment de la gratuité de la dernière année

d'éducation préscolaire, de la possibilité de faire exception au nombre minimum d'élèves par classe, d'un enseignement plus individualisé, de l'introduction d'assistants pédagogiques (roms pour la plupart), ou encore de la préparation de manuels et guides méthodologiques pour les enseignants travaillant avec des élèves roms. Le comité relève également l'introduction de classes préparatoires pour les enfants roms d'âge préscolaire, mesure qui s'est avérée efficace, bien qu'à une échelle assez limitée. Pour permettre à tous les enfants concernés d'en bénéficier, de telles mesures devraient être appliquées de manière plus systématique. Le comité consultatif salue également le programme spécial de soutien de l'accès des Roms à l'éducation secondaire et à l'université et les efforts visant à développer un réseau d'enseignants et d'assistants pédagogiques roms qualifiés.

73. Le comité consultatif relève cependant que, bien que le suivi constant et l'évaluation de la situation scolaire des enfants roms figure parmi les priorités du gouvernement, peu d'informations sont fournies sur le niveau d'intégration de ces enfants dans le système scolaire et sur l'efficacité et l'impact des nombreuses mesures prises à leur égard. Il est noté avec préoccupation que peu d'améliorations ont été enregistrées à la suite de ces mesures, que les autorités locales ne suivent pas systématiquement les initiatives d'accompagnement scolaire lancées par le gouvernement en faveur des Roms et que, de manière générale, elles ne montrent pas toujours la volonté nécessaire pour prendre des mesures efficaces dans ce domaine.

74. Le comité consultatif note avec inquiétude que, selon des sources non gouvernementales, un nombre considérable d'enfants roms continuent à être orientés, dès le plus jeune âge, vers des écoles spéciales et que les correctifs apportés aux tests psychologiques utilisés dans ce contexte n'ont pas eu de conséquences notables. Selon des estimations non officielles, les Roms représentent jusqu'à 70 % des élèves inscrits dans ces écoles, ce qui, si l'on prend en considération le pourcentage que les Roms représentent au sein de la population, soulève des interrogations quant au bien-fondé des tests en question ou à la méthodologie afférente. Cette situation est d'autant plus préoccupante qu'elle rend plus difficile l'accès des enfants roms aux autres niveaux d'éducation et, de ce fait, diminue leurs perspectives d'intégration sociale. Bien que la législation en vigueur ne crée plus d'obstacle au passage des élèves issus de ces écoles vers l'enseignement secondaire régulier, le niveau d'éducation acquis dans les écoles spéciales ne leur permet en général pas de faire face aux exigences du niveau secondaire, ce qui entraîne dans la plupart des cas un abandon scolaire. Si les estimations ne concordent pas toujours sur le nombre d'enfants roms qui demeurent en dehors du système scolaire, ceux qui suivent une scolarité vont rarement au-delà de l'école primaire.

75. En outre, le comité consultatif note que, en dépit des mesures de sensibilisation prises par le ministère de l'Éducation, beaucoup d'enfants roms qui fréquentent des établissements scolaires ordinaires se trouvent isolés par leurs camarades de classe et par le personnel enseignant, voire regroupés dans des classes à part. En même temps, il convient de reconnaître que, dans certaines écoles, les enfants roms représentent la majorité des élèves, en raison de la localisation des écoles en question dans la proximité de lieux où les Roms vivent en nombre substantiel. Selon différentes sources, les conditions matérielles dont disposent certaines des écoles fréquentées par ces élèves sont précaires et l'enseignement qu'ils reçoivent, dans la plupart des cas, continue à être insuffisamment adapté à leur situation. Il est important de veiller à ce que ces écoles assurent aux élèves concernés une éducation de qualité.

76. Selon le comité, une attention prioritaire devrait être accordée à l'inscription des enfants roms dans les écoles ordinaires, au soutien et à la promotion des classes préparatoires et de la fonction d'assistant pédagogique. Le recrutement du personnel enseignant parmi les Roms, ainsi que la sensibilisation des acteurs éducatifs à la situation particulière des enfants roms devraient recevoir davantage d'attention. L'implication active des parents, en particulier s'agissant de la mise en œuvre de la nouvelle loi sur l'éducation, devrait être également soutenue comme une condition *sine qua non* pour l'amélioration de la situation éducationnelle des Roms. Enfin, une action plus résolue est requise, selon le comité consultatif, pour combattre l'isolement des enfants roms dans le système éducatif, que ce soit dans les écoles régulières ou les écoles spéciales. Une conception plus claire s'impose, assortie d'instructions et de mesures immédiates à tous les niveaux, pour éliminer les pratiques de placement injustifié de ces enfants dans les écoles spéciales pour les enfants présentant des déficiences mentales. Des mesures efficaces de suivi, spécifiquement conçues pour éliminer de telles pratiques, devraient représenter une priorité constante pour les autorités.

E. Le Commissaire aux droits de l'homme

Le Rapport final de M. Alvaro Gil-Robles sur la situation en matière de droits de l'homme des Roms, Sintis et Gens du voyage en Europe (daté du 15 février 2006)

77. Dans la troisième partie de ce rapport, consacrée à la discrimination dans le domaine de l'éducation, le Commissaire aux droits de l'homme observe que si un nombre important d'enfants roms n'a pas accès à une éducation de qualité égale à celle offerte aux autres enfants, c'est aussi en raison des pratiques discriminatoires et des

préjugés. Il relève à cet égard que la ségrégation au sein du système éducatif est une caractéristique commune à de nombreux Etats membres du Conseil de l'Europe. Dans certains pays, il existe des écoles isolées dans des campements isolés, dans d'autres des classes spéciales pour enfants roms dans des écoles ordinaires, ou une surreprésentation nette des enfants roms dans des classes pour enfants ayant des besoins spéciaux. Il est fréquent que les enfants roms soient placés dans des classes pour enfants ayant des besoins spéciaux, sans évaluation psychologique ou pédagogique adéquate, les critères réels étant leur origine ethnique. Le placement dans des écoles ou des classes spéciales fait que ces enfants suivent souvent un programme scolaire moins ambitieux que celui des classes normales, ce qui réduit leurs perspectives en matière d'éducation et, partant, la possibilité de trouver un emploi ultérieurement. Le placement automatique des enfants roms dans des classes pour enfants ayant des besoins spéciaux est propre à conforter la réprobation sociale en étiquetant les enfants roms comme moins intelligents et moins capables. Dans le même temps, l'éducation ségréguée prive les enfants roms et les enfants non roms de la possibilité de se connaître et d'apprendre à vivre comme des citoyens égaux. Elle exclut les enfants roms de la société normale dès leur toute petite enfance en augmentant le risque pour eux d'être pris dans le cercle vicieux de la marginalisation.

78. Au sujet de la République tchèque, le Commissaire aux droits de l'homme déclare qu'on lui a rapporté que les jeunes membres de la communauté rom/tsigane étaient considérablement surreprésentés dans les écoles et classes spéciales destinées aux enfants ayant une légère incapacité mentale. Il observe en même temps que les autorités avaient introduit des assistants scolaires roms dans les classes ordinaires et prévu des classes préparatoires, et que ces initiatives ont eu des résultats prometteurs bien qu'elles aient été menées seulement à une petite échelle, faute de ressources suffisantes. En particulier, les classes préparatoires pour enfants socialement défavorisés ont joué un rôle capital dans les initiatives prises pour surmonter le problème du nombre excessif d'enfants roms dans des établissements scolaires spéciaux. Les autorités tchèques estiment que les écoles préparatoires rattachées aux jardins d'enfants ont été particulièrement utiles pour favoriser l'intégration des enfants roms dans des établissements ordinaires. En 2004, la République tchèque comptait aussi 332 assistants pédagogiques chargés de répondre aux besoins particuliers des élèves roms.

79. Il est également noté que les classes qui possèdent des programmes spéciaux pour les Roms ont été introduites avec de bonnes intentions, prétendument afin de surmonter les barrières linguistiques ou de remédier à l'absence de préscolarisation des enfants roms. Selon le Commissaire aux droits de l'homme, il faut bien évidemment remédier à ces difficultés, mais la ségrégation et le placement systématique des

enfants roms dans des classes qui suivent un programme simplifié ou qui proposent un cursus spécial en langue romani et qui isolent les enfants roms, sont manifestement de mauvaises réponses. Au lieu de la ségrégation, il faudrait mettre davantage l'accent sur des mesures comme l'aide pédagogique et linguistique préscolaires et scolaires et la mise à disposition d'assistants scolaires travaillant avec les enseignants. Par ailleurs, dans certaines communautés, il est essentiel de sensibiliser les parents roms, qui peuvent eux-mêmes ne pas avoir eu l'occasion d'aller à l'école, à la nécessité et aux avantages d'une éducation de qualité pour leurs enfants.

80. En conclusion, le Commissaire aux droits de l'homme formule un certain nombre de recommandations dans le domaine de l'éducation. Selon lui, lorsque la ségrégation en matière d'éducation existe encore sous une forme ou sous une autre, il faut y substituer un enseignement intégré ordinaire et, s'il y a lieu, l'interdire par la législation. Des ressources suffisantes doivent être affectées à l'enseignement préscolaire, la formation linguistique et la formation d'assistants scolaires afin de garantir le succès des efforts déployés en matière de déségrégation. Puis, une évaluation adéquate doit être faite avant de placer les enfants dans des classes spéciales afin que les seuls critères de placement soient les besoins objectifs de l'enfant et non son origine ethnique.

IV. LE DROIT ET LA PRATIQUE COMMUNAUTAIRES PERTINENTS

81. Le principe de l'interdiction de la discrimination, ou celui de l'égalité de traitement, est bien établi dans un ensemble important de textes de droit communautaire fondé sur l'article 13 du Traité instituant la Communauté européenne. Cette disposition permet au Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, de prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle.

82. Ainsi, la directive 97/80/CE du Conseil du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe énonce dans son article 2 § 2 qu'«une discrimination indirecte existe lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre affecte une proportion nettement plus élevée de personnes d'un sexe, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit approprié(e) et nécessaire et ne puisse être justifié(e) par des facteurs objectifs indépendants du sexe des intéressés». Aux termes de l'article 4 § 1, qui porte sur la charge de la preuve, «[l]es Etats membres,

conformément à leur système judiciaire, prennent les mesures nécessaires afin que, dès lors qu'une personne s'estime lésée par le non-respect à son égard du principe de l'égalité de traitement et établit, devant une juridiction ou une autre instance compétente, des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement».

83. De même, la directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique et la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail visent à l'interdiction, dans les domaines régis par elles, de toute discrimination directe ou indirecte fondée sur la race, l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. Elles énoncent dans leurs clauses introductives que «[l']appréciation des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte appartient à l'instance judiciaire nationale ou à une autre instance compétente, conformément au droit national ou aux pratiques nationales, qui peuvent prévoir, en particulier, que la discrimination indirecte peut être établie par tous moyens, y compris sur la base de données statistiques», et que «[l']aménagement des règles concernant la charge de la preuve s'impose dès qu'il existe une présomption de discrimination et, dans les cas où cette situation se vérifie, la mise en œuvre effective du principe de l'égalité de traitement requiert que la charge de la preuve revienne à la partie défenderesse».

84. En particulier, la directive 2000/43/CE dispose ce qui suit dans ses articles 2 et 8 :

Article 2 **Concept de discrimination**

«1. Aux fins de la présente directive, on entend par «principe de l'égalité de traitement», l'absence de toute discrimination directe ou indirecte fondée sur la race ou l'origine ethnique.

2. Aux fins du paragraphe 1 :

a) une discrimination directe se produit lorsque, pour des raisons de race ou d'origine ethnique, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable ;

b) une discrimination indirecte se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une race ou d'une origine ethnique donnée par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit

objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires.

(...)»

Article 8 **Charge de la preuve**

«1. Les Etats membres prennent les mesures nécessaires, conformément à leur système judiciaire, afin que, dès lors qu'une personne s'estime lésée par le non-respect à son égard du principe de l'égalité de traitement et établi, devant une juridiction ou une autre instance compétente, des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement.

2. Le paragraphe 1 ne fait pas obstacle à l'adoption par les Etats membres de règles de la preuve plus favorables aux plaignants.

3. Le paragraphe 1 ne s'applique pas aux procédures pénales.

(...)

5. Les Etats membres peuvent ne pas appliquer le paragraphe 1 aux procédures dans lesquelles l'instruction des faits incombe à la juridiction ou à l'instance compétente.»

85. Selon la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE), la discrimination, qui consiste dans l'application de règles différentes à des situations comparables ou bien dans l'application de la même règle à des situations différentes, peut être ostensible ou dissimulée, directe ou indirecte.

86. Dans son arrêt du 12 février 1974, Giovanni Maria Sotgiu contre Deutsche Bundespost, affaire 152/73, point 11, la CJCE a dit :

«(...) les règles d'égalité de traitement (...) prohibent non seulement les discriminations ostensibles, fondées sur la nationalité, mais encore toutes formes dissimulées de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat ;

(...)»

87. Dans son arrêt du 13 mai 1986, Bilka-Kaufhaus GmbH contre Karin Weber von Hartz, affaire 170/84, point 31, la CJCE s'est exprimée en ces termes :

«(...) l'article 119 du traité CEE est violé par une société de grands magasins qui exclut les employés à temps partiel du régime de pensions d'entreprise lorsque cette mesure frappe un nombre beaucoup plus élevé de femmes que d'hommes, à moins que l'entreprise n'établisse que ladite mesure s'explique par des facteurs objectivement justifiés et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe.»

88. La CJCE, dans son arrêt du 9 février 1999, Regina contre Secretary of State for Employment, *ex parte* Nicole Seymour-Smith et Laura Perez, affaire C-167/97, points 51, 57, 62, 65, 77, a fait observer :

« (...) la juridiction nationale cherche à déterminer le critère juridique permettant d'établir si une mesure adoptée par un Etat membre affecte différemment les hommes et les femmes dans une mesure telle qu'elle équivaut à une discrimination indirecte (...)

(...)

La Commission (...) propose un test de «pertinence statistique» selon lequel les statistiques doivent constituer des paramètres de comparaison adéquats et la juridiction nationale doit veiller à ce que les statistiques ne soient pas dénaturées par des aspects spécifiques au cas d'espèce. L'existence de statistiques significatives suffirait à établir une incidence disproportionnée et à imposer la charge de la preuve d'une justification à l'auteur de la mesure présumée discriminatoire.

(...)

Il y a lieu également de rappeler qu'il appartient au juge national d'apprécier si les données statistiques caractérisant la situation (...) sont valables et si elles peuvent être prises en compte, c'est-à-dire si elles portent sur un nombre suffisant d'individus, si elles ne sont pas l'expression de phénomènes purement fortuits ou conjoncturels et si, d'une manière générale, elles apparaissent significatives (voir arrêt du 27 octobre 1993, Enderby, C-127/92, Rec. p. I-5535, point 17) (...)

(...)

Dès lors, (...) pour établir si une mesure adoptée par un Etat membre affecte différemment les hommes et les femmes dans une mesure telle qu'elle équivaut à une discrimination indirecte au sens de l'article 119 du traité, le juge national doit vérifier si les données statistiques disponibles indiquent qu'un pourcentage considérablement plus faible de travailleurs féminins que de travailleurs masculins est en mesure de remplir la condition imposée par ladite mesure. Si tel est le cas, il y a discrimination indirecte fondée sur le sexe, à moins que ladite mesure ne soit justifiée par des facteurs objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe.

(...)

(...) dans l'hypothèse où un pourcentage considérablement plus faible de travailleurs féminins que de travailleurs masculins serait en mesure de remplir la condition (...) imposée par la règle litigieuse, il incombe à l'Etat membre, en sa qualité d'auteur de la règle présumée discriminatoire, de faire apparaître que ladite règle répond à un objectif légitime de sa politique sociale, que ledit objectif est étranger à toute discrimination fondée sur le sexe et qu'il pouvait raisonnablement estimer que les moyens choisis étaient aptes à la réalisation de cet objectif.»

89. Dans l'arrêt du 23 octobre 2003, Hilde Schönheit contre Stadt Frankfurt am Main, affaire C-4/02, et Silvia Becker contre Land Hessen, affaire C-5/02, points 67-69, 71, la CJCE a noté :

« (...) il y a lieu de rappeler que l'article 119 du traité et l'article 141, paragraphes 1 et 2, CE énoncent le principe de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins pour un même travail. Ce principe s'oppose non seulement à l'application de dispositions qui établissent des discriminations directement fondées sur le sexe, mais également à l'application de dispositions qui maintiennent des différences de traitement entre travailleurs masculins et travailleurs féminins en application de critères non fondés sur le sexe dès lors que ces différences de traitement

ne peuvent s'expliquer par des facteurs objectivement justifiés et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe (...)

S'agissant des dispositions litigieuses du BeamtVG, il est constant qu'elles n'établissent pas de discriminations directement fondées sur le sexe. Il convient donc de vérifier si elles peuvent constituer une discrimination indirecte (...)

En vue d'établir l'existence d'une telle discrimination, il y a lieu de vérifier si les dispositions litigieuses produisent à l'égard des travailleurs féminins des effets plus défavorables que ceux qu'elles comportent pour les travailleurs masculins (...)

(...)

Il y a donc lieu de déterminer si les données statistiques disponibles indiquent qu'un pourcentage considérablement plus important de travailleurs féminins que de travailleurs masculins est affecté par les dispositions du BeamtVG qui entraînent une réduction du montant de la pension des fonctionnaires ayant exercé leurs fonctions à temps partiel pendant au moins une partie de leur carrière. Une telle situation révélerait une apparence de discrimination fondée sur le sexe, à moins que les dispositions litigieuses ne soient justifiées par des facteurs objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe.»

90. Dans l'arrêt du 13 janvier 2004, *Debra Allonby contre Accrington & Rossendale College, Education Lecturing Services (...)* et *Secretary of State for Education and Employment*, affaire C-256/01, point 81, la CJCE a dit :

«(...) il y a lieu de constater qu'une femme peut se fonder sur des statistiques pour démontrer qu'une clause contenue dans une réglementation étatique est contraire à l'article 141, paragraphe 1, CE du fait de son caractère discriminatoire à l'encontre des travailleurs féminins. (...)»

91. Enfin, dans l'arrêt du 7 juillet 2005, *Commission des Communautés européennes contre République d'Autriche*, affaire C-147/03, points 41 et 46-48, la CJCE s'est exprimée ainsi :

«Selon une jurisprudence constante, le principe d'égalité de traitement prohibe non seulement les discriminations ostensibles, fondées sur la nationalité, mais encore toutes formes dissimulées de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat (voir, notamment, arrêts du 12 février 1974, *Sotgiu*, 152/73, Rec. p. 153, point 11; du 1^{er} juillet 2004, *Commission/Belgique*, précité, point 28, et du 15 mars 2005, *Bidar*, C-209/03, Rec. p.I-2119, point 51).

(...)

Il y a (...) lieu de constater que la législation en cause désavantage les titulaires de diplômes d'enseignement secondaire obtenus dans un Etat membre autre que la République d'Autriche, dès lors qu'ils ne peuvent accéder à l'enseignement supérieur autrichien dans les mêmes conditions que les titulaires du diplôme autrichien équivalent.

Ainsi, l'article (...), bien qu'applicable indistinctement à tous les étudiants, est susceptible d'affecter davantage les ressortissants d'autres Etats membres que les ressortissants autrichiens, de sorte que la différence de traitement instituée par cette disposition entraîne une discrimination indirecte.

Par conséquent, la différence de traitement en cause ne pourrait être justifiée que si elle se fondait sur des considérations objectives indépendantes de la nationalité des personnes concernées et proportionnées à l'objectif légitimement poursuivi par le droit national (arrêts du 24 novembre 1998, Bickel et Franz, C-274/96, Rec. p. I-7637, point 27, et D'Hoop, précité, point 36).»

V. LES TEXTES PERTINENTS DE L'ORGANISATION DES NATIONS UNIES

A. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques

92. L'article 26 dudit pacte est libellé comme suit :

«Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. A cet égard, la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique et de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation.»

B. Le Comité des droits de l'homme des Nations unies

93. Aux points 7 et 12 de ses observations générales n° 18 du 10 novembre 1989 relatives à la non-discrimination, le comité s'exprime ainsi :

«(...) le Comité considère que le terme «discrimination», tel qu'il est utilisé dans le Pacte, doit être compris comme s'entendant de toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée notamment sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation, et ayant pour effet ou pour but de compromettre ou de détruire la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice par tous, dans des conditions d'égalité, de l'ensemble des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

(...)

(...) lorsqu'un Etat partie adopte un texte législatif, il doit, conformément à l'article 26, faire en sorte que son contenu ne soit pas discriminatoire. (...)»

94. Au point 11.7 de ses constatations du 31 juillet 1995 relatives à la communication n° 516/1992, concernant la République tchèque, le comité exprime l'avis que :

«(...) l'intention du législateur n'est pas le seul facteur déterminant pour établir une violation de l'article 26 du Pacte. Une différence de traitement motivée par des raisons politiques ne saurait guère être considérée comme compatible avec l'article 26. Sans être inspirée par des motivations politiques, une loi peut néanmoins être en infraction avec l'article 26 si elle a des effets discriminatoires.»

C. La Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale

95. Selon l'article premier de cette convention :

« (...) l'expression « discrimination raciale » vise toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique, qui a pour but ou pour effet de détruire ou de compromettre la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice, dans des conditions d'égalité, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social et culturel ou dans tout autre domaine de la vie publique. »

D. Le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale

96. Dans sa recommandation générale n° 14 du 22 mars 1993 relative à la définition de la discrimination, le comité note, entre autres :

« 1. (...) Toute distinction est contraire à la Convention si elle a pour objet ou pour effet de porter atteinte à certains droits ou à certaines libertés. Cela est confirmé par l'obligation faite aux Etats parties à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 2 d'annuler toute loi et toute disposition réglementaire ayant pour effet de créer la discrimination raciale ou de la perpétuer.

(...)

2. (...) Pour savoir si une mesure a un effet contraire à la Convention, [le comité] se demandera si elle a une conséquence distincte abusive sur un groupe différent par la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique.

(...)

97. Dans sa recommandation générale n° 19 du 18 août 1995 relative à la ségrégation raciale et à l'apartheid, le comité observe :

« 3. (...) si une situation de ségrégation raciale complète ou partielle peut, dans certains pays, avoir été créée par les politiques gouvernementales, une situation de ségrégation partielle peut également être le résultat non intentionnel d'actions de personnes privées. Dans de nombreuses villes, les différences de revenu entre les groupes sociaux influent sur la répartition des habitants par quartiers et ces différences se conjuguent parfois aux différences de race, de couleur, d'ascendance et d'origine nationale ou ethnique, de sorte que les habitants peuvent être victimes d'un certain ostracisme et que les personnes subissent une forme de discrimination dans laquelle les motifs raciaux se combinent à d'autres motifs.

4. En conséquence, le Comité affirme qu'une situation de ségrégation raciale peut également survenir sans que les autorités en aient pris l'initiative ou y contribuent directement. (...) »

98. Dans sa recommandation générale n° 27 du 16 août 2000 relative à la discrimination à l'égard des Roms, le comité recommande dans le domaine de l'éducation, entre autres, de :

« 17. Soutenir l'intégration dans le système éducatif de tous les enfants d'origine rom et œuvrer à réduire le taux d'abandon scolaire, en particulier des filles roms et

coopérer activement avec les parents, associations et communautés locales roms à cette fin.

18. Prévenir et éviter autant que possible la ségrégation des élèves roms, tout en laissant ouverte la possibilité d'un enseignement bilingue ou en langue maternelle; à cette fin, s'attacher à améliorer la qualité de l'enseignement dispensé dans toutes les écoles ainsi qu'à relever le niveau des résultats scolaires des élèves de la minorité rom, à recruter du personnel scolaire appartenant aux communautés roms et à promouvoir une éducation interculturelle.

19. Envisager l'adoption de mesures en faveur des enfants roms dans le domaine de l'éducation, en coopération avec leurs parents.»

99. Dans ses conclusions présentées le 30 mars 1998 à l'issue de l'examen du rapport présenté par la République tchèque, le comité note entre autres :

«13. La marginalisation de la communauté rom dans le domaine de l'enseignement est préoccupante. Le fait qu'un nombre disproportionné d'enfants roms sont placés dans des écoles spéciales, ce qui induit une ségrégation raciale *de facto*, et aussi qu'ils sont infiniment moins nombreux dans l'enseignement secondaire et supérieur, conduit à douter de la pleine application de l'article 5 de la Convention.»

E. La Convention relative aux droits de l'enfant

100. Les articles 28 et 30 de ladite convention sont ainsi libellés :

Article 28

«1. Les Etats parties reconnaissent le droit de l'enfant à l'éducation, et en particulier, en vue d'assurer l'exercice de ce droit progressivement et sur la base de l'égalité des chances :

- a) Ils rendent l'enseignement primaire obligatoire et gratuit pour tous ;
- b) Ils encouragent l'organisation de différentes formes d'enseignement secondaire, tant général que professionnel, les rendent ouvertes et accessibles à tout enfant, et prennent des mesures appropriées, telles que l'instauration de la gratuité de l'enseignement et l'offre d'une aide financière en cas de besoin ;
- c) Ils assurent à tous l'accès à l'enseignement supérieur, en fonction des capacités de chacun, par tous les moyens appropriés ;
- d) Ils rendent ouvertes et accessibles à tout enfant l'information et l'orientation scolaires et professionnelles ;
- e) Ils prennent des mesures pour encourager la régularité de la fréquentation scolaire et la réduction des taux d'abandon scolaire.

2. Les Etats parties prennent toutes les mesures appropriées pour veiller à ce que la discipline scolaire soit appliquée d'une manière compatible avec la dignité de l'enfant en tant qu'être humain et conformément à la présente Convention.

3. Les Etats parties favorisent et encouragent la coopération internationale dans le domaine de l'éducation, en vue notamment de contribuer à éliminer l'ignorance et

l'analphabétisme dans le monde et de faciliter l'accès aux connaissances scientifiques et techniques et aux méthodes d'enseignement modernes. A cet égard, il est tenu particulièrement compte des besoins des pays en développement.»

Article 30

«Dans les Etats où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques ou des personnes d'origine autochtone, un enfant autochtone ou appartenant à une de ces minorités ne peut être privé du droit d'avoir sa propre vie culturelle, de professer et de pratiquer sa propre religion ou d'employer sa propre langue en commun avec les autres membres de son groupe.»

F. L'UNESCO

101. La Convention du 14 décembre 1960 concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement énonce dans ses articles 1 à 3 ce qui suit :

Article 1

«1. Aux fins de la présente Convention, le terme «discrimination» comprend toute distinction, exclusion, limitation ou préférence qui, fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'opinion politique ou toute autre opinion, l'origine nationale ou sociale, la condition économique ou la naissance, a pour objet ou pour effet de détruire ou d'altérer l'égalité de traitement en matière d'enseignement et, notamment :

- a) D'écarter une personne ou un groupe de l'accès aux divers types ou degrés d'enseignement ;
- b) De limiter à un niveau inférieur l'éducation d'une personne ou d'un groupe ;
- c) Sous réserve de ce qui est dit à l'article 2 de la présente Convention, d'instituer ou de maintenir des systèmes ou des établissements d'enseignement séparés pour des personnes ou des groupes ; ou
- d) De placer une personne ou un groupe dans une situation incompatible avec la dignité de l'homme.

(...)»

Article 2

«Lorsqu'elles sont admises par l'Etat, les situations suivantes ne sont pas considérées comme constituant des discriminations au sens de l'article premier de la présente Convention :

- a) La création ou le maintien de systèmes ou d'établissements d'enseignement séparé pour les élèves des deux sexes, lorsque ces systèmes ou établissements présentent des facilités d'accès à l'enseignement équivalentes, disposent d'un personnel enseignant possédant des qualifications de même ordre, ainsi que de locaux scolaires et d'un équipement de même qualité, et permettent de suivre les mêmes programmes d'études ou des programmes d'études équivalents ;

b) La création ou le maintien, pour des motifs d'ordre religieux ou linguistique, de systèmes ou d'établissements séparés dispensant un enseignement qui correspond au choix des parents ou tuteurs légaux des élèves, si l'adhésion à ces systèmes ou la fréquentation de ces établissements demeure facultative et si l'enseignement dispensé est conforme aux normes qui peuvent avoir été prescrites ou approuvées par les autorités compétentes, en particulier pour l'enseignement du même degré;

c) La création ou le maintien d'établissements d'enseignement privés, si ces établissements ont pour objet non d'assurer l'exclusion d'un groupe quelconque, mais d'ajouter aux possibilités d'enseignement qu'offrent les pouvoirs, publics, si leur fonctionnement répond à cet objet et si l'enseignement dispensé est conforme aux normes qui peuvent avoir été prescrites ou approuvées par les autorités compétentes, en particulier pour l'enseignement du même degré.»

Article 3

«Aux fins d'éliminer et de prévenir toute discrimination au sens de la présente Convention, les Etats qui y sont parties s'engagent à :

a) Abroger toutes dispositions législatives et administratives et à faire cesser toutes pratiques administratives qui comporteraient une discrimination dans le domaine de l'enseignement;

b) Prendre les mesures nécessaires, au besoin par la voie législative, pour qu'il ne soit fait aucune discrimination dans l'admission des élèves dans les établissements d'enseignement;

(...)»

102. La Déclaration sur la race et les préjugés raciaux, adoptée par la Conférence générale de l'UNESCO le 27 novembre 1978, dispose :

Article 1

«1. Tous les êtres humains appartiennent à la même espèce et proviennent de la même souche. Ils naissent égaux en dignité et en droits et font tous partie intégrante de l'humanité.

2. Tous les individus et tous les groupes ont le droit d'être différents, de se concevoir et d'être perçus comme tels. Toutefois, la diversité des formes de vie et le droit à la différence ne peuvent en aucun cas servir de prétexte aux préjugés raciaux; ils ne peuvent légitimer ni en droit ni en fait quelque pratique discriminatoire que ce soit, ni fonder la politique de l'apartheid qui constitue la forme extrême du racisme.

(...)»

Article 2

«(...)

2. Le racisme englobe les idéologies racistes, les attitudes fondées sur les préjugés raciaux, les comportements discriminatoires, les dispositions structurelles et les pratiques institutionnalisées qui provoquent l'inégalité raciale, ainsi que l'idée fallacieuse que les relations discriminatoires entre groupes sont moralement et scientifiquement justifiables; il se manifeste par des dispositions législatives ou

réglementaires et par des pratiques discriminatoires, ainsi que par des croyances et des actes antisociaux; il entrave le développement de ses victimes, pervertit ceux qui le mettent en pratique, divise les nations au sein d'elles-mêmes, constitue un obstacle à la coopération internationale, et crée des tensions politiques entre les peuples; il est contraire aux principes fondamentaux du droit international et, par conséquent, il trouble gravement la paix et la sécurité internationales.

3. Le préjugé racial, historiquement lié aux inégalités de pouvoir, se renforçant en raison des différences économiques et sociales entre les individus et les groupes humains, et visant encore aujourd'hui à justifier de telles inégalités, est totalement injustifié.»

Article 3 § 1

«Est incompatible avec les exigences d'un ordre international juste et garantissant le respect des droits de l'homme toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée sur la race, la couleur, l'origine ethnique ou nationale ou sur l'intolérance religieuse motivée par des considérations racistes, qui détruit ou compromet l'égalité souveraine des Etats et le droit des peuples à l'autodétermination ou qui limite d'une manière arbitraire ou discriminatoire le droit au développement intégral de tout être et groupe humains; ce droit implique un accès en pleine égalité aux moyens de progrès et d'épanouissement collectif et individuel dans un climat qui respecte les valeurs de civilisation et les cultures nationales et universelles.

(...)»

Article 5

«1. La culture, œuvre de tous les humains et patrimoine commun de l'humanité, et l'éducation, au sens le plus large, offrent aux hommes et aux femmes des moyens sans cesse plus efficaces d'adaptation, leur permettant non seulement d'affirmer qu'ils naissent égaux en dignité et en droits, mais aussi de reconnaître qu'ils doivent respecter le droit de tous les groupes humains à l'identité culturelle et au développement de leur vie culturelle propre dans le cadre national et international, étant entendu qu'il appartient à chaque groupe de décider en toute liberté du maintien et, le cas échéant, de l'adaptation ou de l'enrichissement des valeurs qu'il considère comme essentielles à son identité.

2. L'Etat, conformément à ses principes et procédures constitutionnels, ainsi que toutes les autorités compétentes et tout le corps enseignant ont la responsabilité de veiller à ce que les ressources en matière d'éducation de tous les pays soient mises en œuvre pour combattre le racisme, notamment en faisant en sorte que les programmes et les manuels fassent place à des notions scientifiques et éthiques sur l'unité et la diversité humaines, et soient exempts de distinctions désobligeantes à l'égard d'un peuple; en assurant la formation du personnel enseignant à ces fins; en mettant les ressources du système scolaire à la disposition de tous les groupes de la population sans restriction ni discrimination raciales et en prenant les mesures propres à remédier aux limitations dont souffrent certains groupes raciaux ou ethniques quant au niveau d'éducation et au niveau de vie et à éviter en particulier qu'elles ne soient transmises aux enfants.

(...)»

Article 6

« 1. L'Etat assume des responsabilités primordiales dans la mise en oeuvre des droits de l'homme et des libertés fondamentales en pleine égalité, en dignité et en droits, par tous les individus et par tous les groupes humains.

2. Dans le cadre de ses compétences et conformément à ses dispositions constitutionnelles, l'Etat devrait prendre toutes les mesures appropriées, y compris par voie législative, notamment dans les domaines de l'éducation, de la culture et de l'information, afin de prévenir, d'interdire et d'éliminer le racisme, la propagande raciste, la ségrégation raciale et l'apartheid, et d'encourager la diffusion des connaissances et des résultats des recherches appropriées en sciences naturelles et sociales sur les causes et la prévention des préjugés raciaux et des attitudes racistes, tenant dûment compte des principes formulés dans la Déclaration universelle des droits de l'homme et dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

3. Etant donné que la législation proscrivant la discrimination raciale ne saurait suffire, il appartient également à l'Etat de la compléter par un appareil administratif chargé d'enquêter de façon systématique sur les cas de discrimination raciale, par un ensemble complet de recours juridiques contre les actes de discrimination raciale, par des programmes d'éducation et de recherche de grande portée destinés à lutter contre les préjugés raciaux et la discrimination raciale, ainsi que par des programmes de mesures positives d'ordre politique, social, éducatif et culturel propres à promouvoir un véritable respect mutuel entre les groupes humains. Lorsque les circonstances le justifient, des programmes spéciaux doivent être mis en œuvre pour promouvoir l'amélioration de la situation des groupes défavorisés et, lorsqu'il s'agit de nationaux, leur participation effective au processus de prise des décisions de la communauté.»

Article 9

« 1. Le principe de l'égalité en dignité et en droits de tous les êtres humains et de tous les peuples, quelles que soient leur race, leur couleur et leur origine, est un principe généralement accepté et reconnu en droit international. En conséquence, toute forme de discrimination raciale pratiquée par l'Etat constitue une violation du droit international qui entraîne sa responsabilité internationale.

2. Des mesures spéciales doivent être prises en vue d'assurer l'égalité en dignité et en droits des individus et des groupes humains partout où cela est nécessaire en évitant de leur donner un caractère qui pourrait paraître discriminatoire sur le plan racial. A cet égard, une attention particulière doit être accordée aux groupes raciaux ou ethniques socialement ou économiquement défavorisés afin de leur assurer, en pleine égalité et sans discrimination ni restriction, la protection des lois et règlements, ainsi que le bénéfice des mesures sociales en vigueur, notamment en matière de logement, d'emploi et de santé, de respecter l'authenticité de leur culture et de leurs valeurs, et de faciliter, en particulier par l'éducation, leur promotion sociale et professionnelle.

(...)»

VI. AUTRES SOURCES

A. L'Observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes (désormais l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne)

103. Les informations relatives à l'éducation en République tchèque, disponibles sur le site Internet de l'observatoire, sont notamment les suivantes :

«En République tchèque, il n'existe aucune donnée, officielle ou non officielle, sur le racisme et la discrimination dans l'éducation.

Le problème le plus grave du système éducatif tchèque demeure la ségrégation dans l'orientation scolaire des enfants issus de milieux socialement défavorisés (très souvent des Roms), ces enfants étant placés dans les écoles spéciales. Plus de la moitié des enfants roms sont scolarisés dans ces établissements. Cette tendance du système éducatif tchèque, en particulier au niveau de l'enseignement primaire, est confirmée par les recherches approfondies menées par l'institut de sociologie de l'Académie des sciences de la République tchèque. Seulement un pourcentage très faible d'enfants roms accèdent à l'enseignement secondaire.»

104. Le rapport de l'observatoire, intitulé «Roma et Travellers dans l'enseignement public», publié en mai 2006 et concernant à l'époque les vingt-cinq Etats membres de l'Union européenne, indique entre autres que, même si la ségrégation systématique des élèves roms n'existe plus au niveau des politiques éducatives, la ségrégation est pratiquée par les écoles et les autorités éducatives de diverses manières, le plus souvent indirectes, résultant tantôt des politiques et pratiques menées ou utilisées, tantôt de la ségrégation résidentielle. Les écoles et les autorités éducatives peuvent par exemple avoir recours à la ségrégation de certains élèves parce qu'elles perçoivent des «besoins différents» et/ou en réponse à des problèmes de comportement ou à des difficultés d'apprentissage. Ce dernier facteur conduit régulièrement à placer les élèves roms dans des écoles spéciales pour les handicapés mentaux, un phénomène qui reste inquiétant dans des Etats membres de l'Union européenne comme la Hongrie, la Slovaquie et la République tchèque. Il est néanmoins constaté que des mesures sont prises actuellement pour réexaminer les procédures de test et de placement en prenant en compte les normes et les schémas comportementaux du contexte social et culturel des enfants roms.

B. La Chambre des lords

105. Dans la décision *Regina v. Immigration Officer at Prague Airport and another ex parte European Roma Rights Centre and others*, datée du 9 décembre 2004, la Chambre des lords a déclaré, à l'unanimité, que les agents

britanniques des services de l'immigration travaillant à l'aéroport de Prague avaient opéré une discrimination envers les Roms qui voulaient partir de cet aéroport pour le Royaume-Uni, car ils leur avaient réservé, pour des motifs de race, un traitement moins favorable qu'aux autres voyageurs à destination de ce pays.

106. La baronne Hale of Richmond a considéré notamment :

«73. (...) Est sous-jacente aux lois interdisant tant la discrimination fondée sur la race que celle fondée sur le sexe la notion que les individus des deux sexes et de toutes les races ont droit à l'égalité de traitement. Ainsi, il est tout aussi discriminatoire de traiter des hommes moins favorablement que des femmes que de traiter des femmes moins favorablement que des hommes; et il est tout aussi discriminatoire de traiter des Blancs moins favorablement que des Noirs que de traiter des Noirs moins favorablement que des Blancs. Il y a discrimination illégale lorsque: i) il existe une différence de traitement entre une personne et une autre (réelle ou hypothétique) appartenant à l'autre sexe ou à un autre groupe racial; ii) l'une des personnes fait l'objet d'un traitement moins favorable; iii) les circonstances à prendre en compte sont les mêmes ou ne sont pas sensiblement différentes; et iv) la différence de traitement est fondée sur le sexe ou sur la race. Toutefois, étant donné que les individus affichent rarement leurs préjugés dont ils ne sont d'ailleurs peut-être pas même conscients, la discrimination sera normalement établie à partir d'indices plutôt que sur la foi de preuves directes. Une fois démontré qu'une personne s'est vu réserver un traitement moins favorable qu'une personne placée dans une situation comparable (éléments i), ii) et iii)), le tribunal sollicite une explication de l'auteur présumé de la discrimination. L'explication doit, bien entendu, être dénuée de lien avec la race ou le sexe du demandeur. En l'absence d'explication, ou d'explication satisfaisante, il est légitime de présumer que l'intéressé a fait l'objet d'un traitement moins favorable pour des motifs liés à sa race (...)

74. Si une discrimination directe de ce type est démontrée, la question est réglée. A quelques très rares exceptions près, aucune justification objective ne peut être avancée. La loi entend précisément que les prestataires traitent chaque personne comme un individu, et non comme le membre d'un groupe. Le prestataire ne doit pas partir du principe que l'individu présente les caractéristiques qu'il associe au groupe, que la plupart des membres du groupe possèdent effectivement ou non ces caractéristiques, autrement dit il ne doit pas tomber dans le stéréotype. (...)

75. En l'espèce, on est en présence d'une plainte de discrimination directe envers les Roms. Il y a discrimination indirecte lorsqu'un employeur ou un prestataire traite chaque individu de la même façon, mais applique à tous une exigence ou une condition que les personnes appartenant à un sexe ou à un groupe racial sont très probablement moins à même de remplir que les personnes appartenant à l'autre sexe ou à un autre groupe; on peut citer à titre d'exemple une épreuve d'haltérophilie que les hommes ont bien plus de chances que les femmes de réussir. Cette exigence est illégale seulement si elle ne peut se justifier indépendamment du sexe ou de la race des intéressés (...) Mais c'est l'exigence ou la condition qui peut se justifier, et non la discrimination. Il ne faut pas confondre ce type de justification avec la possibilité d'une justification objective à un traitement discriminatoire qui serait sinon contraire à l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme.

(...)

90. Il y a lieu de rappeler que les bonnes pratiques en matière d'égalité des chances ne vont peut-être pas de soi. Pour beaucoup, il est contraire au bon sens d'aborder tous les demandeurs sur un pied d'égalité, sans aucun préjugé, indépendamment des raisons très valables qu'il peut y avoir d'en soupçonner certains plus que d'autres. Mais c'est ce que veut une loi qui tente de garantir que des individus ne soient pas défavorisés par les caractéristiques générales du groupe auquel ils appartiennent. En 2001, lorsque l'opération qui nous intéresse a commencé, la législation sur les relations interraciales venait tout juste d'être étendue aux activités des services de l'immigration. Il ne serait guère surprenant que des fonctionnaires confrontés à des impératifs de délais aient du mal à se conformer en tous points aux procédures et attentes que les employeurs peinent à observer depuis plus d'un quart de siècle.

91. C'est dans ce contexte que les éléments de preuve pouvant exister en ce qui concerne les événements survenus à l'aéroport de Prague doivent être appréciés. Les fonctionnaires n'ont pas consigné l'origine ethnique des personnes qu'ils ont interrogées. Les défendeurs ne peuvent donc nous fournir aucune donnée indiquant le nombre d'individus de chaque groupe qui ont été interrogés, la durée de cet interrogatoire et son résultat. D'après les défendeurs, cela montre clairement que les fonctionnaires ne se sont pas fondés sur l'Autorisation : s'ils l'avaient fait, ils auraient simplement eu à consigner leur opinion quant à l'origine ethnique du passager. Si cette opinion s'était révélée juste, cela aurait suffi pour justifier un refus. Mais ce qui apparaît également, c'est qu'aucune mesure formelle n'a été prise pour que soient rassemblées les informations qui auraient permis d'éviter toute discrimination dans la conduite de cette opération à haut risque. Cela signifie aussi que les seules informations disponibles sont celles fournies par les demandeurs, en particulier par le Centre européen pour les droits des Roms, qui tentait de surveiller l'opération. Les défendeurs peuvent mettre en doute la fiabilité de ces informations, mais ils ne peuvent pas en prouver la fausseté ou fournir des renseignements plus fiables. (...)»

C. La Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique

107. La décision *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971), dans laquelle la Cour suprême a établi la théorie de l'impact disproportionné, a été rendue à l'issue d'une procédure intentée par les employés noirs d'une centrale électrique, qui considéraient comme discriminatoire la pratique de leur employeur exigeant un diplôme de *high school* ou la réussite aux tests d'intelligence, même pour les postes les moins bien payés (les Noirs ayant été moins nombreux à posséder un tel diplôme ou à réussir les tests standardisés). La Cour suprême a déclaré à cette occasion :

«La loi [de 1964 sur les droits civils] exige l'élimination des obstacles artificiels, arbitraires et inutiles à l'emploi qui ont l'effet désobligeant d'opérer une discrimination fondée sur la race. Si, comme c'est le cas en l'espèce, on ne peut pas démontrer qu'une pratique en matière d'emploi ayant pour effet d'exclure les Noirs est liée à la performance professionnelle, cette pratique est interdite, nonobstant l'absence d'intention discriminatoire de la part de l'employeur. (...)»

La loi n'exclut pas le recours à des tests ou à des évaluations, mais elle interdit de leur conférer un poids décisif, à moins que (...) il ne soit démontré qu'il s'agit d'une appréciation raisonnable de la performance professionnelle (...)

La loi interdit non seulement toute discrimination directe mais aussi les pratiques qui sont justes dans la forme, mais discriminatoires dans les faits. La pierre de touche, ce sont les besoins de l'entreprise. Lorsqu'on ne peut pas démontrer qu'une pratique dans le domaine de l'emploi qui a pour effet d'exclure les Noirs est liée à la performance professionnelle, elle est interdite.

(...) [l]e Congrès fait peser sur l'employeur la charge de prouver que toute exigence a un lien manifeste avec l'emploi en question.»

EN DROIT

I. SUR L'ÉTENDUE DE LA COMPÉTENCE DE LA GRANDE CHAMBRE

108. Dans leurs observations définitives présentées à la Grande Chambre le 26 septembre 2006, les requérants continuent de soutenir que les droits dont ils jouissent en vertu des articles 3 et 6 § 1 de la Convention ont été violés.

109. Selon la jurisprudence de la Cour, l'« affaire » renvoyée devant la Grande Chambre est la requête telle qu'elle a été déclarée recevable (voir, par exemple, *Leyla Şahin c. Turquie* [GC], n° 44774/98, § 128, CEDH 2005-XI; *Üner c. Pays-Bas* [GC], n° 46410/99, § 41, CEDH 2006-XII). La Grande Chambre note que, dans sa décision partielle du 1^{er} mars 2005, la chambre a déclaré irrecevables tous les griefs des requérants qui ne se rapportaient pas à l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 2 du Protocole n° 1, dont ceux tirés des articles 3 et 6 § 1 de la Convention. Dès lors, les griefs fondés sur ces dernières dispositions – pour autant que les requérants eussent l'intention de les invoquer une nouvelle fois devant la Grande Chambre – ne font pas partie de l'objet du litige devant celle-ci.

II. SUR L'EXCEPTION PRÉLIMINAIRE DU GOUVERNEMENT

110. La Cour note que, dans la décision sur la recevabilité de la présente requête, l'exception préliminaire de non-épuisement des voies de recours internes, soulevée par le Gouvernement dans ses observations du 15 mars 2004, a été jointe au fond du grief tiré de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 2 du Protocole n° 1. Dans son arrêt du 7 février 2006 (§ 31), la chambre a considéré que les arguments des parties relatifs à la condition de l'épuisement des voies de recours internes faisaient apparaître des questions qui étaient étroitement liées au fond de l'affaire. Elle a ensuite estimé, à l'instar de la Cour constitutionnelle tchèque, que la présente requête revêtait une importance considérable et abordait des enjeux sérieux. Pour ces raisons, et eu égard au fait que la

requête donnait lieu à un constat de non-violation pour d'autres motifs tenant au bien-fondé, la chambre a jugé inutile d'examiner en l'espèce la question de savoir si les requérants avaient satisfait à ladite condition.

111. Il convient de rappeler que la Grande Chambre, en cas de renvoi d'une affaire devant elle, peut examiner aussi des questions relatives à la recevabilité de la requête, entre autres lorsque ces questions ont été jointes au fond ou lorsqu'elles présentent un intérêt au stade de l'examen au fond (*K. et T. c. Finlande* [GC], n° 25702/94, § 141, CEDH 2001-VII).

112. Dans ces conditions, la Grande Chambre juge nécessaire de se prononcer en l'espèce sur la question de savoir si les requérants ont satisfait à la condition de l'épuisement des voies de recours internes.

113. Le Gouvernement soutient que les intéressés n'ont pas exercé tous les recours susceptibles de remédier à leur situation. Il note, d'une part, que les requérants ne se sont pas prévalus de la possibilité de faire appel des décisions ordonnant leur placement dans des écoles spéciales et, d'autre part, que six d'entre eux n'ont pas formé de recours constitutionnel. De plus, seuls cinq requérants parmi ceux qui ont saisi la Cour constitutionnelle ont attaqué concrètement les décisions de les placer dans des écoles spéciales. En outre, les requérants n'ont pas cherché à protéger leur dignité par le biais d'une action en protection des droits de la personnalité fondée sur le code civil, et leurs parents n'ont saisi ni les organes d'inspection scolaire ni le ministère de l'Éducation.

114. Les requérants soutiennent d'abord qu'il n'existe en République tchèque aucun recours disponible, effectif et suffisant pour faire valoir un grief relatif à une discrimination raciale dans l'éducation. Pour ce qui est plus particulièrement du recours constitutionnel, son inefficacité résulterait du raisonnement adopté en l'espèce par la Cour constitutionnelle et du refus de celle-ci d'accorder une importance à la pratique générale invoquée par les requérants; on ne saurait donc reprocher à ceux qui ne l'ont pas introduit de ne pas l'avoir fait. En ce qui concerne l'omission d'interjeter un appel administratif, les requérants affirment qu'au moment où le délai pour le former était ouvert leurs parents n'avaient pas eu accès aux informations nécessaires; par ailleurs, même la Cour constitutionnelle n'a pas tenu compte de ce manquement. L'action en protection des droits de la personnalité ne saurait quant à elle être considérée comme un moyen de contester les décisions administratives passées en force de chose jugée, et le Gouvernement n'aurait apporté aucune preuve de son efficacité.

Ensuite, à supposer même qu'il existe un recours effectif, les requérants estiment qu'il n'est pas nécessaire de l'exercer là où se trouve en place une pratique administrative qui rend le racisme possible ou l'encourage, tel le système des écoles spéciales en République tchèque. Ils attirent également l'attention de la Cour sur la haine raciale et sur le

nombre d'actes de violence perpétrés en République tchèque à l'encontre des Roms, ainsi que sur le caractère insatisfaisant des sanctions infligées en cas d'infractions pénales motivées par le racisme et la xénophobie.

115. La Cour rappelle que la condition de l'épuisement des voies de recours internes énoncée à l'article 35 § 1 de la Convention se fonde sur l'hypothèse que l'ordre interne offre un recours effectif quant à la violation alléguée. Il incombe au Gouvernement excipant du non-épuisement de convaincre la Cour qu'un 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 la réparation de ses griefs et présentait des perspectives raisonnables de succès (*V. c. Royaume-Uni* [GC], n° 24888/94, § 57, CEDH 1999-IX).

116. La Cour souligne également qu'elle doit appliquer la règle de l'épuisement des voies de recours internes en tenant dûment compte du contexte : le mécanisme de sauvegarde des droits de l'homme que les États contractants sont convenus d'instaurer. Elle a ainsi reconnu que l'article 35 § 1 doit être appliqué avec une certaine souplesse et sans formalisme excessif. Elle a de plus admis que cette règle ne s'accommode pas d'une application automatique et ne revêt pas un caractère absolu ; en contrôlant le respect, il faut avoir égard aux circonstances de la cause. Cela signifie notamment que la Cour doit tenir compte de manière réaliste non seulement des recours prévus en théorie dans le système juridique de l'État contractant concerné, mais également du contexte dans lequel ils se situent ainsi que de la situation personnelle du requérant. Il lui faut dès lors examiner si, compte tenu de l'ensemble des circonstances de la cause, le requérant a fait tout ce que l'on pouvait raisonnablement attendre de lui pour épuiser les voies de recours internes (*İlhan c. Turquie* [GC], n° 22277/93, § 59, CEDH 2000-VII).

117. Dans la présente affaire, le Gouvernement reproche, en premier lieu, aux requérants qu'aucun d'eux n'a tiré parti de la possibilité de faire appel de la décision ordonnant son placement dans une école spéciale, ni n'a introduit une action en protection des droits de la personnalité.

118. A cet égard, la Cour relève, comme le font d'ailleurs les requérants, que la Cour constitutionnelle tchèque a décidé de ne pas tenir compte de ce manquement (paragraphe 28 ci-dessus). Dans ces conditions, la Cour est d'avis qu'il serait trop formaliste d'exiger des intéressés qu'ils usent d'un recours que même la juridiction suprême du pays ne les obligeait pas à exercer.

119. En second lieu, le Gouvernement fait observer que, sur les douze requérants qui ont introduit un recours constitutionnel, cinq seulement ont attaqué concrètement les décisions de les placer dans des écoles spéciales, ce qui a permis à la Cour constitutionnelle de statuer sur leurs cas.

120. La Cour observe que, grâce à ces cinq requérants ayant satisfait aux exigences formelles du recours constitutionnel, la Cour

constitutionnelle a eu l'occasion de se prononcer sur l'ensemble des griefs que les intéressés soulèvent aujourd'hui devant la Cour. La juridiction constitutionnelle a en outre considéré que le recours dépassait les intérêts propres des requérants; dans ce sens, sa décision avait donc un caractère plus général.

121. En outre, il ressort de la décision du 20 octobre 1999 que la Cour constitutionnelle s'est bornée à vérifier l'interprétation et l'application par les autorités compétentes des dispositions légales pertinentes, sans se pencher sur la question de leur impact, considéré comme discriminatoire par les requérants. Quant au grief concernant la discrimination raciale, cette juridiction a constaté en outre qu'il ne lui appartenait pas d'apprécier le contexte social global.

122. Dans ces conditions, rien ne donne à penser que si la Cour constitutionnelle avait été amenée à se prononcer sur les cas des treize autres requérants, qui n'ont pas introduit le recours constitutionnel ou attaqué la décision du directeur de l'école spéciale, sa conclusion aurait été différente. Au vu de ces éléments, la Cour n'est pas convaincue que, dans les circonstances particulières de la présente affaire, cette voie était susceptible d'offrir aux requérants une réparation de leurs griefs et qu'elle présentait des perspectives raisonnables de succès.

123. Partant, il convient de rejeter en l'espèce l'exception préliminaire du Gouvernement.

III. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 14 DE LA CONVENTION COMBINÉ AVEC L'ARTICLE 2 DU PROTOCOLE N° 1

124. Les requérants soutiennent avoir subi une discrimination fondée sur leur race ou leur origine ethnique au motif qu'ils ont fait l'objet d'un traitement moins favorable que celui réservé aux autres enfants se trouvant dans une situation comparable, sans qu'il y ait eu la moindre justification objective et raisonnable. Ils invoquent à cet égard l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 2 du Protocole n° 1, libellés comme suit :

Article 14 de la Convention

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

Article 2 du Protocole n° 1

«Nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction. L'Etat, dans l'exercice des fonctions qu'il assumera dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement,

respectera le droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques.»

A. L'arrêt de la chambre

125. La chambre a conclu à l'absence de violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 2 du Protocole n° 1. Selon elle, le Gouvernement avait réussi à prouver que le système des écoles spéciales en République tchèque n'était pas conçu pour accueillir uniquement des enfants roms et qu'au sein de ces établissements de multiples efforts étaient déployés pour aider certaines catégories d'élèves à acquérir des connaissances de base. Sur ce point, la chambre a observé que la réglementation relative aux modalités de placement des enfants dans des écoles spéciales n'avait pas trait à l'origine ethnique des élèves, mais poursuivait le but légitime de l'adaptation du système d'éducation aux besoins, aptitudes ou déficiences des enfants.

126. La chambre a notamment relevé que les requérants n'avaient pas réussi à réfuter les conclusions des experts selon lesquelles leurs lacunes intellectuelles étaient telles qu'elles les empêchaient de suivre le cursus proposé dans des écoles primaires ordinaires. Elle a en outre noté que les parents des intéressés étaient restés passifs ou avaient eux-mêmes exprimé le souhait que leurs enfants soient inscrits ou restent dans les écoles spéciales.

127. Dans son arrêt, la chambre a reconnu qu'il n'était pas facile de choisir un système éducatif conciliant les divers intérêts concurrents et qu'il ne semblait pas y avoir de solution idéale. Tout en admettant que les statistiques révélaient des chiffres inquiétants et que la situation générale en République tchèque concernant l'éducation des enfants roms restait à parfaire, la chambre a néanmoins considéré que les éléments concrets dont elle disposait dans la présente affaire ne lui permettaient pas de conclure que le placement des requérants et le maintien de certains d'entre eux dans des écoles spéciales avaient été motivés par des préjugés raciaux.

B. Les arguments des parties

1. Les requérants

128. Les requérants soutiennent que l'interprétation restrictive de la notion de discrimination à laquelle s'est livrée la chambre est incompatible non seulement avec le but de la Convention mais aussi avec la jurisprudence de la Cour et celle d'autres juridictions d'Europe et d'ailleurs.

129. Tout d'abord, les requérants demandent à la Grande Chambre de corriger le critère, obscur et contradictoire, appliqué par la chambre pour juger de l'existence d'une discrimination. Ils notent que, d'un côté, la chambre a réaffirmé le principe établi qui veut que si une politique ou une mesure générale ont des effets préjudiciables disproportionnés sur un groupe de personnes, on ne saurait exclure qu'elles soient considérées comme discriminatoires, nonobstant le fait qu'elles ne visent pas ce groupe en particulier. D'un autre côté, cependant, elle s'est écartée de la jurisprudence antérieure de la Cour (*Thlimmenos c. Grèce* [GC], n° 34369/97, § 44, CEDH 2000-IV; *Hoogendijk c. Pays-Bas* (déc.), n° 58641/00, 6 janvier 2005; *Natchova et autres c. Bulgarie* [GC], n^{os} 43577/98 et 43579/98, § 157, CEDH 2005-VII) pour exiger à tort des requérants qu'ils apportent la preuve de l'intention discriminatoire qui animait les autorités tchèques. De l'avis des requérants, une telle exigence est irréaliste et illogique : en effet, peu importe que les écoles spéciales aient ou non été conçues pour opérer une ségrégation raciale car tel a indubitablement été leur effet dans les faits. La réalité est que des acteurs bien intentionnés se livrent souvent à des pratiques discriminatoires par ignorance, négligence ou inertie.

130. Les requérants observent notamment que, en se refusant à renverser la charge de la preuve dans l'arrêt *Natchova et autres* (précité, § 157), la Cour a pris soin de distinguer entre les crimes violents et les actes non violents de discrimination raciale, par exemple dans les domaines de l'emploi ou de la prestation de services. Selon les intéressés, la discrimination raciale en matière d'accès à l'éducation relève précisément de cette dernière catégorie d'actes de discrimination qui peuvent être prouvés en l'absence d'élément intentionnel. Plus récemment, la Cour a jugé dans l'arrêt *Zarb Adami c. Malte* (n° 17209/02, §§ 75-76, CEDH 2006-VIII) qu'une différence de traitement n'avait pas à être inscrite dans un texte législatif pour violer l'article 14 et qu'une « pratique bien établie » ou une « situation de fait » pouvaient aussi donner lieu à des actes de discrimination. En l'espèce, les requérants estiment que, vu qu'ils ont incontestablement réussi à établir l'existence d'un impact disproportionné, il faut déplacer la charge de la preuve pour la faire peser sur le Gouvernement, auquel il incombe de démontrer que leur origine ethnique n'a pas influé sur les décisions litigieuses et qu'il existait des garanties suffisantes contre la discrimination.

131. A cet égard, les intéressés notent que, dans sa recommandation de politique générale n° 7, l'ECRI invite les Etats à interdire aussi bien la discrimination directe que la discrimination indirecte, dont aucune n'exige la preuve d'une intention de discriminer. En effet, une nette majorité d'Etats membres du Conseil de l'Europe ont déjà expressément interdit la discrimination dans certains textes de leur législation nationale sans exiger la preuve d'une telle intention, ce qui se reflète dans leur

pratique judiciaire. Dans ce contexte, les requérants se réfèrent entre autres à la décision de la Chambre des lords dans l'affaire *Regina v. Immigration Officer at Prague Airport and another ex parte European Roma Rights Centre and others* (paragraphe 105 ci-dessus), ainsi qu'à la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. Enfin, la discrimination indirecte est également interdite en droit international, notamment par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et par la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale.

132. Etant donné la portée essentielle de la protection de l'article 14 et la nécessité de la rendre effective, les règles pertinentes applicables par la Cour gagneraient donc à être précisées, entre autres pour que le principe de non-discrimination soit uniformément interprété et appliqué par les deux cours européennes. C'est pourquoi les intéressés invitent la Grande Chambre à dire clairement que l'élément intentionnel n'est pas nécessaire pour établir l'existence d'une discrimination au regard de l'article 14, sauf dans les cas où l'intention est déjà un élément de l'infraction initiale, comme lorsqu'il s'agit d'actes de violence à motivation raciale.

133. En l'espèce, les requérants ne soutiennent pas que les autorités compétentes avaient à l'époque adopté un comportement injustement raciste envers les Roms, ni qu'elles avaient l'intention de leur faire subir une discrimination, ni même qu'elles avaient manqué à prendre des mesures positives. Tout ce qui doit être établi, et qui l'a bien été selon eux, c'est que ces autorités les ont soumis à un traitement défavorable par rapport aux non-Roms se trouvant dans une situation comparable, sans justification objective et raisonnable. La question d'une norme européenne commune, soulevée par le Gouvernement, est selon les requérants plutôt de nature politique et son existence ou absence n'a pas d'importance car le principe de l'égalité de traitement est une norme impérative de droit international.

134. Dans cet ordre d'idées, les requérants invitent la Grande Chambre à fournir des indications sur les types de preuves pertinents dans le cadre d'une allégation de violation de l'article 14, en particulier sur les preuves statistiques, sans pour autant se limiter à celles-ci. Ils observent que la chambre a écarté les preuves statistiques abondantes et accablantes présentées par eux, sans se pencher sur leur exactitude ou inexactitude, et ce bien qu'elles fussent corroborées par les constatations d'organes indépendants et intergouvernementaux spécialisés (ECRI, comité pour l'élimination de la discrimination raciale, comité consultatif de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales) et par l'aveu même du gouvernement (paragrapes 41 et 66 ci-dessus). Selon ces données, alors que les enfants roms ne représentaient à la date de l'introduction de la requête que 5 % des enfants en âge d'être scolarisés,

ils constituaient plus de la moitié des élèves des écoles spéciales. Tandis que moins de 2 % des élèves non roms d'Ostrava étaient placés dans ces établissements, plus de la moitié des enfants roms y étaient envoyés. Globalement, un enfant rom aurait eu vingt-sept fois plus de chances d'être orienté vers une école spéciale qu'un enfant non rom dans une situation comparable.

135. De l'avis des requérants, ces éléments indiquent sans ambiguïté que, par une volonté délibérée ou une négligence coupable, la race ou l'origine ethnique sont des facteurs qui ont perverti de manière notable, voire déterminante, le processus de placement scolaire. La présomption selon laquelle les intéressés, à l'instar des autres enfants roms de la ville d'Ostrava, ont été victimes d'actes de discrimination fondés sur leur origine ethnique n'a jamais été réfutée. En outre, nul ne conteste que, du fait de leur placement dans des écoles spéciales, les intéressés ont reçu une formation nettement moins bonne que celle dispensée aux enfants non roms, ce qui les a effectivement privés de la possibilité de poursuivre des études secondaires ailleurs que dans un centre d'apprentissage.

136. Dans ce contexte, les requérants soutiennent que, en Europe et ailleurs, les statistiques sont souvent utilisées dans les affaires où il est question d'un effet discriminatoire, comme c'est le cas en l'espèce, car elles sont parfois le seul moyen de prouver la discrimination indirecte. Les statistiques sont notamment admises comme preuve d'une discrimination par les organes de contrôle des traités des Nations unies et par la Cour de justice des Communautés européennes. La directive 2000/43/CE du Conseil prévoit expressément que «la discrimination indirecte peut être établie par tous moyens, y compris sur la base de données statistiques».

137. S'agissant des organes de la Convention, les requérants observent que, pour conclure à la discrimination raciale dans l'affaire *Asiatiques d'Afrique orientale c. Royaume-Uni* (n^{os} 4403/70-4530/70, rapport de la Commission du 14 décembre 1973, Décisions et rapports 78-B, p. 5), la Commission s'est basée sur des circonstances environnantes, incluant des données statistiques concernant l'impact disproportionné de la législation sur les citoyens britanniques d'origine asiatique. Récemment, la Cour a indiqué dans sa décision *Hoogendijk* précitée que, si elles ne sont pas suffisantes à elles seules, les statistiques peuvent, en particulier lorsqu'elles sont incontestées, constituer un commencement de preuve de l'existence d'une discrimination qui oblige le Gouvernement à fournir une explication objective de la différence de traitement constatée. Par ailleurs, pour parvenir à ses conclusions dans l'affaire *Zarb Adami* (arrêt précité), la Cour s'est appuyée notamment sur des statistiques faisant ressortir des conséquences disproportionnées.

138. Les intéressés estiment ensuite qu'il serait utile que la Grande Chambre clarifie la jurisprudence de la Cour afin de déterminer si la

différence de traitement en cause dans cette affaire est « objectivement et raisonnablement justifiée » au regard de l'article 14, et qu'elle précise les conclusions qu'il convient de tirer de l'absence d'explication satisfaisante. Se référant entre autres aux arrêts *Timichev c. Russie* (n^{os} 55762/00 et 55974/00, § 56, CEDH 2005-XII) et *Moldovan et autres c. Roumanie* (n^o 2) (n^{os} 41138/98 et 64320/01, § 140, 12 juillet 2005), ils soutiennent que, dès lors que le requérant a démontré une différence de traitement, il appartient au gouvernement défendeur d'en établir la justification; en l'absence d'explication dénuée de toute connotation raciale, il est légitime de conclure que la différence de traitement est fondée sur des motifs raciaux. Les requérants estiment en l'occurrence qu'une maîtrise insuffisante de la langue tchèque, la pauvreté ou un statut socioéconomique différent ne sauraient constituer une justification raisonnable et objective. Ils contestent également que le nombre démesurément élevé d'enfants roms placés dans des écoles spéciales puisse s'expliquer par les résultats des tests sur les capacités intellectuelles ou être justifié par le consentement parental (paragraphes 141-142 ci-dessous).

139. Les requérants considèrent aussi que, compte tenu de l'importance de la lutte contre la discrimination raciale et ethnique constamment réaffirmée par les organes de Strasbourg, la Grande Chambre devrait indiquer clairement que la « marge d'appréciation » laissée aux Etats ne saurait justifier la ségrégation scolaire. Selon eux, l'approche de la chambre, qui a laissé une marge d'appréciation illimitée à l'Etat tchèque, est injustifiée, étant donné les graves allégations de discrimination raciale et ethnique en cause dans cette affaire, et en porte-à-faux par rapport à la jurisprudence de la Cour. La présente affaire appelle d'autant plus d'attention de la part de la Cour que le droit matériel en cause est le droit à l'instruction, qui compte parmi les plus importants.

140. Selon les requérants, la chambre a en outre mal interprété certains éléments essentiels et tiré des conclusions inappropriées sur deux questions déterminantes, à savoir la fiabilité des tests psychologiques et le consentement parental.

141. Les intéressés réaffirment ainsi que, à l'époque des faits, les modalités et l'interprétation des tests utilisés par les centres de conseil psychopédagogique ne faisaient l'objet d'aucune réglementation uniforme, ce qui laissait une large place à l'appréciation des psychologues et aux préjugés raciaux, et ne tenait pas compte des différences culturelles. De plus, les tests auxquels ils ont été soumis, de même que d'autres enfants roms, étaient erronés d'un point de vue scientifique et n'étaient pas fiables sur le plan éducatif. En effet, les pièces du dossier indiqueraient que plusieurs requérants ont été placés dans des écoles spéciales pour des motifs autres que leur déficit

intellectuel (absentéisme, mauvaise conduite, voire conduite des parents). Par ailleurs, le gouvernement tchèque a lui-même reconnu l'effet discriminatoire de ces tests (paragraphe 66 ci-dessus); il a également admis dans ses observations relatives à la présente requête qu'un requérant avait été placé dans une école spéciale alors qu'il possédait de bonnes capacités d'expression verbale.

142. De plus, selon les intéressés, on ne saurait accepter que le traitement discriminatoire infligé puisse se justifier par le consentement des parents au placement dans des écoles spéciales. En effet, les gouvernements sont juridiquement tenus de garantir l'intérêt supérieur de l'enfant, en particulier l'égalité de tous les enfants quant au droit à l'éducation, dont ceux-ci ne sauraient être privés en raison de la conduite ou du choix des parents.

En l'espèce, les incohérences dans les dossiers scolaires font douter de l'authenticité et de la réalité du « consentement » qu'auraient donné les parents de plusieurs requérants et le rendent moins crédible. Ensuite, à supposer même qu'un tel consentement ait été donné par tous les parents, il n'a, selon les requérants, aucune valeur juridique car les parents concernés n'ont jamais été véritablement informés de leur droit de ne pas consentir, des solutions autres que le placement en école spéciale ou des risques et conséquences entraînés par ce placement. La procédure a en effet été très formelle : les parents se sont vu soumettre un formulaire prérempli et les résultats des tests psychologiques qu'ils ont considérés comme indiscutables. Quant à une réorientation ultérieure vers une école ordinaire que leurs parents auraient prétendument pu demander, les intéressés font observer que, dès la première année de leur scolarité, ils ont reçu une éducation d'un niveau nettement plus bas que la moyenne; le déficit ainsi créé ne leur a pas permis de satisfaire par la suite aux exigences des écoles ordinaires.

De surcroît, il est irréaliste, selon les requérants, de se prononcer sur la question du consentement sans tenir compte du passé de ségrégation des Roms dans le domaine de l'éducation et en l'absence d'informations adéquates sur les choix qui s'offrent aux parents roms. Rappelant l'avis de la Cour selon lequel la renonciation est licite pour certains droits et non pour d'autres et ne doit se heurter à aucun intérêt public important (*Håkansson et Stuesson c. Suède*, 21 février 1990, § 66, série A n° 171-A), les requérants soutiennent qu'on ne peut renoncer au droit de l'enfant de ne pas faire l'objet d'une discrimination raciale dans le domaine de l'éducation.

143. La présente affaire soulève une « question grave de caractère général », celle de savoir si les gouvernements européens sont capables de faire face à la diversité raciale et ethnique croissante de la population européenne et de protéger des minorités vulnérables. A cet égard, la principale question est, selon les intéressés, celle de l'égalité des chances

en matière d'éducation, car la discrimination des Roms dans ce domaine perdure dans tous les Etats membres du Conseil de l'Europe. S'il était mis fin à la discrimination dans les écoles, les Roms bénéficieraient de manière générale d'une égalité de traitement.

144. La ségrégation raciale visant les enfants roms au sein des écoles tchèques n'a pas connu de réel changement depuis l'introduction de la requête. Leur propre devenir et l'absence d'opportunités illustrent le préjudice résultant du placement discriminatoire dans des écoles spéciales. Ainsi, en mai 2006, huit requérants poursuivaient leur scolarité dans une école spéciale et six autres, qui avaient terminé leur cursus dans ce type d'établissement, étaient sans emploi. Sur les quatre requérants qui, après avoir réussi des tests d'aptitude, avaient été autorisés à fréquenter une école primaire, deux étaient encore dans cette école, un était au chômage et le quatrième était inscrit dans un établissement d'enseignement secondaire professionnel. Selon les requérants, il est d'ores et déjà certain qu'aucun d'entre eux ne fréquentera un établissement d'enseignement secondaire général, et à plus forte raison l'université.

145. En dernier lieu, les requérants observent qu'une nouvelle loi sur les écoles a été adoptée à la fin de l'année 2004 en vue de mettre fin au système des écoles spéciales. Ainsi, selon eux, la nouvelle législation reconnaît que l'existence même de ces écoles considérées comme «spéciales» frappe du sceau d'infériorité ceux qui y sont placés. Concrètement, la nouvelle loi n'aurait cependant pas abouti à une nouvelle pratique car elle a seulement changé les critères d'élaboration des programmes éducatifs. Les recherches approfondies menées par le Centre européen pour les droits des Roms en 2005 et 2006 montreraient que, dans bien des cas, ces écoles spéciales ont simplement été rebaptisées «écoles de redressement» ou «écoles pratiques», sans que la composition du corps enseignant ou le contenu du cursus aient connu de réel changement.

2. *Le Gouvernement*

146. Selon le Gouvernement, la présente affaire soulève des questions complexes relevant du problème social de la position des Roms dans la société contemporaine. Si ceux-ci jouissent formellement des mêmes droits que les autres citoyens, leurs opportunités réelles sont en fait limitées par des circonstances à la fois objectives et subjectives. Sans initiative et intérêt de chaque membre de la communauté rom, il ne peut pas y avoir d'amélioration. Pour éliminer ces inégalités, les Etats membres sont confrontés à de nombreux problèmes d'ordre politique, social, économique et technique, lesquels ne sauraient être réduits à la question du respect des droits fondamentaux. C'est pourquoi les tribunaux, y

compris la Cour européenne des droits de l'homme, devraient faire preuve d'une certaine retenue en examinant les mesures adoptées dans ce domaine et se prononcer seulement sur la question de savoir si les autorités compétentes n'ont pas outrepassé leur marge d'appréciation.

147. Se référant à ses observations écrites et orales antérieures, le Gouvernement continue d'affirmer que la race, la couleur ou l'appartenance à une minorité nationale n'ont pas joué un rôle déterminant quant à l'éducation des requérants. Aucune preuve spécifique n'atteste selon lui que ces derniers ont fait l'objet d'un traitement différent fondé sur lesdits critères discriminatoires. En effet, les dossiers scolaires des intéressés permettent de conclure de manière indubitable que leur placement dans des écoles spéciales était motivé non par leur origine ethnique mais par les résultats des tests psychologiques effectués dans les centres de conseil psychopédagogique. Dès lors que les requérants ont été placés dans des écoles spéciales en raison de leurs besoins éducatifs spécifiques, tenant essentiellement à leurs capacités intellectuelles, et que les critères de placement comme leur mode d'application et le système des écoles spéciales étaient dépourvus de connotation raciale, ce que la chambre a confirmé dans son arrêt, l'on ne saurait en l'espèce parler d'une discrimination ouverte ou directe.

148. Le Gouvernement s'exprime ensuite sur la thèse des requérants selon laquelle il s'agit en l'espèce d'une discrimination indirecte qui, dans certains cas, ne pourrait être établie qu'à l'aide des statistiques. Il souhaite observer à cet égard que l'affaire *Zarb Adami* précitée, dans laquelle la Cour s'est largement appuyée sur des statistiques présentées par les parties, n'est nullement comparable au cas d'espèce. En premier lieu, l'affaire *Zarb Adami* serait sensiblement moins complexe. En second lieu, les disparités statistiques entre le nombre d'hommes et de femmes appelés à un service de jury constatées dans cette affaire résultaient d'une décision de l'Etat, tandis que les statistiques invoquées en l'espèce par les requérants illustrent avant tout la volonté des parents de voir leurs enfants fréquenter une école spéciale, et non une omission ou une action de l'Etat. En effet, en l'absence de cette volonté (exprimée par le consentement), les enfants ne seraient pas placés dans ce type d'école.

De plus, les synthèses statistiques présentées dans la présente affaire par les intéressés ne seraient pas suffisamment concluantes, car les données ont été fournies par les directeurs des écoles et ne reflètent donc que leurs opinions subjectives, tandis qu'il n'existe aucune information officielle sur l'origine ethnique des élèves. Par ailleurs, selon le Gouvernement, ces statistiques n'ont aucune valeur informative en l'absence d'une évaluation du milieu socioculturel des Roms, de leur contexte familial et de leur attitude vis-à-vis de l'éducation. Le Gouvernement rappelle à cet égard que la région d'Ostrava est une des régions qui comptent le plus grand nombre de citoyens roms.

Quant aux études comparatives concernant les pays d'Europe centrale et orientale et des Etats ailleurs dans le monde, citées dans les observations des parties intervenantes, le Gouvernement ne perçoit aucune relation pertinente entre ces statistiques et le fond de l'affaire en cause. Selon lui, lesdites études confirment plutôt que la création d'un régime éducatif optimal pour les enfants roms est une question extrêmement complexe.

149. Néanmoins, même si les données soumises par les intéressés étaient fiables et que l'Etat pouvait être tenu pour responsable de la situation, cela ne constituerait pas, selon le Gouvernement, une discrimination indirecte incompatible avec la Convention. De l'avis du Gouvernement, la mesure litigieuse était conforme au principe de non-discrimination car elle poursuivait un but légitime, à savoir l'adaptation du processus d'éducation aux capacités des enfants ayant des besoins éducatifs spécifiques, et elle était objectivement et raisonnablement justifiée.

150. Sur ce dernier point, le Gouvernement conteste l'objection des requérants selon laquelle il n'a fourni aucune explication satisfaisante concernant le grand nombre d'enfants roms scolarisés dans des écoles spéciales. Tout en admettant que la situation des Roms en matière d'éducation n'est pas idéale, il estime avoir prouvé que les écoles spéciales n'avaient pas été créées pour la communauté rom et que l'origine ethnique n'était pas un critère de placement dans ces écoles. Il rappelle qu'un tel placement est toujours précédé d'un bilan psychopédagogique individuel, outil technique qui fait l'objet de recherches scientifiques continues, et ne peut donc être effectué que par des professionnels. Les tribunaux qui ne possèdent pas la qualification nécessaire devraient par conséquent faire preuve d'une certaine retenue dans ce domaine. Pour ce qui est des normes professionnelles auxquelles il est fait référence dans les observations de International Step by Step Association et autres, le Gouvernement souligne qu'il ne s'agit pas de normes juridiques ayant force de loi, mais tout au plus de recommandations ou d'indications de spécialistes sans caractère contraignant et dont la non-application ne peut, par définition, entraîner une responsabilité juridique internationale.

151. En l'espèce, le dossier de chacun des requérants contient toutes les informations relatives aux méthodes et résultats de ce bilan, lesquels n'ont été contestés par aucun d'entre eux à l'époque. L'allégation des intéressés selon laquelle les psychologues avaient adopté une approche subjective semble partisane et ne repose sur aucune preuve.

152. Le Gouvernement concède une nouvelle fois qu'il est possible que dans quelques rares cas la raison du placement dans une école spéciale ait été à la limite entre les difficultés d'apprentissage et l'appartenance à un milieu socioculturel défavorisé. Sur les dix-huit requérants, cela s'est

semble-t-il produit dans un cas seulement, celui du neuvième requérant. Pour tous les autres, les bilans et les tests psychopédagogiques des centres de conseil ont révélé des difficultés d'apprentissage.

153. Le Gouvernement note ensuite que les centres de conseil ayant fait passer lesdits tests n'ont émis que des recommandations quant au type d'école dans lequel l'enfant devait être placé. L'élément décisif et essentiel a été la volonté des parents. En l'espèce, les parents des requérants ont été dûment informés que le placement de leur enfant dans une école spéciale dépendait de leur consentement, et les conséquences de cette décision leur ont été expliquées. Si les circonstances du consentement n'étaient pas tout à fait claires, ils auraient pu interjeter appel, puis ils auraient à tout moment pu exiger la réorientation de leur enfant vers un autre type d'école. Dans l'hypothèse où leur consentement n'aurait pas été éclairé, comme ils le prétendent aujourd'hui, ils auraient dû chercher des informations auprès des autorités compétentes. Sur ce point, le Gouvernement note que la Convention souligne dans son article 2 du Protocole n° 1 le rôle et la responsabilité premiers des parents dans l'éducation de leurs enfants. En effet, l'Etat ne peut pas intervenir si rien dans le comportement des parents n'indique l'absence de volonté ou de capacité de prendre une décision concernant l'éducation qui convient pour leurs enfants; une telle ingérence serait en contradiction avec le principe selon lequel l'Etat doit respecter les convictions des parents quant à l'éducation et l'enseignement.

Pour ce qui est de la présente affaire, le Gouvernement rappelle que, à part la saisine de la Cour constitutionnelle et l'introduction d'une requête devant la Cour européenne des droits de l'homme, les parents des intéressés n'ont dans l'ensemble rien entrepris pour épargner à leurs enfants le traitement prétendument discriminatoire et qu'ils ont eu une attitude relativement passive concernant leur éducation.

154. Ensuite, le Gouvernement juge faux l'argument des requérants selon lequel leur placement dans des écoles spéciales les empêche de poursuivre des études secondaires ou supérieures. Que les requérants aient terminé leur scolarité obligatoire avant ou après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi n° 561/2004 sur les écoles, ils avaient la possibilité de poursuivre des études secondaires, de se mettre à niveau en suivant des cours supplémentaires ou de recourir à une aide à l'orientation. Or, aucun d'entre eux n'a démontré qu'il avait tenté cette possibilité (même sans succès) et que son échec (supposé) s'expliquait par un déficit éducatif dû à son placement antérieur dans une école spéciale. En revanche, plusieurs requérants ont renoncé à poursuivre leurs études ou les ont abandonnées. Le Gouvernement se dit fermement convaincu que les intéressés se sont eux-mêmes privés de la possibilité de continuer leurs études du fait de leur manque d'intérêt; leur situation, souvent

défavorable, découle davantage de leur passivité, et l'Etat ne saurait en être tenu pour responsable.

155. Le Gouvernement concède par ailleurs que les autorités nationales doivent entreprendre toutes les démarches que l'on peut raisonnablement attendre d'elles pour empêcher qu'une mesure produise un effet disproportionné ou, si cela n'est pas faisable, pour atténuer et compenser un tel effet. Cependant, ni la Convention ni les instruments internationaux ne contiennent une définition générale des obligations positives des Etats concernant l'éducation des élèves roms ou, plus généralement, des enfants appartenant à des minorités nationales ou ethniques. Le Gouvernement note à cet égard que la Cour, en déterminant les obligations positives incombant à l'Etat, s'inspire parfois des développements législatifs au sein des Parties contractantes. Or, il n'existe pas de nos jours de standard ou de consensus européen quant aux critères de placement des enfants dans des écoles spéciales ou quant à l'éducation des enfants ayant des besoins éducatifs spécifiques, et l'institution des écoles spéciales représente l'une des solutions possibles et acceptables du problème.

156. De plus, les obligations positives sur le terrain de l'article 14 de la Convention ne peuvent pas être interprétées comme une obligation de prendre une mesure positive, qui doit rester une option. L'on ne saurait en effet déduire de cette disposition l'obligation générale pour l'Etat de compenser activement tous les handicaps dont souffrent les différents groupes de la population.

157. En tout état de cause, dès lors que les écoles spéciales ne doivent pas être regardées comme une forme inférieure, mais comme une autre forme d'éducation, le Gouvernement estime avoir adopté en l'espèce des mesures raisonnables visant à compenser le handicap des requérants, qui devaient recevoir une éducation particulière du fait de leurs spécificités, et ne pas être allé au-delà de la marge d'appréciation prévue par la Convention en matière d'éducation. Il observe à cet égard que l'Etat a consacré deux fois plus de ressources au fonctionnement des écoles spéciales qu'à celui des écoles ordinaires, et que les autorités nationales ont déployé des efforts considérables s'agissant de la question complexe de l'éducation des enfants roms.

158. Le Gouvernement fournit ensuite les informations sur la situation actuelle des requérants, recueillies dans les dossiers scolaires et dans ceux du Bureau de l'emploi d'Ostrava, auprès duquel les requérants sans emploi se sont inscrits. A titre préliminaire, il observe que la région d'Ostrava souffre d'un taux de chômage élevé et que, de manière générale et indépendamment de leur origine ethnique, les jeunes n'ayant qu'une éducation élémentaire trouvent difficilement un emploi. Il existe une possibilité d'obtenir une qualification et une aide de l'Etat à

l'orientation, mais la participation active du demandeur d'emploi est une condition *sine qua non*.

Concrètement, deux requérants sont actuellement en dernière année d'école primaire et sept ont entrepris en septembre 2006 une formation professionnelle dans une école secondaire. Quatre requérants ont abandonné les études secondaires qu'ils avaient entamées, dans la plupart des cas par manque d'intérêt, et se sont inscrits auprès du Bureau de l'emploi. Enfin, cinq requérants n'ont pas déposé de dossier pour poursuivre leurs études au niveau secondaire et se sont inscrits auprès du Bureau de l'emploi. Le Gouvernement note cependant que les requérants enregistrés auprès du Bureau de l'emploi ne coopèrent pas avec celui-ci et ne manifestent aucun intérêt pour les offres de formation ou d'emploi, c'est pourquoi certains d'entre eux ont déjà été radiés (parfois à plusieurs reprises) du registre des demandeurs d'emploi.

159. Enfin, le Gouvernement combat l'allégation des requérants selon laquelle rien n'a changé après l'adoption de la loi n° 561/2004 sur les écoles. Il note que, en vertu de cette loi, les différents types d'écoles primaires qui existaient auparavant ont été unifiés et les programmes éducatifs standardisés. La nouvelle législation ne prévoit pas de système indépendant et distinct pour les écoles spécialisées, à l'exception des établissements destinés aux enfants souffrant de troubles mentaux lourds, d'autisme ou de déficiences mentales et physiques combinées. Les élèves handicapés sont intégrés individuellement, chaque fois que cela est possible et souhaitable, dans les écoles ordinaires. Toutefois, pour accueillir ces élèves, les écoles peuvent créer des classes distinctes appliquant des techniques et des méthodes pédagogiques adaptées. Les anciennes «écoles spéciales» peuvent demeurer des établissements distincts, mais elles sont désormais des «écoles primaires» assurant une éducation dans le cadre d'un programme modifié de l'enseignement primaire. Les écoles qui accueillent des enfants socialement défavorisés ont souvent recours à un poste d'assistant du maître et à la création de classes préparatoires destinées à améliorer les techniques de communication des enfants et leur maîtrise de la langue tchèque. Les assistants roms servent de lien entre l'école, la famille et, dans certains cas, les autres experts, et contribuent à l'intégration des élèves dans le processus éducatif. La région d'où sont originaires les requérants est favorable à l'intégration des élèves roms dans les classes de la population majoritaire.

160. En conclusion, le Gouvernement demande à la Cour de considérer attentivement les cas individuels des requérants et leur accès à l'éducation, bien qu'il soit conscient que cet examen doit être mené dans un contexte global, et l'invite à conclure à l'absence de violation de la Convention.

3. *Les parties intervenantes*

a) **Interights et Human Rights Watch**

161. Ces organisations soulignent qu'il est essentiel que l'article 14 de la Convention offre une protection effective contre la discrimination indirecte, sur laquelle la Cour n'a pas encore eu beaucoup d'occasions de se prononcer. Selon elles, il existe un décalage entre certains aspects du raisonnement de la chambre dans la présente affaire et l'évolution récente dans des affaires telles que *Timichev* (arrêt précité), *Zarb Adami* (arrêt précité) et *Hoogendijk* (décision précitée). La Grande Chambre devrait, d'après elles, renforcer l'interprétation téléologique de l'article 14 et aligner la jurisprudence de la Cour en matière de discrimination indirecte sur les normes internationales en vigueur.

162. Interights et Human Rights Watch rappellent que la Cour elle-même a reconnu dans l'arrêt *Zarb Adami* précité que la discrimination n'est pas toujours directe ou explicite et qu'une politique ou une mesure de portée générale peut aboutir à une discrimination indirecte. Elle a également admis que la question de l'intention pouvait être écartée dans les affaires de discrimination indirecte (*Hugh Jordan c. Royaume-Uni*, n° 24746/94, § 154, 4 mai 2001). Pour les organisations intervenantes, en cas de discrimination indirecte, il suffit que la pratique et les mesures prises aient des effets préjudiciables disproportionnés sur un groupe particulier.

163. En ce qui concerne la preuve de la discrimination indirecte, il est largement admis au niveau européen et international, ainsi que par la Cour (*Timichev*, précité, § 57; *Hoogendijk*, décision précitée), que la charge de la preuve doit être renversée dès lors qu'un commencement de preuve de la discrimination est apporté. En cas de discrimination indirecte, si le requérant démontre qu'une mesure ou une pratique donnée désavantage nettement une catégorie de personnes par rapport à une autre, il y a présomption de discrimination. La charge de la preuve revient alors à l'Etat, qui doit démontrer que le commencement de preuve n'est pas fondé ou avancer une justification.

164. Il est donc essentiel que la Cour précise quel type de preuves elle accepte pour renverser la charge. Interights et Human Rights Watch estiment sur ce point que la position de la Cour relativement aux statistiques, exprimée dans l'arrêt *Hugh Jordan* précité (§ 154), est en contradiction avec les pratiques internationale et comparée. En effet, dans les directives des Communautés européennes ainsi qu'au niveau international, la statistique est la principale méthode utilisée pour prouver l'existence d'une discrimination indirecte. Les statistiques sont parfois le seul moyen efficace, en ce qu'elles mettent en évidence les effets distincts qu'une mesure apparemment neutre produit sur les différents segments de la société. Evidemment, les tribunaux doivent en

apprécier la crédibilité, la force et la pertinence dans le cadre de l'affaire dont ils sont saisis, étant entendu que ces statistiques doivent avoir un rapport concret avec les allégations du requérant.

Si toutefois la Cour continue de soutenir que les statistiques seules ne suffisent pas à révéler une pratique discriminatoire, Interights et Human Rights Watch proposent de prendre en compte le contexte social général, qui est un élément de preuve important pour mesurer la disproportion des conséquences subies par des requérants.

b) Minority Rights Group International, European Network Against Racism et European Roma Information Office

165. Selon ces organisations intervenantes, la persistance du placement injustifié des enfants roms dans des écoles spéciales destinées aux enfants présentant des déficiences mentales est la forme la plus manifeste et la plus odieuse de discrimination envers les Roms. Dans ces écoles, les enfants suivent un programme scolaire simplifié qui passe pour être adapté à leur faible niveau de développement intellectuel. Par exemple, en République tchèque, les enfants fréquentant les écoles spéciales ne sont pas censés connaître l'alphabet ou les chiffres de 0 à 10 avant leur troisième ou quatrième année scolaire, alors que les enfants scolarisés dans des établissements ordinaires acquièrent ces connaissances au cours préparatoire.

166. Cette pratique a retenu toute l'attention tant au niveau européen qu'au sein des organes des traités des Nations unies qui ont dans de nombreux rapports exprimé leur inquiétude quant à la surreprésentation des enfants roms dans les écoles spéciales, à la pertinence des tests utilisés et à la valeur du prétendu consentement parental. Ces organes ont à l'unisson constaté qu'il n'existait pas de justification objective et raisonnable à un tel traitement défavorable des enfants roms dans le domaine de l'éducation. Le degré de concordance de vues entre les institutions et les organes quasijudiciaires atteste de manière convaincante que les enfants roms sont victimes d'une discrimination et que celle-ci est largement répandue.

167. Les intervenants notent ensuite que, quels que soient les mérites qu'il y a à prévoir des structures d'enseignement spéciales pour les enfants présentant réellement des déficiences mentales, la décision de placer des enfants roms dans des écoles spéciales repose, dans la plupart des cas, sur leur différence de langue ou de culture, dont il n'est pas tenu compte dans la procédure d'évaluation, et non sur de véritables déficiences mentales. Pour s'acquitter de leur obligation d'assurer aux Roms l'égalité de traitement dans l'exercice du droit à l'éducation, les Etats doivent donc apporter des modifications à cette procédure d'évaluation de sorte qu'elle ne soit pas empreinte de préjugés racistes envers les Roms, et

prendre des mesures positives dans le domaine de la formation aux langues et aux aptitudes relationnelles.

c) International Step by Step Association, Roma Education Fund et European Early Childhood Education Research Association

168. Dans leurs observations, ces organisations intervenantes s'attachent à démontrer que la méthode utilisée dans la région d'Ostrava pour orienter les enfants roms vers des écoles spéciales était contraire aux innombrables indicateurs de méthodes d'évaluation appropriées et efficaces, qui étaient parfaitement connus au milieu des années 1990 (paragraphe 44 ci-dessus). Selon elles, cette évaluation n'a pas tenu compte de la langue et de la culture des enfants ou de leurs expériences d'apprentissage antérieures ou encore de leur ignorance des exigences de la situation d'évaluation. Il a été fait usage d'une seule source de données, et non de plusieurs. L'évaluation s'est déroulée en une seule fois et non dans la durée. Les éléments d'information n'ont pas été recueillis dans un environnement réaliste ou authentique dans le cadre duquel les enfants auraient pu faire la preuve de leurs aptitudes. Une importance démesurée a été accordée à des tests standardisés, qui ont été conçus pour d'autres populations et ont été appliqués isolément.

169. Etudes à l'appui (paragraphe 44 ci-dessus), ces parties intervenantes relèvent ensuite que les enfants appartenant à une minorité et ceux issus de familles vulnérables sont surreprésentés dans l'enseignement spécial en Europe centrale et orientale. Cette situation résulterait d'un ensemble de facteurs, parmi lesquels les préjugés raciaux inconscients des autorités scolaires, les importantes inégalités de ressources, le recours injustifié au QI et à d'autres outils d'évaluation, les réponses inadaptées des éducateurs à la pression des tests à « enjeu élevé » et la différence de pouvoir entre les parents appartenant à une minorité et les autorités scolaires. Ainsi, le placement scolaire qui intervient au vu des résultats obtenus aux tests psychologiques reflète souvent les préjugés raciaux de la société concernée.

170. La République tchèque serait par ailleurs connue pour placer les enfants, en raison de leur « désavantage social », dans un environnement où sévit la ségrégation. Selon une comparaison de données recueillies par l'OCDE en 1999 au sujet de quinze pays (paragraphe 18 *in fine* ci-dessus), elle s'est ainsi classée au troisième rang pour le placement, dans des établissements spéciaux, des enfants ayant des difficultés d'apprentissage. Par ailleurs, sur les huit pays ayant fourni des informations sur la scolarisation des enfants dont les difficultés trouvent leur source dans des facteurs sociaux, la République tchèque serait la seule à avoir recours à des écoles spéciales; dans les autres pays, l'enseignement à ces enfants serait dispensé presque exclusivement dans des écoles ordinaires.

171. En outre, le fait de placer des enfants catalogués comme ayant de «faibles aptitudes» dans des écoles spéciales à un âge précoce (le «*tracking*» scolaire) mène souvent, que ce soit intentionnellement ou non, à la ségrégation raciale et produit des effets particulièrement négatifs sur le niveau d'instruction des enfants défavorisés. Il en résulte des conséquences préjudiciables à long terme pour les enfants et la société, dont notamment l'exclusion précoce du système scolaire qui a pour effet de limiter les perspectives d'emploi des individus concernés.

d) La Fédération internationale des ligues des droits de l'homme (FIDH)

172. La FIDH estime injustifié que la chambre, dans son arrêt, ait accordé un poids important au consentement prétendument donné par les parents des requérants à la situation dont ceux-ci se plaignent devant la Cour. Elle rappelle que, dans la jurisprudence de la Cour, la renonciation à un droit est parfois considérée comme ne pouvant exonérer l'Etat de l'obligation qui lui incombe de garantir à toute personne les droits et libertés consacrés par la Convention. Il en va ainsi notamment lorsque la renonciation se heurterait à un intérêt public important ou lorsqu'elle n'est pas explicite et non équivoque. En outre, pour pouvoir justifier une restriction apportée au droit ou à la liberté de l'individu, la renonciation de celui-ci à cette garantie doit avoir lieu dans des circonstances qui permettent de considérer qu'il avait pleine connaissance des conséquences, notamment juridiques, découlant de son choix. La FIDH relève que la Cour suprême du Canada a développé, sur ce point précis, une jurisprudence utile (R. c. Borden, [1994], 3 RCS 145, p. 162) selon laquelle, «pour que la renonciation au droit (...) soit réelle, la personne qui est censée donner son consentement doit disposer de tous les renseignements requis pour pouvoir renoncer réellement à ce droit. Le droit de choisir exige non seulement que la personne puisse exercer sa volonté de préférer une solution à une autre, mais aussi qu'elle possède suffisamment de renseignements pour faire un choix utile».

173. Compte tenu de la nature du principe de l'égalité de traitement et du rattachement de l'interdiction de la discrimination raciale au concept plus large de dignité humaine, il est permis de se demander, selon la FIDH, si la renonciation au droit à une protection contre la discrimination raciale ne devrait pas être purement et simplement exclue. La FIDH relève en outre que, en l'espèce, le consentement recueilli auprès des parents des requérants engage non pas ces seuls requérants, mais l'ensemble des enfants de la communauté rom. En effet, il est parfaitement possible – et du reste, selon la FIDH, probable – que tous les parents d'enfants roms préfèrent un enseignement intégré pour leurs enfants mais que, dans l'incertitude où ils se trouvent quant au choix qui sera celui des autres parents dans cette situation, ils préfèrent la «sécurité» qu'offre l'enseignement spécial, très

majoritairement suivi par les enfants roms. Dans un contexte caractérisé par une histoire de discrimination envers les Roms, le choix qui s'offre aux parents d'enfants roms est plutôt a) de placer leurs enfants dans des écoles dont les directions sont réticentes à les accueillir et où ils peuvent craindre de faire l'objet de formes diverses de harcèlement et de manifestations d'hostilité de la part des condisciples comme des enseignants, ou b) de les placer dans des écoles spéciales où les enfants roms sont largement majoritaires et où ils n'auront par conséquent pas à redouter de devoir subir les manifestations de pareils préjugés. En réalité, les parents ont donc choisi, entre deux maux, celui qui présentait à leurs yeux les conséquences les moins dommageables, en l'absence de toute possibilité effective de bénéficier d'un enseignement intégré et accueillant à l'égard des enfants roms. En effet, la disproportion entre les deux options était telle que les parents des requérants se sont trouvés contraints de faire le choix dont, à présent, on voudrait les rendre responsables.

174. Pour ces motifs, la FIDH estime que, dans la présente affaire, la prétendue renonciation des parents à ce que leurs enfants bénéficient d'un enseignement dans la filière générale ne saurait justifier que la République tchèque soit exonérée des obligations découlant de la Convention.

C. Appréciation de la Cour

1. Rappel des principes pertinents

175. Selon la jurisprudence établie de la Cour, la discrimination consiste à traiter de manière différente, sauf justification objective et raisonnable, des personnes placées dans des situations comparables (*Willis c. Royaume-Uni*, n° 36042/97, § 48, CEDH 2002-IV; *Okpiz c. Allemagne*, n° 59140/00, § 33, 25 octobre 2005). Toutefois, l'article 14 n'interdit pas à un Etat membre de traiter des groupes de manière différenciée pour corriger des « inégalités factuelles » entre eux ; de fait, dans certaines circonstances, c'est l'absence d'un traitement différencié pour corriger une inégalité qui peut, sans justification objective et raisonnable, emporter violation de la disposition en cause (*Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c. Belgique* (fond), 23 juillet 1968, p. 34, § 10, série A n° 6; *Thlimmenos c. Grèce* [GC], n° 34369/97, § 44, CEDH 2000-IV; *Stec et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 65731/01, § 51, CEDH 2006-VI). La Cour a également admis que pouvait être considérée comme discriminatoire une politique ou une mesure générale qui avait des effets préjudiciables disproportionnés sur un groupe de personnes, même si elle ne visait pas spécifiquement ce

groupe (*Hugh Jordan*, précité, § 154; *Hoogendijk*, décision précitée), et qu'une discrimination potentiellement contraire à la Convention pouvait résulter d'une situation de fait (*Zarb Adami*, précité, § 76).

176. La discrimination fondée, notamment, sur l'origine ethnique d'une personne constitue une forme de discrimination raciale. Il s'agit d'une discrimination particulièrement condamnable qui, compte tenu de ses conséquences dangereuses, exige une vigilance spéciale et une réaction vigoureuse de la part des autorités. C'est pourquoi celles-ci ont l'obligation de recourir à tous les moyens dont elles disposent pour combattre le racisme, en renforçant ainsi la conception que la démocratie a de la société, y percevant la diversité non pas comme une menace mais comme une richesse (*Natchova et autres*, précité, § 145; *Timichev*, précité, § 56). La Cour a par ailleurs considéré que, dans la société démocratique actuelle basée sur les principes de pluralisme et de respect pour les différentes cultures, aucune différence de traitement fondée exclusivement ou dans une mesure déterminante sur l'origine ethnique d'une personne ne saurait être objectivement justifiée (*Timichev*, précité, § 58).

177. En ce qui concerne la charge de la preuve en la matière, la Cour a déjà statué que, quand un requérant a établi l'existence d'une différence de traitement, il incombe au Gouvernement de démontrer que cette différence de traitement était justifiée (voir, par exemple, *Chassagnou et autres c. France* [GC], n^{os} 25088/94, 28331/95 et 28443/95, §§ 91-92, CEDH 1999-III; *Timichev*, précité, § 57).

178. Quant aux moyens de preuve susceptibles de constituer un tel commencement de preuve et, partant, de transférer la charge de la preuve à l'Etat défendeur, la Cour a relevé (*Natchova et autres*, précité, § 147) que, dans le cadre de la procédure devant elle, il n'existait aucun obstacle procédural à la recevabilité d'éléments de preuve ni de formules prédéfinies applicables à leur appréciation. En effet, la Cour adopte les conclusions qui, à son avis, se trouvent étayées par une évaluation indépendante de l'ensemble des éléments de preuve, y compris les déductions qu'elle peut tirer des faits et des observations des parties. Conformément à la jurisprudence constante de la Cour, la preuve peut ainsi résulter d'un faisceau d'indices ou de présomptions non réfutées, suffisamment graves, précis et concordants. En outre, le degré de conviction nécessaire pour parvenir à une conclusion particulière et, à cet égard, la répartition de la charge de la preuve sont intrinsèquement liés à la spécificité des faits, à la nature de l'allégation formulée et au droit conventionnel en jeu.

179. La Cour a en outre admis que la procédure prévue par la Convention ne se prêtait pas toujours à une application rigoureuse du principe *affirmanti incumbit probatio* – la preuve incombe à celui qui affirme (*Aktaş c. Turquie*, n^o 24351/94, § 272, CEDH 2003-V). En effet,

dans certaines circonstances, lorsque les événements en cause, dans leur totalité ou pour une large part, sont connus exclusivement des autorités, la charge de la preuve pèse selon la Cour sur les autorités, qui doivent fournir une explication satisfaisante et convaincante (*Salman c. Turquie* [GC], n° 21986/93, § 100, CEDH 2000-VII; *Anguelova c. Bulgarie*, n° 38361/97, § 111, CEDH 2002-IV). Dans l'affaire *Natchova et autres* (précitée, § 157), tout en jugeant la démarche difficile à appliquer dans l'affaire en question où il était allégué qu'un acte de violence avait été motivé par des préjugés raciaux, la Cour n'a pas exclu la possibilité d'inviter, dans d'autres cas de discrimination alléguée, le gouvernement défendeur à réfuter un grief défendable de discrimination. Elle a observé à cet égard que, dans les ordres juridiques de nombreux pays, la preuve de l'effet discriminatoire d'une politique, d'une décision ou d'une pratique dispensait de prouver l'intention s'agissant d'une discrimination alléguée dans les domaines de l'emploi ou de la prestation de services.

180. Quant à la question de savoir si les données statistiques peuvent être considérées comme un moyen de preuve, la Cour a déclaré par le passé que les statistiques n'étaient pas en soi suffisantes pour révéler une pratique pouvant être qualifiée de discriminatoire (*Hugh Jordan*, précité, § 154). Néanmoins, dans les affaires de discrimination plus récentes, où les requérants alléguaient que la discrimination litigieuse résultait d'une différence dans l'effet d'une mesure générale ou d'une situation de fait (*Hoogendijk*, décision précitée; *Zarb Adami*, précité, §§ 77-78), la Cour s'est largement appuyée sur les statistiques produites par les parties pour établir l'existence d'une différence de traitement entre deux groupes (en l'occurrence les hommes et les femmes) qui se trouvaient dans une situation similaire.

Ainsi, la Cour a affirmé dans la décision *Hoogendijk* précitée que «là où le requérant peut établir, sur la base des statistiques officielles qui ne prêtent pas à controverse, l'existence d'un commencement de preuve indiquant qu'une mesure – bien que formulée de manière neutre – touche en fait un pourcentage nettement plus élevé des femmes que des hommes, il incombe au gouvernement défendeur de démontrer que ceci est le résultat des facteurs objectifs qui ne sont pas liés à une discrimination fondée sur le sexe. Si la charge de prouver qu'une différence dans l'effet d'une mesure sur les femmes et les hommes n'est pas discriminatoire n'est pas transférée au gouvernement défendeur, il sera en pratique extrêmement difficile pour les requérants de prouver la discrimination indirecte».

181. Il ressort enfin de la jurisprudence de la Cour que la vulnérabilité des Roms/Tsiganes implique d'accorder une attention spéciale à leurs besoins et à leur mode de vie propre tant dans le cadre réglementaire considéré que lors de la prise de décision dans des cas particuliers

(*Chapman c. Royaume-Uni* [GC], n° 27238/95, § 96, CEDH 2001-I; *Connors c. Royaume-Uni*, n° 66746/01, § 84, 27 mai 2004).

Dans l'affaire *Chapman* précitée (§§ 93-94), la Cour a également observé qu'un consensus international se faisait jour au sein des Etats contractants du Conseil de l'Europe pour reconnaître les besoins particuliers des minorités et l'obligation de protéger leur sécurité, leur identité et leur mode de vie, et ce non seulement dans le but de protéger les intérêts des minorités elles-mêmes mais aussi pour préserver la diversité culturelle qui est bénéfique à la société dans son ensemble.

2. Application des principes précités à la présente affaire

182. La Cour note que, du fait de leurs vicissitudes et de leur perpétuel déracinement, les Roms constituent une minorité défavorisée et vulnérable, qui a un caractère particulier (voir aussi les observations générales de la Recommandation n° 1203 (1993) de l'Assemblée parlementaire relative aux Tsiganes en Europe, paragraphe 56 ci-dessus, et le point 4 de sa Recommandation n° 1557 (2002) relative à la situation juridique des Roms en Europe, paragraphe 58 ci-dessus). Ils ont dès lors besoin d'une protection spéciale, ainsi que la Cour l'a constaté dans sa jurisprudence antérieure (paragraphe 181 ci-dessus). Comme en témoignent les activités de nombreux organismes européens et internationaux, dont les recommandations des organes du Conseil de l'Europe (paragraphe 54-61 ci-dessus), cette protection s'étend également au domaine de l'éducation. La présente affaire mérite donc une attention particulière, d'autant qu'au moment de la saisine de la Cour les requérants étaient des enfants mineurs pour qui le droit à l'instruction revêtait un intérêt primordial.

183. En l'espèce, les requérants n'allèguent pas qu'ils se trouvaient dans une situation différente de celle des enfants non roms, appelant un traitement différent, ni ne reprochent à l'Etat défendeur de ne pas avoir adopté des mesures positives visant à corriger des inégalités ou différences factuelles (*Thlimmenos*, précité, § 44; *Stec et autres*, précité, § 51). Ils soutiennent que tout ce qui doit être établi c'est qu'ils ont subi, sans justification objective et raisonnable, un traitement moins favorable que celui réservé aux non-Roms dans une situation comparable, et que cette situation relevait en l'occurrence d'une discrimination indirecte.

184. Par le passé, la Cour a déjà admis qu'une différence de traitement pouvait aussi consister en l'effet préjudiciable disproportionné d'une politique ou d'une mesure qui, bien que formulée de manière neutre, a un effet discriminatoire sur un groupe (*Hugh Jordan*, précité, § 154; *Hoogendijk*, décision précitée). Conformément, par exemple, aux directives 97/80/CE et 2000/43/CE du Conseil (paragraphe 82-84 ci-dessus) ainsi qu'à la définition donnée par l'ECRI (paragraphe 60

ci-dessus), une telle situation s'analyse en une «discrimination indirecte» qui n'exige pas nécessairement qu'il y ait une intention discriminatoire.

a) Sur l'existence en l'espèce d'une présomption de discrimination indirecte

185. Les parties s'accordent pour dire que la différence de traitement litigieuse ne découlait pas du libellé des dispositions légales relatives au placement dans des écoles spéciales, telles qu'elles étaient en vigueur à l'époque des faits. Dès lors, la question qui se pose en l'espèce est celle de savoir si l'application de cette législation en pratique a abouti à un nombre disproportionné d'orientations injustifiées d'enfants roms – dont les requérants – vers des écoles spéciales, et si ces enfants ont ainsi été placés en situation de net désavantage.

186. Comme mentionné ci-dessus, la Cour a déjà reconnu les difficultés que peuvent éprouver les requérants lorsqu'il s'agit de prouver l'existence d'un traitement discriminatoire (*Natchova et autres*, précité, §§ 147 et 157). Pour garantir aux personnes concernées une protection effective de leurs droits, des règles de preuve moins strictes s'imposent en cas d'allégation de discrimination indirecte.

187. Sur ce point, la Cour rappelle que les directives 97/80/CE et 2000/43/CE du Conseil prévoient que les personnes qui s'estiment victimes du non-respect du principe de l'égalité de traitement peuvent établir devant les instances nationales, à l'aide de tous moyens, y compris des données statistiques, une présomption simple de discrimination (paragraphe 82-83 ci-dessus). La jurisprudence récente de la CJCE (paragraphe 88-89 ci-dessus) montre que cette juridiction permet aux demandeurs de se fonder sur des statistiques et aux tribunaux de les prendre en compte lorsqu'elles sont valables et significatives.

La Grande Chambre prend également en compte les informations fournies par les parties intervenantes selon lesquelles les tribunaux de nombreux pays ainsi que les organes de contrôle des traités des Nations unies acceptent couramment les statistiques comme moyen de preuve d'une discrimination indirecte afin de faciliter la tâche aux victimes tenues d'établir un commencement de preuve.

Par ailleurs, la Cour a reconnu l'importance des statistiques officielles dans les affaires *Hoogendijk* et *Zarb Adami* précitées, et s'est montrée disposée à recevoir et apprécier des éléments de preuve de diverse nature (*Natchova et autres*, précité, § 147).

188. Dans ces conditions, la Cour estime que, lorsqu'il s'agit d'évaluer l'incidence de mesures ou de pratiques sur un individu ou sur un groupe, les statistiques qui, après avoir été soumises à un examen critique de la Cour, paraissent fiables et significatives suffisent pour constituer le commencement de preuve à apporter par le requérant. Cela ne veut toutefois pas dire que la production des statistiques soit indispensable pour prouver la discrimination indirecte.

189. Si une présomption réfragable de discrimination relativement à l'effet d'une mesure ou d'une pratique est ainsi établie par le requérant alléguant une discrimination indirecte, il incombe ensuite à l'Etat défendeur de réfuter cette présomption en démontrant que la différence en question n'est pas discriminatoire (voir, *mutatis mutandis*, *Natchova et autres*, précité, § 157). En effet, vu notamment la spécificité des faits et la nature des allégations formulées dans ce type d'affaires (*ibidem*, § 147), il serait en pratique extrêmement difficile pour les intéressés de prouver la discrimination indirecte sans un tel renversement de la charge de la preuve.

190. En l'espèce, les données statistiques présentées par les requérants ont été obtenues à partir des questionnaires adressés en 1999 aux directeurs des écoles spéciales et primaires de la ville d'Ostrava. Elles indiquent que, à l'époque, 56 % de tous les élèves placés dans les écoles spéciales à Ostrava étaient roms; en revanche, les Roms ne représentaient que 2,26 % du nombre total des élèves fréquentant les écoles primaires d'Ostrava. De plus, alors que seulement 1,8 % des élèves non roms étaient scolarisés dans les écoles spéciales, le pourcentage de tous les Roms d'Ostrava orientés vers ces écoles s'élevait à 50,3 %. Selon le Gouvernement, ces chiffres ne sont pas suffisamment concluants car ils reflètent seulement les opinions subjectives des directeurs des écoles. Le Gouvernement relève également qu'il n'existe aucune information officielle sur l'origine ethnique des élèves et que la région d'Ostrava est une des régions comptant le plus grand nombre de citoyens roms.

191. La Grande Chambre observe que lesdites données ne sont pas contestées par le Gouvernement, lequel n'a d'ailleurs pas soumis d'autres statistiques. Prenant en compte l'argument du Gouvernement selon lequel il n'existe pas d'information officielle sur l'origine ethnique des élèves, la Cour admet que les statistiques présentées par les requérants peuvent ne pas être entièrement fiables. A ses yeux, ces chiffres révèlent néanmoins la tendance prédominante, confirmée tant par l'Etat défendeur que par des organes de contrôle indépendants qui se sont penchés sur la question.

192. En effet, dans les rapports qu'elles ont soumis conformément à l'article 25 § 1 de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales, les autorités tchèques ont admis, en 1999, que certaines écoles spéciales comptaient de 80 % à 90 % d'enfants roms (paragraphe 66 ci-dessus) et, en 2004, qu'un «grand nombre» d'enfants roms continuaient à être orientés vers les écoles spéciales (paragraphe 67 ci-dessus). Le comité consultatif de ladite convention-cadre a ensuite observé dans son rapport du 26 octobre 2005 que, selon des estimations non officielles, les Roms représentaient jusqu'à 70 % des élèves inscrits dans les écoles spéciales. D'après le rapport de l'ECRI publié en 2000, les enfants roms étaient «très largement surreprésentés» dans les écoles

spéciales. Le comité pour l'élimination de la discrimination raciale a, pour sa part, observé dans ses conclusions du 30 mars 1998 qu'un nombre « disproportionné » d'enfants roms étaient placés dans des écoles spéciales (paragraphe 99 ci-dessus). Enfin, selon les données recueillies par l'Observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes, plus de la moitié des enfants roms en République tchèque fréquenteraient des écoles spéciales.

193. Selon la Cour, il ressort de ces dernières données, qui ne concernent pas uniquement la région d'Ostrava et fournissent dès lors une image plus générale, que, même si le pourcentage exact des enfants roms placés à l'époque des faits dans des écoles spéciales reste difficile à établir, leur nombre était démesurément élevé. De plus, les écoles spéciales comptaient majoritairement des enfants roms. En dépit de leur neutralité, les dispositions légales pertinentes ont donc, *de facto*, eu des répercussions beaucoup plus importantes sur les enfants roms que sur les enfants non roms, menant à une scolarisation statistiquement disproportionnée des premiers dans les établissements spéciaux.

194. La Grande Chambre estime que, lorsque pareil effet discriminatoire d'une législation a été démontré, il n'est pas nécessaire, dans le domaine de l'éducation comme dans les domaines de la prestation d'autres services ou de l'emploi (voir, *mutatis mutandis*, *Natchova et autres*, précité, § 157), de prouver que les autorités concernées étaient animées d'une intention de discriminer (paragraphe 184 ci-dessus).

195. Dans ces conditions, les éléments de preuve présentés par les requérants peuvent être considérés comme suffisamment fiables et révélateurs pour faire naître une forte présomption de discrimination indirecte. Il y a donc lieu de renverser la charge de la preuve et de la faire peser sur le Gouvernement, lequel doit démontrer que cette différence d'effet de la législation était le résultat de facteurs objectifs qui n'étaient pas liés à l'origine ethnique.

b) Sur l'existence d'une justification objective et raisonnable

196. La Cour rappelle qu'une distinction est discriminatoire si elle « manque de justification objective et raisonnable », c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un « but légitime » ou s'il n'existe pas de « rapport raisonnable de proportionnalité » entre les moyens employés et le but visé (voir, parmi beaucoup d'autres, *Larkos c. Chypre* [GC], n° 29515/95, § 29, CEDH 1999-I; *Stec et autres*, précité, § 51). En cas de différence de traitement fondée sur la race, la couleur ou l'origine ethnique, la notion de justification objective et raisonnable doit être interprétée de manière aussi stricte que possible.

197. En l'espèce, le Gouvernement s'efforce d'expliquer la différence de traitement entre les enfants roms et les enfants non roms en invoquant

la nécessité d'adapter le processus d'éducation aux capacités des enfants ayant des besoins particuliers. Selon lui, les requérants ont été placés dans des écoles spéciales en raison de leurs besoins éducatifs spécifiques, tenant essentiellement à leurs capacités intellectuelles, dont le niveau avait été établi à l'aide des tests psychologiques effectués dans les centres de conseil psychopédagogique. Après que ces centres eurent formulé leurs recommandations quant au type d'école vers lequel les requérants devaient être orientés, la décision finale incombait aux parents de ces derniers, qui ont en l'occurrence donné leur consentement à l'inscription dans une école spéciale. On ne saurait donc soutenir que la scolarisation des intéressés dans ces établissements était motivée par leur origine ethnique.

Les requérants, en revanche, contestent fermement que le nombre démesurément élevé d'enfants roms placés dans des écoles spéciales puisse s'expliquer par les résultats des tests portant sur les capacités intellectuelles ou se justifier par le consentement parental.

198. La Cour reconnaît que, en maintenant le système des écoles spéciales, l'État défendeur a été mû par la volonté de trouver une solution pour les enfants ayant des besoins éducatifs spécifiques. Elle partage cependant les préoccupations des autres organes du Conseil de l'Europe qui ont exprimé leurs inquiétudes quant au programme de niveau inférieur suivi par ces écoles et, en particulier, quant à la ségrégation engendrée par ce système.

199. La Grande Chambre observe ensuite que la question des tests utilisés pour évaluer les aptitudes ou les difficultés d'apprentissage des enfants a soulevé des controverses et continue de faire l'objet de débats et de recherches scientifiques. En l'occurrence, tout en admettant qu'il ne lui appartient pas de se prononcer sur cette question, elle constate toutefois l'existence de plusieurs éléments qui lui permettent de conclure que les résultats des tests tels qu'ils ont été effectués à l'époque des faits ne sont pas susceptibles de constituer une justification objective et raisonnable au regard de l'article 14 de la Convention.

200. Tout d'abord, les parties ne contestent pas que tous les enfants examinés, indépendamment de leur origine ethnique, ont été soumis aux mêmes tests. Les autorités tchèques ont elles-mêmes reconnu, en 1999, que «les enfants roms doués d'une intelligence moyenne ou supérieure à la moyenne» étaient souvent placés dans des écoles spéciales à la suite de tests psychologiques et que ces tests étaient conçus pour la population majoritaire et ne tenaient pas compte des particularités des Roms (paragraphe 66 ci-dessus). Cela les a par la suite amenées à réviser ces tests et la méthodologie y afférente pour éviter leur «utilisation abusive au détriment des enfants roms» (paragraphe 72 ci-dessus).

En outre, plusieurs organismes indépendants ont exprimé des doutes sur le caractère adéquat desdits tests. Ainsi, le comité consultatif de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales a observé que les enfants qui ne souffraient pas d'un handicap mental étaient parfois placés dans des écoles spéciales «en raison d'une différence linguistique ou culturelle réelle ou supposée par rapport à la majorité». Dans ce contexte, il a également souligné la nécessité de s'assurer que les tests réalisés soient «méthodiques, objectifs et approfondis» (paragraphe 68 ci-dessus). L'ECRI a, pour sa part, relevé que l'orientation des enfants roms vers des établissements spéciaux destinés aux enfants souffrant de retards mentaux apparaissait souvent «quasi automatique», ce qui exigeait de vérifier que les tests utilisés étaient «équitables» et que les capacités de chaque enfant étaient «évaluées correctement» (paragraphe 63-64 ci-dessus). Selon le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, les enfants roms étaient souvent placés dans des classes pour élèves ayant des besoins spéciaux, «sans évaluation psychologique ou pédagogique adéquate, les critères réels étant leur origine ethnique» (paragraphe 77 ci-dessus).

Enfin, de l'avis de certaines parties intervenantes, l'orientation scolaire qui intervenait au vu des résultats obtenus aux tests psychologiques reflétait les préjugés raciaux de la société concernée.

201. Il existe, pour la Cour, à tout le moins un risque que les tests en question soient entachés de préjugés et que leurs résultats ne soient pas lus à la lumière des particularités et des caractéristiques spécifiques des enfants roms qui les subissent. Dans ces conditions, ces tests ne sauraient servir de justification à la différence de traitement litigieuse.

202. Pour ce qui est du consentement parental, la Cour note que celui-ci constituait, selon le Gouvernement, l'élément décisif sans lequel le placement des requérants dans des écoles spéciales n'aurait pas eu lieu. Une différence de traitement ayant été établie en l'espèce, un tel consentement signifierait donc l'acceptation de cette différence, fût-elle discriminatoire, c'est-à-dire la renonciation au droit de ne pas subir de discrimination. La jurisprudence de la Cour exige néanmoins que la renonciation à un droit garanti par la Convention – pour autant qu'elle soit licite – se trouve établie de manière non équivoque, qu'elle ait lieu en connaissance de cause, c'est-à-dire sur la base d'un consentement éclairé (*Pfeifer et Plankl c. Autriche*, 25 février 1992, §§ 37-38, série A n° 227) et qu'elle soit effectuée sans contrainte (*Deweert c. Belgique*, 27 février 1980, § 51, série A n° 35).

203. Dans les circonstances de l'espèce, la Cour n'est pas convaincue que les parents des enfants roms, en tant que membres d'une communauté défavorisée et souvent sans instruction, fussent capables d'évaluer tous les aspects de la situation et les conséquences de leur consentement. Le Gouvernement a lui-même admis que le consentement

revêtait en l'espèce la forme d'une signature apposée sur un formulaire prérempli, lequel ne contenait pas d'information sur les autres choix possibles ou sur les différences entre le programme des écoles spéciales et celui des autres écoles. Il ne semble pas non plus que les autorités nationales aient pris des mesures supplémentaires en vue de s'assurer que ces parents avaient reçu tous les renseignements nécessaires pour faire un choix éclairé et qu'ils étaient conscients des conséquences de leur consentement pour l'avenir de leurs enfants. Il paraît en outre incontestable que les parents roms se trouvaient à cette occasion confrontés à un dilemme : ils devaient choisir entre des structures d'enseignement général qui ne disposaient pas de moyens pour prendre en compte les différences sociales et culturelles de leurs enfants et où ces derniers risquaient de se trouver isolés et frappés d'ostracisme, et des structures d'enseignement spécial dans lesquelles la majorité des élèves étaient roms.

204. Rappelant l'importance fondamentale de la prohibition de la discrimination raciale (*Natchova et autres*, précité, § 145; *Timichev*, précité, § 56), la Grande Chambre considère que, à supposer même que les conditions énoncées dans le paragraphe 202 ci-dessus étaient réunies, l'on ne saurait admettre la possibilité de renoncer au droit de ne pas faire l'objet d'une telle discrimination. En effet, cette renonciation se heurterait à un intérêt public important (voir, *mutatis mutandis*, *Hermi c. Italie* [GC], n° 18114/02, § 73, CEDH 2006-XII).

c) Conclusion

205. Comme il ressort des travaux de l'ECRI ainsi que du rapport du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, il existe des difficultés liées à la scolarisation des enfants roms non seulement en République tchèque mais aussi dans d'autres Etats européens. La Cour note avec satisfaction que, à la différence de certains pays, la République tchèque a choisi de s'attaquer à ce problème. Elle reconnaît que l'Etat défendeur, dans ses efforts pour l'intégration sociale et pédagogique du groupe défavorisé que représentent les Roms, se heurte à de nombreuses difficultés tenant notamment aux spécificités culturelles de cette minorité et à une certaine hostilité des parents des enfants non roms. Comme la chambre l'a constaté dans sa décision sur la recevabilité de la présente requête, le choix entre des écoles uniques pour tous, des structures spécialisées ou des structures intégrées avec des sections spécialisées représente un exercice difficile de mise en balance des divers intérêts en jeu. Pour ce qui est de la définition et de l'aménagement du programme des études, il s'agit, dans une large mesure, d'un problème d'opportunité sur lequel la Cour n'a pas à se prononcer (*Valsamis c. Grèce*, 18 décembre 1996, § 28, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-VI).

206. Il n'en demeure pas moins que, chaque fois que les autorités nationales se voient reconnaître une marge d'appréciation susceptible de porter atteinte au respect d'un droit protégé par la Convention, il convient d'examiner les garanties procédurales dont dispose l'individu pour faire déterminer si l'Etat défendeur n'a pas fixé le cadre réglementaire en outrepassant les limites de son pouvoir discrétionnaire (*Buckley c. Royaume-Uni*, 25 septembre 1996, § 76, *Recueil* 1996-IV; *Connors*, précité, § 83).

207. Or il ressort des faits de l'espèce que le processus de scolarisation des enfants roms n'a pas été entouré de garanties (paragraphe 28 ci-dessus) permettant de s'assurer que, dans l'exercice de sa marge d'appréciation en matière d'éducation, l'Etat a tenu compte des besoins spécifiques de ces enfants découlant de leur position défavorisée (voir, *mutatis mutandis*, *Buckley*, précité, § 76; *Connors*, précité, § 84). De plus, à l'issue de ce processus, les intéressés ont été placés dans des écoles destinées à des enfants souffrant d'un handicap mental, dont le programme était d'un niveau inférieur à celui des écoles ordinaires, et dans lesquelles ils se trouvaient isolés de la population majoritaire. Ils ont par conséquent reçu une éducation qui a accentué leurs difficultés et compromis leur développement personnel ultérieur, au lieu de s'attaquer à leurs vrais problèmes, de les aider à intégrer plus tard les écoles ordinaires et à développer les capacités facilitant leur vie au sein de la population majoritaire. Le Gouvernement lui-même a implicitement admis que les chances des élèves ayant fréquenté des écoles spéciales de trouver un emploi étaient plus limitées.

208. Dans ces conditions, la Cour, tout en reconnaissant les efforts fournis par les autorités tchèques en vue de scolariser les enfants roms, n'est pas convaincue que la différence de traitement ayant existé entre les enfants roms et les enfants non roms reposât sur une justification objective et raisonnable et qu'il existât un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but à atteindre. A cet égard, elle note avec intérêt que la nouvelle législation a supprimé les écoles spéciales et qu'elle contient des dispositions relatives à l'éducation au sein des écoles ordinaires des enfants ayant des besoins éducatifs spécifiques, dont les enfants socialement défavorisés.

209. La Cour considère enfin que, dès lors qu'il a été établi que l'application de la législation pertinente avait à l'époque des faits des effets préjudiciables disproportionnés sur la communauté rom, les requérants en tant que membres de cette communauté ont nécessairement subi le même traitement discriminatoire. Cette conclusion dispense la Cour de se pencher sur leurs cas individuellement.

210. En conséquence, il y a eu en l'espèce violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 2 du Protocole n° 1 dans le chef de chacun des requérants.

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

211. 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

212. Les requérants n'allèguent aucun dommage matériel.

213. Ils demandent chacun 22 000 euros (EUR) (soit un total de 396 000 EUR) pour le dommage moral dont ils ont souffert, notamment le préjudice sur les plans éducatif, psychologique et affectif ainsi que celui découlant des sentiments d'anxiété, de frustration et d'humiliation éprouvés du fait de leur placement discriminatoire dans les écoles spéciales. Ils soulignent qu'ils continuent à subir les conséquences sérieuses de cette violation dans tous les aspects de leur vie.

214. En outre, se référant aux arrêts *Broniowski c. Pologne* ([GC], n° 31443/96, § 189, CEDH 2004-V) et *Hutten-Czapska c. Pologne* ([GC], n° 35014/97, §§ 235-237, CEDH 2006-VIII), les requérants estiment que la violation de leurs droits «n'a pas été causée par un incident isolé ni n'est imputable au tour particulier qu'ont pris les événements dans [leur cas, mais] résulte [plutôt] d'un comportement administratif et réglementaire de la part des autorités à l'égard d'une catégorie précise de citoyens». Dès lors, il y a lieu, selon eux, d'adopter des mesures générales au niveau national pour éliminer tous les obstacles à l'exercice de leurs droits par de nombreuses personnes touchées par la situation en question, ou pour leur offrir un redressement approprié.

215. Le Gouvernement note que, pour ce qui est notamment du préjudice sur les plans psychologique et éducatif, celui-ci est lié aux griefs tirés de l'article 3 de la Convention et de l'article 2 du Protocole n° 1 pris isolément, lesquels ont été déclarés irrecevables par la décision de la Cour du 1^{er} mars 2005. Selon lui, il n'y a donc aucun lien de causalité entre la violation éventuelle de la Convention et le préjudice moral allégué. Le Gouvernement estime en outre que la somme demandée par les requérants est excessive et que le constat d'une violation constituerait, le cas échéant, une satisfaction équitable suffisante.

216. La Cour rappelle d'abord qu'aux termes de l'article 46 de la Convention les Hautes Parties contractantes s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs rendus par la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties, le Comité des Ministres étant chargé de surveiller l'exécution de ces arrêts. Il en découle notamment que, lorsque la Cour constate une violation, l'Etat défendeur a l'obligation juridique non

seulement de verser aux intéressés les sommes allouées au titre de la satisfaction équitable prévue par l'article 41, mais aussi de choisir, sous le contrôle du Comité des Ministres, les mesures générales et/ou, le cas échéant, individuelles à intégrer dans son ordre juridique interne afin de mettre un terme à la violation constatée par la Cour et d'en effacer autant que possible les conséquences. Toutefois, l'Etat défendeur reste libre de choisir les moyens de s'acquitter de son obligation juridique au regard de l'article 46 de la Convention, pour autant que ces moyens soient compatibles avec les conclusions contenues dans l'arrêt de la Cour (*Broniowski*, précité, § 192; *Čonka c. Belgique*, n° 51564/99, § 89, CEDH 2002-I). La Cour note à cet égard que la législation incriminée en l'espèce a été abrogée et que le Comité des Ministres a récemment adressé aux Etats membres des recommandations sur l'éducation des enfants roms/tsiganes en Europe (paragraphe 54-55 ci-dessus). En conséquence, elle n'estime pas approprié de réserver la question.

217. La Cour relève ensuite qu'elle ne saurait spéculer sur l'issue qu'aurait trouvée la situation dénoncée si les requérants n'avaient pas été placés dans des écoles spéciales. Il n'en demeure pas moins qu'ils ont souffert un préjudice moral – du fait notamment de l'humiliation et de la frustration causées par la discrimination indirecte dont ils ont été victimes – qui ne se trouve pas suffisamment réparé par le constat de violation de la Convention. Toutefois, elle juge excessifs les montants sollicités par les requérants. Statuant en équité, elle évalue le dommage moral subi par chacun des intéressés à 4 000 EUR.

B. Frais et dépens

218. Les requérants n'ont pas modifié leur demande initiale présentée à la chambre. Les frais et dépens réclamés n'englobent donc pas ceux encourus dans la procédure devant la Grande Chambre.

La Cour note que le montant sollicité dans la demande signée par tous les représentants des requérants s'élève à 10 737 EUR au total, dont 2 550 EUR (soit 1 750 livres sterling (GBP)) pour les honoraires facturés par Lord Lester of Herne Hill *QC*, et 8 187 EUR pour les frais exposés par M^e D. Strupek dans les procédures nationales et devant la chambre. Cependant, dans la facture qu'il a établie et qui est jointe à ladite demande, Lord Lester chiffre ses honoraires à 11 750 GBP (soit environ 17 000 EUR), dont 1 750 GBP de taxe sur la valeur ajoutée (TVA), pour 45 heures de travail juridique. Par ailleurs, les autres représentants des requérants, M. J. Goldston et le Centre européen pour les droits des Roms, ne demandent pas le remboursement de leurs frais.

219. Le Gouvernement relève que, hormis une liste détaillée des services juridiques assurés par lui, M^e D. Strupek n'a présenté aucune

facture prouvant que les frais et débours allégués lui ont été réellement payés par les requérants. Il ne fait aucun commentaire sur la discordance entre la demande de satisfaction équitable telle que formulée par les requérants et la facture présentée par Lord Lester. Le Gouvernement rappelle également qu'une partie seulement de la requête a été déclarée recevable et a continué à faire l'objet de l'examen de la Cour. Dès lors, le Gouvernement estime que les requérants ne devraient se voir attribuer qu'une partie raisonnable des frais et dépens réclamés, c'est-à-dire un montant maximum de 3 000 EUR.

220. La Cour rappelle que les frais de justice ne sont recouvrables que dans la mesure où ils se rapportent à la violation constatée (*Beyeler c. Italie* (satisfaction équitable) [GC], n° 33202/96, § 27, 28 mai 2002), en l'occurrence uniquement celle de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 2 du Protocole n° 1. Elle observe que Lord Lester a présenté un état de ses frais professionnels, facturés au Centre européen pour les droits des Roms, et que M^e D. Strupek a soumis un récapitulatif des 172 heures de travail juridique, au taux horaire de 40 EUR, auxquels s'ajoutent 19 % de TVA.

Eu égard à l'ensemble des facteurs pertinents et à l'article 60 § 2 du règlement, la Cour alloue conjointement à l'ensemble des requérants 10 000 EUR pour frais et dépens.

C. Intérêts moratoires

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

PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Rejette*, à l'unanimité, l'exception préliminaire du Gouvernement ;
2. *Dit*, par treize voix contre quatre, qu'il y a eu violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 2 du Protocole n° 1 ;
3. *Dit*, par treize voix contre quatre,
 - a) que l'Etat défendeur doit verser aux requérants, dans les trois mois, les sommes suivantes, plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt :
 - i. à chacun des dix-huit requérants, 4 000 EUR (quatre mille euros) pour dommage moral, à convertir en couronnes tchèques au taux applicable à la date du règlement ;

- ii. conjointement à l'ensemble des requérants, 10 000 EUR (dix mille euros) pour frais et dépens, à convertir en couronnes tchèques au taux applicable à la date du règlement ;
 - b) qu'à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement, ces montants seront à majorer d'un intérêt simple à un taux égal à celui de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne applicable pendant cette période, augmenté de trois points de pourcentage ;
4. *Rejet*, à l'unanimité, la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 13 novembre 2007.

Michael O'Boyle
Greffier adjoint

Nicolas Bratza
Président

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

- opinion dissidente du juge Zupančič ;
- opinion dissidente du juge Jungwiert ;
- opinion dissidente du juge Borrego Borrego ;
- opinion dissidente du juge Šikuta.

N.B.
M.O'B.

OPINION DISSIDENTE DU JUGE ZUPANČIČ

(Traduction)

Je me rallie totalement à l'opinion dissidente exhaustive du juge Karel Jungwiert. J'ajouterai simplement ceci.

Comme la majorité l'admet explicitement aux paragraphes 198 et 205 de l'arrêt, et implicitement dans d'autres paragraphes, la République tchèque est en réalité le seul Etat contractant à s'être attaqué aux problèmes particuliers que rencontrent les enfants roms dans le domaine de l'éducation. Elle confine dès lors à l'absurde lorsqu'elle conclut que la République tchèque enfreint les principes antidiscriminatoires. En d'autres termes, il n'y aurait jamais eu violation si, face à cette question, l'Etat avait laissé faire.

Aucune argumentation à connotation politique ne peut dissimuler que, en l'espèce, on a mis la Cour à contribution à des fins ultérieures, qui n'ont guère de rapport avec l'éducation spéciale des enfants roms en République tchèque.

L'avenir dira quelle fin ce précédent servira.

OPINION DISSIDENTE DU JUGE JUNGWIERT

1. En l'espèce, je suis en profond désaccord avec le constat de la majorité selon lequel il y a eu violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 2 du Protocole n° 1.

Si je peux en partie souscrire à la façon dont les principes pertinents concernant l'article 14 sont énoncés dans l'arrêt, je ne puis accepter la démarche adoptée par la majorité quant à leur application à la présente affaire.

2. Avant d'explicitier tous les points de désaccord, je souhaiterais situer cet arrêt sous une perspective plus générale.

Cet arrêt représente une grande première dans la jurisprudence de la Cour. Il évalue et critique le système éducatif tout entier d'un pays.

Quelle que soit la force des précédents cités (paragraphe 175 à 181 de l'arrêt), ils ont en fait très peu en commun avec le cas d'espèce, si ce n'est peut-être que les requérants sont dans la plupart des cas d'origine rom (voir, entre autres, les affaires *Natchova et autres c. Bulgarie* ([GC], n^{os} 43577/98 et 43578/98, CEDH 2005-VII) et *Buckley c. Royaume-Uni* (25 septembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-II)).

3. A mon avis, toute application correcte exige d'abord une bonne connaissance des faits et des circonstances de l'espèce, parmi lesquels le contexte historique et l'évaluation de la situation dans d'autres pays de l'Europe jouent un rôle primordial.

Quant au contexte historique, les données présentées dans l'arrêt (paragraphe 12 à 14) offrent une information très générale, imprécise et insuffisante.

Les faits tels que présentés dans l'arrêt ne permettent pas la moindre comparaison entre les communautés roms en Europe en ce qui concerne l'évolution démographique, le degré de scolarisation ou d'autres facteurs.

4. Je vais essayer de combler ce manque d'information au moyen de quelques faits et quelques chiffres.

On peut commencer par le terrible constat que, sur le territoire actuel de la République tchèque, il ne s'agissait pas seulement d'une « tentative » d'extermination perpétrée par les nazis (paragraphe 13), mais d'une extermination quasi totale. Sur les quelque 7 000 Roms qui se trouvaient dans le pays au début de la guerre, à peine six cents ont survécu¹.

Apparaît ici une grande différence par rapport aux autres pays : les Roms tchèques, presque tous exterminés, ont été remplacés, à partir de 1945, par des vagues successives de nouveaux arrivés venant par dizaines de milliers principalement de Slovaquie, Hongrie et Roumanie. Cette

1. A. Fraser (M. Miklušáková), *The Gypsies*, Prague 2002, p. 275.

nouvelle population, dans son énorme majorité, non seulement était analphabète et complètement déracinée, mais aussi ne parlait pas la langue tchèque. Or il n'en allait pas de même pour d'autres pays où les Roms vivent – en principe – depuis des décennies ou même des siècles à l'intérieur des frontières du pays concerné et sont familiarisés d'une certaine manière avec l'environnement et la langue.

Pour compléter et terminer cette incursion dans le contexte historique et démographique, il me semble qu'une autre comparaison, qui permet d'évaluer la dimension et la complexité du problème, n'est pas inutile.

L'évaluation du nombre des personnes de la communauté rom, bien sûr en chiffres toujours approximatifs (minimale – maximale) pour quelques pays européens donne ceci :

	min	max	population (millions)
Allemagne	110 000	140 000	80
France	300 000	400 000	60
Italie	90 000	120 000	60
Royaume-Uni	100 000	150 000	60
Pologne	35 000	45 000	38
Portugal	40 000	50 000	10
Belgique	25 000	35 000	10
République tchèque	200 000	250 000	10 ^{1,2}

Ces chiffres laissent bien imaginer l'ampleur de l'enjeu pour la République tchèque dans le domaine de la scolarisation.

5. Question importante à soulever : où en est-on en Europe, quels sont les standards ou les minima à respecter ?

Le domaine de l'école et de la scolarisation des enfants roms est l'objet, depuis presque trente ans, d'un travail d'analyse et de proposition, à l'initiative du Conseil de l'Europe, de la Commission européenne et d'autres institutions.

L'arrêt cite sur vingt-cinq pages (paragraphe 54-107) les sources du Conseil de l'Europe, le droit et la pratique communautaires, les textes de l'ONU et d'autres sources.

1. J.-P. Liégeois, *Roms en Europe*, Editions du Conseil de l'Europe, 2008, p. 31.

2. Néanmoins lors du recensement de la population le 3 mars 1991 en République tchèque, seulement 32903 personnes se sont déclarées appartenir à la nationalité rom (*Statistical Yearbook of the Czech Republic 1993*, Prague, 1993, p. 142).

Toutefois, ces recommandations, les rapports et autres textes cités dans l'arrêt sont dans leur majorité assez vagues, peu concrets, mais aussi et surtout *postérieurs* à l'époque des faits (1996-1999, voir le paragraphe 19 de l'arrêt).

C'est pourquoi je me permets de citer ici l'auteur déjà mentionné, dont je partage l'avis. Dans son œuvre *Roms en Europe*, Jean-Pierre Liégeois insiste :

«Il convient d'éviter les terminologies vagues, seules utilisées quelquefois (émancipation, autonomie, intégration, inclusion, etc.), qui n'ont qu'une fonction de masquage et d'abstraction et pas de valeur opérationnelle (...)

(...) Il est fréquent que des ministères ou des responsables divers posent des questions complexes et demandent une réponse immédiate, pour n'aboutir, en fin de compte, qu'à la production d'un discours prometteur, ou à une réalisation hâtive et inadaptée qui satisfait provisoirement l'esprit humain ou l'électeur.»¹

A cet égard, la seule résolution concrète et précise en la matière, un texte fondateur et important d'une valeur peut-être historique, est la *Résolution du 22 mai 1989 du Conseil et des ministres de l'éducation réunis au sein du Conseil, concernant la scolarisation des enfants de Tsiganes et de voyageurs*.²

6. A ma grande surprise et à mon regret, ce texte fondamental ne figure pas parmi les sources citées dans l'arrêt de Grande Chambre.

C'est pourquoi je me permets de présenter quelques clauses de cette résolution :

«Le Conseil et les ministres de l'éducation, réunis au sein du Conseil,

(...)

considérant que la situation actuelle, de façon générale et en particulier dans le domaine scolaire, est préoccupante; *que seulement 30 à 40 % des enfants tsiganes et voyageurs fréquentent l'école avec quelque régularité; que la moitié ne sont jamais scolarisés* (italique ajouté); qu'un très faible pourcentage atteint et dépasse le seuil de l'enseignement secondaire; que les résultats, notamment l'usage courant de la lecture et de l'écriture, ne sont pas en rapport avec la durée présumée de la scolarisation; que le taux d'analphabétisme chez les adultes dépasse souvent 50 % et atteint dans certains endroits 80 % et plus;

considérant que plus de 500 000 enfants sont concernés et que ce nombre est à réviser constamment à la hausse en raison de la jeunesse des communautés de tsiganes et de voyageurs, dont la moitié ont moins de seize ans;

considérant que la scolarisation, notamment par les outils qu'elle peut fournir d'adaptation à un environnement changeant et d'autonomie personnelle et professionnelle, est un enjeu fondamental dans l'avenir culturel, social et économique des communautés tsiganes; que les parents en sont conscients et que la volonté de scolarisation s'accroît;

(...)»

1. *Op. cit.*, pp. 274 et 275.

2. *Journal Officiel des Communautés européennes* n° C153 du 21 juin 1989, pp. 3 et 4.

7. Quel incroyable constat ! Pour les douze pays de l'Union européenne en 1989 on a reconnu que de 250 000 à 300 000 enfants n'étaient jamais scolarisés.

Force est de constater que l'évolution tend à confirmer ce diagnostic. Dans ce domaine rien ne permet de croire que la situation s'est améliorée au cours des années qui ont suivi et encore moins après l'élargissement de l'Union européenne. On évalue (toujours selon la même source) la population de la communauté rom à 400 000 en Slovaquie, 600 000 en Hongrie, 750 000 en Bulgarie et 2 100 000 en Roumanie. Au total, il y aurait plus de quatre millions d'enfants roms en Europe, dont très probablement *deux millions ne fréquentent jamais l'école de toute leur vie*.

8. Cette terrible vérité qui reste pratiquement dissimulée, je veux la mettre avec détermination en pleine lumière, car il s'agit, à mon avis, de la honte de l'Europe du XXI^e siècle. D'où vient cet effrayant silence ?

9. Les données statistiques pour l'ancienne Tchécoslovaquie indiquent qu'en 1960 quelque 30 % de Roms n'avaient jamais été scolarisés. Ce chiffre a régressé et n'était plus que de 10 % en 1970.

La comparaison numérique des données pour la République tchèque concernant le nombre des enfants nés et des enfants scolarisés démontre une scolarisation pratiquement à 100 % vingt ans plus tard¹.

10. Néanmoins, dans ce contexte pitoyable, d'aucuns jugent utile de concentrer leurs critiques sur la République tchèque, un des rares pays d'Europe où pratiquement tous les enfants, y compris les Roms, sont scolarisés.

De plus, pour l'année scolaire 1989/1990 on comptait 7 957 enseignants pour 58 889 élèves et pour l'année scolaire 1992/1993 8 325 enseignants pour 48 394 élèves², *soit un enseignant pour sept élèves*.

11. Depuis des années, les Etats européens présentent un mélange souvent ambigu de réalisations et de projets qui comportent à la fois des éléments de réussite et des éléments d'échec. Le problème concerne les systèmes d'éducation de nombreux pays et pas seulement les écoles spéciales³.

La République tchèque a choisi de développer un système introduit dès les années 1920 (paragraphe 15), de l'améliorer et de munir des garanties suivantes la procédure de placement des enfants dans les écoles spéciales (paragraphe 20 à 21) :

1. *Statistical Yearbook of the Czech Republic 1993*, Prague 1993, pp. 88 et 302.

2. *Ibidem*, Prague 1993, p. 307.

3. En France, dans le débat public actuel, on constate que, « [à] l'entrée en sixième, 40 % des élèves ignorent les connaissances de base. A la fin de la troisième, 150 000 jeunes quittent le système sans maîtriser le moindre savoir (Editorial du *Figaro*, 4 septembre 2007) ou encore, dans le même journal, le 7 septembre 2007, « selon le Haut Conseil de l'éducation, 40 % des élèves du primaire – soit 300 000 personnes – sortent chaque année en échec lourd ou en grande difficulté ».

- le consentement parental,
- une recommandation émanant des centres de conseil psychopédagogique,
- la possibilité de faire appel,
- la possibilité de retourner d'une école spéciale à une école primaire.

D'une certaine façon, la République tchèque a ainsi mis sur pied un système éducatif inégalitaire, mais inégalitaire dans un but louable : scolariser des enfants pour leur donner des chances de réussir, ce qui implique une discrimination positive en faveur d'une population défavorisée.

Malgré cela, la majorité trouve juste de dire que la Cour n'est pas convaincue que la différence de traitement ayant existé entre les enfants roms et les enfants non roms poursuivait un but légitime d'adaptation du système d'éducation aux besoins des premiers et qu'il existait un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but à atteindre (voir le paragraphe 208 de l'arrêt).

On ne peut mieux le dire qu'Arthur Schopenhauer, qui fut le premier à formuler cette opinion :

« C'est cette disposition étrange à se contenter des mots qui contribue plus que toute autre chose à perpétuer les erreurs. Fort des mots et des phrases légués par les générations précédentes, chacun passe de gaîté de cœur à côté d'obscurités et de problèmes multiples. »¹

12. Je reconnais que, même si de multiples efforts sont déployés pour aider certaines catégories d'élèves à acquérir des connaissances de base, la situation en République tchèque concernant l'éducation des enfants roms est loin d'être idéale et reste à parfaire.

Pourtant, à y regarder de plus près, je soulève une seule question : quel pays d'Europe fait mieux, ou encore quel pays fait du moins autant dans ce domaine ? Demander plus, demander une solution immédiate et infaillible, me semble du domaine de l'exagéré ou même de l'impossible au moins pour la période des faits. De plus, cette période a commencé son cours quelques années seulement après la chute du régime communiste.

13. J'estime qu'il est important, dans les analyses et dans toutes les évaluations et conclusions, de faire une distinction entre les souhaits et ce que l'on peut appeler le réalisme, le possible ou tout simplement le faisable.

Cette règle doit s'appliquer aussi dans le domaine du droit en général et en l'espèce *in concreto*. Selon les requérants, aucune mesure n'a été mise en place en vue de permettre aux enfants roms de surmonter lors de

1. A. Schopenhauer, *Le monde comme volonté et comme représentation*, Quadrige, PUF, Paris 2004, p. 833.

l'examen leurs obstacles culturels et linguistiques (voir le paragraphe 40 de l'arrêt).

Or, ici encore, il s'agit d'une excellente démonstration de manque de réalisme. Il est à mon avis illusoire de prétendre modifier par quelques dispositions et en une brève période une situation qui dure depuis des décennies, voire des siècles. Sauf si on prétend supprimer l'évaluation tout court ou la priver de tout son sens.

14. En outre, on ne peut pas oublier que chaque système scolaire comporte non seulement l'éducation mais aussi l'évaluation, la différenciation, la compétition et la sélection. Cette réalité est largement discutée lors du débat actuel sur la réforme du système éducatif en France. Le président de la République française dans sa *Lettre aux éducateurs* du 4 septembre 2007 introduit l'idée d'une sélection à l'entrée du collège et du lycée :

«Nul ne doit entrer en sixième s'il n'a pas fait la preuve qu'il était capable de suivre l'enseignement du collège. Nul ne doit entrer en seconde s'il n'a pas fait la preuve qu'il était capable de suivre l'enseignement du lycée (...)»¹

15. La majorité arrive à des conclusions (voir les paragraphes 205 à 210 de l'arrêt) qui sont, à mon avis, plutôt contradictoires. Elle constate qu'il existe des difficultés liées à la scolarisation des enfants roms non seulement en République tchèque mais aussi dans d'autres Etats européens.

Qualifier de «difficultés» *l'absence totale de scolarisation de la moitié des enfants roms* (points 6 et 7) dans de nombreux Etats est un euphémisme inouï. Pour développer cette démarche illogique, la majorité note avec satisfaction que, à la différence de certains pays, la République tchèque a choisi de s'attaquer à ce problème (voir le paragraphe 205 de l'arrêt).

On peut en déduire qu'il est probablement préférable et moins risqué de ne rien faire et de laisser les choses telles qu'elles sont ailleurs, c'est-à-dire de ne déployer aucun effort pour combattre les problèmes dont souffre une grande partie de la communauté rom.

16. Cette argumentation abstraite et théorique rend les conclusions de la majorité à mes yeux tout à fait inacceptables.

1. *Le Figaro*, 5 septembre 2007, p. 8.

OPINION DISSIDENTE DU JUGE BORREGO BORREGO

1. J'éprouve une certaine tristesse. C'est cet arrêt qui provoque en moi ce sentiment.

2. En 2002, le juge Bonello trouvait «particulièrement perturbant que la Cour, en cinquante ans et plus de travail judiciaire opiniâtre, n'ait pas encore trouvé à ce jour un seul exemple de violation du droit [garanti par l'article 2 ou par l'article 3] fondée sur la race (...)» (*Anguelova c. Bulgarie*, n° 38361/97, CEDH 2002-IV, opinion dissidente). Si l'absence d'un seul cas de discrimination raciste concernant les droits qui constituent le noyau dur de la Convention était perturbante il y a cinq ans, critique du juge Bonello que je partage, aujourd'hui, lors du présent arrêt, la Cour fait un démarrage en trombe. La Grande Chambre, dans cet arrêt, a agi comme un bolide de formule 1 et, à toute vitesse, elle est entrée dans des rivages nouveaux et difficiles, le domaine de l'éducation, et la conséquence est, logiquement, un dérapage important sur la bonne voie suivie par la Cour.

3. A mon avis, l'arrêt de la deuxième section du 7 février 2006 dans cette affaire constitue un bon et sage arrêt, un exemple de la jurisprudence de la Cour. Cependant, je regrette de ne pas pouvoir en dire autant pour ce qui est de l'arrêt de la Grande Chambre. (L'arrêt de la chambre comprend dix-sept pages, tandis que celui de la Grande Chambre en compte soixante-dix-huit, ce qui montre combien la longueur d'un arrêt est souvent indépendante de sa sagesse).

Je me concentrerai seulement sur deux points.

4. L'approche.

La chambre, après avoir noté les préoccupations de plusieurs organisations sur la réalité rom, affirme: «La Cour souligne toutefois que son rôle est différent de celui desdits organes et que, tout comme la Cour constitutionnelle tchèque, elle n'a pas à apprécier le contexte social global. En l'espèce, sa seule tâche est d'examiner les requêtes individuelles (...)» (§ 45)

5. La Grande Chambre fait exactement le contraire. Allant à l'encontre du rôle qui incombe à tout organe judiciaire, de la première page («Le contexte historique») jusqu'au dernier paragraphe, en passant par «Les sources du Conseil de l'Europe» (quatorze pages), le droit et la pratique communautaires (cinq pages), les textes des Nations unies (sept pages) et «Autres sources» (trois pages, curieusement consacrées en exclusivité, sauf la référence à l'Observatoire européen, au monde anglo-saxon, c'est-à-dire, la Chambre des lords et la Cour suprême des Etats-Unis), tout l'arrêt constitue une appréciation du contexte social global. Ainsi, pour prendre un exemple parmi d'autres, au début du

paragraphe 182 la Cour affirme: «La Cour note que, du fait de leurs vicissitudes et de leur perpétuel déracinement, les Roms constituent une minorité défavorisée et vulnérable (...)» Est-ce là le rôle de la Cour?

6. Dans la même ligne, qui à mon avis ne sied pas à une Cour, après avoir constaté une différence discriminatoire de traitement entre les enfants roms et les non roms, la Grande Chambre considère au paragraphe 209: «(...) qu'il a été établi que l'application de la législation pertinente avait (...) des effets préjudiciables disproportionnés sur la communauté rom, les requérants en tant que membres de cette communauté ont nécessairement subi le même traitement discriminatoire. Cette conclusion dispense la Cour de se pencher sur leurs cas individuellement.»

7. Voilà le nouveau rôle de la Cour: devenir une ECRI (Commission européenne contre le racisme et l'intolérance) *bis*, et se dispenser d'examiner les requêtes individuelles, par exemple la situation des requérants n^{os} 9, 10, 11, 16 et 17, contrairement à ce que la chambre a fait aux paragraphes 49 et 50 de son arrêt.

8. Lors de l'audience du 17 janvier 2007, les représentants (de Londres et New York) des enfants requérants (d'Ostrava) se sont bornés dans leurs exposés à décrire la discrimination dont, selon eux, les Roms sont l'objet en Europe.

9. Dans la salle, aucun enfant requérant, aucun des parents des mineurs requérants... Oubliées, les circonstances particulières des requérants et de leurs parents! Puisque l'article 36 § 4 du règlement énonce que les représentants agissent pour le compte des requérants, j'ai posé aux deux représentants anglo-saxons une question très simple: est-ce que ces deux représentants avaient eu des entretiens avec les mineurs requérants et/ou avec leurs parents? Est-ce qu'ils s'étaient rendus à Ostrava? Je n'ai pas obtenu de réponse.

10. Je conserve encore le même sentiment: la salle de la Grande Chambre était devenue une tour d'ivoire, à l'écart de la vie et des problèmes des mineurs requérants et de leurs parents, où s'exhibait la supériorité des présents sur les absents.

11. Les parents roms et l'éducation de leurs enfants.

Concernant l'éducation des mineurs, l'arrêt de la chambre dit ceci: «[L]a Cour note qu'il incombait notamment aux parents, qui ont le devoir naturel d'assurer l'éducation de leurs enfants (...)» (§ 51) Et après avoir analysé les faits de l'espèce, la chambre conclut à la non-violation de l'article 14 combiné avec l'article 2 du Protocole n^o 1.

12. J'estime que la position adoptée par la Grande Chambre par rapport aux parents des mineurs requérants est extrêmement préoccupante et, étant donné qu'il s'agit d'une position qui fait référence à tous les parents roms, qu'elle est, et je l'affirme sans ambiguïté, inadmissible. Le dérapage ici est brutal, et il traduit un sentiment de

supériorité inconcevable au sein d'une cour des droits de l'homme et contraire à la dignité humaine des parents roms.

13. Premièrement, la Grande Chambre doute de la capacité des parents roms d'exercer leur devoir en tant que parents. Ainsi l'affirme l'arrêt: «[L]a Cour n'est pas convaincue que les parents des enfants roms, en tant que membres d'une communauté défavorisée et souvent sans instruction, fussent capables d'évaluer tous les aspects de la situation et les conséquences de leur consentement (...)» (paragraphe 203). Ce sont des affirmations trop dures, superflues et, surtout, injustifiées.

14. Deuxièmement, la Grande Chambre va encore plus loin dans son appréciation des parents roms: «[L]a Grande Chambre considère que, à supposer même que les conditions [pour un consentement éclairé] étaient réunies, l'on ne saurait admettre la possibilité de renoncer au droit de ne pas faire l'objet d'une telle discrimination. En effet, cette renonciation se heurterait à un intérêt public important (...)» (paragraphe 204).

Je ressens ici une vive frayeur. La Grande Chambre affirme que *tous* les parents d'enfants roms, «à supposer même» qu'ils soient capables de donner un consentement éclairé, ne peuvent pas choisir l'école pour leurs enfants. Cette ligne de pensée peut conduire aux horribles expériences que nous connaissons bien d'enlèvement d'enfants à leurs parents appartenant à un certain groupe social, parce que d'aucuns, les soi-disant bonnes personnes, imposent à tous les citoyens leur même conception de la vie. Il s'agit, finalement, de la triste tradition humaine, de la lutte contre le racisme par le racisme.

15. Quel cynisme: les parents des requérants mineurs ne sont pas qualifiés pour élever leurs enfants, mais ils sont par contre qualifiés pour signer une procuration en faveur de représentants britannique et nord-américain qu'ils ne connaissent pas!

16. Evidemment, je me rallie aux opinions dissidentes exprimées par mes collègues, que je partage totalement.

17. Si la Cour européenne s'écarte de son rôle judiciaire, elle entre dans la confusion, ce qui ne peut qu'avoir des effets négatifs pour l'Europe. Le dérapage que cet arrêt implique est de taille, et le fait qu'il estime tous les parents roms inaptes à éduquer leurs enfants est, à mon avis, une insulte. Je me place donc du côté des insultés et dis: «Jsem český Rom » (je suis un Rom tchèque).

OPINION DISSIDENTE DU JUGE ŠIKUTA

(Traduction)

A mon grand regret, je ne puis suivre la majorité lorsqu'elle conclut en l'espèce à la violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 2 du Protocole n° 1. J'indiquerai brièvement les raisons essentielles de mon dissentiment.

Je suis d'accord pour dire que, de manière générale, la situation des Roms en Europe centrale et orientale est très complexe, qu'elle n'est pas facile et simple, et qu'elle appelle des efforts de la part de tous les acteurs clés, en particulier les gouvernements. C'est toutefois au fil des siècles qu'on en est arrivé à cette situation, qui tient à divers facteurs historiques, politiques, économiques, culturels et autres. Les États ont un rôle proactif à jouer dans ce processus et sont donc amenés à élaborer des mesures et des projets appropriés pour aboutir à des résultats satisfaisants. La question rom doit être envisagée sous cette perspective, comme une question vivante et en évolution constante.

La jurisprudence de la Cour¹ dit clairement que des distinctions de traitement de «personnes placées dans des situations par ailleurs analogues» ne constituent pas une discrimination contraire à l'article 14 lorsqu'elles trouvent une justification objective et raisonnable, c'est-à-dire s'il peut être démontré qu'elles poursuivent «un but légitime» ou qu'il existe «un rapport raisonnable de proportionnalité» entre les moyens employés et le but visé. Pour vérifier si la justification est valable, il faut l'apprécier par rapport au but et aux effets des mesures à considérer, en tenant compte des principes qui s'appliquent dans des sociétés démocratiques.

Les États contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des distinctions de traitement². Le choix que l'État a fait d'établir des écoles spéciales pour s'acquitter de la mission qui lui incombe d'assurer à tous les enfants une éducation obligatoire relevait pleinement de sa marge d'appréciation.

Les écoles spéciales furent introduites à l'intention des enfants rencontrant des difficultés d'apprentissage et ayant des besoins particuliers en la matière, moyen pour l'État de remplir son devoir d'assurer à tous les enfants une éducation élémentaire qui fût totalement obligatoire. La mise en place d'écoles spéciales doit être perçue comme une nouvelle étape dans le processus évoqué ci-dessus,

1. Par exemple *Willis c. Royaume-Uni*, n° 36042/97, § 48, CEDH 2002-IV.

2. *Gaygusuz c. Autriche*, 16 septembre 1996, § 42, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-IV.

avec pour but ultime de parvenir à une situation satisfaisante, ou du moins meilleure, dans le domaine de l'éducation. L'introduction d'établissements spéciaux, même si ce n'est pas une panacée, doit être tenue pour une action positive de la part de l'Etat qui cherche à aider les enfants présentant des besoins éducatifs particuliers à surmonter leur différence quant au degré d'aptitude à fréquenter un établissement ordinaire et à suivre le programme ordinaire.

On peut donc voir que, de manière générale, il existait une justification objective et raisonnable à l'idée de traiter les enfants placés dans des écoles spéciales différemment de ceux fréquentant les écoles ordinaires, à partir des résultats objectifs obtenus au test psychologique, pratiqué par des professionnels qualifiés à même de choisir les méthodes appropriées. J'admets que le traitement réservé aux enfants fréquentant des écoles ordinaires était différent de celui réservé aux enfants fréquentant des écoles spéciales. Mais, dans le même temps, ces types d'écoles, ordinaires et spéciales, étaient tous deux accessibles aux deux catégories d'enfants – roms et non roms – et de fait tous deux fréquentés par les uns et les autres à l'époque considérée.

Le seul critère déterminant pour dire quel enfant recommander pour quel type d'école consistait donc dans les résultats du test psychologique, conçu par des experts, des professionnels qualifiés, dont aucune des parties ne conteste le professionnalisme. La différence de traitement selon que les enfants fréquentaient l'un ou l'autre type d'école (ordinaire ou spéciale) était simplement fonction du niveau différent de capacité intellectuelle des enfants concernés et de leur degré différent d'aptitude et de volonté à se soumettre avec succès à toutes les exigences imposées par le système éducatif existant, à savoir les écoles ordinaires.

Dès lors, des données statistiques isolées, surtout si elles se rapportent à une région particulière du pays, ne permettent pas en soi de conclure que le placement des requérants dans des écoles spéciales résultait d'un préjugé racial parce que, par exemple, les écoles spéciales étaient fréquentées à la fois par des enfants roms et des enfants non roms. Les statistiques ne sont pas en soi révélatrices d'une pratique pouvant être qualifiée de discriminatoire (*Hugh Jordan c. Royaume-Uni*, n° 24746/94, § 154, 4 mai 2001). Le fait que les écoles ordinaires étaient fréquentées aussi par des enfants roms prouve bien qu'il existait d'autres critères de sélection que la race ou l'origine ethnique. De même, le fait que certains des requérants ont été transférés dans des écoles ordinaires prouve que la situation n'était pas irréversible.

Il convient aussi de relever que les parents des enfants placés dans des écoles spéciales avaient donné leur accord à ce placement et que certains d'entre eux avaient en fait adressé une demande en ce sens aux autorités compétentes. Cette démarche positive de la part des parents des requérants montre bien qu'ils étaient suffisamment et correctement

informés de l'existence de ces écoles et du rôle qu'elles jouaient dans le système éducatif. Je suis convaincu qu'en règle générale un professionnel sera plus compétent pour prendre une décision sur l'éducation d'un enfant mineur que les parents de celui-ci. Quoi qu'il en soit, s'il estimait que la décision des parents de placer leurs enfants dans une école spéciale ne servait pas « l'intérêt supérieur de l'enfant », le service de l'enfance du centre de protection sociale d'Ostrava, qui avait le pouvoir et le devoir de porter les affaires de ce genre devant le tribunal pour enfants qui apprécierait où se trouvait l'intérêt supérieur de l'enfant, aurait pu intervenir. Or ce ne fut pas le cas, puisque ni le centre de protection sociale ni les parents des requérants ne se sont adressés au tribunal pour enfants, compétent en la matière.

Cela étant, j'en suis arrivé à la conclusion que la différence de traitement se situait entre les enfants qui fréquentaient les écoles ordinaires, d'une part, et les enfants qui fréquentaient les écoles spéciales, de l'autre, indépendamment de leur origine rom ou non rom. Pareille différence de traitement trouvait une justification objective et raisonnable et poursuivait un but légitime – assurer à tous les enfants une éducation obligatoire.

Je suis aussi parvenu à la conclusion que, par contre, il n'existait pas de distinction de traitement entre les enfants fréquentant la même école spéciale, enfants (roms et non roms) qu'il y a lieu de considérer comme « personnes placées dans des situations à d'autres égards analogues ». Je n'ai décelé en l'espèce aucun élément de droit ou de fait permettant de conclure que les enfants roms fréquentant une école spéciale étaient traités moins favorablement que les enfants non roms fréquentant la même école spéciale. Il n'est pas acceptable de conclure que seuls les enfants roms fréquentant des écoles spéciales faisaient l'objet d'une discrimination par rapport aux enfants non roms (ou à tous les enfants) fréquentant les écoles ordinaires puisque ces deux groupes d'enfants ne sont pas constitués de « personnes dans [une] situation à d'autres égards analogue ». Une autre raison rendant cette conclusion inacceptable, c'est que les deux « groupes » étaient soumis aux mêmes conditions d'accès et fréquentaient les deux types d'écoles : des enfants non roms fréquentaient les écoles spéciales et, parallèlement, des enfants roms fréquentaient les écoles ordinaires sur la seule base des résultats qu'ils avaient obtenus au test psychologique, le même pour tous les enfants indépendamment de leur race.

Eu égard à ce qui précède, je ne souscris pas à l'opinion selon laquelle les requérants, en raison de leur appartenance à la communauté rom, ont subi un traitement discriminatoire du fait de leur placement dans des écoles spéciales.

ANNEXE

LISTE DES REQUÉRANTS

1. M^{lle} D.H. est une ressortissante tchèque d'origine rom, née en 1989 et résidant à Ostrava-Přívov ;
2. M^{lle} S.H. est une ressortissante tchèque d'origine rom, née en 1991 et résidant à Ostrava-Přívov ;
3. M. L.B. est un ressortissant tchèque d'origine rom, né en 1985 et résidant à Ostrava-Fifejdy ;
4. M. M.P. est un ressortissant tchèque d'origine rom, né en 1991 et résidant à Ostrava-Přívov ;
5. M. J.M. est un ressortissant tchèque d'origine rom, né en 1988 et résidant à Ostrava-Radvanice ;
6. M^{lle} N.P. est une ressortissante tchèque d'origine rom, née en 1989 et résidant à Ostrava ;
7. M^{lle} D.B. est une ressortissante tchèque d'origine rom, née en 1988 et résidant à Ostrava-Heřmanice ;
8. M^{lle} A.B. est une ressortissante tchèque d'origine rom, née en 1989 et résidant à Ostrava-Heřmanice ;
9. M. R.S. est un ressortissant tchèque d'origine rom, né en 1985 et résidant à Ostrava-Kunčičky ;
10. M^{lle} K.R. est une ressortissante tchèque d'origine rom, née en 1989 et résidant à Ostrava-Mariánské Hory ;
11. M^{lle} Z.V. est une ressortissante tchèque d'origine rom, née en 1990 et résidant à Ostrava-Hrušov ;
12. M^{lle} H.K. est une ressortissante tchèque d'origine rom, née en 1990 et résidant à Ostrava-Vítkovice ;
13. M. P.D. est un ressortissant tchèque d'origine rom, né en 1991 et résidant à Ostrava ;
14. M^{lle} M.P. est une ressortissante tchèque d'origine rom, née en 1990 et résidant à Ostrava-Hrušov ;
15. M^{lle} D.M. est une ressortissante tchèque d'origine rom, née en 1991 et résidant à Ostrava-Hrušov ;
16. M^{lle} M.B. est une ressortissante tchèque d'origine rom, née en 1991 et résidant à Ostrava I ;
17. M^{lle} K.D. est une ressortissante tchèque d'origine rom, née en 1991 et résidant à Ostrava-Hrušov ;
18. M^{lle} V.Š. est une ressortissante tchèque d'origine rom, née en 1990 et résidant à Ostrava-Vítkovice.