

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



REPORTS  
OF JUDGMENTS AND DECISIONS

RECUEIL  
DES ARRÊTS ET DÉCISIONS

2007-V

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 978-3-452-27804-3  
Printed in Germany

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

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

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

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

### *Examples*

Judgment on the merits delivered by a Chamber

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

Judgment on the merits delivered by the Grand Chamber

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

Decision on admissibility delivered by a Chamber

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

Decision on admissibility delivered by the Grand Chamber

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

Judgment on preliminary objections delivered by a Chamber

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

Judgment on just satisfaction delivered by a Chamber

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

Judgment on revision delivered by a Chamber

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

Judgment on interpretation delivered by a Chamber

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

Judgment striking the case out delivered by a Chamber

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

Judgment on a friendly settlement delivered by a Chamber

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

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

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

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

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

### *Exemples*

Arrêt rendu par une chambre sur le fond

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

Arrêt rendu par la Grande Chambre sur le fond

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

Décision rendue par une chambre sur la recevabilité

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

Décision rendue par la Grande Chambre sur la recevabilité

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

Arrêt rendu par une chambre sur des exceptions préliminaires

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

Arrêt rendu par une chambre sur la satisfaction équitable

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

Arrêt de révision rendu par une chambre

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

Arrêt d'interprétation rendu par une chambre

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

Arrêt rendu par une chambre rayant l'affaire du rôle

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

Arrêt rendu par une chambre sur un règlement amiable

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

## Contents/Table des matières

	<i>Page</i>
<i>Subject matter/Objet des affaires</i> .....	VII
<i>Driza v. Albania</i> , no. 33771/02, judgment of 13 November 2007 (extracts) .....	1
<i>Driza c. Albanie</i> , n° 33771/02, arrêt du 13 novembre 2007 (extraits) .....	23
<i>Hamer c. Belgique</i> , n° 21861/03, arrêt du 27 novembre 2007 (extraits) .....	45
<i>Hamer v. Belgium</i> , no. 21861/03, judgment of 27 November 2007 (extracts) .....	73
<i>Dickson v. the United Kingdom</i> [GC], no. 44362/04, judgment of 4 December 2007 .....	99
<i>Dickson c. Royaume-Uni</i> [GC], n° 44362/04, arrêt du 4 décembre 2007 .....	139
<i>Beian c. Roumanie (n° I)</i> , n° 30658/05, arrêt du 6 décembre 2007 (extraits) .....	181
<i>Beian v. Romania (no. I)</i> , no. 30658/05, judgment of 6 December 2007 (extracts) .....	193
<i>Stoll c. Suisse</i> [GC], n° 69698/01, arrêt du 10 décembre 2007 .....	205
<i>Stoll v. Switzerland</i> [GC], no. 69698/01, judgment of 10 Decem- ber 2007 .....	267
<i>Islamic Republic of Iran Shipping Lines v. Turkey</i> , no. 40998/98, judgment of 13 December 2007 .....	327
<i>Compagnie de navigation de la République islamique d'Iran c. Turquie</i> , n° 40998/98, arrêt du 13 décembre 2007 .....	359



## Subject matter/Objet des affaires

### Article 6

#### Article 6 § 1

Supreme Court formation including three judges who had already ruled on the case in parallel proceedings and three other judges who had participated in the case at lower instance

*Driza v. Albania*, p. 1

Formation de la Cour suprême comprenant trois juges ayant déjà statué sur l'affaire dans une procédure parallèle et trois autres magistrats ayant connu de la même cause à un degré de juridiction inférieur

*Driza c. Albanie*, p. 23

Proceedings leading to demolition of house built without planning permission

*Hamer v. Belgium*, p. 73

Procès entraînant la démolition d'une maison construite sans permis

*Hamer c. Belgique*, p. 45

Conflicting rulings by a supreme court

*Beian v. Romania (no. 1)*, p. 193

Jurisprudence contradictoire d'une cour suprême

*Beian c. Roumanie (n° 1)*, p. 181

### Article 8

Refusal to grant artificial insemination facilities to prisoner

*Dickson v. the United Kingdom* [GC], p. 99

Refus opposé à une demande d'insémination artificielle présentée par un détenu

*Dickson c. Royaume-Uni* [GC], p. 139

### Article 10

Conviction of a journalist for publication of a diplomatic strategy paper classified as confidential

*Stoll v. Switzerland* [GC], p. 267

Condamnation d'un journaliste pour la publication d'un document diplomatique stratégique classé confidentiel

*Stoll c. Suisse* [GC], p. 205

### Article 13

Inability to enforce compensation awards due to absence of adequate procedures and statutory framework

*Driza v. Albania*, p. 1

Exécution de décisions accordant une indemnisation impossible en l'absence de procédure adéquate et de cadre législatif

*Driza c. Albanie*, p. 23

### Article 34

Victim requirement fulfilled by State-owned company operating with legal and financial independence

*Islamic Republic of Iran Shipping Lines v. Turkey*, p. 327

Qualité de victime d'une entreprise d'Etat jouissant d'une indépendance légale et financière

*Compagnie de navigation de la République islamique d'Iran c. Turquie*, p. 359

### Article 46

Failure to establish an adequate procedure for providing compensation under restitution legislation

*Driza v. Albania*, p. 1

Défaut de mise en place d'un dispositif adéquat en vue de l'allocation des indemnités prévues par la législation sur la restitution

*Driza c. Albanie*, p. 23

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

Unlawfulness recorded and demolition ordered several decades after construction of house without planning permission

*Hamer v. Belgium*, p. 73

Illégalité constatée et destruction ordonnée plusieurs décennies après la construction d'une maison sans permis

*Hamer c. Belgique*, p. 45

Arbitrary seizure for over a year of ship and its cargo on suspicion of arms smuggling

*Islamic Republic of Iran Shipping Lines v. Turkey*, p. 327

Saisie arbitraire pendant plus d'un an d'un navire et de son chargement par crainte de contrebande d'armes

*Compagnie de navigation de la République islamique d'Iran c. Turquie*, p. 359



DRIZA v. ALBANIA  
(*Application no. 33771/02*)

FOURTH SECTION

JUDGMENT OF 13 NOVEMBER 2007<sup>1</sup>

---

1. English original. Extracts.



SUMMARY<sup>1</sup>**Failure to establish an adequate procedure for providing compensation under restitution legislation****Article 6 § 1**

*Impartial tribunal – Subjective impartiality – Objective impartiality – Supreme Court formation including three judges who had already ruled on the case in parallel proceedings and three other judges who had participated in the case at lower instance*

**Article 13**

*Effective remedy – Inability to enforce compensation awards due to absence of adequate procedures and statutory framework*

**Article 46**

*Execution of a judgment – Measures of general character – Failure to establish an adequate procedure for providing compensation under restitution legislation – State called upon to take appropriate statutory, administrative and budgetary measures to remove obstacles to the award of compensation*

\*  
\* \*

In 1994 the applicant obtained a court order declaring the nationalisation of his father's property unlawful and ordering restitution pursuant to the Restitution of and Compensation for Properties Act 1993. As the authorities were unable to return the original property, in 1996 the applicant was allocated two other plots of land in lieu in a decision that was endorsed by a property restitution and compensation commission. The applicant was, however, unable to take possession of that land because the plots were occupied by third parties. Two sets of proceedings were then brought challenging the applicant's title to the plots. In the first set, which was initiated by the occupier of the smaller plot, the Administrative Division of the Supreme Court in 1998 upheld the applicant's right to the plot. Meanwhile, in a parallel set of proceedings concerning both plots of land, the Supreme Court in 2000 set aside the commission's decision awarding the applicant both plots on the grounds that the commission had exceeded its jurisdiction. The applicant was awarded compensation, but this had not been paid by the time the case was examined in Strasbourg. Following a successful application for supervisory review of the final judgment given in the

---

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

first set of proceedings, the Supreme Court (Joint Colleges) in 2001 quashed the 1998 judgment – which had been in the applicant’s favour – and dismissed his claims relating to the smaller plot of land. Three Supreme Court judges in the Joint Colleges formation had sat on the case when it was decided within the Administrative Division in 1998. Three further judges had sat on the panel which had decided the merits of the parallel case concerning both plots of land in 2000.

*Held*

(1) Article 6 § 1: In accordance with Albanian law at the time, supervisory-review proceedings were instituted at the request of the President of the Supreme Court. Thus, the same person who had previously ruled against the applicant in the second set of proceedings had requested supervisory review of the judgment given in the first set. Moreover, the President of the Supreme Court had subsequently been on the Supreme Court panel which had examined his own request for supervisory review and had decided to quash the final judgment given in the first set of proceedings and to reject the applicant’s claim. Such practice was incompatible with the principle of “subjective impartiality”, since no one could act as both plaintiff and judge. Furthermore, the objective impartiality of the Supreme Court (Joint Colleges) also appeared open to doubt. Three of the judges who had already ruled on the case were called upon to decide the request for supervisory review and, for the second time, the merits of the case. They were thereby required to decide whether or not they had erred in their earlier decision given in the same case. Moreover, three other judges who participated in the supervisory-review proceedings had already expressed their opinion on the matter in the parallel second set of proceedings. The objective impartiality of the Supreme Court (Joint Colleges) was therefore capable of appearing open to doubt.  
*Conclusion:* violation (unanimously).

(2) Article 13 of the Convention in conjunction with Article 1 of Protocol No. 1: The Government had failed to establish an adequate procedure for dealing with compensation claims when the original property could not be returned to the owner. In particular, they had not set up appropriate bodies or implemented site plans for valuing properties. It was unlikely that a system would be put in place imminently or soon enough to enable the settlement of the dispute related to the determination of the applicant’s rights.

*Conclusion:* violation (unanimously).

(3) Article 46: The shortcomings noted in the Albanian legal system meant that an entire category of individuals had been and were still being deprived of their right to the peaceful enjoyment of their possessions through the non-enforcement of court judgments and commission decisions awarding them compensation. There were already dozens of identical applications pending before the Court. The escalating number of applications was an aggravating factor as regards the State’s responsibility under the Convention and also a threat to the future effectiveness of the Convention system. Albania was therefore called upon to remove all obstacles to the award of compensation under the Restitution of and Compensation for Properties Act by ensuring, as a matter of urgency, that appropriate statutory, administrative and budgetary measures were taken, including the implementation of property-valuation plans and the designation of adequate funds.

**Case-law cited by the Court**

*Klass and Others v. Germany*, 6 September 1978, Series A no. 28  
*Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium*, 23 June 1981, Series A no. 43  
*Piersack v. Belgium*, 1 October 1982, Series A no. 53  
*Hauschildt v. Denmark*, 24 May 1989, Series A no. 154  
*Vernillo v. France*, 20 February 1991, Series A no. 198  
*Padovani v. Italy*, 26 February 1993, Series A no. 257-B  
*Ferrantelli and Santangelo v. Italy*, 7 August 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-III  
*Akdivar and Others v. Turkey* [GC], 16 September 1996, *Reports* 1996-IV  
*Aksoy v. Turkey*, 18 December 1996, *Reports* 1996-VI  
*Castillo Algar v. Spain*, 28 October 1998, *Reports* 1998-VIII  
*Bottazzi v. Italy* [GC], no. 34884/97, ECHR 1999-V  
*Di Mauro v. Italy* [GC], no. 34256/96, ECHR 1999-V  
*Morel v. France (no. 1)*, no. 34130/96, ECHR 2000-VI  
*Wettstein v. Switzerland*, no. 33958/96, ECHR 2000-XII  
*Broniowski v. Poland* [GC], no. 31443/96, ECHR 2004-V  
*Svetlana Naumenko v. Ukraine*, no. 41984/98, 9 November 2004  
*Kyprianou v. Cyprus* [GC], no. 73797/01, ECHR 2005-XIII  
*Xenides-Arestis v. Turkey*, no. 46347/99, 22 December 2005  
*Scordino v. Italy (no. 1)* [GC], no. 36813/97, ECHR 2006-V  
*Beshiri and Others v. Albania*, no. 7352/03, 22 August 2006



**In the case of Driza v. Albania,**

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

Josep Casadevall, *President*,

Giovanni Bonello,

Kristaq Traja,

Lech Garlicki,

Ljiljana Mijović,

Ján Šikuta,

Päivi Hirvelä, *judges*,

and Lawrence Early, *Section Registrar*,

Having deliberated in private on 16 October 2007,

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

**PROCEDURE**

1. The case originated in an application (no. 33771/02) against the Republic of Albania lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by an Albanian national, Mr Ramazan Driza (“the applicant”), on 4 September 2002.

2. The applicant was represented by Mrs A. Driza-Maurer, his daughter and lawyer, who practises in Geneva. The Albanian Government (“the Government”) were represented by their Agents, Mr S. Puto and Mrs S. Mëneri, of the Ministry of Foreign Affairs.

3. The applicant complained, in particular, of a violation of the fairness aspect of Article 6 § 1 of the Convention and a failure to enforce a final judgment. He also complained of a violation of Article 1 of Protocol No. 1 and, relying on Article 13, of the lack of an effective remedy for the above-mentioned complaints.

4. On 5 July 2005 the Court decided to communicate the application to the Government. Under the provisions of Article 29 § 3, it decided to examine the merits of the application at the same time as its admissibility.

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

5. The applicant was born in 1941 and lives in Tirana.

6. The relevant domestic proceedings concern an application for the restitution of land.

### **A. Administrative proceedings for the restitution of land**

7. Prior to the communist era in Albania, the applicant's late father had owned a bakery in Tirana and a tract of land measuring 6,000 sq. m. In 1960 the Albanian authorities demolished the building and expropriated the land.

8. On 27 September 1994 the Tirana District Court restored the applicant's property rights over his late father's property pursuant to the Restitution of and Compensation for Properties Act 1993 ("the 1993 Property Act"). The decision became final and binding at the latest on 11 October 1994.

9. As it was unable to return the original property, the Tirana City Council decided on 30 April 1996 that the applicant had a right to receive compensation in kind for the original property. It allocated him a tract of land measuring 5,000 sq. m situated 2 km from the centre of Tirana. The land was divided into two plots measuring 1,650 sq. m. ("the smaller plot") and 3,350 sq. m. ("the larger plot"), respectively.

10. By decision no. 621 of 20 June 1996, the Tirana Commission on the Restitution of and Compensation for Properties ("the Tirana Commission") endorsed the Tirana City Council's decision.

11. On 15 August 1996 the applicant's title to the land was entered in the Tirana Land Register.

12. In 1996 and 1997 a series of possession orders concerning the two plots of land were issued by the Tirana City Council and the Tirana District Court. However, the applicant was unable to recover possession from the occupants.

13. On 10 September 1997 he concluded a preliminary contract to sell the smaller plot.

### **B. Civil proceedings concerning the smaller plot**

#### *1. Ordinary proceedings*

14. F.Z., a former member of an agricultural cooperative, had previously been granted under Law no. 7501 of 19 July 1991 the right to use the smaller plot.

15. On an unspecified date she brought a civil action in the Tirana District Court claiming full title over the smaller plot under Law no. 8053 of 21 December 1995. She also asked the District Court to set aside the Tirana Commission's decision of 20 June 1996 in so far as it related to that plot.

16. On 10 October 1997 the Tirana District Court set aside the decision relating to the smaller plot on the grounds that the Tirana



Commission had firstly to award compensation to the user and to the former owner of the land.

17. The applicant lodged an appeal with the Tirana Court of Appeal claiming full title to the plot. He argued that, when the Tirana Commission reached its decision, the plot was State property that was available for allocation to former owners in lieu of compensation. He added that F.Z. was merely a user of the land at the time.

18. On 2 June 1998 the Tirana Court of Appeal allowed the applicant's appeal, quashed the District Court's decision as being defective in law and upheld the validity of the Tirana Commission's decision concerning the applicant's title.

19. On 17 December 1998 the Supreme Court (Administrative Division), deciding on the merits, upheld the applicant's rights over the smaller plot that had been allocated as compensation for the original property. The judgment became final and binding on an unspecified date.

...

### **C. Civil proceedings concerning the entire property (both plots of land)**

24. In 1997 the State Supreme Audit Institution (*Kontrolli i Larte i Shtetit*), acting on its own behalf and at the instance of S.Sh., the user of the larger plot, brought an action in the Tirana District Court for an order setting aside the Tirana Commission's decision of 20 June 1996 in its entirety, on the grounds that it had exceeded its jurisdiction by allocating land to the applicant.

25. On 22 December 1997 the Tirana District Court set aside the Tirana Commission's decision in its entirety as being defective in law. It also held that the State had an obligation to pay the applicant compensation under the 1993 Property Act for a plot of land measuring 5,000 sq. m.

26. On an unspecified date the applicant lodged an appeal with the Tirana Court of Appeal seeking the reinstatement of the Tirana Commission's decision allocating him the land.

27. On 9 April 1999 the Tirana Court of Appeal dismissed the applicant's appeal and upheld the District Court's decision.

28. On an unspecified date the applicant lodged an appeal with the Supreme Court (Civil Division), arguing that the lower courts had failed to rule on the question of the users' title to the land.

29. On 7 December 2000 the Supreme Court (Civil Division), deciding the merits of the case, upheld the Court of Appeal's judgment on the grounds that the Tirana Commission had exceeded its jurisdiction by deciding on the form of compensation the applicant

should receive for the loss of his original property. It noted that pursuant to a Council of Ministers' decision of 13 May 1996, local property restitution and compensation commissions were to be set up by the municipal councils to assess compensation for land situated in tourist areas. These commissions had yet to be established. Lastly, the Supreme Court upheld the applicant's right under the 1993 Property Act to obtain the payment of compensation for a 5,000 sq. m. plot of land.

#### **D. The Constitutional Court proceedings**

30. The applicant lodged an appeal with the Constitutional Court under Article 131 (f) of the Constitution, arguing that the Supreme Court's judgments of 7 December 2000 and 5 July 2001 were unconstitutional.

31. The appeal was declared inadmissible by the Constitutional Court on 8 April 2002 pursuant to section 31 of the Constitutional Court Act as being "outside its jurisdiction".

#### **E. Recent developments**

32. The applicant says that a block of flats has now been built on the larger plot by third parties and the flats sold to, and occupied by, new owners. The smaller plot is occupied by temporary structures. The applicant has not received any compensation from the authorities.

## II. RELEVANT DOMESTIC LAW AND PRACTICE

...

#### **C. The Property Acts**

36. The relevant domestic law as regards the restitution of and compensation for properties in Albania has undergone several amendments during the past fourteen years. The main changes to the first Act, namely the 1993 Property Act, came about as a result of two laws which came into force in 2004 and 2006 ("the 2004 Property Act" and "the 2006 Property Act", respectively – "the Property Acts" collectively).

The relevant provisions of each of these laws can be summarised as follows.

1. *The 1993 Property Act (Law no. 7698 of 15 April 1993, as subsequently amended)*

37. Under the 1993 Property Act, former owners of properties expropriated by the relevant regime and the legal heirs of such owners had the right to claim ownership of the original properties. Upon ownership being determined, they were entitled either to the restitution of the original immovable property or to an award of compensation either in kind (up to a maximum of 10,000 sq. m) or in value if any of the following conditions was met: the alleged property (1) was pasture, meadow, forestry land, or agricultural or non-agricultural land; (2) was not subject to Law no. 7501 of 19 July 1991; (3) was currently State-owned; or (4) had been designated as suitable for construction and was situated within the boundaries of a city.

Section 16 of the Act provided for the following forms of compensation in respect of property which could not be returned: (a) State bonds, equivalent to the compensation owed, with a first option over shares in State enterprises being privatised by the government or in other activities carried out through the granting of loans; (b) an equivalent plot of land or a building site near to an urban area, in accordance with the general urban-development regulations; and (c) an equivalent plot of land in a tourist zone, in accordance with the general urban-development regulations.

The Council of Ministers had power to define detailed rules for determining how such compensation should be provided and the applicable time-limits.

38. The 1993 Property Act also instituted the central Commission on the Restitution of and Compensation for Properties (*Komisioni i Kthimit dhe Kompensimit të Pronave*) as the competent administrative body to deal with former owners' claims to restitution and compensation. However, it did not provide a time-limit within which a decision could be appealed against, thus preventing it from becoming binding.

2. *The 2004 Property Act (Law no. 9235 of 29 July 2004, as subsequently amended)*

39. The 2004 Property Act, which repealed the previous version, provided for two forms of restitution of immovable property, namely the return under certain circumstances of the original property and compensation in the event of the authorities being unable to return the original property. Restitution was not limited in size. The Act provided for five forms of compensation: (a) property of the same kind; (b) property of any other kind; (c) shares in State-owned companies; (d) the value of a State-owned property in the course of privatisation; and (e) a sum of money corresponding to the value attributed to the property

at the time of the decision (section 11). The Act instituted the State Committee on the Restitution of and Compensation for Properties (*Komiteti Shteteror per Kthimin dhe Kompensimin e Pronave*), composed of five members elected by Parliament. Its role was to decide on the lawfulness of district committees' decisions on restitution and compensation claims (sections 15 and 17). The Council of Ministers was to establish the rules and the criteria to be applied (section 13).

40. Section 19 provided for the enforcement of decisions awarding compensation within the first six months of each financial year. Following its entry into force, anyone entitled to claim restitution or compensation was required to lodge an application with the District Committee by 31 December 2007. The Act granted the District Committee a discretion to decide which form of compensation should be granted, but applicants could express their preference in writing. An appeal lay against the District Committee's decision to the State Committee (section 20) and to the district courts within thirty days of the date of issue of the District Committee's decision.

41. On 28 April 2005 Parliament enacted legislation setting out the method by which immovable property would be valued for compensation purposes. Its implementation was left to the State Committee on the Restitution of and Compensation for Properties, which was to issue the site plans enabling the properties to be valued.

42. In order to comply with the committee's awards of pecuniary compensation, section 23 of the 2004 Property Act provided for the establishment of a ten-year property compensation fund, the aim of which was to provide financial support for such awards. The 2004 Property Act was examined by both the Constitutional and the Supreme Courts.

On 24 March 2005 the Supreme Court (Joint Colleges) concluded that the 2004 Property Act had no retroactive effect and that its provisions could therefore not have any impact on property rights recognised by administrative or court decisions dating from before its entry into force.

### 3. *The 2006 Property Act (Law no. 9583 of 17 July 2006)*

43. On 17 July 2006, the 2004 Property Act was amended by the 2006 Property Act, which came into force on 17 August 2006. It provided, *inter alia*, for the establishment of the Agency for the Restitution of and Compensation for Properties, a new body competent to decide restitution and compensation claims (section 15). The new law repealed sections 11(2), 19 and 20 of the 2004 Property Act which, *inter alia*, laid down the procedure for the enforcement of compensation awards.

...

## THE LAW

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

45. The applicant complained of a violation of Article 6 § 1 of the Convention, arguing that the annulment of a final judgment was contrary to the principle of legal certainty, that the Supreme Court was not impartial when it decided his case and that the authorities had failed to enforce the final judgments of 17 December 1998 and 7 December 2000. In so far as relevant Article 6 § 1 reads as follows:

“In the determination of his civil rights and obligations ... everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. ...”

#### A. Admissibility

...

##### 2. *Fairness of the proceedings: breach of the principles of legal certainty and impartiality*

52. The applicant alleged a violation of Article 6 § 1 through the quashing by the Supreme Court (Joint Colleges) of the final judgment of 17 December 1998 and the Tirana Commission’s decision of 20 June 1996 by way, *inter alia*, of supervisory-review proceedings. He further complained of the lack of impartiality of the panels of the Supreme Court under two separate heads: three of the Supreme Court judges (Th.K., P.Z. and V.K.) had sat on the benches which had ruled against him on 5 July 2001 and on 7 December 2000; and the President of the Supreme Court had performed a dual role in the supervisory-review proceedings.

53. The Government contested that argument.

54. The Court considers that the complaint is not manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 of the Convention. It further finds that it is not inadmissible on any other grounds. It must therefore be declared admissible.

##### 3. *Alleged failure to enforce the final judgments of 17 December 1998 and 7 December 2000*

55. The Government further maintained that, while the applicant was challenging the end result of the proceedings, he had not shown any interest in obtaining the enforcement of the judgment of 7 December 2000 as he had failed to initiate enforcement proceedings in the Tirana District Court by requesting a writ of execution and had also failed to make use of the remedies introduced by the 2004 Property Act in relation to the issue of compensation. The Government argued that this complaint should therefore be declared inadmissible for failure to exhaust domestic remedies.

56. The applicant challenged the effectiveness of the remedies relied upon by the Government. He argued that the remedy introduced by the 2004 Property Act could not provide an effective remedy within the meaning of the Convention as his property rights had been considered in the final judgments of 17 December 1998 and 7 December 2000 and an administrative body could not, therefore, re-examine the same issue. He further maintained that had the domestic courts awarded compensation in one of the forms provided for by law, the bailiffs would not have been able to enforce the decision. It was up to the Government to adopt effective measures, either by classifying the State properties available for compensation in kind or by providing sufficient budgetary funds for pecuniary compensation, in order to make such a means of redress feasible. In conclusion, the applicant maintained that the Government had thus far failed to take effective steps to find solutions relating to the issue of compensation for former owners.

57. The Court reiterates that the rule of exhaustion of domestic remedies referred to in Article 35 § 1 of the Convention obliges applicants to use the remedies that are normally available and sufficient in the domestic legal system to enable them to obtain redress for the breaches alleged. The existence of the remedies must be sufficiently certain, in practice as well as in theory, failing which they will lack the requisite accessibility and effectiveness; it falls to the respondent State to establish that these various conditions are satisfied (see *Vernillo v. France*, 20 February 1991, § 27, Series A no. 198; *Aksoy v. Turkey*, 18 December 1996, §§ 51-52, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-VI; and *Akdivar and Others v. Turkey* [GC], §§ 65-67, *Reports* 1996-IV).

58. The Court considers that the question of the effectiveness of the remedies offered by the Property Acts is central to the merits of the applicant's complaint under Article 13 taken in conjunction with Article 1 of Protocol No. 1. It holds that both questions should be examined together on the merits.

## **B. Merits**

### *1. Fairness of the proceedings*

...

#### **(b) Impartiality**

##### *(i) The parties' submissions*

72. The applicant complained under Article 6 § 1 of a lack of impartiality on the part of the Supreme Court panels. He noted, firstly, that three of the Supreme Court judges (Th.K., P.Z. and V.K.) had sat on

the panel which had ruled on his case on 5 July 2001 and had also been on the panel which had delivered the judgment of 7 December 2000. Both panels had ruled against him. Secondly, the President of the Supreme Court, who lodged the request for a supervisory review of the judgment initially in his favour, had also sat as a judge on the two benches that had found against him.

73. The Government contested that argument. They maintained that under domestic law as it stood at the material time the Supreme Court could sit as a five-judge panel (Civil/Criminal College) or a full-court panel (Joint Colleges). The latter formation was empowered to decide, *inter alia*, supervisory-review requests and important issues. Therefore, in the Government's view, the functioning of the Joint Colleges would be affected if judges who had already sat on the five-judge panel were not able to sit on the Joint Colleges bench. They referred to a judgment of the Albanian Constitutional Court dated 7 April 2000 which had held that the Supreme Court's functioning as a full court and decision-making body was in compliance with the fair-trial requirements. Lastly, the Government submitted that the applicant had failed to prove the allegations of bias on the part of the three above-mentioned judges.

(ii) *The Court's assessment*

74. The Court reiterates that it is of fundamental importance in a democratic society that the courts inspire confidence in the public (see *Padovani v. Italy*, 26 February 1993, § 27, Series A no. 257-B). To that end, Article 6 requires a tribunal falling within its scope to be impartial. Impartiality normally denotes absence of prejudice or bias and its existence or otherwise can be tested in various ways. The Court has thus distinguished between a subjective approach, that is endeavouring to ascertain the personal conviction or interest of a given judge in a particular case, and an objective approach, that is determining whether he or she offered sufficient guarantees to exclude any legitimate doubt in this respect (see *Piersack v. Belgium*, 1 October 1982, § 30, Series A no. 53, and *Kyprianou v. Cyprus* [GC], no. 73797/01, § 118-19, ECHR 2005-XIII).

75. In applying the subjective test, the Court has consistently held that the personal impartiality of a judge must be presumed until there is proof to the contrary (see *Hauschildt v. Denmark*, 24 May 1989, § 47, Series A no. 154). The principle that a tribunal shall be presumed to be free of personal prejudice or partiality is long established in the case-law of the Court (see, for example, *Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium*, 23 June 1981, § 58, Series A no. 43).

76. As to the second test, when applied to a body sitting as a bench, it means determining whether, 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 (see *Castillo Algar v. Spain*, 28 October 1998, § 45, *Reports* 1998-VIII, and *Morel v. France (no. 1)*, no. 34130/96, § 42, ECHR 2000-VI). 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 *Ferrantelli and Santangelo v. Italy*, 7 August 1996, § 58, *Reports* 1996-III; *Wettstein v. Switzerland*, no. 33958/96, § 44, ECHR 2000-XII; and *Kyprianou*, cited above, §§ 118-19).

77. In the present case, the applicant disputed both the subjective and the objective impartiality of the three judges of the Supreme Court and the Court will examine each aspect in turn.

78. With regard to the personal impartiality of Judges P.Z. and V.K., the Court does not find any evidence to corroborate the applicant's allegations. As to Th.K., the President of the Supreme Court, it notes that in accordance with Albanian law at the time the supervisory-review proceedings were instituted at the request of the President of the Supreme Court, who had already ruled against the applicant on the same matter (in the second set of proceedings). The Supreme Court, of which the President was a member along with fourteen other judges, examined that request and decided on the merits to quash the final judgment that had been given in the applicant's favour. The Court is of the opinion that the practice of the Albanian Supreme Court at the time was incompatible with the "subjective impartiality" of a judge hearing a particular case since no one can be both plaintiff and judge in his own case (see *Svetlana Naumenko v. Ukraine*, no. 41984/98, § 97, 9 November 2004).

79. As to objective impartiality, the concerns regarding the impartiality of the Supreme Court (Joint Colleges) stemmed from the fact that the bench was composed of fifteen judges, including the same six judges who had previously heard the merits of the case and adopted the judgments of 17 December 1998 and 7 December 2000.

80. The Court accepts that the situation could give rise to doubts in the applicant's mind about the impartiality of the Supreme Court. However, it has to decide whether those doubts were objectively justified. The answer to this question depends on the circumstances of the case.

81. In this connection, the Court observes that, pursuant to the domestic legal provisions on supervisory-review proceedings, the Supreme Court had to sit as a full court. Three judges who had already ruled on the case were among the fifteen judges called upon to decide the request for leave and subsequently the merits of the case. They were therefore required to decide whether or not they had erred in their earlier decision. Moreover, three other judges sitting in the same full-court formation had to decide a matter on which they had already expressed their opinions.



82. The Court therefore finds that the objective impartiality of the Supreme Court (Joint Colleges) was capable of appearing open to doubt. The applicant's fears in this respect can thus be considered to have been objectively justified.

83. In the light of the foregoing, the Court finds that the Supreme Court was not impartial within the meaning of Article 6 § 1 of the Convention with respect to either of the two above-mentioned tests.

...

### III. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 13 TAKEN IN CONJUNCTION WITH ARTICLE 1 OF PROTOCOL No. 1

110. The applicant complained of the lack of effective remedies to obtain a final determination of his property rights. He relied on Article 13 of the Convention, which reads as follows:

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

111. The Court must therefore examine the complaint under Article 13 taken in conjunction with Article 1 of Protocol No. 1. To this question, the Court has joined the issue of whether the applicant exhausted the domestic remedies available for his Article 6 non-enforcement complaint (see paragraph 58 above).

...

#### **B. Merits**

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

113. The applicant submitted that the only remedy afforded by Albanian law with respect to the restitution of and/or compensation for nationalised property, namely an application to the competent body laid down in the Property Acts, could not be said to be “effective” within the meaning of Article 13. Even if such an application was successful, the return of and/or compensation for the original property was in practice at the relevant authorities' discretion and depended on their willingness to implement the relevant provisions.

114. The Government contested the applicant's view, essentially repeating their arguments concerning the alleged failure to exhaust domestic remedies. They observed that the Albanian legal system provided a specific remedy whereby the applicant could claim the restitution of and compensation for property which had been unlawfully nationalised or confiscated by the State. The legal framework on the

restitution and compensation issue had been the subject of frequent legislative changes, owing to the significant financial and social consequences of the process. However, even without those legislative changes, which were aimed at improving the system, the three remedies introduced by the Property Acts complied with the requirements of Article 13 of the Convention. However, the Government suggested without further explanation that the applicant could have filed motions for redress with the competent authority in accordance with the 2004 Property Act.

## 2. *The Court's assessment*

115. The Court notes that the applicant's complaint under Article 1 of Protocol No. 1 was indisputably "arguable". He was therefore entitled to an effective domestic remedy within the meaning of Article 13 of the Convention.

116. Moreover, the "authority" referred to in Article 13 may not necessarily in all instances be a judicial authority in the strict sense. Nevertheless, the powers and procedural guarantees an authority possesses are relevant in determining whether the remedy before it is effective (see *Klass and Others v. Germany*, 6 September 1978, § 67, Series A no. 28). The remedy required by Article 13 must be "effective" in practice as well as in law, in particular in the sense that its exercise must not be unjustifiably hindered by the acts or omissions of the authorities of the respondent State (see *Aksoy*, cited above, § 95 *in fine*).

117. The Court observes that by virtue of the Property Acts, the Albanian legal system afforded a remedy in the form of a claim for the restitution of and compensation for property lodged with a special administrative body empowered to decide on the former owners' title and to order the return of their original property if possible or the payment of compensation in lieu. The above-mentioned procedure is the only way to generate property rights with respect to property which has been unlawfully nationalised. The applicant availed himself of that remedy and on two occasions the authorities endorsed his right to receive compensation in lieu of the original property (see paragraphs 9 and 10 above).

118. The Court notes that the 1993 Property Act (which was repealed by the 2004 Property Act, which in turn was amended by the 2006 Property Act) provided for various forms of compensation when the original property could not be returned to the former owner (see paragraphs 36-43 above). The 1993 Property Act left the determination of the appropriate form of compensation to the Council of Ministers, which was to define the detailed rules and methods applicable to the provision of compensation. According to the findings of the Supreme

Court in its judgment of 7 December 2000, the bodies competent to deal with compensation issues had yet to be set up (see paragraph 29 above). Notwithstanding the entry into force of the 2004 Property Act, the situation did not change. It was not until 28 April 2005 that Parliament passed legislation determining the methodology for the valuation of property for compensation purposes. According to that legislation the task of implementing this methodology lay with the State Committee on the Restitution of and Compensation for Properties, which should have issued the appropriate site plans to enable the properties to be valued. However, to date those plans have not been implemented.

119. Consequently, the Court considers that, by not setting up the appropriate bodies to deal with the compensation issues or implementing site plans for the valuation of the properties, the Government failed to establish an adequate procedure in relation to the compensation claims. Moreover, it is unlikely that the Government will put in place such a system imminently or within a sufficiently short period of time to enable the settlement of the dispute related to the determination of the applicant's rights.

120. Consequently and noting its findings in the *Beshiri and Others v. Albania* judgment ([no. 7352/03], §§ 54-55[, 22 August 2006]), the Court finds that the applicant was denied an effective remedy for the alleged breach of his rights under Article 1 of Protocol No. 1.

Thus, there has been a violation of Article 13 of the Convention as regards the complaint under Article 1 of Protocol No. 1. The Court therefore dismisses the Government's objection.

#### IV. APPLICATION OF ARTICLES 46 AND 41 OF THE CONVENTION

##### **A. Article 46 of the Convention**

121. Article 46 of the Convention provides:

“1. The High Contracting Parties undertake to abide by the final judgment of the Court in any case to which they are parties.

2. The final judgment of the Court shall be transmitted to the Committee of Ministers, which shall supervise its execution.”

122. The Court observes that its conclusions above (see paragraphs 117-20) demonstrate that the unjustified hindrance to the applicant's attempts to obtain compensation pursuant to the Property Acts was not attributable to his conduct. It arose from shortcomings in the Albanian legal order as a consequence of which an entire category of individuals have been and are still being deprived of their right to the peaceful enjoyment of their property as a result of the non-enforcement

of court judgments awarding compensation under the Property Acts. Indeed, there are already dozens of identical applications before the Court. The escalating number of applications is an aggravating factor as regards the State's responsibility under the Convention and is also a threat to the future effectiveness of the system put in place by the Convention, given that in the Court's view the legal vacuums detected in the applicant's particular case may subsequently give rise to numerous other well-founded applications.

123. Before examining the applicant's individual claims for just satisfaction under Article 41 of the Convention and in view of the circumstances of the instant case, the Court wishes to consider the consequences that may be drawn for the respondent State from Article 46. It reiterates that, under Article 46, the High Contracting Parties undertake to abide by the final judgments of the Court in any case to which they are parties, with execution being supervised by the Committee of Ministers. One of the effects of this is that where the Court finds a violation, the respondent State has 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. Furthermore, once a deficiency in the legal system has been identified by the Court, the national authorities have the task, subject to supervision by the Committee of Ministers, of taking within a determined period of time – retrospectively if need be – (see, among other authorities, *Xenides-Arestis v. Turkey*, no. 46347/99, §§ 39-40, 22 December 2005; *Scordino v. Italy (no. 1)* [GC], no. 36813/97, § 233, ECHR 2006-V; *Broniowski v. Poland* [GC], no. 31443/96, § 192, ECHR 2004-V; *Bottazzi v. Italy* [GC], no. 34884/97, § 22, ECHR 1999-V; and *Di Mauro v. Italy* [GC], no. 34256/96, § 23, ECHR 1999-V) the necessary measures of redress in accordance with the principle of subsidiarity under the Convention, so that the Court does not have to reiterate its finding of a violation in a long series of comparable cases.

124. In this respect, as part of the measures designed to guarantee the effectiveness of the machinery established by the Convention, the Court draws attention to the Resolution (Res(2004)3) and Recommendation (Rec(2004)6) of the Committee of Ministers of the Council of Europe, both adopted on 12 May 2004.

125. In theory it is not for the Court to determine what may be the appropriate measures of redress for a respondent State to perform in accordance with its obligations under Article 46 of the Convention. However, the Court's concern is to facilitate the rapid and effective suppression of a malfunction found in the national system of human

rights protection. In that connection and having regard to the systemic situation which it has identified above (see paragraph 122), the Court considers that general measures at the national level are undoubtedly called for in the execution of the present judgment.

126. In order to assist the respondent State to comply with its obligations under Article 46, the Court has attempted to indicate the type of measures that the Albanian State could take in order to put an end to the nature and cause of the breaches found in the present case. It considers that the respondent State should, above all, remove all obstacles to the award of compensation under the Property Acts by ensuring that the appropriate statutory, administrative and budgetary measures are taken. These measures should include the implementation of the site plans for property valuation in respect of those claimants who are entitled to receive compensation in kind and the designation of an adequate fund in respect of those claimants who are entitled to receive compensation in value, in order to enable all claimants with judgments in their favour awarding them compensation under the Property Acts to obtain promptly the sums or land due. Such measures should be made available as a matter of urgency.

...

#### FOR THESE REASONS, THE COURT UNANIMOUSLY

...

3. *Holds*, as regards the Supreme Court's decision of 5 July 2001 on the merits of the case, that there has been a violation of Article 6 § 1 of the Convention in respect of the lack of subjective impartiality of the President of the Supreme Court and the lack of objective impartiality of the Supreme Court;

...

6. *Holds* that there has been a violation of Article 13 of the Convention taken in conjunction with Article 1 of Protocol No. 1 in respect of the ineffectiveness of the remedies introduced by the Property Acts;

...

Done in English, and notified in writing on 13 November 2007, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Lawrence Early  
Registrar

Josep Casadevall  
President



DRIZA c. ALBANIE  
(*Requête n° 33771/02*)

QUATRIÈME SECTION

ARRÊT DU 13 NOVEMBRE 2007<sup>1</sup>

---

1. Traduction; original anglais. Extraits.





SOMMAIRE<sup>1</sup>**Défaut de mise en place d'un dispositif adéquat en vue de l'allocation des indemnités prévues par la législation sur la restitution****Article 6 § 1**

*Tribunal impartial – Impartialité subjective – Impartialité objective – Formation de la Cour suprême comprenant trois juges ayant déjà statué sur l'affaire dans une procédure parallèle et trois autres magistrats ayant connu de la même cause à un degré de juridiction inférieur*

**Article 13**

*Recours effectif – Exécution de décisions accordant une indemnisation impossible en l'absence de procédure adéquate et de cadre législatif*

**Article 46**

*Exécution des arrêts – Mesures de caractère général – Défaut de mise en place d'un dispositif adéquat en vue de l'allocation des indemnités prévues par la législation sur la restitution – Etat invité à prendre les mesures juridiques, administratives et budgétaires requises pour la suppression des obstacles à l'octroi des indemnités*

\*  
\* \*

En 1994, le requérant obtint une décision judiciaire concluant à l'illégalité de la nationalisation des biens de son père et ordonnant leur restitution en application de la loi de 1993 sur la restitution des biens et l'indemnisation de leurs propriétaires. Faute de pouvoir lui rétrocéder les biens en question, les autorités décidèrent en 1996 de lui attribuer deux parcelles en lieu et place. Cette décision fut avalisée par une commission de restitution des biens et d'indemnisation de leurs propriétaires. Toutefois, l'intéressé ne put entrer en possession des terrains en question, qui étaient occupés par des tiers. Par la suite, ses droits sur les parcelles furent contestés dans le cadre de deux procédures distinctes. Dans la première, diligentée à l'initiative de l'occupant de la plus petite des deux parcelles, la chambre administrative de la Cour suprême confirma les droits de l'intéressé sur le terrain litigieux. Entre-temps, par un arrêt rendu en 2000 sur une action parallèle relative aux deux parcelles, la Cour suprême annula pour excès de pouvoir la décision par laquelle la commission de restitution des biens et d'indemnisation de leurs propriétaires les avait attribuées au requérant. Celui-ci se vit accorder une indemnisation qu'il n'avait toujours pas perçue à l'époque où la Cour a examiné la présente affaire. En 2001, faisant droit à une demande de révision du jugement définitif favorable à l'intéressé prononcé en 1998 à l'issue

---

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

de la première procédure, l'assemblée plénière de la Cour suprême annula le jugement en question et rejeta les prétentions formulées par le requérant relativement à la plus petite des deux parcelles litigieuses. Trois des juges composant cette formation avaient siégé dans la chambre administrative de la Cour suprême qui avait statué sur l'affaire en 1998 et trois autres avaient siégé dans la chambre de cette juridiction qui, en 2000, avait statué au fond sur l'action parallèle relative aux deux parcelles.

1. Article 6 § 1 : la procédure de révision critiquée a été déclenchée à l'initiative du président de la Cour suprême, conformément aux dispositions du droit albanais applicables à l'époque pertinente. Le magistrat auteur de la demande de révision de l'arrêt rendu à l'issue de la première procédure était donc celui-là même qui avait débouté le requérant de son action dans le cadre de la seconde. En outre, le président de la Cour suprême a par la suite siégé dans la formation de cette juridiction ayant statué sur la demande de révision qu'il avait lui-même introduite et ayant conclu à l'annulation de l'arrêt définitif rendu dans le cadre de la première procédure ainsi qu'au rejet des prétentions de l'intéressé. La pratique suivie par la Cour suprême était incompatible avec l'exigence d'«impartialité subjective», car nul ne peut être à la fois juge et partie dans sa propre cause. Par ailleurs, l'impartialité objective de l'assemblée plénière de la Cour suprême paraît elle aussi sujette à caution. Trois des juges composant cette formation avaient déjà siégé dans cette affaire et ont été appelés à se prononcer sur la demande de révision ainsi qu'à statuer derechef sur le fond de l'affaire. Ils ont donc été amenés à déterminer s'ils avaient ou non commis une erreur dans la décision qu'ils avaient précédemment rendue. En outre, trois de leurs confrères ayant participé à la procédure de révision avaient déjà exprimé leurs vues sur l'affaire dans le cadre de la seconde procédure parallèle. Dans ces conditions, l'on peut douter de l'impartialité objective de l'assemblée plénière de la Cour suprême.  
*Conclusion* : violation (unanimité).

2. Article 13 de la Convention combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1 : le Gouvernement est resté en défaut de mettre en place un dispositif adéquat pour le traitement des demandes d'indemnisation des propriétaires dont les biens ne sont pas restituables. En particulier, il n'a pas créé d'institution habilitée à traiter ces demandes et n'a pas dressé de plans de situation aux fins de l'évaluation des biens en question. Il paraît peu probable qu'il parvienne à instaurer un dispositif propre à permettre le règlement des différends portant sur les droits du requérant dans un avenir proche ou un laps de temps raisonnable.  
*Conclusion* : violation (unanimité).

3. Article 46 : la Cour constate des dysfonctionnements dans l'ordre juridique albanais, en conséquence desquels une catégorie entière de particuliers se sont vus – et se voient toujours – privés de leur droit au respect de leurs biens du fait de la non-exécution de décisions leur accordant une indemnisation rendues par des tribunaux ou des commissions d'indemnisation. A ce jour, des dizaines de requêtes similaires sont pendantes devant la Cour. L'augmentation de leur nombre constitue un facteur aggravant quant à la responsabilité de l'Etat défendeur au regard de la Convention ainsi qu'une menace pour l'effectivité à l'avenir du système instauré par cet instrument, raison pour laquelle la Cour invite l'Albanie à supprimer l'ensemble des obstacles à l'octroi des réparations dues au titre des

lois sur la restitution en prenant d'urgence les mesures juridiques, administratives et budgétaires qui s'imposent, en vue notamment de l'établissement de plans de situation aux fins de l'évaluation des biens litigieux et de la constitution de fonds suffisants.

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

*Klass et autres c. Allemagne*, 6 septembre 1978, série A n° 28  
*Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique*, 23 juin 1981, série A n° 43  
*Piersack c. Belgique*, 1<sup>er</sup> octobre 1982, série A n° 53  
*Hauschildt c. Danemark*, 24 mai 1989, série A n° 154  
*Vernillo c. France*, 20 février 1991, série A n° 198  
*Padovani c. Italie*, 26 février 1993, série A n° 257-B  
*Ferrantelli et Santangelo c. Italie*, 7 août 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-III  
*Akdivar et autres c. Turquie* [GC], 16 septembre 1996, *Recueil* 1996-IV  
*Aksoy c. Turquie*, 18 décembre 1996, *Recueil* 1996-VI  
*Castillo Algar c. Espagne*, 28 octobre 1998, *Recueil* 1998-VIII  
*Bottazzi c. Italie* [GC], n° 34884/97, CEDH 1999-V  
*Di Mauro c. Italie* [GC], n° 34256/96, CEDH 1999-V  
*Morel c. France (n° 1)*, n° 34130/96, CEDH 2000-VI  
*Wettstein c. Suisse*, n° 33958/96, CEDH 2000-XII  
*Broniowski c. Pologne* [GC], n° 31443/96, CEDH 2004-V  
*Svetlana Naoumenko c. Ukraine*, n° 41984/98, 9 novembre 2004  
*Kyprianou c. Chypre* [GC], n° 73797/01, CEDH 2005-XIII  
*Xenides-Arestis c. Turquie*, n° 46347/99, 22 décembre 2005  
*Scordino c. Italie (n° 1)* [GC], n° 36813/97, CEDH 2006-V  
*Beshiri et autres c. Albanie*, n° 7352/03, 22 août 2006



**En l'affaire Driza c. Albanie,**

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

Josep Casadevall, *président*,

Giovanni Bonello,

Kristaq Traja,

Lech Garlicki,

Ljiljana Mijović,

Ján Šikuta,

Päivi Hirvelä, *juges*,

et de Lawrence Early, *greffier de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 16 octobre 2007,

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

**PROCÉDURE**

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 33771/02) dirigée contre la République d'Albanie et dont un ressortissant de cet Etat, M. Ramazan Driza («le requérant»), a saisi la Cour le 4 septembre 2002 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales («la Convention»).

2. Devant la Cour, le requérant était représenté par sa fille, M<sup>c</sup> A. Driza-Maurer, avocate au barreau de Genève. Le gouvernement albanais («le Gouvernement») était représenté par ses agents, M. S. Puto et M<sup>me</sup> S. Mëneri, du ministère des Affaires étrangères.

3. Dans sa requête, l'intéressé dénonçait notamment une violation de l'équité de la procédure telle que garantie par l'article 6 § 1 de la Convention et l'inexécution d'un jugement définitif. Il se plaignait en outre d'une violation de l'article 1 du Protocole n° 1 et alléguait, sur le terrain de l'article 13, ne pas avoir disposé d'un recours effectif pour faire redresser les violations en question.

4. Le 5 juillet 2005, la Cour a décidé de communiquer la requête au Gouvernement. Comme le permet l'article 29 § 3 de la Convention, elle a résolu d'en examiner conjointement la recevabilité et le fond.

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

5. Le requérant est né en 1941 et réside à Tirana.

6. La procédure interne à l'origine du litige portait sur une demande de restitution foncière.

## **A. La procédure administrative de restitution foncière**

7. Le père du requérant, aujourd'hui décédé, possédait avant l'ère communiste une boulangerie et un terrain d'une superficie de 6 000 m<sup>2</sup> à Tirana. En 1960, les autorités albanaises procédèrent à la démolition de cet établissement et à l'expropriation du terrain en question.

8. Le 27 septembre 1994, faisant application de la loi de 1993 sur la restitution des biens et l'indemnisation de leurs propriétaires (ci-après «la loi de 1993 sur la restitution»), les juges du tribunal de district de Tirana rétablirent le droit de propriété du requérant sur les biens ayant appartenu à son père par un jugement définitif et exécutoire au plus tard le 11 octobre 1994.

9. Faute de pouvoir restituer à l'intéressé les biens en question, le conseil municipal de Tirana résolut, le 30 avril 1996, de lui accorder un dédommagement en nature. A cet effet, il attribua au requérant un terrain d'une superficie totale de 5 000 m<sup>2</sup> situé à deux kilomètres du centre de Tirana et divisé en deux lots mesurant respectivement 1 650 m<sup>2</sup> (ci-après «la petite parcelle») et 3 350 m<sup>2</sup> (ci-après «la grande parcelle»).

10. Par une décision n° 621 adoptée le 20 juin 1996, la commission de restitution des biens et d'indemnisation de leurs propriétaires de Tirana (ci-après «la commission de Tirana») confirma la résolution du conseil municipal de Tirana.

11. Le 15 août 1996, le titre de propriété de l'intéressé sur le terrain en question fut inscrit au registre foncier de Tirana.

12. En 1996 et 1997, le conseil municipal et le tribunal de district de Tirana prirent plusieurs arrêtés et ordonnances d'expulsion concernant les deux parcelles attribuées au requérant. Toutefois, celui-ci ne put obtenir l'éviction de leurs occupants.

13. Le 10 septembre 1997, l'intéressé conclut une promesse de vente portant sur la plus petite des parcelles litigieuses.

## **B. La procédure civile relative à la petite parcelle**

### *1. La procédure ordinaire*

14. Anciennement membre d'une coopérative agricole, M<sup>me</sup> F.Z. s'était vu reconnaître, sous l'empire de la loi n° 7501 du 19 juillet 1991, un droit d'usage sur la plus petite des deux parcelles litigieuses.

15. A une date non précisée, elle engagea devant le tribunal de district de Tirana une action civile fondée sur la loi n° 8053 du 21 décembre 1995 en vue d'obtenir la pleine propriété de la parcelle en question. Elle lui demanda en outre d'annuler les dispositions de la décision adoptée par la commission de Tirana le 20 juin 1996 relatives au terrain qu'elle revendiquait.

16. Le 10 octobre 1997, le tribunal de district de Tirana jugea que la commission de Tirana aurait dû allouer une indemnité à l'usager ainsi qu'à l'ancien propriétaire du terrain litigieux avant de l'attribuer au requérant et invalida les dispositions de la décision dont M<sup>me</sup> F.Z. avait demandé l'annulation.

17. Se prétendant propriétaire exclusif de la parcelle litigieuse, le requérant interjeta appel de cette décision devant la cour d'appel de Tirana. Il soutint que, à l'époque où la commission de Tirana avait rendu sa décision, le terrain en question était un bien domanial dont l'Etat pouvait disposer au profit des anciens propriétaires expropriés pour les dédommager. Il ajouta que M<sup>me</sup> F.Z. n'en était qu'une simple usagère.

18. Le 2 juin 1998, la cour d'appel de Tirana accueillit l'appel du requérant, infirma le jugement du tribunal de district pour erreur de droit et déclara valable la décision rendue par la commission de Tirana sur le droit de propriété de l'intéressé.

19. Le 17 décembre 1998, la chambre administrative de la Cour suprême saisie au fond confirma les droits de l'intéressé sur la plus petite des deux parcelles litigieuses. L'arrêt de la haute juridiction acquit force de chose jugée à une date non précisée.

(...)

### **C. La procédure civile portant sur l'ensemble du terrain litigieux (composé des deux parcelles)**

24. En 1997, l'institution suprême de vérification des finances publiques (*Kontrolli i Larte i Shtetit*), agissant tant en son nom qu'en celui de S.Sh., l'usager de la plus grande des parcelles, demanda au tribunal de district de Tirana d'annuler en toutes ses dispositions la décision rendue par la commission de Tirana le 20 juin 1996, au motif que celle-ci avait outrepassé ses attributions en allouant un terrain à l'intéressé.

25. Le 22 décembre 1997, le tribunal de district de Tirana annula la décision de la commission de Tirana en son entier pour erreur de droit et, en application de la loi de 1993 sur la restitution, condamna l'Etat à verser au requérant une indemnité correspondant à la valeur d'un terrain de 5 000 m<sup>2</sup>.

26. A une date non précisée, l'intéressé sollicita auprès de la cour d'appel de Tirana la confirmation de la décision par laquelle la commission de Tirana lui avait attribué le terrain litigieux.

27. Le 9 avril 1999, la cour d'appel le débouta de son recours et confirma le jugement du tribunal de district.

28. A une date non précisée, le requérant se pourvut devant la chambre civile de la Cour suprême, reprochant aux juges du fond d'avoir omis de statuer sur la question des droits des usagers des parcelles litigieuses.

29. Le 7 décembre 2000, la haute juridiction saisie au fond confirma l'arrêt de la cour d'appel au motif que la commission de Tirana avait commis un excès de pouvoir en déterminant les modalités de la réparation due au requérant pour compenser la perte des biens qu'il aurait dû recouvrer. Elle releva que, le 13 mai 1996, le conseil des ministres avait décidé de confier aux communes le soin de mettre en place des commissions d'indemnisation chargées d'évaluer le montant des dédommagements à accorder aux propriétaires de terrains situés en zone touristique et que celles-ci n'avaient pas encore été constituées. Enfin, elle confirma le droit de l'intéressé à une indemnité correspondant à la valeur d'un terrain de 5 000 m<sup>2</sup> au titre de la loi de 1993 sur la restitution.

#### **D. La procédure suivie devant la Cour constitutionnelle**

30. Se fondant sur l'article 131 f) de la Constitution, le requérant saisit la Cour constitutionnelle d'un recours en inconstitutionnalité dirigé contre les arrêts respectivement rendus le 7 décembre 2000 et le 5 juillet 2001 par la Cour suprême.

31. En application de l'article 31 de la loi régissant son organisation et son fonctionnement, la Cour constitutionnelle conclut le 8 avril 2002 à l'irrecevabilité du recours dont elle était saisie au motif qu'il « ne relevait pas de sa compétence ».

#### **E. Evolution récente**

32. Selon le requérant, les occupants de la plus grande des deux parcelles litigieuses y ont bâti un immeuble d'habitation. Celui-ci aurait été vendu à des personnes qui y résident. La plus petite des parcelles en question serait occupée par des structures temporaires. L'intéressé n'aurait reçu aucune indemnité des autorités.

## **II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS**

(...)

#### **C. Les lois sur la restitution**

36. La législation sur la restitution des biens et l'indemnisation de leurs propriétaires a été modifiée à plusieurs reprises au cours des quatorze dernières années. Les modifications les plus importantes apportées à la version initiale de la loi (ci-après « la loi de 1993 sur la restitution ») résultent de deux lois entrées en vigueur en 2004 et 2006



(ci-après «la loi de 2004 sur la restitution» et «la loi de 2006 sur la restitution» respectivement et, cités ensemble, «les lois sur la restitution»).

Les dispositions pertinentes des lois en question peuvent se résumer comme suit :

*1. La loi de 1993 sur la restitution (loi n° 7698 du 15 avril 1993, telle que modifiée ultérieurement)*

37. La loi de 1993 sur la restitution autorisait les anciens propriétaires de biens immobiliers expropriés sous le régime antérieur et leurs héritiers légaux à faire valoir leur titre de propriété sur les biens en question. Elle leur reconnaissait le droit, après vérification de leur qualité de propriétaire, de se voir restituer les biens revendiqués ou accorder une indemnité – en nature (dans la limite de 10 000 m<sup>2</sup>) ou en argent – lorsque ceux-ci 1) étaient des pâturages, des prairies, des forêts ou des terrains agricoles ou non agricoles, ou 2) ne relevaient pas du champ d'application de la loi n° 7501 du 19 juillet 1991, ou 3) appartenaient au domaine public, ou 4) étaient constructibles et situés en périmètre urbain.

Son article 16 prévoyait que les propriétaires de biens non restituables se verraient attribuer, à titre de dédommagement, a) des bons du trésor pour un montant équivalent à l'indemnité due, assortis d'un droit préférentiel de souscription des titres émis par les entreprises publiques en cours de privatisation ou par d'autres entités réalisant des opérations de crédit, ou b) des terrains équivalents ou des parcelles constructibles situés à proximité d'une zone urbaine, en application des normes urbanistiques générales, ou encore c) des terrains équivalents situés en zone touristique, en application des normes urbanistiques générales.

La loi confiait au conseil des ministres le soin de réglementer dans le détail la procédure d'attribution des dédommagements et les délais applicables.

38. Par ailleurs, la loi de 1993 sur la restitution a institué une commission centrale de restitution des biens et d'indemnisation de leurs propriétaires (*Komisioni i Kthimit dhe Kompensimit të Pronave*), autorité administrative habilitée à statuer sur les demandes de restitution et d'indemnisation formées par les anciens propriétaires. Toutefois, les décisions de cette commission étaient dépourvues de force obligatoire car le législateur avait omis de préciser dans quel délai devaient s'exercer les recours dirigés contre elles.

*2. La loi de 2004 sur la restitution (loi n° 9235 du 29 juillet 2004, telle que modifiée ultérieurement)*

39. La loi de 2004 sur la restitution portant abrogation de la loi de 1993 dispose que la réparation due aux anciens propriétaires de biens

immobiliers expropriés peut revêtir deux formes, à savoir la restitution en nature des biens en question – qu'elle soumet à certaines conditions – ou l'octroi d'un dédommagement en cas d'incapacité des autorités à les restituer. Elle ne fixe aucune limite quant à la superficie des biens restituables. Son article 11 prévoit que les anciens propriétaires de biens non restituables peuvent se voir attribuer, à titre de dédommagement, a) des biens de même nature, ou b) des biens d'une autre nature, ou c) des parts sociales d'une entreprise publique, ou d) une somme correspondant à la valeur d'un bien public en cours de privatisation, ou encore e) une somme correspondant à la valeur du bien exproprié à la date d'adoption de la décision d'octroi d'un dédommagement. Ses articles 15 et 17 instituent une commission nationale de restitution des biens et d'indemnisation de leurs propriétaires (*Komiteti Shteteror per Kthimin dhe Kompensimin e Pronave*) composée de cinq membres élus par le Parlement et chargée du contrôle de la légalité des décisions rendues par les commissions de district sur les demandes de restitution et d'indemnisation. Son article 29 habilite le conseil des ministres à prendre les mesures nécessaires à l'application du dispositif qu'elle prévoit.

40. En vertu de l'article 19 de la loi de 2004, l'exécution des décisions octroyant une réparation devait intervenir au cours du premier semestre de chaque exercice budgétaire. La loi en question accordait aux personnes ayant droit à la restitution de leurs biens ou à une indemnisation un délai expirant le 31 décembre 2007 pour déposer une demande à cet effet devant les commissions de district compétentes et laissait à celles-ci le soin de décider de la forme de réparation à accorder tout en autorisant les demandeurs à exprimer leurs préférences par écrit. Son article 20 énonçait que les décisions des commissions de district étaient susceptibles d'appel devant la commission nationale et les tribunaux de district dans les trente jours suivant la date de leur adoption.

41. Le 28 avril 2005, une loi établissant les modalités d'évaluation des biens immobiliers pour les besoins de l'indemnisation fut adoptée par le Parlement, qui en confia la mise en œuvre à la commission nationale de restitution des biens et d'indemnisation de leurs propriétaires. Celle-ci fut chargée d'établir des plans de situation destinés à permettre l'évaluation des biens en question.

42. L'article 23 de la loi de 2004 sur la restitution a institué, pour une durée de dix ans, un fonds d'indemnisation destiné à garantir l'exécution des décisions indemnitaires prises par les commissions de restitution des biens et d'indemnisation de leurs propriétaires. Tant la Cour constitutionnelle que la Cour suprême ont été appelées à se prononcer sur la loi en question.

Le 24 mars 2005, les chambres réunies de la Cour suprême jugèrent que la loi de 2004 sur la restitution ne disposait que pour l'avenir et qu'elle n'avait donc aucun effet sur les droits de propriété reconnus par

voie de décision administrative ou judiciaire antérieurement à son entrée en vigueur.

3. *La loi de 2006 sur la restitution (loi n° 9583 du 17 juillet 2006)*

43. La loi de 2004 sur la restitution a été modifiée par la loi de 2006 sur la restitution, adoptée le 17 juillet 2006 et entrée en vigueur le 17 août 2006. Celle-ci a notamment institué, en son article 15, un nouvel organe de traitement des demandes de restitution ou d'indemnisation, l'agence pour la restitution des biens et l'indemnisation de leurs propriétaires, et a abrogé les articles 11 § 2, 19 et 20 de la loi de 2004 sur la restitution, qui portaient entre autres sur la procédure d'exécution des décisions octroyant une indemnisation.

(...)

## EN DROIT

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

45. Invoquant l'article 6 § 1, le requérant se plaint de l'annulation d'une décision passée en force de chose jugée, qu'il estime contraire au principe de la sécurité juridique, du manque d'impartialité de la Cour suprême dans l'examen de son affaire et de l'inexécution des arrêts définitifs rendus le 17 décembre 1998 et le 7 décembre 2000 respectivement. Les dispositions pertinentes de l'article 6 § 1 sont ainsi libellées :

«Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera (...) des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil (...)»

#### A. Sur la recevabilité

(...)

2. *Sur l'équité de la procédure et la violation alléguée des principes de sécurité juridique et d'impartialité*

52. L'intéressé allègue que l'annulation, prononcée par les chambres réunies de la Cour suprême, de l'arrêt définitif du 17 décembre 1998 et de la décision de la commission de Tirana du 20 juin 1996 – par la voie de la procédure de révision – emporte violation de l'article 6 § 1. Par ailleurs, il se plaint du manque d'impartialité des chambres de la Cour suprême sous

deux angles distincts, faisant valoir que trois des juges qui les composaient (Th.K, P.Z. et V.K.) avaient siégé dans les formations de jugement qui avaient rejeté ses prétentions le 5 juillet 2001 et le 7 décembre 2000, et que le président de la Cour suprême avait tenu un double rôle dans le cadre de la procédure de révision.

53. Le Gouvernement combat cette thèse.

54. La Cour constate que les griefs formulés par le requérant ne sont pas manifestement mal fondés au sens de l'article 35 § 3 de la Convention. Elle relève par ailleurs qu'ils ne se heurtent à aucun autre motif d'irrecevabilité. Il convient donc de les déclarer recevables.

*3. Sur l'inexécution alléguée des arrêts définitifs rendus le 17 décembre 1998 et le 7 décembre 2000 respectivement*

55. Le Gouvernement reproche au requérant de contester le résultat final de la procédure malgré un manque total d'intérêt pour la mise en œuvre de l'arrêt du 7 décembre 2000, dont l'intéressé n'a pas poursuivi l'exécution devant le tribunal de district de Tirana en réclamant la délivrance d'un titre exécutoire, pas plus qu'il n'a exercé les recours indemnitaires prévus par la loi de 2004 sur la restitution. Dans ces conditions, le Gouvernement estime que les griefs formulés par le requérant doivent être déclarés irrecevables pour non-épuisement des voies de recours internes.

56. L'intéressé conteste l'effectivité des voies de recours dont le Gouvernement fait état. Le différend relatif à son droit de propriété ayant été tranché par des arrêts définitifs rendus le 17 décembre 1998 et le 7 décembre 2000 respectivement, aucune instance administrative n'aurait pu réexaminer cette question, de sorte que le recours institué par la loi de 2004 sur la restitution ne saurait être qualifié d'effectif au sens de la Convention. Par ailleurs, même si le requérant s'était vu accorder en justice une indemnité dans les conditions prévues par la loi, il n'aurait pas pu en obtenir le recouvrement par voie d'huissier. Il incomberait au Gouvernement de prendre des mesures effectives en procédant à l'inventaire des biens domaniaux disponibles pour les réparations en nature dues aux propriétaires, ou en consacrant aux compensations pécuniaires des ressources budgétaires suffisantes pour en faire un mode de réparation adéquat. En définitive, le Gouvernement aurait gravement manqué à son devoir de prendre des mesures effectives de dédommagement des anciens propriétaires.

57. La Cour rappelle que la règle de l'épuisement des voies de recours internes énoncée à l'article 35 § 1 de la Convention impose aux requérants l'obligation d'utiliser auparavant les recours normalement disponibles et suffisants dans l'ordre juridique interne pour leur permettre d'obtenir réparation des violations qu'ils allèguent. Les recours en question

doivent exister à un degré suffisant de certitude, en pratique comme en théorie, sans quoi leur manquent l'effectivité et l'accessibilité voulues; il incombe à l'Etat défendeur de démontrer que ces exigences se trouvent réunies (*Vernillo c. France*, 20 février 1991, § 27, série A n° 198, *Aksoy c. Turquie*, 18 décembre 1996, §§ 51-52, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-VI, et *Akdivar et autres c. Turquie* [GC], 16 septembre 1996, §§ 65-67, *Recueil* 1996-IV).

58. La Cour estime que l'effectivité des recours prévus par les lois sur la restitution revêt une importance capitale quant au bien-fondé du grief tiré de l'article 13 combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1. Ces deux questions doivent être examinées conjointement au fond.

## **B. Sur le fond**

### *1. Sur le caractère équitable de la procédure*

(...)

#### **b) Sur l'impartialité**

##### *i. Thèses des parties*

72. Invoquant l'article 6 § 1, le requérant dénonce le manque d'impartialité de la Cour suprême. A cet égard, il souligne d'abord que trois des magistrats de la haute juridiction (Th.K., P.Z. et V.K.) faisaient partie des formations de jugement qui, ayant statué sur son affaire le 5 juillet 2001 et le 7 décembre 2000 respectivement, avaient conclu au rejet de ses prétentions. Il fait ensuite valoir que le président de la Cour suprême à l'origine du recours en révision de l'arrêt initialement rendu en sa faveur avait aussi siégé dans les deux formations qui l'avaient débouté.

73. Le Gouvernement combat la thèse du requérant. Il précise que les règles régissant l'organisation de la Cour suprême à l'époque pertinente prévoyaient que la haute juridiction siégeait en collèges de cinq juges – constituant respectivement la chambre civile et la chambre criminelle – ou en chambres réunies, la formation plénière appelée à connaître notamment des recours en révision et des affaires les plus importantes. Si les magistrats ayant auparavant siégé dans un collège de cinq juges avaient dû renoncer à siéger en chambres réunies, le fonctionnement de cette formation aurait été perturbé. Dans un arrêt rendu le 7 avril 2000, la Cour constitutionnelle albanaise aurait jugé que, dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle, l'assemblée plénière de la Cour satisfaisait aux exigences du procès équitable. Enfin, le requérant n'aurait pas démontré la réalité des allégations de partialité dirigées contre les trois juges mis en cause.

*ii. Appréciation de la Cour*

74. La Cour rappelle qu'il est d'une importance fondamentale que les tribunaux d'une société démocratique inspirent confiance aux justiciables (*Padovani c. Italie*, 26 février 1993, § 27, série A n° 257-B). A cet effet, l'article 6 exige qu'un tribunal relevant de cette disposition soit impartial. L'impartialité se définit d'ordinaire par l'absence de préjugé ou de parti pris. Son existence peut s'apprécier de diverses manières. La Cour distingue donc entre une démarche subjective, essayant de déterminer ce que tel juge pensait dans son for intérieur ou quel était son intérêt dans une affaire particulière, et une démarche objective amenant à rechercher s'il offrait des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime (*Piersack c. Belgique*, 1<sup>er</sup> octobre 1982, § 30, série A n° 53, et *Kyprianou c. Chypre* [GC], n° 73797/01, §§ 118-119, CEDH 2005-XIII).

75. Dans le cadre de la démarche subjective, la Cour a toujours considéré que l'impartialité personnelle d'un magistrat se présume jusqu'à la preuve du contraire (*Hauschildt c. Danemark*, 24 mai 1989, § 47, série A n° 154). Le principe selon lequel un tribunal doit être présumé exempt de préjugé ou de partialité est depuis longtemps établi dans la jurisprudence de la Cour (voir, par exemple, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique*, 23 juin 1981, § 58, série A n° 43).

76. Quant à la seconde démarche, elle conduit à se demander, lorsqu'une juridiction collégiale est en cause, si, indépendamment de l'attitude personnelle de tel de ses membres, certains faits vérifiables autorisent à mettre en cause l'impartialité de celle-ci. En la matière, même les apparences peuvent revêtir de l'importance (*Castillo Algar c. Espagne*, 28 octobre 1998, § 45, *Recueil* 1998-VIII, et *Morel c. France (n° 1)*, n° 34130/96, § 42, CEDH 2000-VI). Il en résulte que pour se prononcer sur l'existence, dans une affaire donnée, d'une raison légitime de redouter d'un juge un défaut d'impartialité, l'optique de celui qui s'en plaint entre en ligne de compte mais ne joue pas un rôle décisif. L'élément déterminant consiste à savoir si l'on peut considérer les appréhensions de l'intéressé comme objectivement justifiables (*Ferrantelli et Santangelo c. Italie*, 7 août 1996, § 58, *Recueil* 1996-III, *Wettstein c. Suisse*, n° 33958/96, § 44, CEDH 2000-XII, et *Kyprianou*, précité).

77. En l'espèce, le requérant met en doute l'impartialité tant subjective qu'objective de trois des magistrats de la Cour suprême. La Cour examinera successivement les deux aspects de cette question.

78. En ce qui concerne l'impartialité subjective des juges P.Z. et V.K., la Cour ne relève aucune preuve propre à étayer les allégations formulées par le requérant. Elle observe en revanche que, en application des dispositions du droit albanais applicables à l'époque pertinente, la demande en révision a été introduite par le président de la Cour suprême, Th.K., lequel avait auparavant conclu au rejet des prétentions

de l'intéressé dans la même affaire, dans le cadre de la seconde procédure. Présidée par Th.K. et composée de quatorze autres juges, la formation de la Cour suprême appelée à examiner cette demande a annulé au fond l'arrêt définitif rendu en faveur du requérant. La Cour estime que la pratique suivie par la Cour suprême à l'époque pertinente était incompatible avec l'exigence d'«impartialité subjective» du magistrat saisi d'une affaire particulière car nul ne peut être à la fois juge et partie dans sa propre cause (*Svetlana Naoumenko c. Ukraine*, n° 41984/98, § 97, 9 novembre 2004).

79. Les craintes de l'intéressé quant à l'impartialité objective des chambres réunies de la Cour suprême proviennent de ce que six des quinze juges qui les composaient avaient précédemment examiné l'affaire au fond et siégé dans les formations ayant rendu les arrêts du 17 décembre 1998 et du 7 décembre 2000.

80. La Cour convient que pareille situation peut susciter des doutes chez le requérant quant à l'impartialité de la Cour suprême. Il lui appartient toutefois de déterminer si ces doutes se révèlent objectivement justifiés. La réponse à cette question dépend des circonstances de la cause.

81. A cet égard, la Cour relève que les dispositions régissant la procédure de révision prévoyaient que la Cour suprême devait siéger en assemblée plénière. Appelés à se prononcer d'abord sur la recevabilité, puis sur le fond de la demande en révision, trois des quinze juges qui composaient cette formation avaient déjà statué dans l'affaire concernant l'intéressé. Ils étaient donc amenés à déterminer s'ils avaient ou non commis une erreur dans la décision qu'ils avaient précédemment rendue. En outre, trois de leurs confrères ayant siégé dans la même assemblée plénière avaient eux aussi exprimé leurs vues sur l'affaire dont elle était saisie.

82. Il s'ensuit que l'impartialité objective des chambres réunies de la Cour suprême paraît sujette à caution et que les appréhensions du requérant à cet égard peuvent passer pour objectivement justifiées.

83. Au vu de ce qui précède, la Cour conclut au manque d'impartialité subjective et objective de la Cour suprême aux fins de l'article 6 § 1 de la Convention.

(...)

### III. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 13 DE LA CONVENTION COMBINÉ AVEC L'ARTICLE 1 DU PROTOCOLE N° 1

110. Le requérant se plaint de ne pas avoir disposé d'un recours effectif qui lui aurait permis d'obtenir une décision définitive sur son

droit de propriété. Il y voit une violation de l'article 13 de la Convention, ainsi libellé :

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

111. La Cour est donc appelée à examiner le grief de l'intéressé sous l'angle de l'article 13 de la Convention combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1. Elle joint à l'examen de cette question celle de savoir si le requérant a épuisé les voies de recours internes dont il disposait pour faire valoir son grief de non-exécution sur le terrain de l'article 6 (paragraphe 58 ci-dessus).

(...)

## **B. Sur le fond**

### *1. Thèses des parties*

113. Le requérant soutient que la seule procédure de restitution de biens nationalisés et/ou de dédommagement ouverte par le droit albanais aux anciens propriétaires spoliés, à savoir l'introduction d'une requête devant l'organe compétent institué par les lois sur la restitution, ne peut passer pour « effective » aux fins de l'article 13 car, même lorsque l'auteur d'une telle requête obtient gain de cause, la restitution effective du bien litigieux et/ou l'allocation d'un dédommagement sont laissées à la discrétion des autorités compétentes et dépendent de leur propension à appliquer les normes pertinentes.

114. Le Gouvernement combat la thèse de l'intéressé en réitérant pour l'essentiel ses arguments sur le non-épuisement allégué des voies de recours internes. Il souligne que l'ordre juridique albanais prévoit un recours spécifique que le requérant a exercé pour revendiquer la restitution de biens illégalement nationalisés ou confisqués par l'État et/ou un dédommagement. Il précise que les importantes répercussions financières et sociales du régime juridique du dispositif de restitution et d'indemnisation ont conduit le législateur à le modifier plusieurs fois en vue de l'améliorer. Il affirme que les trois recours institués par les lois sur la restitution auraient satisfait aux exigences de l'article 13 de la Convention même si aucune amélioration n'avait été apportée au dispositif en question. Toutefois, il avance – sans s'en expliquer davantage – que l'intéressé aurait pu former une demande de réparation auprès de l'autorité compétente sur le fondement de la loi de 2004 sur la restitution.



## 2. *Appréciation de la Cour*

115. La Cour estime que le grief tiré de l'article 1 du Protocole n° 1 revêt sans conteste un caractère «défendable». Le requérant était donc en droit de bénéficier d'un recours interne effectif au sens de l'article 13 de la Convention.

116. Par ailleurs, l'«instance» dont parle l'article 13 peut ne pas être forcément, dans tous les cas, une institution judiciaire au sens strict. Cependant, ses pouvoirs et les garanties procédurales qu'elle présente entrent en ligne de compte pour déterminer si le recours est effectif (*Klass et autres c. Allemagne*, 6 septembre 1978, § 67, série A n° 28). Le recours exigé par l'article 13 doit être «effectif» en pratique comme en droit, en ce sens particulièrement que son exercice ne doit pas être entravé de manière injustifiée par les actes ou omissions des autorités de l'Etat défendeur (*Aksoy*, précité, § 95 *in fine*).

117. La Cour relève que les lois sur la restitution ont introduit dans l'ordre juridique albanais un recours prenant la forme d'une action en revendication d'un bien immobilier ou d'une action indemnitaire devant une autorité administrative *ad hoc* habilitée à statuer sur le droit de propriété des anciens propriétaires et à ordonner la restitution à leur profit des biens réclamés lorsqu'une telle mesure est possible ou à leur allouer une indemnité dans le cas contraire. Le recours en question constitue, pour les anciens propriétaires, le seul moyen de faire rétablir leur droit de propriété sur les biens illégalement nationalisés. Le requérant a exercé ce recours et les autorités compétentes ont à deux reprises reconnu qu'il devait recevoir une indemnité faute de pouvoir recouvrer les biens ayant appartenu à son père (paragraphes 9 et 10 ci-dessus).

118. La Cour observe que la loi de 1993 sur la restitution – qui fut abrogée par une loi homonyme de 2004, elle-même amendée en 2006 – prévoyait plusieurs modes de réparation au profit des anciens propriétaires de biens non restituables (paragraphes 36-43 ci-dessus). La loi en question laissait le choix des modalités de dédommagement à l'appréciation du conseil des ministres et l'habilitait à régler dans le détail les procédures de réparation. Dans son arrêt du 7 décembre 2000, la Cour suprême a relevé que les autorités compétentes en matière d'indemnisation n'avaient pas encore été mises en place (paragraphe 29 ci-dessus). L'entrée en vigueur de la loi de 2004 sur la restitution n'a rien changé à cet état de choses. C'est seulement le 28 avril 2005 que le Parlement a adopté une loi fixant les modalités d'évaluation des biens en vue de l'indemnisation de leurs propriétaires, qui en confie la mise en œuvre à la commission nationale de restitution des biens et d'indemnisation de leurs propriétaires. Pour permettre l'évaluation des biens concernés, cette

commission devait publier des plans de situation. Toutefois, ceux-ci n'ont pas encore été établis.

119. La Cour estime que, faute d'avoir créé des organes compétents en matière d'indemnisation et dressé des plans de situation aux fins de l'évaluation des biens litigieux, le Gouvernement n'a pas instauré de procédure adéquate en vue du traitement des demandes de dédommagement présentées par les propriétaires. En outre, il paraît peu probable qu'il parvienne à instaurer un dispositif propre à permettre le règlement des différends portant sur les droits du requérant dans un avenir proche ou un laps de temps raisonnable.

120. Au vu de ce qui précède et des conclusions auxquelles elle est parvenue dans l'arrêt *Beshiri et autres c. Albanie*, la Cour considère que l'intéressé a été privé d'un recours effectif pour faire valoir ses moyens tirés de la violation alléguée de l'article 1 du Protocole n° 1 ([n° 7352/03], §§ 54-55[ 22 août 2006]).

Partant, il y a eu violation de l'article 13 de la Convention relativement au grief fondé sur l'article 1 du Protocole n° 1. En conséquence, la Cour rejette l'exception soulevée par le Gouvernement.

#### IV. SUR L'APPLICATION DES ARTICLES 46 ET 41 DE LA CONVENTION

##### **A. Article 46 de la Convention**

121. Aux termes de l'article 46 de la Convention,

« 1. Les Hautes Parties contractantes s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties.

2. L'arrêt définitif de la Cour est transmis au Comité des Ministres qui en surveille l'exécution. »

122. Il ressort des conclusions de la Cour exposées ci-dessus (paragraphe 117-120) que les obstacles injustifiés auxquels se sont heurtées les demandes d'indemnisation formulées par le requérant ne sont pas imputables à la conduite de celui-ci. Ils découlent de dysfonctionnements dans l'ordre juridique albanais, en conséquence desquels une catégorie entière de particuliers se sont vus – et se voient toujours – privés de leur droit au respect de leurs biens du fait de la non-exécution de décisions de justice leur accordant un dédommagement sur le fondement des lois sur la restitution. A ce jour, des dizaines de requêtes similaires sont pendantes devant la Cour. L'augmentation de leur nombre constitue un facteur aggravant quant à la responsabilité de l'Etat défendeur au regard de la Convention ainsi qu'une menace pour l'effectivité à l'avenir du dispositif mis en place par la Convention car,

aux yeux de la Cour, les vides juridiques constatés dans la présente affaire pourraient donner lieu à de nombreuses requêtes bien fondées.

123. Avant d'examiner les demandes de satisfaction équitable présentées par le requérant au titre de l'article 41 de la Convention, et eu égard aux circonstances de l'espèce, la Cour se propose d'examiner quelles conséquences peuvent être tirées de l'article 46 pour l'Etat défendeur. Elle rappelle que, aux termes de l'article 46, 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 conclut à l'existence d'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 et d'en effacer autant que possible les conséquences. En outre, une fois que la Cour a décelé un défaut dans l'ordre juridique interne, il incombe aux autorités nationales, sous le contrôle du Comité des Ministres, de prendre, dans un délai déterminé – rétroactivement s'il le faut – (voir, entre autres, *Xenides-Arestis c. Turquie*, n° 46347/99, §§ 39-40, 22 décembre 2005, *Scordino c. Italie (n° 1)* [GC], n° 36813/97, § 233, CEDH 2006-V, *Broniowski c. Pologne* [GC], n° 31443/96, § 192, CEDH 2004-V, *Bottazzi c. Italie* [GC], n° 34884/97, § 22, CEDH 1999-V, et *Di Mauro c. Italie* [GC], n° 34256/96, § 23, CEDH 1999-V), les mesures de redressement nécessaires conformément au principe de subsidiarité de la Convention, de manière que la Cour n'ait pas à réitérer son constat de violation dans une longue série d'affaires comparables.

124. Sur ce point, la Cour rappelle que, dans le cadre des mesures visant à garantir l'effectivité du mécanisme établi par la Convention, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a adopté, le 12 mai 2004, une Résolution (Res(2004)3) ainsi qu'une Recommandation (Rec(2004)6).

125. En principe, il n'appartient pas à la Cour de définir quelles peuvent être les mesures de redressement appropriées pour que l'Etat défendeur s'acquitte de ses obligations au regard de l'article 46 de la Convention. Cependant, la Cour a le souci de faciliter la suppression rapide et effective d'un dysfonctionnement décelé dans le système national de protection des droits de l'homme. A cet égard, et compte tenu de la situation de caractère structurel constatée ci-dessus (paragraphe 122), la Cour observe que des mesures générales au niveau national s'imposent sans aucun doute dans le cadre de l'exécution du présent arrêt.

126. Pour aider l'Etat défendeur à remplir ses obligations au titre de l'article 46, la Cour a cherché à indiquer le type de mesures qu'il pourrait prendre pour mettre un terme aux violations de cette nature et en éradiquer les causes. Elle estime qu'il devrait avant tout supprimer l'ensemble des obstacles à l'octroi des réparations dues au titre de la loi sur la restitution en prenant les mesures juridiques, administratives et budgétaires qui s'imposent. A cet effet, il devrait notamment établir des plans de situation en vue de l'évaluation des biens des personnes éligibles à une compensation en nature et créer un fonds doté de ressources suffisantes pour celles ayant droit à une indemnisation, afin que tous les demandeurs munis d'un jugement leur accordant un dédommagement sur le fondement des lois sur la restitution puissent se voir attribuer rapidement la parcelle ou l'indemnité qui leur est due. Les mesures en question devraient être prises d'urgence.

(...)

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

(...)

3. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 6 § 1 en raison du manque d'impartialité subjective du président de la Cour suprême et du manque d'impartialité objective de cette juridiction quant à l'arrêt rendu le 5 juillet 2001 ;

(...)

6. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 13 de la Convention combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1 en raison de l'ineffectivité des recours institués par les lois sur la restitution ;

(...)

Fait en anglais, puis communiqué par écrit le 13 novembre 2007, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Lawrence Early  
Greffier

Josep Casadevall  
Président

HAMER c. BELGIQUE  
(*Requête n° 21861/03*)

DEUXIÈME SECTION

ARRÊT DU 27 NOVEMBRE 2007<sup>1</sup>

---

1. Texte français original. Extraits.



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Illégalité constatée et destruction ordonnée plusieurs décennies après la construction d'une maison sans permis****Article 6 § 1 de la Convention**

*Applicabilité – Procédure pénale – Accusation en matière pénale – Procès entraînant la démolition d'une maison construite sans permis – Mesure de démolition considérée comme une peine – Délai raisonnable*

**Article 1 du Protocole n° 1**

*Biens – Illégalité constatée et destruction ordonnée plusieurs décennies après la construction d'une maison sans permis – Réglementation de l'usage des biens – Connaissance et tolérance par l'Etat de la construction litigieuse – Espérance légitime – Intérêt patrimonial suffisamment important et reconnu – Intérêt général – Proportionnalité – Grande marge d'appréciation – But légitime visant à la protection de l'environnement – Contraintes acceptables sur le droit de propriété – Juste équilibre à respecter entre les intérêts individuels et collectifs – Impossibilité de régulariser une construction située dans une zone forestière – Infraction imprescriptible*

\*  
\* \*

En 1967, les parents de la requérante construisirent sans permis une maison de vacances sur un terrain. A la suite du décès de la mère de la requérante, l'acte de partage avec son père mentionna expressément l'existence de la construction et fut enregistré par les autorités qui perçurent un droit d'enregistrement. Au décès du père de la requérante, l'acte notarié de partage de succession mentionna expressément la maison comme maison de vacances et la requérante s'acquitta des droits de succession. Elle paya annuellement un précompte immobilier ainsi qu'un impôt pour seconde résidence. La société semi-publique d'alimentation en eau effectua des travaux de raccordement de la maison au réseau, sans que les autorités publiques réagissent. C'est en 1994 que la police dressa un procès-verbal stigmatisant la construction sans permis de la maison dans une région forestière dans laquelle aucun permis ne pouvait être délivré. En 1999, la requérante fut citée à comparaître par le procureur pour avoir maintenu une résidence de week-end bâtie sans permis. Le tribunal correctionnel prononça un acquittement. En 2002, la cour d'appel la condamna du chef du maintien d'une construction bâtie sans permis. Mais constatant que la durée des poursuites pénales avait dépassé le délai raisonnable, elle prononça une simple déclaration de culpabilité à l'encontre de la requérante et lui ordonna de remettre les lieux dans leur état d'origine et donc de démolir la maison. La requérante se pourvut

---

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

en cassation, sans succès. Pour la Cour de cassation, la remise des lieux dans leur état d'origine ne constituait pas une peine, mais une mesure d'ordre civil. En 2004, la maison fut démolie en vertu d'une exécution forcée.

1. Article 6 § 1 de la Convention : le fait qu'une simple déclaration de culpabilité ait été prononcée à l'encontre de la requérante par la cour d'appel eu égard au dépassement du délai raisonnable ne lui enlève pas la qualité de victime dès lors que cette juridiction lui a aussi ordonné de remettre les lieux en état. Selon le droit national, le juge pénal ordonne la remise en l'état sur requête de l'inspecteur urbaniste. Il ne dispose ainsi d'aucun pouvoir d'initiative à cet égard et n'exerce qu'un contrôle de légalité. Par ailleurs, la mesure ne pouvant être prononcée qu'à raison d'une infraction à la législation sur l'urbanisme, elle suit donc le sort de l'action pénale. En l'espèce, la requête de l'inspecteur urbaniste est née du fait de l'exercice des poursuites pénales et a eu des conséquences très lourdes pour la requérante. L'article 6 s'applique dès lors sous son volet pénal, la mesure de démolition pouvant être considérée comme une peine au sens de la Convention. Si la durée de la procédure au fond n'apparaît pas en soi déraisonnable (elle a été d'un peu plus de trois ans et demi pour trois degrés de juridictions), c'est à partir du procès-verbal constatant le caractère illégal de la construction que la requérante se trouva accusée au sens de la jurisprudence et que le délai raisonnable a débuté. La procédure a donc atteint entre huit et neuf ans pour trois degrés de juridictions, dont plus de cinq ans au stade de l'instruction, qui pourtant ne revêtait pas une complexité particulière.

*Conclusion* : violation (unanimité).

2. Article 1 du Protocole n° 1 : la construction critiquée a existé pendant vingt-sept ans avant que l'infraction ne soit constatée par les autorités internes. Or le constat des manquements à la législation urbanistique relève incontestablement de la responsabilité des autorités, de même que l'affectation des moyens qui sont nécessaires pour ce faire. La Cour estime même pouvoir considérer que les autorités avaient connaissance de l'existence de la construction litigieuse puisque des impôts relatifs à cette construction ont été payés. Les autorités ont ainsi toléré la situation pendant vingt-sept ans et celle-ci a perduré encore dix ans après que l'infraction eut été constatée. Après l'écoulement d'une telle période, l'intérêt patrimonial de la requérante à jouir de sa maison de vacances était suffisamment important et reconnu pour constituer un intérêt substantiel, et donc un bien et elle avait une espérance légitime de pouvoir continuer à en jouir. L'atteinte au bien de la requérante constituée par la démolition de sa maison à l'initiative des autorités internes était prévue par la loi et avait pour but de réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général, puisqu'il s'agissait de remettre le bien en conformité avec un plan d'aménagement instituant une zone forestière, non constructible. S'agissant de la proportionnalité de cette ingérence, la Cour souligne que l'environnement constitue une valeur. Des impératifs économiques et même certains droits fondamentaux, comme le droit de propriété, ne devraient pas se voir accorder la primauté face à des considérations relatives à la protection de l'environnement, en particulier lorsque l'Etat a légiféré en la matière. Les pouvoirs publics assument alors une responsabilité qui devrait se concrétiser par leur intervention au moment opportun afin de ne pas priver de tout effet utile les dispositions protectrices de l'environnement qu'ils ont décidé de mettre en œuvre.



La présente affaire concerne des règles applicables en matière d'aménagement du territoire et de protection de l'environnement, domaines dans lesquels les Etats jouissent d'une grande marge d'appréciation. Ainsi, des contraintes sur le droit de propriété peuvent être admises, à condition certes de respecter un juste équilibre entre les intérêts, individuel et collectif, en présence. La mesure litigieuse poursuivait le but légitime visant à la protection d'une zone forestière non bâtissable. Or les propriétaires de la maison de vacances ont ainsi eu la jouissance paisible et ininterrompue pendant une durée totale de trente-sept ans. Un très grand laps de temps s'était donc écoulé depuis la survenance du fait infractionnel. De plus, lorsque l'infraction a été constatée, après vingt-sept ans, les autorités ont encore laissé s'écouler une période de cinq ans avant d'exercer l'action publique, n'y accordant donc aucune importance urgente. Il est dès lors évident que les autorités connaissaient ou auraient dû connaître de longue date l'existence de la maison de la requérante. Toutefois, nonobstant les dispositions de la législation pertinente, elles ont omis de prendre les mesures qui s'imposaient pour s'y conformer. Elles ont ainsi contribué à pérenniser une situation qui ne pouvait être que préjudiciable à la protection de la zone forestière que cette législation visait à protéger. Cependant, le droit interne ne prévoit guère de régularisation d'une construction située dans une telle zone forestière. Par ailleurs, le fait que la requérante n'était pas propriétaire des lieux au moment de la construction de la maison et l'absence de réaction dont ont fait preuve les autorités pendant une longue période ne pouvaient pas créer chez la requérante l'impression d'être à l'abri des poursuites, l'infraction relevée étant imprescriptible selon le droit belge et le procureur pouvant à tout moment décider d'appliquer la loi. Ainsi, aucune autre mesure que la remise en état ne semblait appropriée en raison de l'atteinte incontestable à l'intégrité d'une zone forestière non constructible. Pour ces raisons, l'ingérence n'était pas disproportionnée.

*Conclusion* : non-violation (unanimité).

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

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

*James et autres c. Royaume-Uni*, 21 février 1986, série A n° 98

*Fredin c. Suède (n° 1)*, 18 février 1991, série A n° 192

*A.P., M.P. et T.P. c. Suisse*, 29 août 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-V

*Hozee c. Pays-Bas*, 22 mai 1998, *Recueil* 1998-III

*Iatridis c. Grèce* [GC], n° 31107/96, CEDH 1999-II

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

*Beyeler c. Italie* [GC], n° 33202/96, CEDH 2000-I

*Wloch c. Pologne*, n° 27785/95, CEDH 2000-XI

*Zwierzyński c. Pologne*, n° 34049/96, CEDH 2001-VI

*Prince Hans-Adam II de Liechtenstein c. Allemagne* [GC], n° 42527/98, CEDH 2001-VIII

*Gratzinger et Gratzingerova c. République tchèque* (déc.) [GC], n° 39794/98, CEDH 2002-VII

*Kyrtatos c. Grèce*, n° 41666/98, CEDH 2003-VI

*Fotopoulou c. Grèce*, n° 66725/01, 18 novembre 2004

*N.A. et autres c. Turquie*, n° 37451/97, CEDH 2005-X



**En l'affaire Hamer c. Belgique,**

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

András Baka, *président*,

Françoise Tulkens,

Rıza Türmen,

Mindia Ugrekhelidze,

Vladimiro Zagrebelsky,

Antonella Mularoni,

Dragoljub Popović, *juges*,

et de Sally Dollé, *greffière de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 18 septembre et  
6 novembre 2007,

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

**PROCÉDURE**

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 21861/03) dirigée  
contre le Royaume de Belgique et dont une ressortissante néerlandaise,  
M<sup>me</sup> Judith Hamer («la requérante»), a saisi la Cour le 3 juillet 2003 en  
vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme  
et des libertés fondamentales («la Convention»).

2. La requérante est représentée par M<sup>c</sup> C. Raymaekers, avocat à  
Anvers. Le gouvernement belge («le Gouvernement») a été représenté  
par son agent, M. D. Flore, conseiller général au Service public fédéral de  
la justice. Informé de son droit de prendre part à la procédure (articles 36  
§ 1 de la Convention et 44 § 1 du règlement), le gouvernement néerlandais  
n'a pas répondu.

3. La requérante se plaignait de la longueur, déraisonnable à son sens,  
des poursuites engagées contre elle (article 6 § 1 de la Convention) pour  
maintien d'une maison de vacances érigée sans permis et abattage illégal  
d'un certain nombre d'arbres, d'une discrimination par rapport à des  
propriétaires voisins n'ayant pas été poursuivis (articles 6 § 1 et 14  
combinés) et d'une atteinte disproportionnée à son droit de propriété  
(article 1 du Protocole n° 1) ainsi qu'à son droit au respect de son  
domicile (article 8 de la Convention).

4. Par une décision du 11 mai 2006, une chambre de l'ancienne  
première section a déclaré la requête recevable. Après un remaniement  
de la composition des sections, l'affaire a été attribuée à la deuxième  
section.

5. Tant la requérante que le Gouvernement ont déposé des  
observations écrites complémentaires (article 59 § 1 du règlement).

## EN FAIT

### I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

6. La requérante est née en 1955 et réside à Amsterdam.

7. En 1967, ses parents érigèrent sans permis une maison de vacances sur un terrain sis à Zutendaal (Belgique). La requérante soutient toutefois que la maison fut construite en 1962.

8. A la suite du décès de sa mère, un acte de partage fut établi le 6 janvier 1986 entre la requérante (qui, héritant de sa mère, devint nue-propriétaire de la moitié du bien) et son père. Cet acte, qui mentionne expressément l'existence de la construction, fut enregistré au ministère des Finances auprès du receveur des hypothèques, qui perçut un droit d'enregistrement.

9. Le père de la requérante décéda le 21 août 1993 et elle devint pleine et unique propriétaire de la totalité du bien. Lors de la succession, la parcelle fut expressément déclarée par la requérante comme maison de vacances dans l'acte notarié de partage de succession. Des actes furent enregistrés auprès des autorités publiques et la requérante s'acquitta des droits de succession. A partir de ce moment, la requérante paya annuellement un précompte immobilier ainsi qu'un impôt pour seconde résidence afférant à cette maison de vacances. Selon la requérante, il va de soi que son père avait également payé des impôts relatifs à cette maison.

10. La requérante rénova la maison pour un montant de 50 000 euros (EUR) et fit par ailleurs abattre des arbres se trouvant sur le terrain attenant à la maison.

11. En 1994, la société flamande semi-publique d'alimentation en eau effectua des travaux de raccordement de la maison aux réseaux d'égouttage et de distribution d'eau. Les autorités publiques n'eurent aucune réaction à cette occasion.

12. Le 27 janvier 1994, un procès-verbal fut établi par un policier, qui constata que des arbres avaient été abattus dans la propriété en violation de l'article 81, alinéa 3, du décret flamand du 13 juin 1990 sur les forêts.

13. Le 22 février 1994, un procès-verbal fut établi par un policier, qui constata que la maison de vacances avait été érigée en 1967 sans permis et qu'elle se situait dans une région forestière dans laquelle aucun permis ne pouvait être délivré. Ce procès-verbal constatait également que l'extérieur et le toit de la maison avaient été rénovés.

14. Le 8 août 1994, la requérante se rendit spontanément à la police pour faire une déposition, qui fut actée dans un procès-verbal.

15. Par une décision du 11 octobre 1994, le collège des bourgmestre et échevins de la commune demanda à l'inspecteur urbaniste de donner un

avis sur l'éventuelle mesure de réparation à prendre. Par une lettre du 19 juin 1995, celui-ci sollicita auprès du procureur du Roi la remise en état des lieux.

16. Deux procès-verbaux datés des 26 mars 1996 et 8 janvier 1997 font état de ce que les policiers manifestèrent la volonté d'interroger à nouveau la requérante mais eurent des difficultés à la joindre et qu'elle fut temporairement dans l'incapacité de se déplacer en raison de problèmes de santé.

17. A la requête du procureur du Roi de Tongres, la requérante fut entendue à Amsterdam le 25 mars 1997 par un policier néerlandais. Un procès-verbal fut établi à cette occasion.

18. Le 18 mai 1998, le procureur du Roi demanda à la police locale de vérifier si la construction litigieuse subsistait.

19. Le 16 juin 1998, un procès-verbal constata que la situation n'avait pas évolué.

20. La requérante fut citée à comparaître le 12 mai 1999 par le procureur du Roi de Tongres pour avoir, d'une part, maintenu entre le 27 janvier 1994 et le 28 avril 1999 une résidence de week-end érigée sans permis, et, d'autre part, abattu une cinquantaine de pins en violation du décret flamand sur les forêts précité. Selon la requérante, il y a, dans la même zone forestière, au moins quatre autres maisons érigées sans permis, lesquelles n'auraient fait l'objet ni de procès-verbaux de constat d'infraction ni de poursuites.

21. Le 25 juin 1999, le tribunal correctionnel de Tongres rendit un jugement interlocutoire par défaut, la requérante n'ayant pas été régulièrement convoquée.

22. Le 6 janvier 2000, celle-ci fut à nouveau citée devant le tribunal correctionnel de Tongres.

23. Le 26 mai 2000, ce tribunal acquitta la requérante du chef des préventions précitées. Il jugea notamment qu'après vingt-sept ans la requérante pouvait légitimement supposer, comme toute citoyenne raisonnablement prévoyante, que le maintien de la construction litigieuse n'était plus punissable. Le tribunal considéra également qu'il était sans compétence pour connaître de la demande de remise en état des lieux formée par l'inspecteur urbaniste. Le ministère public interjeta appel.

24. Par un arrêt du 6 février 2002, la cour d'appel d'Anvers confirma le jugement en tant qu'il acquittait la requérante du chef de l'abattage des arbres. En revanche, il la condamna du chef du maintien d'une construction érigée sans permis, en application de l'article 146 du décret du 18 mai 1999 portant organisation de l'aménagement du territoire et étendit la période incriminée du 22 août 1993 au 28 avril 1999, eu égard à la date du décès du père de la requérante.

25. Dans ses conclusions, la requérante avait invoqué la violation du délai raisonnable garanti par l'article 6 § 1 de la Convention, estimant que les poursuites pénales étaient intervenues en dehors de ce délai et qu'après l'écoulement d'un si grand laps de temps, ses droits de la défense étaient entravés, notamment en raison de l'impossibilité dans laquelle elle se trouvait de démontrer que la maison avait été bâtie dès avant 1962. Elle avait également critiqué la passivité des autorités, indiquant que ses parents avaient payé des impôts pour seconde résidence, qu'un acte notarié dans lequel il avait été fait mention du bâtiment avait été enregistré par les autorités, qu'elle avait payé des droits de succession portant notamment sur la construction, que d'importants travaux d'infrastructure avaient été effectués par une société semi-publique sans réaction de la part des autorités publiques et que pendant de longues années il n'y avait pas eu de poursuites judiciaires. Elle avait également plaidé la violation du principe de légitime confiance du citoyen et s'était plainte d'une discrimination par rapport à des propriétaires voisins.

26. La cour d'appel releva qu'un acte de partage établi en 1986 et signé par la requérante établissait que la maison de vacances avait été érigée en 1967 et concordait par ailleurs avec les constatations contenues dans le procès-verbal établi le 22 février 1994. La cour d'appel estima que la requérante savait ou devait savoir que la construction avait été érigée sans permis. En tant que citoyenne raisonnable et prudente et, même en tenant compte de l'attitude des autorités telle qu'elle l'avait décrite, la requérante ne pouvait pas en déduire que la situation était totalement légale et qu'aucune poursuite ne serait entamée à son encontre. La cour d'appel considéra que la requérante s'était montrée très imprudente en procédant à la rénovation des lieux après le décès de son père et que la circonstance que, dans la même région forestière, quatre autres habitations avaient également été érigées sans permis sans que leurs propriétaires ne soient poursuivis n'était pas constitutive d'une discrimination.

27. S'agissant plus particulièrement du respect du délai raisonnable, la cour d'appel constata que les poursuites pénales avaient duré plus que de raison mais que la preuve de l'infraction n'en avait nullement été entravée et que la requérante vivait depuis 1994 sous le coup de poursuites. Considérant, d'une part, que le dépassement du délai raisonnable ne conduisait nullement à l'extinction des poursuites, et, d'autre part, qu'il fallait tenir compte des circonstances concrètes de l'espèce et notamment du fait que le casier judiciaire de l'intéressé était vierge, la cour d'appel prononça une simple déclaration de culpabilité à l'encontre de la requérante.

28. Faisant suite à la requête formée par l'inspecteur urbaniste en application des articles 149 et suivants du décret du 18 mai 1999

précité, qu'elle jugea raisonnable, la cour d'appel ordonna à la requérante de remettre les choses dans leur ancien état et de démolir la construction litigieuse dans un délai d'un an après le passage de l'arrêt en force de chose jugée, avec une astreinte de 125 EUR par jour de retard. Elle donna en outre le pouvoir au collègue des bourgmestre et échevins ou à l'inspecteur urbaniste d'exécuter l'arrêt aux frais de la requérante en cas de non-exécution de l'ordre de démolition. La requérante fut également condamnée à payer les frais et dépens de la procédure.

29. La requérante se pourvut en cassation.

30. Par un arrêt du 7 janvier 2003, la Cour de cassation rejeta le pourvoi.

31. Par un moyen pris de la violation de l'article 6 § 1 de la Convention, la requérante faisait valoir que la durée de la procédure pénale avait dépassé le délai raisonnable et qu'il fallait en déduire que l'action publique était éteinte.

32. La Cour de cassation jugea que le dépassement du délai raisonnable n'impliquait pas l'extinction de l'action publique et que, par conséquent, la cour d'appel ne devait pas motiver sa décision sur ce point.

33. La requérante soutenait également que, compte tenu de ce que la cour d'appel avait simplement prononcé une déclaration de culpabilité à son encontre, elle ne pouvait pas être tenue à la remise en état des lieux, ni au paiement des frais de la procédure.

34. La Cour de cassation répondit que la remise des lieux dans leur état d'origine ne constituait pas une peine, mais une mesure d'ordre civil, de même que le paiement forfaitaire des frais de procédure, et que par conséquent ces mesures n'étaient pas incompatibles avec une simple déclaration de culpabilité.

35. La Cour de cassation rejeta également le moyen tiré de l'article 8 de la Convention et de l'article 1 du premier Protocole additionnel à la Convention, par lequel la requérante alléguait que les autorités ne pouvaient plus, au bout d'une période de trente ans durant laquelle elles avaient toléré la situation, créant ainsi une situation de légalité apparente, se prévaloir de l'intérêt général pour justifier une atteinte à la jouissance paisible de son droit de propriété et au respect de sa vie privée.

36. La Cour de cassation releva que la cour d'appel avait souverainement jugé que la requérante avait été fort imprudente de maintenir la maison sans permis, que la mesure sollicitée par l'inspecteur urbaniste était raisonnable et que, par conséquent, le moyen était irrecevable.

37. La maison fut démolie en juillet 2004, en vertu d'une exécution forcée. La valeur de la maison était alors de 62 635 EUR selon un expert. Les frais de démolition s'élevèrent à 3 025 EUR.

## II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

38. Le décret flamand du 18 mai 1999 portant organisation de l'aménagement du territoire (entré en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 1999) dispose ce qui suit.

### « Article 107

Le Gouvernement flamand détermine les conditions auxquelles doit satisfaire une demande pour pouvoir être considérée comme complète. Lorsque la demande a trait à des travaux, des opérations ou des modifications tels que visés à l'article 158, l'entrepreneur mentionne exactement quels sont les travaux, les opérations ou les modifications qui ont été effectués, faits ou continués sans autorisation et pour quels de ces travaux, opérations ou modifications une autorisation urbanistique est demandée.

Le Gouvernement flamand peut permettre le dépôt conjoint à la commune des dossiers de demande de permis dans le cadre du présent décret et dans le cadre du décret du 28 juin 1985 sur le permis écologique. Le Gouvernement flamand peut déterminer les modalités de composition du dossier.

(...)

## CHAPITRE I – Dispositions pénales

### Section 1 – Sanctions

#### Article 146

Est punie d'un emprisonnement de 8 jours à 5 ans et d'une amende de (26 EUR) à (400 000 EUR) ou de l'une de ces peines, quiconque :

1<sup>o</sup> exécute, poursuit ou maintient les opérations, travaux ou modifications définis aux articles 99 et 101, soit sans permis préalable, soit en contravention du permis, soit après déchéance, annulation ou échéance du délai du permis, soit en cas de suspension du permis ;

(...)

#### Article 147

Toutes les dispositions du premier Livre du Code pénal, en ce compris le Chapitre VII et l'article 85 s'appliquent aux infractions visées à l'article 146.

### Section 2 – Contrôle

#### Article 148

Sans préjudice des compétences des agents et des officiers de police judiciaire, les inspecteurs urbanistes, les autres fonctionnaires désignés par le Gouvernement flamand, ainsi que les fonctionnaires de la province et des communes de sa province désignés par le gouverneur, sont compétents pour dépister les infractions définies dans le présent titre et pour les constater par un procès-verbal. Les procès-verbaux établissant les infractions décrites dans le présent titre restent valables jusqu'à preuve du contraire.



Les agents, officiers de police judiciaire et fonctionnaires visés au premier alinéa ont accès au chantier et aux bâtiments pour effectuer toutes les recherches et constatations nécessaires.

(...)

### **Section 3 – Mesures de réparation**

#### **Article 149**

§ 1<sup>er</sup>. Outre la peine, le tribunal ordonne, sur requête de l'inspecteur urbaniste, ou du Collège des bourgmestre et échevins de la commune sur le territoire de laquelle les travaux, opérations ou modifications visés à l'article 146 ont été exécutés, de remettre le lieu en son état initial ou de cesser l'utilisation contraire, et/ou d'exécuter des travaux de construction ou d'adaptation et/ou de payer une amende égale à la plus-value acquise par le bien suite à l'infraction.

La plus-value ne peut plus être réclamée dans les cas suivants :

- 1<sup>o</sup> en cas de répétition d'une infraction, rendue punissable par le présent décret ;
- 2<sup>o</sup> en cas de non-respect d'un ordre de cessation ;
- 3<sup>o</sup> lorsque l'infraction provoque des nuisances urbanistiques inadmissibles pour les voisins ;
- 4<sup>o</sup> lorsque l'infraction constitue une violation grave des prescriptions urbanistiques essentielles en matière de destination en vertu du plan d'exécution spatial ou du plan d'aménagement.

Le Gouvernement flamand peut déterminer d'autres modalités pour les cas où la plus-value ne peut être réclamée.

Lorsque les actions de l'inspecteur urbaniste et du Collège des bourgmestre et échevins ne correspondent pas, l'action du premier cité est prioritaire.

Pour l'exécution des mesures de réparation, le tribunal fixe un délai qui ne peut dépasser un an et après l'expiration de ce délai d'exécution, sur requête de l'inspecteur urbaniste ou du Collège des bourgmestre et échevins, une astreinte par journée de retard dans la mise en œuvre de la mesure de réparation.

§ 2. L'action en réparation est introduite auprès du parquet par lettre ordinaire, au nom de la Région flamande ou du Collège des bourgmestre et échevins, par les inspecteurs urbanistes et les préposés du Collège des bourgmestre et échevins.

§ 3. Lorsque l'action porte sur une demande de travaux de construction ou d'adaptation et/ou le paiement d'un montant égal à la plus-value, cette action doit être explicitement motivée du point de vue de l'aménagement du territoire, de la compatibilité avec l'environnement immédiat et de la gravité de l'infraction.

§ 4. La requête mentionne au moins les prescriptions applicables, et une description de la situation préalable à l'infraction. Un extrait récent du registre des plans sera joint à la requête.

Le Gouvernement flamand peut déterminer des conditions supplémentaires auxquelles la lettre, visée au § 2, alinéa premier, ainsi que le dossier joint à ce courrier doivent répondre.

§ 5. Le tribunal détermine le montant de la plus-value.

En cas de condamnation au paiement d'un montant égal à la plus-value, la personne condamnée peut s'acquitter valablement en remettant les lieux dans l'état initial ou en mettant fin à l'utilisation contraire, dans l'année suivant le jugement.

Le Gouvernement flamand détermine le mode de calcul du montant à réclamer et de paiement de la plus-value.

#### **Article 150**

Lorsque l'action en réparation de la partie civile d'une part, et celle de l'inspecteur urbaniste ou du Collège des bourgmestre et échevins d'autre part, ne correspondent pas, le tribunal détermine la mesure de réparation requise qu'il juge appropriée.

#### **Article 151**

L'inspecteur urbaniste et le Collège des bourgmestre et échevins peuvent également devant le Tribunal de première instance, siégeant en matière civile, dans le ressort duquel les travaux, opérations ou modifications visés à l'article 146 sont totalement ou partiellement exécutés, requérir les mesures de réparation telles que définies à l'article 149, § 1<sup>er</sup>. Les dispositions de l'article 149, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2, §§ 3, 4 et 5 et de l'article 150 sont également d'application.

### **Section 4 – Exécution du jugement**

#### **Article 152**

Le contrevenant informe immédiatement, par lettre recommandée ou par remise contre récépissé, l'inspecteur urbaniste et le Collège des bourgmestre et échevins lorsqu'il a volontairement exécuté la mesure de réparation imposée. Ensuite, l'inspecteur urbaniste dresse immédiatement et après contrôle sur place un procès-verbal de constatation.

L'inspecteur urbaniste envoie une copie du procès-verbal de constatation à la commune et au contrevenant.

Sauf preuve du contraire, seul le procès-verbal de constatation tient lieu de preuve de la réparation et de la date de réparation.

#### **Article 153**

Lorsque le lieu n'est pas remis en état dans le délai fixé par le tribunal, qu'il n'est pas mis fin dans le délai fixé à l'utilisation contraire ou que les travaux de construction ou d'adaptation ne sont pas exécutés dans ce délai, la décision du juge visée aux articles 149 et 151 ordonne que l'inspecteur urbaniste, le Collège des bourgmestre et échevins et, le cas échéant, la partie civile peuvent pourvoir d'office à l'exécution.

L'autorité ou le particulier qui exécute le jugement ou l'arrêt est habilité à vendre, transporter et enlever les matériaux et objets provenant de la remise en état des lieux ou de la cessation de l'utilisation contraire.

Le contrevenant qui reste en demeure est tenu d'indemniser tous les frais d'exécution, sous déduction du produit de la vente des matériaux et objets, sur présentation d'un état, établi par l'autorité visée à l'alinéa 2, ou budgétisé et déclaré exécutoire par le juge des saisies du Tribunal civil.

(...)

**Article 158**

Lorsque l'infraction visée à l'article 146 ne consiste pas en l'exécution de travaux ou l'accomplissement ou la poursuite d'opérations ou de modifications qui sont contraires aux plans d'exécution spatial ou plans d'aménagement ou à l'exécution des règlements établis en vertu du présent décret ou aux prescriptions d'un permis de lotir, et lorsque par après, soit l'autorisation urbanistique est obtenue en vue de ces travaux, opérations et modifications, soit le lieu est réparé en son état original et l'utilisation en infraction est arrêtée, l'inspecteur urbaniste peut trouver un compromis avec le contrevenant à condition qu'il ait payé le montant de la transaction dans le délai fixé par l'inspecteur urbaniste.

L'inspecteur urbaniste ne peut proposer un compromis qu'après l'accord écrit préalable du procureur du Roi.

En payant la somme de transaction, l'action pénale et le droit des autorités de réclamer la réparation échoient.»

39. Par un arrêt du 3 juin 2005, la Cour de cassation a rappelé ainsi l'étendue du pouvoir de contrôle des cours et tribunaux lorsqu'ils sont saisis d'une demande fondée sur l'article 149 du décret du 18 mai 1999:

«L'article 149 § 1 alinéa 1<sup>er</sup>, modifié, du décret, doit être lu dans le contexte de l'article 159 de la Constitution, en vertu duquel les cours et tribunaux n'appliquent pas les actes administratifs non conformes aux lois; (...) Qu'en vertu de cette dernière disposition, il relève de la compétence du juge d'apprécier la légalité externe et interne de la requête visée à l'article 149 modifié et d'examiner si elle est conforme à la loi ou si elle repose sur un abus ou un détournement de pouvoir; (...) Que plus particulièrement, le juge est tenu d'examiner si la décision de l'administration de requérir une mesure de réparation déterminée a été prise dans le seul but du bon aménagement du territoire; (...) Que s'il apparaissait que la requête se fonde sur des motifs étrangers à l'aménagement du territoire ou sur une vision manifestement déraisonnable du bon aménagement du territoire, le juge doit laisser cette requête sans suite; (...) Qu'il ne lui appartient, toutefois, pas d'apprécier l'opportunité de la mesure demandée; que le juge est tenu d'accueillir la mesure de réparation demandée si celle-ci est conforme à la loi.»

40. Le 13 septembre 2005, la Cour de cassation releva dans un autre arrêt que «le juge est tenu d'ordonner la remise en état des lieux dès que cela s'avère nécessaire pour faire disparaître les conséquences de l'infraction».

41. L'article 12 de l'arrêté royal du 28 décembre 1972 relatif à la présentation et à la mise en œuvre des projets de plans et des plans de secteur définit ainsi la zone forestière :

«Les zones forestières sont les zones boisées ou à boisier destinées à l'exploitation. Elles peuvent comporter des constructions indispensables à l'exploitation et à la surveillance des bois ainsi que les refuges de chasse et de pêche, à la condition que ces derniers ne puissent être utilisés pour servir de résidence, même à titre temporaire. La reconversion en zone agricole est admise conformément aux dispositions de l'article 35 du Code rural relatif à la délimitation des zones agricoles et forestières.»

42. L'article 65 de la loi organique de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme du 29 mars 1962 dispose :

«1. Outre la pénalité, le tribunal ordonne, à la demande du fonctionnaire délégué ou du Collège des bourgmestre et échevins, mais moyennant leur commun accord dans les cas visés aux b et c :

- a) soit la remise en état des lieux ;
- b) soit l'exécution d'ouvrages ou de travaux d'aménagement ;
- c) soit le paiement d'une somme représentative de la plus-value acquise par le bien à la suite de l'infraction.

(...)»

43. Par un arrêt du 26 novembre 2003 (n° 154/2003), la Cour d'arbitrage a estimé que bien qu'elle ait un caractère civil, la mesure de réparation est liée à l'ordre public et est, par certains aspects, un accessoire indivisiblement lié à la sanction pénale ; en effet, cette mesure est le prolongement de celle-ci puisqu'elle tend – au-delà de la condamnation pénale – à empêcher que subsiste une situation perpétuant l'infraction. La jurisprudence de la Cour de cassation va dans un sens contraire (arrêts des 8 septembre 1998 et 16 janvier 2003).

44. L'article 21 *ter* de la loi du 17 avril 1878, entré en vigueur le 12 décembre 2000, contenant le titre préliminaire du code de procédure pénale, est rédigé comme suit :

«Si la durée des poursuites pénales dépasse le délai raisonnable, le juge peut prononcer la condamnation par simple déclaration de culpabilité ou prononcer une peine inférieure à la peine minimale prévue par la loi.

Si le juge prononce la condamnation par simple déclaration de culpabilité, l'inculpé est condamné aux frais et, s'il y a lieu, aux restitutions. La confiscation spéciale est prononcée.»

45. Le Gouvernement a produit, relativement à la poursuite des infractions urbanistiques, des statistiques couvrant les années 1998-2003. Pour la seule région flamande, ces statistiques établissent qu'en moyenne 2 580 procès-verbaux sont dressés chaque année et que 251 jugements de remise en état ont été prononcés en 1998 (sur 453 décisions), 141 en 1999 (sur 329), 183 en 2000 (sur 328), 105 en 2001 (sur 193), 76 en 2002 (sur 129) et 131 en 2003 (sur 264).

## EN DROIT

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

46. La requérante se plaint d'un dépassement du délai raisonnable. Elle fait observer qu'alors que la construction date de 1967 au plus tard,

qu'elle a hérité de la maison en 1993 et que le procès-verbal constatant l'infraction date de 1994, elle n'a été condamnée qu'en 2002. Elle considère qu'à partir du moment où la cour d'appel avait constaté qu'il y avait dépassement du délai raisonnable en l'espèce elle aurait dû conclure à l'extinction de l'action publique. Elle soutient par ailleurs que la condamnation à la remise en état des lieux et aux frais de la procédure étaient contraires à la simple déclaration de culpabilité prononcée à son encontre. Elle invoque l'article 6 § 1 de la Convention, dont les parties pertinentes sont rédigées comme suit :

« Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement (...) dans un délai raisonnable, par un tribunal (...), qui décidera (...) du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. »

47. Selon le Gouvernement, la remise en état des lieux constitue non pas une peine, mais une mesure de réparation de l'atteinte portée à l'environnement, dès lors qu'elle peut être prononcée tant par le juge répressif que par le juge civil, conformément à l'article 151 du décret du 18 mai 1999. Il ne s'agirait pas de sanctionner le propriétaire des lieux maintenus mais bien d'empêcher que la situation d'infraction ne perdure. La mesure se justifierait pleinement pour préserver l'intérêt général et réparer un préjudice environnemental. La portée strictement réparatrice d'un ordre de démolir une construction illégale serait d'ailleurs confirmée par la jurisprudence même de la Cour, notamment par l'arrêt *Saliba c. Malte* (n° 4251/02, 8 novembre 2005). Il s'agirait d'une mesure civile, et non pas d'une sanction pénale.

48. Le Gouvernement plaide que le prononcé d'une simple déclaration de culpabilité, non assortie de la moindre peine, constitue, au regard de la jurisprudence de la Cour, une conséquence admissible du constat de dépassement du délai raisonnable. La réparation du préjudice subi à raison du dépassement d'un tel délai ne pourrait empêcher la réparation du préjudice résultant, pour l'intérêt général, des faits constitutifs d'une infraction.

49. Le Gouvernement considère que la durée de la procédure est sans incidence sur la régularité d'une construction au regard des prescriptions urbanistiques arrêtées dans le souci de l'intérêt général. La requérante aurait été poursuivie pour le maintien d'une construction illégale, ce qui constituerait un délit continu et imprescriptible. Tant que l'infraction perdurait faute de démolition, la mesure de réparation ne pouvait être écartée au titre de la réparation d'un préjudice subi à raison du dépassement du délai raisonnable. Il conviendrait encore de relever que même si la juridiction interne avait, à titre de sanction pour le dépassement du délai raisonnable, déclaré les poursuites irrecevables, rien n'aurait empêché l'inspecteur urbaniste ou

le collège des bourgmestre et échevins de poursuivre la démolition devant les juridictions civiles.

50. La requérante conteste cette thèse. Elle fait valoir que les juridictions belges ont reconnu le dépassement du délai raisonnable mais que ce dépassement n'a pas été compensé suffisamment par ce constat, dans la mesure où elle a été condamnée à démolir sa maison de vacances sous menace d'astreinte. Elle explique que, persuadée de la légalité de la construction, elle a exposé des frais de rénovation considérables et a dû faire face à des frais importants pour assurer la remise en état des lieux. Eu égard au caractère pénal de l'infraction principale et à la gravité de la mesure imposée pour le justiciable, la mesure litigieuse serait en réalité une peine. La requérante estime par ailleurs que l'arrêt, en tant qu'il prononce une simple déclaration de culpabilité s'agissant de l'infraction de maintien d'une construction illégale et lui impose par ailleurs de remettre les lieux en état, est entaché d'une contradiction. La mesure ne serait pas constitutive d'une réparation car il n'y aurait pas eu en l'espèce d'atteinte au paysage, la maison n'étant pas visible et les autorités ayant toléré la construction pendant plus de trente ans.

51. La Cour estime d'emblée nécessaire de rappeler et souligner les faits suivants.

52. En ce qui concerne l'infraction de maintien d'une construction érigée sans permis, la cour d'appel, tenant compte du dépassement du délai raisonnable de l'article 6 de la Convention, a prononcé une simple déclaration de culpabilité à l'encontre de la requérante, en application de l'article 21 *ter* du code d'instruction criminelle. Selon cette disposition, le juge peut, en cas de dépassement du délai raisonnable, prononcer une simple déclaration de culpabilité ou une peine inférieure au minimum prévu par la loi.

53. La cour d'appel a par ailleurs ordonné à la requérante de remettre les choses dans leur ancien état et donc de démolir la construction litigieuse.

54. Cette « mesure de réparation », consistant en la remise en état des lieux, est prévue par l'article 149 du décret du 18 mai 1999 (paragraphe 38 ci-dessus), qui prévoit qu'outre la « peine » le juge pénal ordonne la remise des lieux dans leur état initial, sur requête de l'inspecteur urbaniste. Le juge ne dispose d'aucun pouvoir d'initiative à cet égard (il ne peut donc prononcer la mesure d'office) et exerce un contrôle de légalité et non d'opportunité. Par ailleurs, la mesure ne peut être prononcée qu'à raison d'une infraction à la législation sur l'urbanisme et suit donc le sort de l'action pénale.

55. En l'espèce, la cour d'appel, bien qu'elle ait conclu au dépassement du délai raisonnable au sens de l'article 6 de la Convention, n'en a tiré aucune conséquence quant à la mesure de réparation, demandée par

l'inspecteur urbaniste compétent au procureur du Roi en juin 1995, et a ordonné la démolition de la maison litigieuse.

56. Le Gouvernement allègue que la « mesure de réparation », de nature strictement civile, n'est pas visée par l'article 21 *ter* du code d'instruction criminelle et ne suit pas le sort des poursuites pénales en cas de dépassement du délai raisonnable.

57. La Cour note que même à supposer que la mesure se rattache au volet civil de l'article 6, elle n'en reste pas moins assujettie à la condition de jugement dans un délai raisonnable. Elle constate par ailleurs que la qualification de la mesure de réparation en droit interne fait l'objet de controverses, tant doctrinales que jurisprudentielles (voir notamment les arrêts de la Cour de cassation du 16 janvier 2003 et du 8 septembre 1998 selon lesquels il ne s'agit pas d'une peine mais d'une mesure civile et l'arrêt de la Cour d'arbitrage du 26 novembre 2003 selon lequel, bien que civile, la mesure est indissociablement liée à l'action publique – paragraphe 43 ci-dessus). En l'espèce, la requête de l'inspecteur urbaniste est née du fait de l'exercice des poursuites pénales et a eu des conséquences très lourdes pour la requérante.

58. Dans sa décision sur la recevabilité du 11 mai 2006, la Cour avait conclu que le fait qu'eu égard au dépassement du délai raisonnable la cour d'appel n'avait prononcé qu'une simple déclaration de culpabilité à l'encontre de la requérante n'enlevait pas à l'intéressée la qualité de victime dès lors qu'il lui avait été ordonné dans le même temps de remettre les lieux en état.

59. La Cour réaffirme l'autonomie de la notion « d'accusation en matière pénale » telle que la conçoit l'article 6. Dans sa jurisprudence, elle a établi qu'il faut tenir compte de trois critères pour décider si une personne est « accusée d'une infraction pénale » au sens de l'article 6 : d'abord la qualification de l'infraction en droit interne, puis la nature de l'infraction et, enfin, la nature et le degré de gravité de la sanction encourue (voir, entre autres, *A.P., M.P. et T.P. c. Suisse*, 29 août 1997, § 39, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-V).

60. Eu égard aux considérations qui précèdent, la Cour estime que cette mesure de démolition peut être regardée comme une « peine » au sens de la Convention.

61. Si la durée de la procédure au fond (un peu plus de trois ans et demi pour trois degrés de juridictions entre mai 1999 et janvier 2003) n'apparaît pas en soi déraisonnable, le procès-verbal constatant le caractère illégal de la construction date de février 1994. Or c'est à partir de ce constat que l'infraction continue consistant dans le maintien d'une construction érigée sans permis a été constituée et que la requérante s'est trouvée sous le coup de poursuites pénales, et donc accusée au sens de la jurisprudence. Dès lors, c'est à la date dudit procès-verbal que le délai raisonnable a débuté (*Hozee c. Pays-Bas*, 22 mai 1998, § 43, *Recueil* 1998-III,

et *Wloch c. Pologne*, n° 27785/95, § 144, CEDH 2000-XI). Considérée dans son ensemble, la procédure a donc duré entre huit et neuf ans pour trois degrés de juridictions, dont plus de cinq ans au stade de l'instruction, qui pourtant ne revêtait pas une complexité particulière.

62. Par ailleurs, la Cour n'aperçoit aucun élément propre à démontrer qu'à un quelconque stade de la procédure la requérante ait mis obstacle au bon déroulement de l'instruction. Dans ces conditions, la Cour ne saurait estimer raisonnable un laps de temps de plus de cinq ans pour la seule phase de l'instruction.

63. Il y a donc eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention.

(...)

### III. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 1 DU PROTOCOLE N° 1

71. La requérante se plaint d'une violation de son droit de propriété garanti par l'article 1 du premier Protocole additionnel à la Convention :

«Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.

Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour régler l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes.»

72. Selon le Gouvernement, les autorités locales ne procèdent pas à un examen de tous les actes de succession, ni au contrôle de toutes les déclarations fiscales et de toute demande de raccordement aux réseaux de distribution d'eau en vue de vérifier si les immeubles visés sont ou non couverts par un permis d'urbanisme. De plus, immuniser de toute taxation les constructions érigées sans permis reviendrait à encourager ce type d'infraction. Les sociétés de distribution d'eau ne seraient pas davantage compétentes pour vérifier le caractère licite des constructions qu'elles raccordent à leur réseau. Par ailleurs, les éléments de publicité avancés par la requérante dateraient des années 1993-1994, époque à laquelle le premier procès-verbal d'infraction aurait été dressé. L'interdiction de bâtir qui affecterait le terrain de la requérante ne constituerait en rien une expropriation puisqu'elle conserverait tous les droits afférant au droit de propriété. Par ailleurs, les Etats parties pourraient réglementer l'usage des biens pour des raisons d'aménagement du territoire et d'urbanisme, qui toucheraient à l'intérêt général, et se doter d'instruments efficaces assurant la pertinence des mesures ainsi adoptées. Au rang de ces instruments se trouveraient la démolition et la remise en état des lieux des constructions érigées en



violation de la législation imposant un permis d'urbanisme. Il conviendrait d'avoir à l'esprit que la maison de la requérante n'était pas régularisable car bâtie dans une zone forestière, non constructible. Certes la requérante n'aurait pas bénéficié d'une compensation en l'espèce mais ce serait en pleine connaissance de cause que son père aurait construit la maison en zone non bâtissable. Contrairement aux faits de l'affaire *Öneriyıldız c. Turquie* ([GC], n° 48939/99, CEDH 2004-XII), aucune incertitude n'aurait pesé en droit belge sur la situation juridique de la maison en cause. En outre, aucune négligence ne pourrait être imputée à l'Etat belge. En l'espèce, la situation de la requérante n'aurait fait l'objet d'aucune publicité qui aurait permis de présumer la tolérance des autorités.

73. Le Gouvernement indique que l'ingérence qui résulte d'un ordre de démolir pris sur la base de la législation sur l'aménagement du territoire a bien pour objectif de protéger l'environnement. Il s'agirait là d'un dessein légitime, conforme à l'intérêt général aux fins du second alinéa de l'article 1 du Protocole n° 1, comme la Cour l'aurait déjà affirmé dans l'arrêt *Pine Valley Developments Ltd et autres c. Irlande* du 29 novembre 1991 (§ 57, série A n° 222). La requérante ne pourrait invoquer une quelconque espérance légitime déduite de l'ancienneté du bâtiment. Elle aurait hérité d'un bien en situation infractionnelle et y aurait immédiatement posé des actes nécessitant eux-mêmes un permis d'urbanisme, sans prendre soin de solliciter ce permis ou de s'assurer que la construction pourrait être régularisée. Elle ne pourrait, dès lors, invoquer une quelconque tolérance à l'égard de tiers qui aurait préjudicié à ses propres droits. La mesure critiquée ne serait donc nullement disproportionnée.

74. Selon la requérante, il faut considérer que les autorités belges avaient connaissance de l'existence de la construction litigieuse, notamment en raison du fait qu'elle s'est acquittée, de 1994 à 2005, d'un impôt pour seconde résidence ainsi que du précompte immobilier et que des actes mentionnant la construction ont fait l'objet d'un enregistrement. Le Gouvernement belge, qui n'aurait pris aucune mesure quant à cette maison pendant plus de trente ans, ne pourrait se prévaloir de sa mauvaise organisation. L'intérêt général requerrait une action cohérente, claire et rapide des autorités. Les circonstances de l'espèce montreraient que celles-ci avaient renoncé à leur action en la matière. Partant, il y aurait lieu de considérer qu'elles ne pouvaient revenir soudainement sur leur décision, sauf à porter atteinte au principe de confiance légitime des citoyens. La démolition forcée aurait donc porté une atteinte disproportionnée au droit de propriété de la requérante.

75. La Cour rappelle sa jurisprudence selon laquelle la notion de «biens» prévue par la première partie de l'article 1 du Protocole n° 1 a une portée autonome qui ne se limite pas à la propriété des biens

corporels et qui est indépendante des qualifications formelles du droit interne: ce qui importe est de rechercher si les circonstances d'une affaire donnée, considérées dans leur ensemble, peuvent passer pour avoir rendu le requérant titulaire d'un intérêt substantiel protégé par cette disposition (voir, *mutatis mutandis*, *Zwierzynski c. Pologne*, n° 34049/96, § 63, CEDH 2001-VI). Ainsi, à l'instar des biens corporels, certains autres droits et intérêts constituant des actifs peuvent aussi être considérés comme des «droits de propriété», et donc comme des «biens» aux fins de cette disposition (*Iatridis c. Grèce* [GC], n° 31107/96, § 54, CEDH 1999-II, et *Beyeler c. Italie* [GC], n° 33202/96, § 100, CEDH 2000-I). La notion de «biens» ne se limite pas non plus aux «biens actuels» et peut également recouvrir des valeurs patrimoniales, y compris des créances, en vertu desquelles le requérant peut prétendre avoir au moins une «espérance légitime» et raisonnable d'obtenir la jouissance effective d'un droit de propriété (voir, par exemple, *Prince Hans-Adam II de Liechtenstein c. Allemagne* [GC], n° 42527/98, § 83, CEDH 2001-VIII, et *Gratzinger et Gratzingerova c. République tchèque* (déc.) [GC], n° 39794/98, § 69, CEDH 2002-VII).

76. En l'espèce, la construction litigieuse a existé pendant vingt-sept ans avant que l'infraction ne soit constatée par les autorités internes. Or le constat des manquements à la législation urbanistique relève incontestablement de la responsabilité des autorités, de même que l'affectation des moyens qui sont nécessaires pour ce faire. On pourrait même considérer que les autorités avaient connaissance de l'existence de la construction litigieuse puisque la requérante a notamment payé des impôts relatifs à cette construction, comme son père l'avait d'ailleurs fait avant elle. A cet égard, l'Etat belge ne peut à bon droit se prévaloir de son organisation interne et d'une distinction entre les autorités de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme et les autorités fiscales. Il faut donc considérer que les autorités ont toléré la situation pendant vingt-sept ans (1967-1994) et que celle-ci a perduré encore dix ans après que l'infraction eut été constatée (1994-2004, date de démolition de la maison). Après l'écoulement d'une telle période, l'intérêt patrimonial de la requérante à jouir de sa maison de vacances était suffisamment important et reconnu pour constituer un intérêt substantiel et donc un «bien» au sens de la norme exprimée dans l'article 1 du Protocole n° 1. Par ailleurs, la requérante avait une «espérance légitime» de pouvoir continuer à jouir de ce bien.

77. La Cour rappelle que la maison de la requérante a fait l'objet d'une démolition à l'initiative des autorités internes. Il s'agit incontestablement d'une atteinte au «bien» de la requérante. Cette atteinte était prévue par la loi (le décret du 18 mai 1999). Elle avait en outre pour but de réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général puisqu'il s'agissait de remettre le bien en conformité avec un plan d'aménagement

instituant une zone forestière, non constructible. Le débat se noue donc au niveau de la proportionnalité de cette ingérence. A cet égard, il appartient à la Cour de rechercher si un juste équilibre a été maintenu entre les exigences de l'intérêt général et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu. La recherche de pareil équilibre se reflète dans la structure de l'article 1 tout entier, donc aussi dans le second alinéa; il doit exister un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé (*Chassagnou et autres c. France* [GC], n<sup>os</sup> 25088/94, 28331/95 et 28443/95, § 75, CEDH 1999-III). Cet équilibre est rompu si la personne concernée a eu à subir «une charge spéciale et exorbitante» (voir, notamment, *James et autres c. Royaume-Uni*, 21 février 1986, § 50, série A n<sup>o</sup> 98).

78. La Cour relève que la présente affaire concerne des règles applicables en matière d'aménagement du territoire et de protection de l'environnement, domaines dans lesquels les Etats jouissent d'une grande marge d'appréciation.

79. Elle rappelle à cet égard que si aucune disposition de la Convention n'est spécialement destinée à assurer une protection générale de l'environnement en tant que tel (*Kyrtatos c. Grèce*, n<sup>o</sup> 41666/98, § 52, CEDH 2003-VI), la société d'aujourd'hui se soucie sans cesse davantage de le préserver (*Fredin c. Suède (n<sup>o</sup>1)*, 18 février 1991, § 48, série A n<sup>o</sup> 192). L'environnement constitue une valeur dont la défense suscite dans l'opinion publique, et par conséquent auprès des pouvoirs publics, un intérêt constant et soutenu. Des impératifs économiques et même certains droits fondamentaux, comme le droit de propriété, ne devraient pas se voir accorder la primauté face à des considérations relatives à la protection de l'environnement, en particulier lorsque l'Etat a légiféré en la matière. Les pouvoirs publics assument alors une responsabilité qui devrait se concrétiser par leur intervention au moment opportun afin de ne pas priver de tout effet utile les dispositions protectrices de l'environnement qu'ils ont décidé de mettre en œuvre.

80. Ainsi, des contraintes sur le droit de propriété peuvent être admises, à condition certes de respecter un juste équilibre entre les intérêts – individuel et collectif – en présence (voir, *mutatis mutandis*, *Fotopoulou c. Grèce*, n<sup>o</sup> 66725/01, 18 novembre 2004).

81. La Cour n'a donc aucun doute quant à la légitimité du but poursuivi par la mesure litigieuse: protéger une zone forestière non bâtissable.

82. Reste à déterminer si l'avantage pour le bon aménagement du territoire et la protection de la zone forestière où était située la maison de la requérante peut être considéré comme proportionné à l'inconvénient causé à celle-ci. A cet égard, différents éléments doivent être pris en compte.

83. D'une part, la Cour note qu'un très grand laps de temps s'était écoulé depuis la survenance du fait infractionnel. La requérante et, avant elle, son père ont ainsi eu la jouissance paisible et ininterrompue de la maison de vacances pendant une durée totale de trente-sept ans. L'acte de partage établi le 6 janvier 1986 entre la requérante et son père fut enregistré au ministère des Finances auprès du receveur des hypothèques, qui perçut un droit d'enregistrement (paragraphe 8 ci-dessus). Au décès du père de la requérante en 1993, l'acte notarié de partage de succession mentionnait expressément la maison comme maison de vacances et la requérante s'acquitta des droits de succession. La requérante payait depuis lors annuellement un précompte immobilier ainsi qu'un impôt pour seconde résidence afférent à cette maison (paragraphe 9 ci-dessus). La société d'alimentation en eau effectua des travaux de raccordement de la maison aux réseaux d'égouttage et de distribution d'eau, sans que les autorités publiques réagissent (paragraphe 11 ci-dessus). De plus, lorsque l'infraction a été constatée, après vingt-sept ans, les autorités ont encore laissé s'écouler une période de cinq ans avant d'exercer l'action publique, n'y accordant donc aucune importance urgente. Il est dès lors évident que les autorités connaissaient ou auraient dû connaître de longue date l'existence de la maison de la requérante. Toutefois, nonobstant les dispositions de la législation pertinente, elles ont omis de prendre les mesures qui s'imposaient pour s'y conformer. Elles ont ainsi contribué à pérenniser une situation qui ne pouvait être que préjudiciable à la protection de la zone forestière que cette législation visait à protéger.

84. D'autre part, la Cour rappelle que les articles 107 et 158 combinés du décret du 18 mai 1999 prévoient, de manière générale, la possibilité d'introduire une demande visant à la régularisation d'une construction non couverte par un permis d'urbanisme. En revanche, il ressort clairement des termes de l'article 158 qu'une régularisation ne peut être accordée à l'égard d'une construction érigée en violation d'un plan d'aménagement (paragraphe 38 ci-dessus). Or la maison de la requérante était située dans une zone forestière et, selon l'article 12 de l'arrêté royal du 28 décembre 1972, cette zone ne peut comporter que des constructions indispensables à l'exploitation et à la surveillance des bois et les refuges de chasse et de pêche, à condition que ceux-ci ne puissent être utilisés pour servir de résidence, même à titre temporaire (paragraphe 41 ci-dessus).

85. Par ailleurs, le fait que la requérante n'était pas propriétaire des lieux au moment de la construction de la maison et l'absence de réaction dont ont fait preuve les autorités pendant une longue période ne pouvaient pas créer chez la requérante l'impression d'être à l'abri des poursuites, l'infraction relevée étant imprescriptible selon le droit belge et le procureur pouvant à tout moment décider d'appliquer la loi.

86. Enfin, la Cour ne voit pas quelle autre mesure que la remise en état l'inspecteur urbaniste aurait pu demander en l'espèce, d'autant plus qu'aucune des mesures énumérées à l'article 149 § 1 du décret du 18 mai 1999 (ordre de cesser toute utilisation contraire, injonction d'exécuter des travaux de construction, paiement de la plus-value acquise par le bien à la suite de l'infraction – paragraphe 38 ci-dessus) ne semblait appropriée dans les circonstances particulières de la cause, à savoir l'atteinte incontestable à l'intégrité d'une zone forestière non constructible.

87. A titre subsidiaire, la Cour souligne la différence entre la présente affaire et les affaires dites du « littoral turc » (voir, parmi beaucoup d'autres, *N.A. et autres c. Turquie*, n° 37451/97, CEDH 2005-X). Dans ces affaires, le bien immobilier des requérants était inscrit au registre foncier, les intéressés avaient obtenu du ministère de la Culture et du Tourisme un certificat d'investissement touristique leur permettant de construire un hôtel et l'Institut de la planification d'Etat leur avait accordé, en vue de la construction de l'hôtel, un certificat d'incitation à l'investissement. Il ne s'agissait donc pas là d'un simple consentement implicite des autorités, comme en l'espèce, où la maison litigieuse avait été érigée sans permis par les parents de la requérante.

88. Tous ces éléments conduisent la Cour à conclure que la requérante n'a pas subi une atteinte disproportionnée à son droit de propriété.

89. Il n'y a donc pas eu violation de l'article 1 du Protocole n° 1.  
(...)

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

94. 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

95. La requérante estime avoir subi un dommage matériel important. Le bien litigieux étant resté vingt-sept ans sans faire l'objet de mesures, elle aurait entamé de bonne foi la restauration du terrain et de la maison et aurait consenti des investissements considérables. Au moment où elle aurait hérité la maison de son père, celle-ci aurait été en mauvais état; elle aurait décidé alors de la restaurer, n'ayant aucun doute quant à sa légalité. Son dommage s'élèverait ainsi à 62 635 euros (EUR) pour la perte de la maison, 43 865,46 EUR pour les investissements et 3 025 EUR pour les frais de démolition.

96. La requérante considère aussi avoir subi un dommage moral, qu'elle chiffre *ex aequo et bono* à 25 000 EUR. D'abord, elle serait privée des vacances et des moments de repos qu'elle prenait dans sa seconde demeure. Ensuite, seule chose héritée de son père, la maison aurait eu une valeur particulière à ses yeux.

97. Le Gouvernement estime que la somme indiquée par la requérante comme représentant la valeur vénale de son bien n'est pas réaliste. D'après lui, la maison était dépourvue de toute valeur sur le marché immobilier. Les articles 141 et 142 du décret du 18 mai 1999 consacraient en effet l'obligation, lors de toute vente d'immeuble, d'informer l'acheteur de l'existence d'un permis d'urbanisme. A défaut de pouvoir justifier d'un tel permis, la requérante n'aurait pu trouver acquéreur. Sa maison n'aurait ainsi conféré aucune valeur supplémentaire au terrain, dont elle n'aurait toutefois pas été dépossédée. Ses prétentions pour dommage matériel devraient donc être rejetées.

98. Quant au dommage moral, le Gouvernement s'en remet à la sagesse de la Cour.

99. La Cour souligne que la violation constatée concerne le dépassement du délai raisonnable. Elle n'aperçoit toutefois aucun lien de causalité entre cette violation et le préjudice matériel allégué. Elle rejette donc la demande sur ce point.

100. Quant au préjudice moral, la Cour estime que la durée déraisonnable de l'instruction litigieuse a engendré une incertitude prolongée quant au sort de la maison. Cette situation d'incertitude justifie l'octroi d'une indemnité. Statuant en équité, comme le veut l'article 41, la Cour alloue à la requérante 5 000 EUR pour le dommage moral ainsi subi.

(...)

### **C. Intérêts moratoires**

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

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

1. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention;

(...)

3. *Dit* qu'il n'y a pas eu violation de l'article 1 du Protocole n° 1;

(...)

5. *Dit*

- a) que l'Etat défendeur doit verser à la requérante, dans les trois mois à compter du jour où l'arrêt sera devenu définitif conformément à l'article 44 § 2 de la Convention, les sommes suivantes:
  - i. 5 000 EUR (cinq mille euros) pour dommage moral,

(...)

6. *Rejette* la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en français, puis communiqué par écrit le 27 novembre 2007, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Sally Dollé  
Greffière

András Baka  
Président





HAMER v. BELGIUM  
(*Application no. 21861/03*)

SECOND SECTION

JUDGMENT OF 27 NOVEMBER 2007<sup>1</sup>

---

1. Translation; original French. Extracts.



SUMMARY<sup>1</sup>**Unlawfulness recorded and demolition ordered several decades after construction of house without planning permission****Article 6 § 1 of the Convention**

*Applicability – Criminal proceedings – Criminal charge – Proceedings leading to demolition of house built without planning permission – Demolition measure considered to be a penalty – Reasonable time*

**Article 1 of Protocol No. 1**

*Possessions – Unlawfulness recorded and demolition ordered several decades after construction of house without planning permission – Control of the use of property – Knowledge and tolerance by the State of building in issue – Legitimate expectation – Proprietary interest sufficiently great and established – General interest – Proportionality – Wide margin of appreciation – Legitimate aim of environmental protection – Acceptable restrictions on property rights – Fair balance to be struck between individual and collective rights – No provision for regularising building within forested area – Offence not subject to limitation*

\*  
\*   \*

In 1967 the applicant's parents built a holiday home on a plot of land without planning permission. Following the death of the applicant's mother, the deed of partition of the estate with the applicant's father expressly mentioned the existence of the building and was registered by the authorities, who received a registration fee. When the applicant's father died, the notarial deed of distribution expressly mentioned the house as a holiday home and the applicant paid the corresponding inheritance tax. Every year she paid a property tax and a second-residence tax. The partly government-controlled water-supply company connected the house to the mains without any reaction from the authorities. In 1994 the police drew up a report recording that a house had been built without planning permission in a forested area in which no planning permission could be granted. In 1999 the applicant was summoned to appear in court by the prosecutor for maintaining a holiday home that had been built without permission. The Criminal Court acquitted the applicant. In 2002 the Court of Appeal found her guilty of maintaining a house built without planning permission. However, noting that the proceedings had taken longer than was reasonable, it merely pronounced a finding of guilt against the applicant and ordered her to restore the site to its original condition and thus demolish the house. The applicant unsuccessfully appealed on points of law. The Court of Cassation found that the obligation to

---

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

restore the site to its original condition did not constitute a penalty but a civil measure. In 2004 the house was demolished pursuant to an enforcement order.

*Held*

(1) Article 6 § 1: The fact that the Court of Appeal had made a mere finding of guilt against the applicant on account of the fact that the proceedings had been unreasonably lengthy did not deprive her of victim status in so far as the court had also ordered her to restore the site to its original condition. Under Belgian law, the criminal court could order a site to be restored to its original condition on an application by the planning inspector. It was not empowered to take the initiative in this regard and merely reviewed the lawfulness of the measure. Furthermore, since such a measure could be ordered only as a result of a breach of planning law, it was dependent on the outcome of the criminal proceedings. In the present case, the planning inspector's request had arisen out of criminal proceedings instituted against and having very serious consequences for the applicant. Article 6 was therefore applicable under its criminal limb as the demolition measure could be considered a penalty for the purposes of the Convention. Whilst the length of the proceedings on the merits did not in itself appear unreasonable (they had taken a little over three and a half years for three levels of jurisdiction), it had been from the date of the police report noting the unlawful nature of the construction that the applicant had been charged within the meaning of the case-law and that the reasonable time had run. The proceedings had therefore taken between eight and nine years for three levels of jurisdiction, including more than five years at the investigation stage, which, however, had not been particularly complex.

*Conclusion:* violation (unanimously).

(2) Article 1 of Protocol No. 1: The construction in issue had existed for twenty-seven years before the national authorities had recorded the offence. Recording breaches of town and country planning legislation was undeniably the responsibility of the authorities, as was allocating the necessary resources to do so. The Court found that it could even consider that as the relevant taxes on the building in issue had been paid the authorities had been aware of its existence. The authorities had therefore tolerated the situation for twenty-seven years and it had continued for ten years after the offence had been recorded. After such a long period had elapsed, the applicant's proprietary interest in the enjoyment of her holiday home had been sufficiently established and weighty to amount to a substantive interest and accordingly a "possession" that she had a legitimate expectation of being able to continue to enjoy. The interference with the applicant's property, constituted by the demolition of her house by order of the national authorities, had been provided for by law and pursued the aim of controlling the use of property in accordance with the general interest, by bringing the property concerned into conformity with a land-use plan establishing a forested area in which no building could be authorised. Concerning the proportionality of the interference, the Court pointed out that the environment was a valuable cause. Financial imperatives and even certain fundamental rights, such as ownership, should not be afforded priority over environmental-protection considerations, in particular where the State had legislated in that regard. The public authorities therefore assumed a responsibility which should in practice result in their intervention at the appropriate time in order to ensure that the

statutory provisions enacted with the purpose of protecting the environment were not entirely ineffective. The present case concerned rules applicable to town and country planning and environmental protection, areas in which the States enjoyed a wide margin of appreciation. Accordingly, restrictions on property rights were permissible on condition, naturally, that a reasonable balance was struck between the individual and collective interests concerned. The impugned measure had pursued the legitimate aim of protecting a forested area in which no building was permitted. The owners of the holiday home had been able to enjoy it in peace for a total uninterrupted period of thirty-seven years. A very long time had therefore elapsed since the offence had occurred. Furthermore, once the offence had been recorded, after twenty-seven years, the authorities had let another five years go by before prosecuting, thus attaching no urgency to the matter. It was therefore clear that the authorities had known or should have known of the existence of the applicant's house for a long time. However, notwithstanding the provisions of the relevant law, they had failed to take the appropriate action to comply with the law. They had thus contributed to the continuation of a situation which could only be detrimental to the protection of the forested area that the law was meant to protect. However, there was no provision in Belgian law for rendering compliant a building erected in a forested area of that kind. Furthermore, the fact that the applicant had not been the owner of the property when the house had been built and the failure to act on the part of the authorities for a long period of time could not give the applicant the impression that she would not be prosecuted, since the offence was not subject to limitation under Belgian law and the prosecutor could decide to apply the law at any time. Accordingly, no measure other than restoring the site to its original condition had seemed appropriate because of the undeniable interference with the integrity of a forested area in which no building was permitted. For those reasons, the interference had not been disproportionate.

*Conclusion:* no violation (unanimously).

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

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

- James and Others v. the United Kingdom*, 21 February 1986, Series A no. 98  
*Fredin v. Sweden (no. 1)*, 18 February 1991, Series A no. 192  
*A.P., M.P. and T.P. v. Switzerland*, 29 August 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-V  
*Hozee v. the Netherlands*, 22 May 1998, *Reports* 1998-III  
*Iatridis v. Greece* [GC], no. 31107/96, ECHR 1999-II  
*Chassagnou and Others v. France* [GC], nos. 25088/94, 28331/95 and 28443/95, ECHR 1999-III  
*Beyeler v. Italy* [GC], no. 33202/96, ECHR 2000-I  
*Włoch v. Poland*, no. 27785/95, ECHR 2000-XI  
*Zwierzyński v. Poland*, no. 34049/96, ECHR 2001-VI  
*Prince Hans-Adam II of Liechtenstein v. Germany* [GC], no. 42527/98, ECHR 2001-VIII  
*Gratzinger and Gratzingerova v. the Czech Republic (dec.)* [GC], no. 39794/98, ECHR 2002-VII  
*Kyrtatos v. Greece*, no. 41666/98, ECHR 2003-VI

*Fotopoulou v. Greece*, no. 66725/01, 18 November 2004  
*N.A. and Others v. Turkey*, no. 37451/97, ECHR 2005-X

**In the case of Hamer v. Belgium,**

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

András Baka, *President*,

Françoise Tulkens,

Rıza Türmen,

Mindia Ugrekhelidze,

Vladimiro Zagrebelsky,

Antonella Mularoni,

Dragoljub Popović, *judges*,

and Sally Dollé, *Section Registrar*,

Having deliberated in private on 18 September and 6 November 2007,

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

**PROCEDURE**

1. The case originated in an application (no. 21861/03) against the Kingdom of Belgium, lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by a Dutch national, Judith Hamer (“the applicant”), on 3 July 2003.

2. The applicant was represented by Mr C. Raymaekers, a lawyer practising in Antwerp. The Belgian Government (“the Government”) were represented by their Agent, Mr D. Flore, Senior Adviser, Federal Justice Department. Having been informed of their right to participate in the proceedings (Article 36 § 1 of the Convention and Rule 44 § 1 of the Rules of Court), the Government of the Netherlands did not respond.

3. The applicant complained of the unreasonable length of the proceedings instituted against her (Article 6 § 1) for maintaining a holiday home erected without planning permission and illegally felling various trees. She complained further of discrimination in comparison with neighbouring property owners who had not been prosecuted (Articles 6 § 1 and 14 taken together) and of disproportionate interference with her property rights (Article 1 of Protocol No. 1) and her right to respect for her home (Article 8).

4. By a decision of 11 May 2006, a Chamber of the former First Section declared the application admissible. Following reorganisation of the composition of the Sections, the case was allocated to the Second Section.

5. Both the applicant and the Government filed further observations (Rule 59 § 1).

## THE FACTS

### I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

6. The applicant was born in 1955 and lives in Amsterdam.

7. In 1967 her parents built a holiday home without planning permission on land situated in Zutendaal (Belgium). According to the applicant, however, the house was built in 1962.

8. Following her mother's death, a deed of partition was drawn up on 6 January 1986 between the applicant (who, inheriting from her mother, became the remainderman of half of the property) and her father. That deed, which specifically mentions the existence of the building, was registered with the Mortgage Registrar at the Ministry of Finance and a registration fee was paid.

9. The applicant's father died on 21 August 1993 and she became the full and sole owner of the entire property. On inheriting the property, the applicant specifically declared in the notarised deed of distribution that the plot was a holiday home. The deeds were registered with the local authorities and the applicant paid the inheritance tax. From then on, the applicant paid an annual property tax (*précompte immobilier*) and second-residence tax on the holiday home. According to the applicant, it went without saying that her father had also paid the relevant taxes on the house.

10. The applicant carried out renovations on the house costing 50,000 euros (EUR) and had the trees on the adjoining land felled.

11. In 1994 the partly government-controlled Flemish water-supply company carried out works to connect the house to the drainage and water-supply systems. There was no reaction from the local authorities at that time.

12. On 27 January 1994 a report was drawn up by a police officer who noted that trees had been felled on the property in breach of Article 81, paragraph 3, of the Flemish forestry decree of 13 June 1990.

13. On 22 February 1994 a report was drawn up by a police officer who noted that the holiday home had been erected in 1967 without planning permission and that it was located in a forested area in which no such permission could be issued. The report also noted that the exterior and roof of the house had been renovated.

14. On 8 August 1994 the applicant voluntarily reported to the police to make a statement, which was placed on record.

15. By a decision of 11 October 1994, the municipal council (*collège des bourgmestre et échevins*) asked the planning inspector to issue an opinion on any remedial action to be taken. By a letter of 19 June 1995, the planning inspector applied to the public prosecutor for the site to be restored to its original condition.



16. Two reports dated 26 March 1996 and 8 January 1997 mention that the police had sought to question the applicant again but had found it difficult to contact her and that she was temporarily unable to travel for health reasons.

17. At the request of the Tongeren public prosecutor, the applicant was questioned in Amsterdam on 25 March 1997 by a Dutch police officer. A report was drawn up on that occasion.

18. On 18 May 1998 the public prosecutor asked the local police to confirm whether or not the building in issue still existed.

19. A report of 16 June 1998 established that the situation had not changed.

20. The Tongeren public prosecutor issued the applicant with a summons to appear in court on 12 May 1999, firstly, for having maintained a holiday home, erected without planning permission, between 27 January 1994 and 28 April 1999 and, secondly, for having felled approximately fifty pine trees in breach of the above-mentioned Flemish forestry decree. According to the applicant, there were at least four other houses built without permission in the same forested areas, which had neither been the subject of reports establishing that an offence had been committed nor of prosecution.

21. On 25 June 1999 the Tongeren Criminal Court issued an interlocutory judgment *in absentia*, since the applicant had not been duly summoned.

22. On 6 January 2000 she was once again summoned to appear before the Tongeren Criminal Court.

23. On 26 May 2000 that court acquitted the applicant of the above-mentioned charges. It held in particular that after twenty-seven years the applicant could legitimately assume, as could any reasonably prudent citizen, that maintaining the building in issue would no longer constitute an offence. The court further held that it did not have jurisdiction to deal with the planning inspector's application to have the land restored to its original condition. The prosecutor appealed.

24. By a judgment of 6 February 2002, the Antwerp Court of Appeal upheld the judgment in so far as the applicant was acquitted of the charge of felling the trees. However, it found her guilty of maintaining a building erected without planning permission, pursuant to Article 146 of the town and country planning decree of 18 May 1999, and changed the impugned period to between 22 August 1993 and 28 April 1999, having regard to the date on which the applicant's father had died.

25. In her submissions the applicant had alleged a violation of the reasonable-time requirement under Article 6 § 1 of the Convention, considering that the criminal proceedings had been conducted beyond that time-limit and that after such a long period there had been an interference with her rights of defence, in particular since it had been

impossible for her to prove that the house had been built before 1962. She had also criticised the failure of the authorities to act, pointing out that her parents had paid the second-residence tax, that a notarised deed mentioning the building had been registered by the authorities, that she had paid inheritance tax on property that included the building, that extensive infrastructure works had been carried out by a partly government-controlled company with no reaction on the part of the local authorities and that for many years no legal action had been taken. She had also alleged a violation of the principle of protection of the legitimate expectations of citizens and complained of discrimination in comparison with neighbouring property owners.

26. The Court of Appeal found that a deed of partition drawn up in 1986 and signed by the applicant established that the holiday home had been built in 1967 and concurred furthermore with the findings contained in the report drawn up on 22 February 1994. The Court of Appeal considered that the applicant knew or should have known that the building had been erected without planning permission. As a reasonable and prudent citizen, and even taking account of the attitude of the authorities as she had described it, the applicant could not have inferred that the situation was totally legal and that no proceedings would be brought against her. The Court of Appeal found that the applicant had acted most imprudently by proceeding to renovate the premises after the death of her father. It also found that the fact that four other dwellings had also been erected in the same forested area without planning permission and without their owners being prosecuted did not amount to discrimination.

27. With regard, more particularly, to compliance with the reasonable-time requirement, the Court of Appeal found that the length of the criminal proceedings had been unreasonable but that this did not alter the fact that the offence had been established and that the applicant had, since 1994, been liable to prosecution. Considering, firstly, that overrunning the reasonable time did not cause the proceedings to become time-barred and, secondly, that account should be taken of the specific circumstances of the case, and in particular of the fact that the applicant had no criminal record, the Court of Appeal merely pronounced a finding of guilt against the applicant.

28. Referring to the planning inspector's application lodged pursuant to Articles 149 et seq. of the above-mentioned decree of 18 May 1999, which it deemed to be reasonable, the Court of Appeal ordered the applicant to restore the site to its former condition and to demolish the building within one year of the judgment becoming final, with a fine of EUR 125 per day's delay. It also authorised the municipal council or the planning inspector to enforce the order at the expense of

the applicant in the event of non-compliance with the demolition order. The applicant was also ordered to pay the costs and expenses of the proceedings.

29. The applicant appealed on points of law.

30. By a judgment of 7 January 2003, the Court of Cassation dismissed the appeal.

31. On grounds based on a violation of Article 6 § 1 of the Convention, the applicant claimed that the length of the criminal proceedings had been unreasonable and it could therefore be concluded that they were time-barred.

32. The Court of Cassation held that exceeding a reasonable time did not cause criminal proceedings to become time-barred and that, consequently, the Court of Appeal had not been bound to base its decision on that point.

33. The applicant also submitted that, bearing in mind that the Court of Appeal had merely pronounced a finding of guilt against her, she could not be bound to restore the site to its original condition or to pay the costs of the proceedings.

34. The Court of Cassation responded that restoration of the site to its original condition did not constitute a penalty but a civil measure, in the same way as the payment of the full costs of the proceedings at the fixed rate, and that consequently these measures were not inconsistent with a simple finding of guilt.

35. The court also dismissed the ground based on Article 8 of the Convention and Article 1 of Protocol No. 1 whereby the applicant alleged that after a thirty-year period during which they had tolerated the situation, thus creating an apparently lawful situation, the authorities could no longer rely on the public interest to justify interference with the peaceful enjoyment of her property rights and respect for her private life.

36. The Court of Cassation found that the Court of Appeal had held, in its unfettered discretion, that the applicant had been most imprudent in maintaining the house without planning permission, that the measure sought by the planning inspector was reasonable and that, consequently, that ground of appeal was inadmissible.

37. The house was demolished in July 2004 pursuant to an enforcement order. According to an expert, the value of the house at the material time was EUR 62,635. The demolition costs amounted to EUR 3,025.

## II. RELEVANT DOMESTIC LAW AND PRACTICE

38. The Flemish town and country planning decree of 18 May 1999 (which came into force on 1 October 1999) provides as follows.

**“Article 107**

The Flemish Government shall determine the conditions that must be met by an application in order to be considered complete. Where the application concerns works, operations or modifications as referred to in Article 158, the contractor shall mention specifically which works, operations or modifications have been carried out, made or continued without permission and for which of these works, operations or modifications planning permission is being sought.

The Flemish Government may allow joint applications for permission to be made to the local authority under this decree and under the decree of 28 June 1985 concerning environmental permits. The Flemish Government may determine the conditions and procedures for compiling the application file.

...

**CHAPTER I. – Criminal provisions****Section 1. – Penalties****Article 146**

Anyone who

1. carries out, continues or maintains the operations, works or modifications defined in Articles 99 and 101, either without advance permission or in contravention of that permission, or after the expiry, cancellation or lapse of the term of that permission, or where that permission has been suspended

...

shall be liable, on conviction, to a prison sentence of between eight days and five years and a fine of between (EUR 26) and (EUR 400,000) or either of these penalties.

**Article 147**

All the provisions of Book 1 of the Criminal Code, including Chapter VII and Article 85, shall apply to the offences referred to in Article 146.

**Section 2. – Inspection****Article 148**

Without prejudice to the powers of senior police officers and their assistants [*agents et officiers de police judiciaire*], the planning inspectors, the other civil servants appointed by the Flemish Government, and the civil servants of the province and the municipalities of the province appointed by the governor thereof shall be authorised to detect the offences defined in this part and to place them on record. The reports establishing the offences described in this part shall remain valid until any evidence to the contrary is produced.

The senior police officers, their assistants and the civil servants referred to in the first paragraph shall have access to the work site and to the buildings in order to carry out any inspections and draw up any observations as may be necessary.

...

### Section 3. – Remedial measures

#### Article 149

§ 1. In addition to the penalty, and upon the request of the planning inspector or the municipal council of the municipality on whose territory the works, operations or modifications referred to in Article 146 have been carried out, the court shall order that the site be restored to its original condition or that the illegal use cease and/or the execution of any construction or adaptation works and/or payment of a fine equal to the capital gain accrued on the property subsequent to the offence.

The capital gain can no longer be claimed in the following cases:

1. in the event of repetition of an offence that has been made punishable by this decree;
2. in the event of failure to comply with a cessation order;
3. where the offence causes unacceptable planning-related nuisance for neighbours;
4. where the offence constitutes a serious breach of the essential planning requirements for intended use under a spatial development or land-use plan.

The Flemish Government may determine other conditions and procedures in cases in which the capital gain cannot be claimed.

Where the action brought by the planning inspector and that brought by the municipal council do not coincide, the action brought by the first-mentioned shall take priority.

For execution of the remedial measures, the court shall set a time-limit of a maximum of one year and, upon expiry thereof, at the request of the planning inspector or the municipal council, a fine per day's delay in implementing the remedial measure.

§ 2. An action for remedial measures shall be lodged with the prosecutor's office by ordinary letter, on behalf of the Flemish region or the municipal council, by the planning inspectors and officials of the municipal council.

§ 3. Where the action involves an application for construction or adaptation works and/or payment of an amount equal to the capital gain, explicit reasons must be given for that action in terms of town and country planning, compatibility with the immediate environment and the seriousness of the offence.

§ 4. The application shall mention at least the relevant requirements and give a description of the situation prior to the offence. A recent extract from the planning register shall accompany the application.

The Flemish Government may establish additional conditions which must be met by the letter referred to in § 2, first sub-paragraph, and the file accompanying that letter.

§ 5. The court shall determine the amount of the capital gain.

Where the offender is ordered to pay an amount equal to the capital gain, he or she may validly discharge his or her obligations by restoring the site to its original condition or by ceasing the adverse use in the year following the judgment.

The Flemish Government shall determine the method for calculating the amount to be claimed and payment of the capital gain.

**Article 150**

Where an action for remedial measures brought by the civil party on the one hand and the planning inspector or the municipal council on the other do not coincide, the court shall determine the necessary remedial measure that it deems appropriate.

**Article 151**

The planning inspector and the municipal council may also, before the court of first instance, sitting as a civil court, in the jurisdiction in which the works, operations or modifications referred to in Article 146 are wholly or partially carried out, apply for remedial measures as defined in Article 149 § 1. The provisions of Article 149 § 1, second sub-paragraph, §§ 3, 4 and 5 and Article 150 shall also apply.

**Section 4. – Execution of the judgment****Article 152**

The offender shall immediately inform the planning inspector and the municipal council, by registered mail or by delivery against receipt, when the reparation measure imposed has been voluntarily carried out. Following a site inspection, the planning inspector shall immediately draw up a report of his findings.

The planning inspector shall send a copy of the report of his findings to the municipal authority and to the offender.

Unless there is any evidence to the contrary, the report of findings alone shall constitute evidence that the remedial measure has been performed and of the date thereof.

**Article 153**

Where the site is not restored to its original condition, adverse use is not ceased or construction or adaptation works are not carried out within the time-limit set by the court, the decision of the court referred to in Articles 149 and 151 shall order that the planning inspector, the municipal council and, as the case may be, the civil party may proceed to enforce the judgment themselves.

The authority or individual enforcing the judgment or order shall be authorised to sell, transport and remove the materials and objects generated by the restoration of the site to its original condition or the cessation of adverse use.

Any offender still in default shall be bound to indemnify all enforcement costs, less the proceeds from the sale of the materials and items, upon presentation of a statement, issued by the authority referred to in sub-paragraph two, or budgeted and declared enforceable by the civil court judge dealing with attachment of property.

...

**Article 158**

Where the offence referred to in Article 146 does not consist of the carrying out of works or the conduct or continuation of operations or modifications that are in contravention of spatial development or land-use plans or execution of the rules laid down by virtue of this decree or the requirements of a permit to divide into plots, and where either planning permission is subsequently obtained with a view to such works,

operations and modifications, or the site is restored to its original condition and the adverse use is terminated, the planning inspector may reach a settlement with the offender provided that he has paid the amount agreed in settlement within the time-limit set by the planning inspector.

The planning inspector shall not propose a settlement until he has received the prior written agreement of the public prosecutor.

Payment of the amount agreed in settlement brings an end to the criminal proceedings and the right of the authorities to claim compensation.”

39. By a judgment of 3 June 2005, the Court of Cassation reiterated in the following terms the scope of the powers of control of the courts and tribunals where an application is brought before them based on Article 149 of the decree of 18 May 1999:

“Article 149 § 1, first sub-paragraph, as amended, of the decree must be read in the context of Article 159 of the Constitution, according to which the courts and tribunals do not apply administrative measures which are not in conformity with the law; ... According to that last provision, it is a matter for the court to assess the formal and substantive legality of the application referred to in Article 149 as amended and to ascertain whether it is in conformity with the law or whether it is founded on an abuse or misuse of powers; ... More particularly, the court must ascertain whether the authority’s decision to seek a particular remedial measure has been taken for the sole purpose of proper town and country planning; ... If it appears that the application is founded on grounds that are unrelated to town and country planning or a clearly unreasonable view of proper town and country planning, the court shall not allow the application; ... It is not a matter for the court, however, to assess the appropriateness of the measure sought; the court must allow the remedial measure sought if it is in conformity with the law.”

40. On 13 September 2005 the Court of Cassation held in another judgment that “the court must order the site to be restored to its original condition whenever that proves necessary for the purposes of eradicating the consequences of the offence”.

41. Article 12 of the royal decree of 28 December 1972 concerning the design and implementation of draft regional plans and regional plans defines forested areas as follows:

“Forested areas are areas that are wooded or that are to be planted for the purposes of commercial exploitation. They may incorporate buildings that are necessary for such exploitation and for monitoring the timber, as well as hunting and fishing shelters, provided that the latter cannot be used as a residence, even on a temporary basis. Reconversion into an agricultural zone shall be allowed in accordance with the provisions of Article 35 of the Rural Code relating to the demarcation of agricultural and forested zones.”

42. Section 65 of the Town and Country Planning Act of 29 March 1962 provides:

“1. In addition to the penalty, the court shall order, at the request of the delegated civil servant or the municipal council, but with their mutual agreement in the cases referred to in (b) and (c),

- (a) either restoration of the site to its original condition
- (b) or landscaping or development works
- (c) or payment of an amount representing the capital gain accrued on the property subsequent to the offence;

...”

43. By a judgment of 26 November 2003 (no. 154/2003), the Administrative Jurisdiction and Procedure Court (*Cour d'arbitrage*) considered that, although of a civil nature, a remedial measure is a matter of public policy and is, in certain respects, an ancillary penalty which cannot be dissociated from the criminal penalty; in fact, this measure is an extension of the criminal penalty because it is intended – beyond the criminal conviction – to prevent the continuation of a situation perpetuating the offence. The case-law of the Court of Cassation conflicts with that (judgments of 8 September 1998 and 16 January 2003).

44. The Law of 17 April 1878 contains the preliminary part of the Code of Criminal Procedure. A new section 21 *ter*, which came into force on 12 December 2000, is worded as follows:

“If the length of the criminal proceedings should exceed a reasonable time, the judge may make a simple finding of guilt or impose a penalty lower than the minimum penalty provided for by law.

If the judge makes a simple finding of guilt, the guilty party shall be ordered to pay costs and, as appropriate, to perform restitution. A special confiscation order shall be made.”

45. In relation to the prosecution of town and country planning offences, the Government have produced statistics covering the years 1998-2003. For the Flemish region alone, these statistics establish that, on average, 2,580 reports are drawn up every year and that 251 judgments ordering restoration were issued in 1998 (out of 453 decisions), 141 in 1999 (out of 329), 183 in 2000 (out of 328), 105 in 2001 (out of 193), 76 in 2002 (out of 129) and 131 in 2003 (out of 264).

## THE LAW

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

46. The applicant complained that the reasonable time had been exceeded. She pointed out that even though the house had been built in 1967 at the latest, that she had inherited it in 1993 and that the report recording the offence had been drawn up in 1994, she had not been convicted until 2002. She considered that, once the Court of Appeal had found that the reasonable period had been exceeded in the instant case, it



should have concluded that the criminal proceedings were time-barred. She submitted further that the order to restore the site to its original condition and to pay the costs of the proceedings was inconsistent with a mere finding of guilt against her. She relied on Article 6 § 1 of the Convention, the relevant parts of which read as follows:

“In the determination of ... any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair ... hearing within a reasonable time, by [a] ... tribunal ...”

47. According to the Government, the restoration of the site to its original condition did not constitute a penalty but a measure to remedy the damage done to the environment, since it could be ordered both by the criminal and the civil courts in accordance with Article 151 of the decree of 18 May 1999. It did not involve penalising the owner of the site maintained, but rather preventing the continuation of an offence. The measure was fully justified in order to protect the public interest and to remedy environmental damage. The strictly remedial scope of an order to demolish an unlawful building had moreover been confirmed by the case-law of the Court itself, notably in *Saliba v. Malta* (no. 4521/02, 8 November 2005). It was a civil measure, not a criminal penalty.

48. The Government contended that a mere finding of guilt without any penalty constituted, having regard to the Court’s case-law, an acceptable consequence of the finding that the reasonable time had been exceeded. Reparation of loss incurred as a result of the time-limit having been exceeded could not preclude reparation of the loss arising, for the general interest, out of acts constituting an offence.

49. The Government considered that the length of the proceedings had no bearing on the lawfulness of a building under the town and country planning requirements laid down in the general interest. The applicant had been prosecuted for maintaining an unlawful building, which constituted a continuing offence not subject to limitation. For such time as the offence continued without the building being demolished, the remedial measure could not be excluded by way of compensation for loss incurred as a result of the reasonable time having been exceeded. It should also be pointed out that even if the domestic court had, by way of a penalty for exceeding the reasonable time, declared the proceedings inadmissible, there would have been nothing to prevent the planning inspector or the municipal council from applying for demolition in the civil courts.

50. The applicant challenged that argument. She claimed that the Belgian courts had acknowledged that the reasonable time had been exceeded but that this overrunning had not been sufficiently compensated by that finding in so far as she had been ordered to demolish her holiday home on pain of a fine. She explained that, being in no doubt as to the lawfulness of the building, she had incurred

considerable renovation costs and had been obliged to pay substantial sums of money to ensure that the site was restored to its original condition. Having regard to the criminal nature of the principal offence and to the seriousness of the measure imposed for the offender, the impugned measure did in fact constitute a penalty. The applicant considered furthermore that the judgment was contradictory in so far as it made a mere finding of guilt as regards the offence of maintaining an unlawful building, yet also ordered her to restore the site to its original condition. The measure was not a remedial one because in this particular case no damage had been done to the landscape since the house was not visible and the authorities had tolerated the building for more than thirty years.

51. The Court considers it necessary in the first place to single out the following facts for particular consideration.

52. As regards the offence of maintaining a building erected without planning permission, the Court of Appeal, bearing in mind that the reasonable time under Article 6 of the Convention had been exceeded, made a mere finding of guilt against the applicant under Article 21 *ter* of the Code of Criminal Procedure. According to that provision, the court may, if the reasonable time has been exceeded, make a simple finding of guilt or impose a penalty lower than the minimum penalty provided for by law.

53. In addition, the Court of Appeal ordered the applicant to restore the site to its former condition and accordingly to demolish the impugned building.

54. This “remedial measure”, consisting of restoring the site to its original condition, is provided for in Article 149 of the decree of 18 May 1999 (see paragraph 38 above), which stipulates that in addition to the “penalty” the criminal court shall order the site to be restored to its original condition upon an application by the planning inspector. The court is not empowered to take the initiative in this regard (it cannot therefore order the measure of its own motion); it can review the lawfulness of the measure but not the appropriateness. Furthermore, the measure may only be ordered as a result of a contravention of planning law and is therefore dependent on the outcome of the criminal proceedings.

55. In the instant case, although the Court of Appeal had held that the reasonable time within the meaning of Article 6 of the Convention had been exceeded, it drew no conclusion from that as regards the remedial measure for which the competent planning inspector had applied to the public prosecutor in June 1995, and ordered the demolition of the house in issue.

56. The Government alleged that there was no provision in Article 21 *ter* of the Code of Criminal Procedure for the “remedial measure”, which

was of a strictly civil nature and was not dependent upon the outcome of criminal proceedings in the event that the reasonable time was exceeded.

57. The Court notes that, even assuming that the measure falls under the civil head of Article 6, it is nonetheless subject to the reasonable-time requirement. It notes further that the classification of the remedial measure in domestic law is the subject of conflicting legal theory and case-law (see, in particular, the judgments of the Court of Cassation of 8 September 1998 and 16 January 2003, according to which it is not a penalty but a civil measure, and the ruling of the Administrative Jurisdiction and Procedure Court of 26 November 2003, according to which, although civil, the measure cannot be dissociated from the criminal proceedings – paragraph 43 above). In the present case the planning inspector’s application arose out of criminal proceedings brought against and having very serious consequences for the applicant.

58. In its decision on admissibility of 11 May 2006, the Court concluded, having regard to the fact that the reasonable time had been exceeded, that the fact that the Court of Appeal had merely pronounced a finding of guilt against the applicant did not deprive the applicant of her status as victim because she had simultaneously been ordered to restore the site to its original condition.

59. The Court reiterates that the concept of a “criminal charge” within the meaning of Article 6 is an autonomous one. In earlier case-law, the Court has established that there are three criteria to be taken into account when it is being decided whether a person was “charged with a criminal offence” for the purposes of Article 6. These are the classification of the offence under national law, the nature of the offence, and the degree of severity of the penalty that the person concerned risked incurring (see, among other authorities, *A.P., M.P. and T.P. v. Switzerland*, 29 August 1997, § 39, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-V).

60. Having regard to the foregoing considerations, the Court considers that the demolition measure can be regarded as a “penalty” for the purposes of the Convention.

61. Although the length of the proceedings on the merits (a little over three and a half years for three levels of jurisdiction between May 1999 and January 2003) does not in itself appear to be unreasonable, the police report recording the unlawful nature of the building dates from February 1994. It is on the basis of that finding that the continuing offence consisting of maintaining a building erected without planning permission was established and the applicant was subject to criminal proceedings and thus charged within the meaning of the case-law. Therefore, the reasonable time commenced as of the date of that report (see *Hozee v. the Netherlands*, 22 May 1998, § 43, *Reports* 1998-III, and *Wloch v. Poland*, no. 27785/95, § 144, ECHR 2000-XI). Considered as a whole, the proceedings therefore lasted between eight and nine years for three

levels of jurisdiction, including more than five years at the investigation stage, which, however, was not particularly complex.

62. Furthermore, the Court sees no evidence to show that at any stage of the proceedings the applicant hindered the smooth running of the investigation. In these circumstances, the Court cannot deem a period of more than five years merely for the investigation phase to be reasonable.

63. There has therefore been a violation of Article 6 § 1 of the Convention.

...

### III. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 1 OF PROTOCOL No. 1

71. The applicant complained of a violation of her property rights guaranteed by Article 1 of Protocol No. 1:

“Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.

The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties.”

72. According to the Government, the local authorities do not inspect all inheritance deeds or monitor all tax returns or requests to be connected to the water-supply system for the purposes of checking whether the buildings in question had planning permission. Moreover, to make buildings erected without planning permission immune from taxation would be tantamount to encouraging this kind of offence. The water-supply companies were not empowered to check the lawfulness of the buildings that they connected to their network. Furthermore, the registration information provided by the applicant dated back to 1993-94, the time when the first record of offence was drawn up. The building ban covering the applicant’s land in no way constituted expropriation since she retained her full property rights. In addition, the States Parties were able to control the use of property for reasons of town and country planning affecting the general interest, and equip themselves with effective tools to ensure the pertinence of any measures thus adopted. Such tools included demolition and the restoration to their original condition of sites on which buildings had been erected in breach of legislation requiring planning permission. It had to be borne in mind that the applicant’s house could not be rendered compliant as it had been built in a forested area in which no building was allowed. Admittedly, the applicant had received no compensation in this particular case but it was in full knowledge of the facts that her father had built the house in an area in which no building was permitted. Unlike the case of *Öneriyıldız v. Turkey*

([GC], no. 48939/99, ECHR 2004-XII), there was no uncertainty in Belgian law as to the legal status of the house in issue. Furthermore, the Belgian State could not be accused of negligence. In the instant case, the applicant's situation had not been the subject of any disclosure that could have led to any assumption of tolerance on the part of the authorities.

73. The Government indicated that the aim of the interference arising out of a demolition order made on the basis of town and country planning legislation was to protect the environment. That was a legitimate aim, in accordance with the general interest for the purposes of the second paragraph of Article 1 of Protocol No. 1, as the Court had already affirmed in *Pine Valley Developments Ltd and Others v. Ireland* (29 November 1991, § 57, Series A no. 222). The applicant could not claim any legitimate expectation on the basis of the age of the building. She had inherited a property which was in contravention of the law and had immediately carried out acts which themselves required planning permission, without making any attempt to apply for that permission or to ascertain whether or not the building could be made compliant. She could not therefore claim any tolerance on the part of third parties that had prejudiced her own rights. The measure complained of was therefore in no way disproportionate.

74. According to the applicant, the Belgian authorities had to be deemed to have been aware of the existence of the building, notably because between 1994 and 2005 she had paid second-residence tax on it in addition to property tax and because various documents referring to the building had been registered. The Government, which had taken no action in relation to this house for over thirty years, could not rely on their poor organisation. The general interest required coherent, clear and rapid action on the part of the authorities. The circumstances of the case demonstrated that they had waived their right to take action in the instant case. Accordingly, it must be held that they could not suddenly go back on their decision without breaching the principle of the legitimate expectations of citizens. The enforced demolition had therefore constituted a disproportionate interference with the applicant's property rights.

75. The Court reiterates its case-law according to which the concept of "possessions" in the first part of Article 1 of Protocol No. 1 has an autonomous meaning which is not limited to ownership of physical goods and is independent from the formal classification in domestic law. The issue that needs to be examined is whether the circumstances of the case, considered as a whole, conferred on the applicant title to a substantive interest protected by Article 1 of Protocol No. 1 (see, *mutatis mutandis*, *Zwierzynski v. Poland*, no. 34049/96, § 63, ECHR 2001-VI). Certain other rights and interests constituting assets can also be regarded as "property rights", and thus as "possessions" for the purposes of this provision (see *Iatridis v. Greece* [GC], no. 31107/96, § 54, ECHR 1999-II, and *Beyeler v. Italy* [GC], no. 33202/96, § 100, ECHR 2000-I). "Possessions" can be "existing

possessions” or assets, including claims, in respect of which the applicant can argue that he has at least a reasonable and “legitimate expectation” of obtaining effective enjoyment of a property right (see, for example, *Prince Hans-Adam II of Liechtenstein v. Germany* [GC], no. 42527/98, § 83, ECHR 2001-VIII, and *Gratzinger and Gratzingerova v. the Czech Republic* (dec.) [GC], no. 39794/98, § 69, ECHR 2002-VII).

76. In the instant case, the impugned building had been in existence for twenty-seven years before the domestic authorities recorded the offence. Recording breaches of the town and country planning legislation and allocating the necessary resources to do so is undeniably the responsibility of the authorities. The authorities could even be considered to have been aware of the existence of the building in issue since the applicant had paid taxes on the building, just as her father had done before her. In this regard, the Belgian State cannot properly rely on its internal organisation and a distinction between the town and country planning authorities and the tax authorities. It must therefore be considered that the authorities tolerated the situation for twenty-seven years (1967-94) and continued to tolerate it for ten years after the offence had been established (1994-2004, the year in which the house was demolished). After such a long period had elapsed, the applicant’s proprietary interest in the enjoyment of her holiday home had been sufficiently established and weighty to amount to a substantive interest and therefore a “possession” within the meaning of the rule expressed in Article 1 of Protocol No. 1. Furthermore, the applicant had a “legitimate expectation” of being able to continue to enjoy that possession.

77. The Court observes that the applicant’s house was demolished on the orders of the domestic authorities. This was undeniably an interference with the applicant’s “possession”. That interference was in accordance with the law (the decree of 18 May 1999). It was also intended to control the use of property in accordance with the general interest since it involved bringing the property into conformity with a land-use plan establishing a forested zone in which no building was permitted. The debate therefore centres on the proportionality of this interference. In this regard, the Court must ascertain whether a fair balance was struck between the demands of the general interest and the requirements of the protection of the individual’s fundamental rights. The search for this balance is reflected in the structure of Article 1 as a whole, and therefore also in the second paragraph thereof: there must be a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim pursued (see *Chassagnou and Others v. France* [GC], nos. 25088/94, 28331/95 and 28443/95, § 75, ECHR 1999-III). The requisite balance will be upset if the person concerned has had to bear “an individual and excessive burden” (see, in particular, *James and Others v. the United Kingdom*, 21 February 1986, § 50, Series A no. 98).

78. The Court notes that this case concerns rules applicable to town and country planning and environmental protection, areas in which the States enjoy a wide margin of appreciation.

79. It reiterates that while none of the Articles of the Convention is specifically designed to provide general protection of the environment as such (see *Kyrtatos v. Greece*, no. 41666/98, § 52, ECHR 2003-VI), in today's society the protection of the environment is an increasingly important consideration (see *Fredin v. Sweden (no. 1)*, 18 February 1991, § 48, Series A no. 192). The environment is a cause whose defence arouses the constant and sustained interest of the public, and consequently the public authorities. Financial imperatives and even certain fundamental rights, such as ownership, should not be afforded priority over environmental protection considerations, in particular when the State has legislated in this regard. The public authorities therefore assume a responsibility which should in practice result in their intervention at the appropriate time in order to ensure that the statutory provisions enacted with the purpose of protecting the environment are not entirely ineffective.

80. Thus, restrictions on property rights may be allowed on condition, naturally, that a fair balance is maintained between the individual and collective interests concerned (see, *mutatis mutandis*, *Fotopoulou v. Greece*, no. 66725/01, 18 November 2004).

81. The Court therefore has no doubt as to the legitimacy of the aim pursued by the impugned measure: the protection of a forested area in which no building is permitted.

82. It remains to be determined whether the benefit for proper town and country planning and protection of the forested area in which the applicant's house was located can be considered proportionate to the inconvenience caused to her. In this regard, various factors must be taken into consideration.

83. Firstly, the Court notes that a great deal of time had elapsed since the offence occurred. The applicant, and her father before her, had had peaceful and uninterrupted enjoyment of the holiday home for a total of thirty-seven years. The deed of partition drawn up on 6 January 1986 between the applicant and her father had been registered with the Mortgage Registrar at the Ministry of Finance and a registration fee had been paid (see paragraph 8 above). On the death of the applicant's father in 1993, the notarised deed of distribution specifically referred to the house as a holiday home and the applicant paid the inheritance tax. Since then, the applicant had been paying an annual property tax and second-residence tax on the house (see paragraph 9 above). The water-supply company carried out works to connect the house to the water and drainage system with no reaction from the authorities (see paragraph 11 above). Furthermore, when the offence was established, after twenty-seven years, the authorities then allowed a further five years to elapse before instituting

criminal proceedings, thus treating the matter with no particular urgency. It is therefore clear that the authorities knew or should have known of the existence of the applicant's house for a long time. However, notwithstanding the provisions of the relevant legislation, they failed to take the appropriate action to ensure compliance. They thus contributed to the continuation of a situation which could only be detrimental to the protection of the forested area which that legislation sought to protect.

84. The Court observes, secondly, that Articles 107 and 158 of the decree of 18 May 1999, taken together, make general provision for an application to be made to render compliant a building without planning permission. However, the provisions of Article 158 clearly indicate that a building erected in contravention of a land-use plan (see paragraph 38 above) cannot be rendered compliant. The applicant's house was located in a forested area and, under Article 12 of the royal decree of 28 December 1972, that area could incorporate only buildings necessary for the exploitation and monitoring of the timber, as well as hunting and fishing shelters, provided that the latter could not be used as a residence, even on a temporary basis (see paragraph 41 above).

85. In addition, the fact that the applicant had not been the owner of the property when the house was built and that the authorities had failed to react for a protracted period of time could not give the applicant the impression that proceedings could not be brought against her, since under Belgian law the offence was not subject to limitation and the public prosecutor could decide to apply the law at any time.

86. Lastly, the Court cannot see what measure other than restoration of the site could have been sought by the planning inspector in this particular case, particularly as none of the measures set out in Article 149 § 1 of the decree of 18 May 1999 (order to cease all adverse use, order to carry out building works, payment of the capital gain acquired by the property subsequent to the contravention – see paragraph 38 above) appeared appropriate in the particular circumstances of the case, which concerned an undeniable interference with the integrity of a forested area in which no building was permitted.

87. As a secondary consideration, the Court distinguishes this case from the “Turkish coast” cases (see, among many others, *N.A. and Others v. Turkey*, no. 37451/97, ECHR 2005-X). In those cases, the applicants' property had been registered in the land register and the parties concerned had obtained from the Ministry of Culture and Tourism a tourist-investment certificate with a view to building a hotel on the land, and the State Planning Agency had awarded them an investment-incentive certificate with a view to building the hotel. Those cases did not therefore involve the merely implicit consent of the authorities, as in the instant case, where the house in issue had been erected without permission by the applicant's parents.



88. All the above leads the Court to conclude that the applicant has not suffered disproportionate interference with her property rights.

89. Accordingly, there has been no violation of Article 1 of Protocol No. 1.

...

## V. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

94. Under Article 41 of the Convention,

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

### A. Damage

95. The applicant submitted that she had incurred considerable pecuniary damage. Since the property in issue had been in existence for twenty-seven years without having been subject to any measures, she had undertaken restoration of the land and house in good faith and invested considerably in it. When she had inherited the house from her father, it had been in poor condition; she had decided to renovate it, being in no doubt as to its lawfulness. She had thus incurred damage of 62,635 euros (EUR) for the loss of the house, EUR 43,865.46 for the investments made and EUR 3,025 for the demolition costs.

96. The applicant considered that she had also suffered non-pecuniary damage, which she quantified *ex aequo et bono* at EUR 25,000. Firstly, she had been deprived of the holidays and periods of rest that she used to take at her second home. Furthermore, since it was the only thing that she had inherited from her father, in her view the house had been of particular value.

97. The Government considered that the amount indicated by the applicant as representing the market value of her property was unrealistic. In their view, the house was worthless on the property market. Articles 141 and 142 of the decree of 18 May 1999 imposed an obligation, upon the sale of any immovable property, to inform the buyer of the existence of planning permission. Since she would have been unable to produce evidence of such permission, the applicant would not have been able to find a buyer. Her house had not thus added any value to the land, of which, moreover, she had not been dispossessed. Her claim in respect of pecuniary damage should therefore be dismissed.

98. The Government left the matter of non-pecuniary damage to the Court’s discretion.

99. The Court points out that the violation found relates to the fact that the reasonable time was exceeded. It does not however see any causal link between that violation and the alleged pecuniary damage. It therefore dismisses this head of the claim.

100. As to non-pecuniary damage, the Court considers that the unreasonable length of the investigation in issue caused prolonged uncertainty as to the fate of the house. This situation of uncertainty justifies an award of compensation. Ruling on an equitable basis, as required by Article 41, the Court awards the applicant EUR 5,000 for the non-pecuniary damage thus incurred.

...

### **C. Default interest**

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

## **FOR THESE REASONS, THE COURT UNANIMOUSLY**

1. *Holds* that there has been a violation of Article 6 § 1 of the Convention;

...

3. *Holds* that there has been no violation of Article 1 of Protocol No. 1;

...

5. *Holds*

(a) that the respondent State is to pay the applicant, within three months from the date on which the judgment becomes final, in accordance with Article 44 § 2 of the Convention, the following amounts:

(i) EUR 5,000 (five thousand euros) in respect of non-pecuniary damage;

...

6. *Dismisses* the remainder of the applicant's claim for just satisfaction.

Done in French, and notified in writing on 27 November 2007, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Sally Dollé  
Registrar

András Baka  
President

DICKSON v. THE UNITED KINGDOM  
*(Application no. 44362/04)*

GRAND CHAMBER

JUDGMENT OF 4 DECEMBER 2007<sup>1</sup>

---

1. Judgment delivered by the Grand Chamber following referral of the case in accordance with Article 43 of the Convention.



SUMMARY<sup>1</sup>**Refusal to grant artificial insemination facilities to prisoner****Article 8**

*Applicability – Private life – Family life – Positive obligations – Refusal to grant artificial insemination facilities to prisoner – Convention rights retained on imprisonment – Artificial insemination applicants’ only realistic hope of having a child together – Rehabilitative aim of imprisonment – State’s obligation to ensure effective protection of children – Failure to strike a fair balance between competing public and private interests – No European consensus – Margin of appreciation – Proportionality – Inordinately high burden of proof placed on a prisoner requesting artificial insemination facilities – No proportionality assessment of a restriction in an individual case*

\*  
\*   \*

The applicants were a married couple who had met through a prison correspondence network while serving prison sentences. The husband was convicted of murder and was not scheduled for release before 2009. He had no children. His wife had completed her sentence and had three children from other relationships. The applicants requested artificial insemination facilities to enable them to have a child together, arguing that this would not otherwise be possible, given the husband’s earliest release date (2009) and his wife’s age (she was born in 1958). The Secretary of State refused their application, explaining that under his general policy requests for artificial insemination by prisoners could only be granted in “exceptional circumstances”. The grounds given for refusal were that the applicants’ relationship had never been tested in the normal environment of daily life, that insufficient provision had been made for the welfare of any child that might be conceived, that mother and child would have had only a limited support network, and that the child’s father would not be present for an important part of her or his childhood. It was also considered that there would be legitimate public concern that the punitive and deterrent elements of the first applicant’s sentence were being circumvented if he were allowed to father a child by artificial insemination while in prison. The applicants appealed unsuccessfully.

*Held*

Article 8: Article 8 was applicable in that the refusal of artificial insemination facilities concerned the applicants’ private and family lives, which notion incorporated the right to respect for their decision to become genetic parents. Convention rights were retained on imprisonment, so that any restriction had to be justified, either on the grounds that it was a necessary and inevitable consequence of imprisonment or that there was an adequate link between the

---

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

restriction and the prisoner's circumstances. A restriction could not be based solely on what would offend public opinion. The core issue was whether a fair balance had been struck between the competing public and private interests. As to the applicants' interests, it was accepted domestically that artificial insemination remained the applicants' only realistic hope of having a child together, given the wife's age and the husband's release date. It was evident that this was a matter of vital importance to them. While the inability to beget a child was a consequence of imprisonment, it was not an inevitable one as it had not been suggested that the grant of artificial insemination facilities would have involved any security issues or imposed any significant administrative or financial demands on the State. As to the question of public confidence in the prison system, while accepting that punishment remained one of the aims of imprisonment, the Court underlined the evolution in European penal policy towards the increasing relative importance of the rehabilitative aim of imprisonment, particularly towards the end of a long prison sentence. Lastly, although the State had obligations to ensure the effective protection of children, that could not go so far as to prevent parents from attempting to conceive in circumstances like those in the applicants' case, especially as the wife was at liberty and could have taken care of any child conceived until her husband was released. While the Court had expressed its approval for the evolution in several European countries towards conjugal visits, which could obviate the need for artificial insemination facilities, it had not yet interpreted the Convention as requiring Contracting States to make provision for such visits. In this area the Contracting States could therefore enjoy a wide margin of appreciation. Nevertheless, the policy as applied by the Secretary of State excluded any real weighing of the competing individual and public interests and prevented the required assessment of the proportionality of a restriction in any individual case. In particular, it placed an inordinately high "exceptionality" burden on applicants for artificial insemination, as they had to demonstrate both that the deprivation of artificial insemination facilities might prevent conception altogether and that the circumstances of their case were "exceptional" within the meaning of certain criteria. The policy thus set the threshold so high that it did not allow a balancing of the competing interests or an assessment of the proportionality of the restriction by the Secretary of State or the domestic courts. Nor did it appear that such a balancing exercise or assessment of proportionality had been carried out when the policy was originally fixed. The fact that only a few persons might be affected by it made no difference here. The absence of such an assessment had to be seen as falling outside any acceptable margin of appreciation so that a fair balance had not been struck between the competing public and private interests involved.

Conclusion: violation (twelve votes to five).

Article 41: The Court made an award in respect of non-pecuniary damage.

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

*E.L.H. and P.B.H. v. the United Kingdom*, nos. 32094/96 and 32568/96, Commission decision of 22 October 1997, Decisions and Reports 91-A

*L.C.B. v. the United Kingdom*, 9 June 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-III

*Osman v. the United Kingdom*, 28 October 1998, *Reports* 1998-VIII

*Smith and Grady v. the United Kingdom*, nos. 33985/96 and 33986/96, ECHR 1999-VI  
*Z and Others v. the United Kingdom* [GC], no. 29392/95, ECHR 2001-V  
*Kalashnikov v. Russia* (dec.), no. 47095/99, ECHR 2001-XI  
*Odièvre v. France* [GC], no. 42326/98, ECHR 2003-III  
*Aliev v. Ukraine*, no. 41220/98, 29 April 2003  
*Hirst v. the United Kingdom (no. 2)* [GC], no. 74025/01, ECHR 2005-IX  
*Evans v. the United Kingdom* [GC], no. 6339/05, ECHR 2007-I





**In the case of Dickson v. the United Kingdom,**

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

Christos Rozakis, *President*,  
Luzius Wildhaber,  
Nicolas Bratza,  
Boštjan M. Zupančič,  
Peer Lorenzen,  
Françoise Tulkens,  
Ireneu Cabral Barreto,  
Corneliu Bîrsan,  
Karel Jungwiert,  
John Hedigan,  
András Baka,  
Snejana Botoucharova,  
Antonella Mularoni,  
Alvina Gyulumyan,  
Khanlar Hajiyev,  
Egbert Myjer,  
Isabelle Berro-Lefèvre, *judges*,  
and Vincent Berger, *Jurisconsult*,

Having deliberated in private on 10 January and 17 October 2007,

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

**PROCEDURE**

1. The case originated in an application (no. 44362/04) against the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by two British nationals, Kirk and Lorraine Dickson, husband and wife (“the applicants”), on 23 November 2004.

2. The applicants, who were granted legal aid, were represented by Mr E. Abrahamson, a solicitor practising in Liverpool. The United Kingdom Government (“the Government”) were represented by their Agent, Mr J. Grainger, of the Foreign and Commonwealth Office.

3. The applicants complained about the refusal of access to artificial insemination facilities, which they argued breached their rights under Articles 8 and/or 12 of the Convention.

4. The application was allocated to the Fourth Section of the Court (Rule 52 § 1 of the Rules of Court). Within that Section, the Chamber that would consider the case (Article 27 § 1 of the Convention) was

constituted as provided in Rule 26 § 1. On 8 March 2005 the Court decided to communicate the application to the Government and (pursuant to Article 29 § 3 of the Convention) to examine the merits of the application at the same time as its admissibility. On 18 April 2006 a Chamber of that Section composed of Josep Casadevall, President, Nicolas Bratza, Giovanni Bonello, Rait Maruste, Stanislav Pavlovski, Lech Garlicki and Javier Borrego Borrego, judges, unanimously declared the application admissible and, by four votes to three, held that there had been no violation of Articles 8 or 12 of the Convention. A concurring opinion of Judge Bonello, a joint dissenting opinion of Judges Casadevall and Garlicki as well as a dissenting opinion of Judge Borrego Borrego were appended to the judgment.

5. On 13 September 2006 a panel of the Grand Chamber granted the applicants' request to refer the case to the Grand Chamber in accordance with Article 43 of the Convention.

6. The composition of the Grand Chamber was determined according to the provisions of Article 27 §§ 2 and 3 of the Convention and Rule 24.

7. The applicants and the Government each filed observations on the merits.

8. A hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 10 January 2007 (Rule 59 § 3).

There appeared before the Court:

(a) *for the Government*

Mr J. GRAINGER,  
Mr D. PERRY QC,  
Mr A. DODSWORTH,

*Agent,  
Counsel,  
Adviser;*

(b) *for the applicants*

Mr E. ABRAHAMSON,  
Ms F. KRAUSE,

*Solicitor,  
Counsel.*

The Court heard addresses by Mr Perry and Ms Krause.

## THE FACTS

### I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

9. The applicants were born in 1972 and 1958 respectively. The first applicant is in prison and the second applicant lives in Hull.

10. In 1994 the first applicant was convicted of murder (kicking a drunken man to death) and sentenced to life imprisonment with a tariff of fifteen years. His earliest expected release date is 2009. He has no children.

11. In 1999 he met the second applicant, while she was also imprisoned, through a prison pen-pal network. She has since been released. In 2001 the applicants married. The second applicant already had three children from other relationships.

12. Since the applicants wished to have a child, in October 2001 the first applicant applied for facilities for artificial insemination. In December 2002 the second applicant joined this application. They relied on the length of their relationship and the fact that, given the first applicant's earliest release date and the second applicant's age, it was unlikely that they would be able to have a child together without the use of artificial insemination facilities.

13. In a letter dated 28 May 2003 the Secretary of State refused their application. He first set out his general policy ("the Policy"):

"Requests for artificial insemination by prisoners are carefully considered on individual merit and will only be granted in exceptional circumstances. In reaching decisions particular attention is given to the following general considerations:

- whether the provision of artificial insemination facilities is the only means by which conception is likely to occur
- whether the prisoner's expected day of release is neither so near that delay would not be excessive nor so distant that he/she would be unable to assume the responsibilities of a parent
- whether both parties want the procedure and the medical authorities both inside and outside the prison are satisfied that the couple are medically fit to proceed with artificial insemination
- whether the couple were in a well established and stable relationship prior to imprisonment which is likely to subsist after the prisoner's release
- whether there is any evidence to suggest that the couple's domestic circumstances and the arrangements for the welfare of the child are satisfactory, including the length of time for which the child might expect to be without a father or mother
- whether having regard to the prisoner's history, antecedents and other relevant factors there is evidence to suggest that it would not be in the public interest to provide artificial insemination facilities in a particular case."

He then gave his reasons for refusal in the present case:

"... the Home Secretary has had particular regard to the likely age of your wife at the time that you will become eligible for release. Your wife will be 51 years of age at the earliest possible date of release and therefore the likelihood of her being able to conceive naturally is small. It is noted that Mrs Dickson has three children from an earlier relationship. In the light of your wife's age, the Minister has looked with very great care at both you and your wife's circumstances, ...

The Minister has noted that you and your wife are in full agreement about your wish to conceive artificially. He also recognises the commitment which you and your wife have shown to one another. However, he notes that your relationship was established while you were in prison and has therefore yet to be tested in the normal environment of daily life. A reasoned and objective assessment cannot be made as to whether your relationship will subsist after your release.

Further he is concerned that there seems to be insufficient provision in place to provide independently for the material welfare of any child which may be conceived. In addition, there seems to be little in the way of an immediate support network in place for the mother and any child which may be conceived. It also remains a matter of deep concern that any child which might be conceived would be without the presence of a father for an important part of his or her childhood years.

While recognising the progress which you have made in addressing your offending behaviour, the constructive use that you have made of your time in prison in preparation for your release and your good prison behaviour, the Minister nevertheless notes the violent circumstances of the crime for which you were sentenced to life imprisonment. It is considered that there would be legitimate public concern that the punitive and deterrent elements of your sentence of imprisonment were being circumvented if you were allowed to father a child by artificial insemination while in prison.”

14. The applicants sought leave to apply for judicial review of the Secretary of State’s decision. On 29 July 2003 the High Court refused leave on the papers. The applicants renewed their application and on 5 September 2003 leave was again refused after an oral hearing. On 13 October 2003 the applicants introduced an application to this Court and it was declared inadmissible on 15 December 2003 on the basis that they had failed to exhaust domestic remedies (application no. 34127/03). The applicants then applied to the Court of Appeal for leave to appeal.

15. On 30 September 2004 their application was unanimously rejected by the Court of Appeal. Auld LJ relied in principle on the judgment of the Court of Appeal in *R (Mellor) v. Secretary of State for the Home Department* [2001] 3 WLR 533. He pointed to the similarity of the arguments put by the applicants in the present case and in the *Mellor* case. Auld LJ relied on the conclusion of Lord Phillips, Master of the Rolls, in the *Mellor* case (see paragraphs 23-26 below) and commented:

“... Lord Phillips clearly had in mind, and he set it out in the course of his judgment, the provisions of Article 8.2 of the Convention setting out various matters that may justify interference with the right to respect for private and family life, including the protection of health or morals and the protection of the rights and freedom of others. It seems to me that concern, not only for the public attitude to the exercise by prisoners of certain rights in prison which they would take for granted outside, and concern for the rights of a putative child in the upbringing it would receive depending on the circumstances and the length of the imprisonment involved, are highly relevant circumstances for the purposes of Article 8.2 ...

Accordingly, in my view, it is not open to [the applicants] to seek to re-open the validity of the Secretary of State’s policy which this court has held in *Mellor* is rational

and otherwise lawful. As Lord Phillips made clear in his judgment in that case, although the starting point of the policy is that deprivation of facilities for artificial insemination may prevent conception altogether, the finishing point is whether there are exceptional circumstances for not applying the policy ...”

He then noted that on occasions the Secretary of State had “dis-applied” the Policy when the circumstances had merited it: he referred to a letter from the Treasury Solicitor to the applicants which apparently demonstrated this fact and pointed out that counsel for the Secretary of State had informed the court that there had been other such instances.

16. Auld LJ then applied the Policy to the present case:

“To the extent that [the applicants have] suggested that [the] Secretary of State has irrationally misapplied his own policy to the circumstances, or has otherwise acted disproportionately in applying it, I would reject the suggestion. There is no basis for saying that the Secretary of State’s approach can be equated, as [the applicants] suggested, with the extinction of a fundamental right. It was a weighing of the starting point of the policy against the other considerations for which the policy itself provided, an exercise of discretion and proportionality in respect of which, in my view, the Secretary of State cannot be faulted on the circumstances as presented to him.”

17. The other judges also relied on the judgment in *Mellor*. Mance LJ said the following:

“The case of *Mellor* is also clear authority that considerations and potential consequences of public interest over and above a narrow view of the requirements of good order and security in prison can play a role in a decision whether or not to permit such artificial insemination ... I note that, in addition to the European authorities specifically mentioned in paragraph 42 by Lord Phillips, the Commission, in its decision in *Draper v. the United Kingdom* [no. 8186/78, Commission’s report of 10 July 1980, DR 24, pp. 81-82, §§ 61-62], also recognised the potential relevance of more general considerations of public interest.”

18. On 19 December 2006 the first applicant was transferred to the open side of another prison as a Category D prisoner. In principle, he was eligible for unescorted home leave after six months should he retain his Category D status (Rule 9 of the Prison Rules 1999, as implemented by Chapter 4.3 – “Temporary Release for Life Sentence Prisoners” – of Prison Service Order 6300).

## II. RELEVANT DOMESTIC AND INTERNATIONAL LAW AND PRACTICE

### A. Prison Rules

19. The Secretary of State is empowered to make rules for the management of prisons by section 47 of the Prison Act 1952, the relevant parts of which provide as follows:

“The Secretary of State may make rules for the regulation and management of prisons ... and for the classification, treatment, employment, discipline and control of persons required to be detained therein ...”

20. The relevant rules are the Prison Rules 1999 (SI 1999 No. 728). Rule 4 provides as follows:

“Outside Contacts

(1) Special attention shall be paid to the maintenance of such relationships between a prisoner and his family as are desirable in the best interests of both.

(2) A prisoner shall be encouraged and assisted to establish and maintain such relations with persons and agencies outside prison as may, in the opinion of the governor, best promote the interests of his family and his own social rehabilitation.”

***B. R (Mellor) v. Secretary of State for the Home Department [2001] 3 WLR 533***

21. The Policy was challenged by a Mr Mellor, a prisoner serving a life sentence for murder. He was 29 years of age at the time his case came before the Court of Appeal with a minimum of 3 years’ imprisonment to serve. His wife was 25 years old. At his earliest release she would have been 28. He and his wife had been refused artificial insemination facilities: it was considered that there was nothing exceptional about their case.

22. They sought leave to apply for judicial review of the Policy itself, rather than its application to their case, arguing that it was an unjustified interference with their Article 8 rights. They distinguished the Policy from that concerning conjugal visits: the latter gave rise to pragmatic (security) concerns whereas artificial insemination did not. The government argued that the Policy was justified in that (a) it was an explicit consequence of imprisonment that prisoners should not have the opportunity to found a family; (b) there would likely be serious and justified public concern if prisoners continued to have the opportunity to conceive children while in prison; and (c) it was undesirable, as a general rule, for children to be brought up in single-parent families. The High Court refused leave and the applicants appealed.

23. The Court of Appeal (Lord Phillips delivering the main judgment) noted that the Secretary of State’s decision pre-dated the incorporation of the Convention into English law and continued:

“It is, however, his contention that English domestic law has at all times accorded with the Convention. Nor has he challenged the appellant’s case that the requirements of the Convention provide a touchstone for judging the rationality of his decision and the policy pursuant to which it was reached. This is a sensible approach for what matters to the appellant is the extent of his rights today and the Secretary of State is also principally concerned with whether his policy complies with the provisions of the Convention, which now forms part of our law. In the light of this approach I propose first to consider the Strasbourg jurisprudence, then the relevant English domestic law

before turning to consider whether the decision of the Secretary of State is in conflict with either.”

24. Having examined relevant Commission jurisprudence (no. 6564/74, Commission decision of 21 May 1975, Decisions and Reports (DR) 2, p. 105; no. 8166/78, Commission decision of 3 October 1978, DR 13, p. 241; *Hamer v. the United Kingdom*, no. 7114/75, Commission’s report of 13 December 1979, DR 24, p. 5; *Draper v. the United Kingdom*, no. 8186/78, Commission’s report of 10 July 1980, DR 24, p. 72; and *E.L.H. and P.B.H. v. the United Kingdom*, nos. 32094/96 and 32568/96, Commission decision of 22 October 1997, DR 91-A, p. 61), Lord Phillips summarised five Convention principles he considered thereby established:

“(i) The qualifications on the right to respect for family life that are recognised by Article 8(2) apply equally to the Article 12 rights.

(ii) Imprisonment is incompatible with the exercise of conjugal rights and consequently involves an interference with the right to respect for family life under Article 8 and with the right to found a family under Article 12.

(iii) This restriction is ordinarily justifiable under the provisions of Article 8(2).

(iv) In exceptional circumstances it may be necessary to relax the imposition of detention in order to avoid a disproportionate interference with a human right.

(v) There is no case which indicates that a prisoner is entitled to assert the right to found a family by the provision of semen for the purpose of artificially inseminating his wife.”

25. Lord Phillips went on to approve the reasons given to justify the restriction of artificial insemination facilities to exceptional circumstances.

As to the first justification, he agreed that the deprivation of the right to conceive was part and parcel of imprisonment and, indeed, that that statement did no more than restate the Policy in that it indicated that it was a “deliberate policy that the deprivation of liberty should ordinarily deprive the prisoner of the opportunity to beget children”.

On the second justification, he considered that there would likely be serious and justified public concern if prisoners continued to have the opportunity to conceive children while in prison. Lord Phillips agreed that public perception was a legitimate element of penal policy:

“Penal sanctions are imposed, in part, to exact retribution for wrongdoing. If there were no system of penal sanctions, members of the public would be likely to take the law into their own hands. In my judgment it is legitimate to have regard to public perception when considering the characteristics of a penal system. ... A policy which accorded to prisoners in general the right to beget children by artificial insemination would, I believe, raise difficult ethical questions and give rise to legitimate public concern. ... When considering the question of whether, in the ordinary course, prisoners should be

accorded the facility to beget children while imprisoned I consider it legitimate to have regard to all the consequences of that particular policy option.”

As regards the third justification which concerned the alleged disadvantage of single-parent families, he commented:

“I consider it legitimate, and indeed desirable, that the State should consider the implications of children being brought up in those circumstances when deciding whether or not to have a general policy of facilitating the artificial insemination of the wives of prisoners or of wives who are themselves prisoners.”

26. Lord Phillips then concluded:

“For those reasons [the Mellors] failed to make out [the] case that the [Policy] ... is irrational. [The Mellors] accepted that there were in this case no exceptional circumstances, and [they were] right to do so. It follows that the question of whether each of the six general considerations set out in [the Secretary of State’s] letter is one to which it is rational to have regard, when looking for exceptional circumstances, does not arise. I would simply observe that it seems to me rational that the normal starting point should be a need to demonstrate that, if facilities for artificial insemination are not provided, the founding of a family may not merely be delayed, but prevented altogether.

For these reasons ... the refusal to permit the appellant the facilities to provide semen for the artificial insemination of his wife was neither in breach of the Convention, unlawful nor irrational. It follows that I would dismiss the appeal.”

### **C. Procedure for artificial insemination in prisons**

27. Responsibility for making artificial insemination arrangements is with the health-care department in the relevant prison in consultation with the local primary care trust. Since the level of health-care provision varies from prison to prison, it will therefore be a matter for local decision as to whether the collection of sperm would be overseen by staff at the prison or whether it would be necessary for an outside professional to attend for this purpose. The prisoner would be expected to meet any costs incurred.

### **D. The objectives of a prison sentence**

28. Criminologists have referred to the various functions traditionally assigned to punishment, including retribution, prevention, protection of the public and rehabilitation. However, in recent years there has been a trend towards placing more emphasis on rehabilitation, as demonstrated notably by the Council of Europe’s legal instruments. While rehabilitation was recognised as a means of preventing recidivism, more recently and more positively it constitutes rather the idea of re-socialisation through the fostering of personal responsibility. This objective is reinforced by the development of the “progression principle”: in the course of serving a



sentence, a prisoner should move progressively through the prison system thereby moving from the early days of a sentence, when the emphasis may be on punishment and retribution, to the latter stages, when the emphasis should be on preparation for release.

*1. Relevant international human rights' instruments*

29. Article 10(3) of the International Covenant on Civil and Political Rights (“the ICCPR”) provides that the “penitentiary system shall comprise treatment of prisoners the essential aim of which shall be their reformation and social rehabilitation”. The General Comment of the Human Rights Committee on Article 10 further states that “no penitentiary system should be only retributory; it should essentially seek the reformation and social rehabilitation of the prisoner”.

30. The United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners (1957) contains specific provisions on sentenced prisoners, including the following guiding principles:

“57. Imprisonment and other measures which result in cutting off an offender from the outside world are afflictive by the very fact of taking from the person the right of self-determination by depriving him of his liberty. Therefore the prison system shall not, except as incidental to justifiable segregation or the maintenance of discipline, aggravate the suffering inherent in such a situation.

58. The purpose and justification of a sentence of imprisonment or a similar measure deprivative of liberty is ultimately to protect society against crime. This end can only be achieved if the period of imprisonment is used to ensure, so far as possible, that upon his return to society the offender is not only willing but able to lead a law-abiding and self-supporting life.

59. To this end, the institution should utilise all the remedial, educational, moral, spiritual and other forces and forms of assistance which are appropriate and available, and should seek to apply them according to the individual treatment needs of the prisoners.”

*2. European Prison Rules 1987 and 2006*

31. The European Prison Rules are recommendations of the Committee of Ministers to member States of the Council of Europe as to the minimum standards to be applied in prisons. States are encouraged to be guided in legislation and policies by those rules and to ensure wide dissemination of the Rules to their judicial authorities as well as to prison staff and inmates.

The 1987 version of the European Prison Rules (“the 1987 Rules”) notes, as its third basic principle, that:

“The purposes of the treatment of persons in custody shall be such as to sustain their health and self-respect and, so far as the length of sentence permits, to develop their

sense of responsibility and encourage those attitudes and skills that will assist them to return to society with the best chance of leading law-abiding and self-supporting lives after their release.”

The latest version of those Rules adopted in 2006 (“the 2006 Rules”) replaces this above-cited principle with three principles:

“Rule 2: Persons deprived of their liberty retain all rights that are not lawfully taken away by the decision sentencing them or remanding them in custody.

...

Rule 5: Life in prison shall approximate as closely as possible the positive aspects of life in the community.

Rule 6: All detention shall be managed so as to facilitate the reintegration into free society of persons who have been deprived of their liberty.”

The commentary on the 2006 Rules (prepared by the European Committee on Crime Problems – “the CDPC”) noted that Rule 2 emphasises that the loss of the right to liberty should not lead to an assumption that prisoners automatically lose other political, civil, social, economic and cultural rights: in fact restrictions should be as few as possible. Rule 5, the commentary observes, underlines the positive aspects of normalisation recognising that, while life in prison can never be the same as life in a free society, active steps should be taken to make conditions in prison as close to normal life as possible. The commentary further states that Rule 6 “recognises that prisoners, both untried and sentenced, will eventually return to the community and that prison life has to be organised with this in mind”.

32. The first section of Part VIII of the 2006 Rules is entitled “Objective of the regime for sentenced prisoners” and provides, *inter alia*:

“102.1 In addition to the rules that apply to all prisoners, the regime for sentenced prisoners shall be designed to enable them to lead a responsible and crime-free life.

102.2 Imprisonment is by the deprivation of liberty a punishment in itself and therefore the regime for sentenced prisoners shall not aggravate the suffering inherent in imprisonment.”

In these respects, the CDPC commentary explains that Rule 102:

“... states the objectives of the regime for prisoners in simple, positive terms. The emphasis is on measures and programmes for sentenced prisoners that will encourage and develop individual responsibility rather than focussing narrowly on the prevention of recidivism. ...

The new Rule is in line with the requirements of key international instruments including Article 10(3) of the [ICCPR], ... However, unlike the ICCPR, the formulation here deliberately avoids the use of the term, “rehabilitation”, which carries with it the connotation of forced treatment. Instead, it highlights the importance of providing

sentenced prisoners, who often come from socially deprived backgrounds, the opportunity to develop in a way that will enable them to choose to lead law-abiding lives. In this regard Rule 102 follows the same approach as Rule 58 of the United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners.”

33. Rule 105.1 of the 2006 Rules provides that a systematic programme of work shall seek to contribute to meeting the objective of the prison regime. Rule 106.1 provides that a systematic programme of education, with the objective of improving prisoners’ overall level of education, as well as the prospects of leading a responsible and crime-free life, shall be a key part of regimes for sentenced prisoners. Finally, Rule 107.1 requires that the release of sentenced prisoners should be accompanied by special programmes enabling them to make the transition to a law-abiding life in the community.

34. The reason for the evolution towards the 2006 Rules can be understood through two Committee of Ministers recommendations, both of which address the rehabilitative dimension of prison sentences.

35. The preamble to Recommendation (2003)23 on the management by prison administrations of life-sentence and other long-term prisoners provides that:

“ ... the enforcement of custodial sentences requires striking a balance between the objectives of ensuring security, good order and discipline in penal institutions, on the one hand, and providing prisoners with decent living conditions, active regimes and constructive preparations for release, on the other;”

The aims of the management of long-term prisoners in paragraph 2 of the Recommendation included the following:

- to ensure that prisons are safe and secure places for these prisoners ...;
- to counteract the damaging effects of life and long-term imprisonment;
- to increase and improve the possibilities of these prisoners to be successfully resettled and to lead a law-abiding life following their release.”

The recommendation also outlined five linked principles (paragraphs 3-8) for the management of long-term prisoners:

- account to be taken of the personal characteristics of prisoners (individualisation principle);
- prison life to be arranged so as to approximate as closely as possible to the realities of life in the community (normalisation principle);
- the opportunity to be accorded to exercise personal responsibility in daily prison life (responsibility principle);
- a clear distinction should be made between the risks posed by life and long-term prisoners to themselves, to the external community, to other prisoners and to those working or visiting the prison (security and safety principle);

- prisoners should not be segregated on the basis of their sentence (non-segregation principle); and
- the planning of an individual prisoner’s long-term sentence should aim at securing progressive movement through the prison system (progression principle).

The Recommendation also specifies (at paragraph 10) use of the progression principle to ensure progressive movement through the prison system “from more to less restrictive conditions with, ideally, a final phase spent under open conditions, preferably in the community”. There should also be participation in prison activities that “increase the chances of a successful resettlement after release” and conditions and supervision measures that are “conducive to a law-abiding life and adjustment in the community after conditional release”.

36. The second relevant Committee of Ministers’ recommendation is Recommendation (2003)22 on conditional release (parole). The fifth paragraph of the preamble considers that “research has shown that detention often has adverse effects and fails to rehabilitate offenders”. The Recommendation outlines (paragraph 8) the following measures to reduce recidivism, by the imposition of individualised conditions such as:

- “– the payment of compensation or the making of reparation to victims;
- entering into treatment for drug or alcohol misuse or any other treatable condition manifestly associated with the commission of crime;
- working or following some other approved occupational activity, for instance, education or vocational training;
- participation in personal development programmes; and
- a prohibition on residing in, or visiting, certain places.”

## THE LAW

### I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLES 8 AND 12 OF THE CONVENTION

37. The applicants complained about the refusal of artificial insemination facilities, arguing that that refusal breached their right to respect for their private and family life guaranteed by Article 8. The relevant parts of that Article read as follows:

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

38. They also complained that that refusal breached their right to found a family under 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 that right.”

### **A. The Chamber judgment**

39. While the Chamber confirmed that persons continued to enjoy all Convention rights following conviction except the right to liberty, it also noted that any prison sentence has some effect on the normal incidents of liberty and inevitably entailed limitations and controls on the exercise of Convention rights. The fact of such control was not, in principle, incompatible with the Convention but the key issue was whether the nature and extent of that control was compatible.

40. As to whether the impugned restriction constituted an interference with the applicants’ right to respect for their private and family lives (the State’s negative obligations) or a failure by the State to fulfil a positive obligation in those respects, the Chamber considered that the impugned restriction concerned the State’s refusal to take steps to allow something not already an existing general entitlement. Accordingly, the case concerned a complaint about the State’s failure to fulfil a positive obligation to secure the applicants’ rights.

41. The requirements of the notion of “respect” for private and family life in Article 8 were not clear cut, especially as far as the positive obligations inherent in that concept were concerned, and varied considerably from case to case having regard notably to the diversity of situations obtaining in Contracting States and the choices which had to be made in terms of a State’s priorities and resources. These considerations were of particular relevance in the present case, where the issues raised touched on an area where there was little consensus amongst the member States of the Council of Europe. Accordingly, this was an area in which the Contracting States enjoyed a wide margin of appreciation.

42. As to the fair balance that had to be struck between the interests of the community and those of the individual in determining the existence and scope of any positive obligation, the Chamber first examined the Policy in general. It considered its two principal aims to be legitimate: the maintenance of public confidence in the penal system and the welfare of any child conceived and, therefore, the general interests of society as a whole. The Chamber attached particular importance to the fact that it did not operate as a blanket ban but rather allowed consideration of the circumstances of each application for artificial insemination facilities on the basis of domestic criteria considered to be neither arbitrary nor

unreasonable and which related to the underlying legitimate aims of the Policy. The Chamber rejected the suggestion that domestic consideration was merely theoretical or illusory, as the unchallenged evidence was that artificial insemination facilities had been granted in certain cases in the past.

43. Finally, and as to the application of the Policy in the applicants' case, the Chamber had regard to the difficult situation in which the applicants found themselves. However it noted that careful consideration had been given by the Secretary of State to their circumstances, that the decision had then been examined in detail by the High Court and the Court of Appeal, and that those courts had found that not only was the Policy rational and lawful but that its application in their circumstances was neither unreasonable nor disproportionate.

44. Having regard to the wide margin of appreciation afforded to the national authorities, the Chamber went on to find that it had not been shown that the decision to refuse the applicants facilities for artificial insemination was arbitrary or unreasonable or that it had failed to strike a fair balance between the competing interests so that there was no appearance of a failure to respect the applicants' rights to their private and family life and, consequently, no violation of Article 8 of the Convention.

45. For the same reasons, the Chamber found that there had been equally no violation of Article 12 of the Convention.

## **B. The applicants' submissions**

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

46. The applicants disputed the reasoning and conclusions of the Chamber, relying rather on the dissenting opinions of Judges Casadevall, Garlicki and Borrego Borrego. The jurisprudence cited by the Government was mainly that of the former Commission, and was neither indicative of current trends nor referred directly to the point. Since the matter was free of precedent, the Grand Chamber was free to rule.

47. They noted that the Government had, before the Chamber and initially before the Grand Chamber, maintained that the aim of the restriction was punishment. If that was indeed the aim, it did not make sense to admit of any exceptions to the Policy: logically the Policy should not have any application to, for example, post-tariff prisoners detained on the basis of future risk – but it did. The Policy thereby discriminated between a life-sentence prisoner admitted to open conditions and those who were not so admitted; and there was no link between the offence and the punishment: while the refusal of facilities for artificial insemination to

a person convicted of offences against children could be coherent, the broad refusal apart from in exceptional cases was arbitrary.

48. However, before the Grand Chamber, the Government mainly emphasised that the Policy was a necessary consequence of imprisonment: apart from being a highly subjective view, refusing artificial insemination facilities was not consequential to detention as there were simply no security or other physical or financial barriers. The Chamber's failure to deal with both of those issues undermined its judgment.

49. This punitive aim, implying as it did that prisoners' fundamental rights were the exception rather than the norm, was not compatible with the Convention. Only the right to liberty was automatically removed by a sentence of imprisonment. A State had to justify the limitation of any other rights. The starting-point of the Policy was therefore wrong and should be reversed: the Policy should be that prisoners had a right to procreate unless there were compelling reasons against. This inversed structure prevented any real assessment of each individual case: it was necessary to show that, but for artificial insemination, conception would be impossible and, thereafter, exceptional circumstances had to be demonstrated. The odds were thereby so stacked against the grant of facilities that there was no real individual assessment and the result was a foregone conclusion so that the Policy amounted to a blanket ban.

50. The applicants maintained that the burden placed on the State by the requested facilities was so minimal (allowing something to take place with minimal regulation) that the distinction between positive and negative obligations had no useful application. If one had to choose, they argued that a refusal of artificial insemination facilities constituted an interference with a right to beget children (negative obligation). The suggestion that it had to be analysed as a positive obligation presupposed that the aim of imprisonment and of the Policy was punishment so that, as noted above, one lost one's fundamental rights (including the right to beget children) on imprisonment as part of that punishment. Once it was accepted that a prisoner retained his Convention rights on imprisonment and was simply requesting a procedure to facilitate one of those rights, that request had to be analysed in the negative obligation context. Even if an onerous burden on the State could be analysed in the positive obligation context, there was evidently none and the Government did not argue that there was: the applicants would have paid any costs and there was no burden on security or facilities except for access to the prison by an approved visitor to take away the sample.

51. As to the margin of appreciation to be applied and the trend towards conjugal visits, the applicants pointed out that they were asking for something less onerous and, if there was no consensus about artificial

insemination facilities, this was because such facilities were not necessary in those countries where conjugal visits were granted. The Court could not hide behind the margin it felt should be accorded in the present case. On the contrary, the refusal was based on a Policy which had never been subjected to parliamentary consideration and which allowed for no real proportionality examination domestically: the margin of appreciation had no role to play in such circumstances. Rather, this Court had to step into the shoes of the domestic decision-makers and make its own determination of where the balance of interests lay.

52. As to the considerable justification necessary for the refusal of artificial insemination facilities, the applicants maintained that neither the Policy, nor its application in their case, was adequate.

53. The punitive aim was, for reasons noted above, not coherent or logical. As regards the argument that the inability to beget children was a direct consequence of imprisonment, the applicants argued above that the burden on the State would be minimal.

54. The social factors (interests of the putative child and of society) said to underlie the Policy were not contemplated by the second paragraph of Article 8. The concept of the wider public interest was vague, ill-defined and there was, in any event, no evidence that providing the requested facilities would undermine public confidence in the penal system. The suggestion that the best interests of the child were relevant to the grant of facilities was offensive, inappropriate, paternalistic and unconvincing: it was the thin edge of the wedge as regards judging who should become parents and who should be born (Codd, “Regulating Reproduction: Prisoners’ Families, Artificial Insemination and Human Rights” [2006] EHRLR 1); it was inconsistent with the principle of rehabilitation; it was unconvincing and injurious to assume that being raised by a single parent was necessarily not in the child’s best interests; and the interests of the child as a justification was specious as it suggested that the only way to protect that child’s interest was to ensure it was never born. These arguments were also insulting to single parents and, indeed, against domestic legal developments which minimised this factor in its jurisprudence in other non-prisoner artificial insemination cases (*R v. Blood* [1997] 2 WLR 806 and the Human Fertilisation and Embryology (Deceased Fathers) Act 2003). This effectively put the burden on the parent to prove that he or she could be a good parent (including financially). In any event, the domestic body competent to make decisions regarding human fertilisation was the Human Fertilisation and Embryology Authority which should have been competent to determine if the applicants were suitable candidates for artificial insemination.

55. As to the application of the Policy to them, the applicants underlined that a refusal of artificial insemination facilities would extinguish their right to found a family (given the first applicant’s



sentence and the second applicant's age). They disputed the Secretary of State's conclusion that there was insufficient financial provision for any child conceived: the second applicant would not be dependent on State benefits (she owned a property worth 200,000 pounds sterling (GBP), was following a course in counselling and, on qualification, would be able to command an hourly rate of GBP 30). It was unfair to state that their relationship had not been tested: the strength of any relationship (prisoner or other) was uncertain, there was no link between imprisonment and dissolution of relationships and, indeed, the first applicant's imprisonment had not weakened their relationship. In any event, this latter argument was circuitous as it could automatically negate any request for artificial insemination facilities from such long-term prisoners. It was equally unjust and circular to argue that the first applicant would be initially absent: long-term absence was a necessary starting-point to apply for the requested facilities (artificial insemination being the only means of conception) but at the same time it meant artificial insemination could not be granted (given the consequent separation from any child conceived). It did not make sense that their marriage was accepted as rehabilitative and to be supported by the system but that the right to procreate was not.

56. Finally, even if the Policy had some application, in the present case unjustifiably, to the first applicant, the same could not be said of the second applicant who was not in prison, a point with which the Court of Appeal, the Government and the Chamber had failed to grapple. She initially maintained that, since she was not a prisoner, the Policy could have no application to her so there were no competing rights which could override hers. However, before the Grand Chamber she accepted that her position could not be considered entirely independently of the first applicant's and that her rights could not trump all others: however she maintained that she should have the right to beget a child with her husband unless there were exceptional reasons against that (for example, if the father was a convicted child murderer). However she was prevented from doing so by a blanket and unconvincing Policy, which had even less relevance to her as a non-prisoner. The extinguishment of her Article 8 rights required a particularly robust justification.

## *2. Article 12 of the Convention*

57. Whereas the applicants had accepted before the Chamber that a conclusion of no violation under Article 8 would lead to the same conclusion under Article 12 of the Convention, they maintained before the Grand Chamber that the complaints under Articles 8 and 12 were separate and should be examined as such.

### C. The Government's submissions

#### 1. Article 8 of the Convention

58. The Government relied on the Chamber's judgment and argued, for the reasons given in that judgment and by the Court of Appeal, that there had been no violation of Article 8 of the Convention.

While the Chamber recognised the "well established" principle that, liberty apart, prisoners continued to enjoy all Convention rights including the right to respect for private and family life (see *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)* [GC], no. 74025/01, ECHR 2005-IX), it had also accepted that imprisonment inevitably and necessarily involved some limitation on an individual's rights. The Chamber had also accepted that the case concerned the fulfilment of a positive obligation to which a wide margin of appreciation applied and that, in the overall balancing of individual and public interests required, the public legitimate aims were the maintenance of public confidence in the penal system and the interests of any child conceived and, thus, those of society as a whole. The Policy, and its application in the applicants' case, was not disproportionate to those aims.

59. The Chamber judgment was consistent with the Court's case-law (see, notably, *Golder v. the United Kingdom*, 21 February 1975, § 45, Series A no. 18) and with that of the Commission (referred to by the Court of Appeal – see paragraph 24 above – in the above-mentioned *Mellor* case). The Chamber judgment and that of the Court of Appeal in the above-mentioned *Mellor* case were also consistent. Finally, the Chamber judgment mirrored the justification given by the Court of Appeal for the Policy and its application in the present case.

60. The Government further maintained that the Policy was consistent with the Convention.

It was not a blanket policy but one that enabled the examination of the merits of each case taking into account Convention principles. The statistics demonstrated that the individual assessment was genuine: 28 applications for artificial insemination facilities had been made since 1996, 12 were not pursued, 1 was withdrawn as the relationship had broken down, 1 applicant was released on parole and 2 were pending. Of the remaining 12 applications, 3 were granted and 9 were refused.

The Policy's justification was to be found in three principles: losing the opportunity to beget children was part and parcel of the deprivation of liberty and an ordinary consequence of imprisonment; public confidence in the prison system were to be undermined if the punitive and deterrent elements of a sentence would be circumvented by allowing prisoners to conceive children (in that latter context, the nature and gravity of the crime was relevant); and the inevitable

absence of one parent, including that parent's financial and other support, for a long period would have negative consequences for the child and for society as a whole. This latter point was indeed a complex and controversial one, underlining why the State authorities were best placed to make this assessment. It was legitimate that the State considered implications for any children conceived so that one of the aims of the Policy was to limit the grant of artificial insemination facilities to those who could reasonably be expected to be released into a stable family setting and play a parental role. Indeed, the State had an obligation to ensure effective protection and the moral and material welfare of children.

61. Accordingly, the starting-point was that artificial insemination facilities would be granted in exceptional circumstances, namely when its refusal would prevent the founding of a family altogether and, thereafter, the authorities would take into account other factors determinative of exceptionality. That starting-point was, in the Government's view, a reasonable one. It would be frequently the case that the refusal of artificial insemination facilities would not affect rights guaranteed by Article 8. This would be the case, for example, where a child was conceived in whose life the father would, as a consequence of his imprisonment, have no real involvement, the mere right to procreate not being a Convention right. It would only be in unusual circumstances that the duration of imprisonment would, without artificial insemination, prevent a prisoner from having children after his release. While the Government recognised that rehabilitation was a fundamental and important aspect of imprisonment, the Policy took account of all relevant elements.

62. Moreover, the Policy was correctly applied in the present case, the authorities having identified the relevant factors and struck a fair balance. That the applicants would not otherwise be able to conceive was outweighed by the reasons relied upon by the Secretary of State: the lack of an established relationship; the first applicant's long absence from the life of any child; insufficient material provision foreseen for the child and little by way of a support network for the second applicant; and legitimate public concern that the punitive and deterrent elements of a sentence would be circumvented if the first applicant (convicted of a violent murder) was allowed to father a child. The interests taken into account included those of the second applicant, including her wish to have a child with the first applicant: however, the fact was that her position was linked to that of the first applicant and, if her interests were to be the decisive factor, the State would be left with no discretion whatsoever.

63. Finally, the Government maintained that they should be afforded a wide margin of appreciation – the case involving as it did a claim that the State should take positive steps to circumvent the otherwise inevitable

consequences of imprisonment to assist the parties to conceive – in an area of social policy where difficult choices had to be made between the rights of an individual and the needs of society. As explained above, this was not a blanket policy and there did not appear to be any European consensus in favour of the provision of facilities for artificial insemination of prisoners.

## 2. *Article 12 of the Convention*

64. The Government relied on the Chamber judgment and maintained that there was no violation of Article 8 so that there could equally be no violation of Article 12 of the Convention.

## **D. The Court’s assessment of the complaint under Article 8 of the Convention**

### 1. *Applicability of Article 8*

65. The restriction in issue in the present case concerned the refusal to the applicants of facilities for artificial insemination. The parties did not dispute the applicability of Article 8, although before the Grand Chamber the Government appeared to suggest that Article 8 might not apply in certain circumstances: where, for example, a prisoner’s sentence was so long that there was no expectation of ever “taking part” in the life of any child conceived and Article 8 did not guarantee a right to procreate.

66. The Court considers that Article 8 is applicable to the applicants’ complaints in that the refusal of artificial insemination facilities concerned their private and family lives, which notions incorporate the right to respect for their decision to become genetic parents (see *E.L.H. and P.B.H. v. the United Kingdom*, nos. 32094/96 and 32568/96, Commission decision of 22 October 1997, DR 91-A, p. 61; *Kalashnikov v. Russia* (dec.), no. 47095/99, ECHR 2001-XI; *Aliev v. Ukraine*, no. 41220/98, § 187-89, 29 April 2003; and *Evans v. the United Kingdom* [GC], no. 6339/05, § 71-72, ECHR 2007-I).

### 2. *Relevant general principles*

67. The Court notes the above-mentioned *Hirst* judgment, which concerned a legislative restriction on prisoners’ right to vote:

“69. In this case, the Court would begin by underlining that prisoners in general continue to enjoy all the fundamental rights and freedoms guaranteed under the Convention save for the right to liberty, where lawfully imposed detention expressly falls within the scope of Article 5 of the Convention. For example, prisoners may not be ill-treated, subjected to inhuman or degrading punishment or conditions contrary to Article 3 of the Convention (see, among many authorities, *Kalashnikov v. Russia*,

no. 47095/99, ECHR 2002-VI; *Van der Ven v. the Netherlands*, no. 50901/99, ECHR 2003-II); they continue to enjoy the right to respect for family life (*Ploski v. Poland*, no. 26761/95, judgment of 12 November 2002; *X. v. the United Kingdom*, no. 9054/80, Commission decision of 8 October 1982, DR 30, p. 113), the right to freedom of expression (*Yankov v. Bulgaria*, no. 39084/97, §§ 126-145, ECHR 2003-XII, *T. v. the United Kingdom*, no. 8231/78, Commission report of 12 October 1983, DR 49, p. 5, §§ 44-84), the right to practise their religion (*Poltoratskiy v. Ukraine*, no. 38812/97, §§ 167-171, ECHR 2003-V), the right of effective access to a lawyer or to court for the purposes of Article 6 (*Campbell and Fell v. the United Kingdom*, judgment of 28 June 1984, Series A, no. 80; *Golder v. the United Kingdom*, judgment of 21 February 1975, Series A, no. 18), the right to respect for correspondence (*Silver and Others v. the United Kingdom*, judgment of 25 March 1983, Series A no. 61) and the right to marry (*Hamer v. the United Kingdom*, no. 7114/75, Commission report of 13 December 1979, DR 24, p. 5; *Draper v. the United Kingdom*, no. 8186/78, Commission report of 10 July 1980, DR 24, p. 72). Any restrictions on these other rights require to be justified, although such justification may well be found in the considerations of security, in particular the prevention of crime and disorder, which inevitably flow from the circumstances of imprisonment (see, for example, *Silver*, cited above, §§ 99-105, where broad restrictions on the right of prisoners to correspond fell foul of Article 8 but stopping of specific letters, containing threats or other objectionable references were justifiable in the interests of the prevention of disorder or crime).

70. There is, therefore, no question that a prisoner forfeits his Convention rights merely because of his status as a person detained following conviction. Nor is there any place under the Convention system, where tolerance and broadmindedness are the acknowledged hallmarks of democratic society, for automatic disenfranchisement based purely on what might offend public opinion.

71. This standard of tolerance does not prevent a democratic society from taking steps to protect itself against activities intended to destroy the rights or freedoms set forth in the Convention. Article 3 of Protocol No. 1, which enshrines the individual's capacity to influence the composition of the law-making power, does not therefore exclude that restrictions on electoral rights are imposed on an individual who has, for example, seriously abused a public position or whose conduct threatened to undermine the rule of law or democratic foundations (see, for example, no. 6573/74, cited above; and, *mutatis mutandis*, *Glimmerveen and Hagenbeek v. the Netherlands*, applications nos. 8348/78 and 8406/78, Commission decision of 11 October 1979, DR 18, p. 187, where the Commission declared inadmissible two applications concerning the refusal to allow the applicants, who were the leaders of a proscribed organisation with racist and xenophobic traits, to stand for election). The severe measure of disenfranchisement must, however, not be undertaken lightly and the principle of proportionality requires a discernible and sufficient link between the sanction and the conduct and circumstances of the individual concerned. ...”

68. Accordingly, a person retains his or her Convention rights on imprisonment, so that any restriction on those rights must be justified in each individual case. This justification can flow, *inter alia*, from the necessary and inevitable consequences of imprisonment (§ 27 of the Chamber judgment) or (as accepted by the applicants before the Grand Chamber) from an adequate link between the restriction and the circumstances of the prisoner in question. However, it cannot be based solely on what would offend public opinion.

### 3. *Negative or positive obligations*

69. The parties disagreed as to whether the refusal of the requested facilities constituted an interference with the applicants' existing right to beget a child (to be analysed in the context of the State's negative obligations) or a failure by the State to grant a right which did not previously exist (an alleged positive obligation). The Chamber considered that the applicants' complaints fell to be analysed as a positive obligation.

70. The Court observes that although the object of Article 8 is essentially that of protecting the individual against arbitrary interference by the public authorities, it does not merely compel the State to abstain from such interference. In addition to this primarily negative undertaking, there may be positive obligations inherent in an effective respect for private and family life. These obligations may involve the adoption of measures designed to secure respect for private and family life even in the sphere of the relations of individuals between themselves. The boundaries between the State's positive and negative obligations under Article 8 do not lend themselves to precise definition. The applicable principles are nonetheless similar. In particular, in both instances regard must be had to the fair balance to be struck between the competing interests (see *Odièvre v. France* [GC], no. 42326/98, § 40, ECHR 2003-III, and *Evans*, cited above, § 75).

71. The Court does not consider it necessary to decide whether it would be more appropriate to analyse the case as one concerning a positive or a negative obligation since it is of the view that the core issue in the present case (see paragraphs 77-85 below) is precisely whether a fair balance was struck between the competing public and private interests involved.

### 4. *The conflicting individual and public interests*

72. As to the applicants' interests, it was accepted domestically that artificial insemination remained the only realistic hope of the applicants, a couple since 1999 and married since 2001, of having a child together given the second applicant's age and the first applicant's release date. The Court considers it evident that the matter was of vital importance to the applicants.

73. The Government have cited three justifications for the Policy.

74. Before the Grand Chamber they first relied on the suggestion that losing the opportunity to beget children was an inevitable and necessary consequence of imprisonment.

Whilst the inability to beget a child might be a consequence of imprisonment, it is not an inevitable one, it not being suggested that the grant of artificial insemination facilities would involve any security issues or impose any significant administrative or financial demands on the State.

75. Secondly, before the Grand Chamber the Government appeared to maintain, although did not emphasise, another justification for the Policy, namely that public confidence in the prison system would be undermined if the punitive and deterrent elements of a sentence would be circumvented by allowing prisoners guilty of certain serious offences to conceive children.

The Court, as the Chamber, reiterates that there is no place under the Convention system, where tolerance and broadmindedness are the acknowledged hallmarks of democratic society, for automatic forfeiture of rights by prisoners based purely on what might offend public opinion (see *Hirst*, cited above, § 70). However, the Court could accept, as did the Chamber, that the maintaining of public confidence in the penal system has a role to play in the development of penal policy. The Government also appeared to maintain that the restriction, in itself, contributed to the overall punitive objective of imprisonment. However, and while accepting that punishment remains one of the aims of imprisonment, the Court would also underline the evolution in European penal policy towards the increasing relative importance of the rehabilitative aim of imprisonment, particularly towards the end of a long prison sentence (see paragraphs 28-36 above).

76. Thirdly, the Government argued that the absence of a parent for a long period would have a negative impact on any child conceived and, consequently, on society as a whole.

The Court is prepared to accept as legitimate for the purposes of the second paragraph of Article 8 that the authorities, when developing and applying the Policy, should concern themselves as a matter of principle with the welfare of any child: conception of a child was the very object of the exercise. Moreover, the State has a positive obligation to ensure the effective protection of children (see *L.C.B. v. the United Kingdom*, 9 June 1998, § 36, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-III; *Osman v. the United Kingdom*, 28 October 1998, § 115-16, *Reports* 1998-VIII; and *Z and Others v. the United Kingdom* [GC], no. 29392/95, § 73, ECHR 2001-V). However, that cannot go so far as to prevent parents who so wish from attempting to conceive a child in circumstances like those of the present case, especially as the second applicant was at liberty and could have taken care of any child conceived until such time as her husband was released.

##### 5. *Balancing the conflicting interests and the margin of appreciation*

77. Since the national authorities make the initial assessment as to where the fair balance lies in a case before a final evaluation by this Court, a certain margin of appreciation is, in principle, accorded by this Court to those authorities as regards that assessment. The breadth of this

margin varies and depends on a number of factors, including the nature of the activities restricted and the aims pursued by the restrictions (see *Smith and Grady v. the United Kingdom*, nos. 33985/96 and 33986/96, § 88, ECHR 1999-VI).

78. Accordingly, where a particularly important facet of an individual's existence or identity is at stake (such as the choice to become a genetic parent), the margin of appreciation accorded to a State will in general be restricted.

Where, however, there is no consensus within the member States of the Council of Europe either as to the relative importance of the interest at stake or as to how best to protect it, the margin will be wider. This is particularly so where the case raises complex issues and choices of social strategy: the authorities' direct knowledge of their society and its needs means that they are in principle better placed than the international judge to appreciate what is in the public interest. In such a case, the Court would generally respect the legislature's policy choice unless it is "manifestly without reasonable foundation". There will also usually be a wide margin accorded if the State is required to strike a balance between competing private and public interests or Convention rights (see *Evans*, cited above, § 77).

79. Importantly, in its *Hirst* judgment, the Court commented that while there was no European consensus on the point so that a wide margin of appreciation applied, it was not all-embracing. It found that neither the legislature nor the judiciary had sought to weigh the competing interests or assess the proportionality of the relevant restriction on prisoners. That restriction was considered to be "a blunt instrument" which indiscriminately stripped a significant category of prisoners of their Convention rights and it imposed a blanket and automatic restriction on all convicted prisoners irrespective of the length of their sentence, the nature or gravity of their offence or of their individual circumstances. The Court continued in *Hirst* (§ 82):

"Such a general, automatic and indiscriminate restriction on a vitally important Convention right must be seen as falling outside any acceptable margin of appreciation, however wide that margin might be, and as being incompatible with Article 3 of Protocol No. 1."

80. In the present case, the parties disputed the breadth of the margin of appreciation to be accorded to the authorities. The applicants suggested that the margin had no role to play since the Policy had never been subjected to parliamentary scrutiny and allowed for no real proportionality examination. The Government maintained that a wide margin of appreciation applied given the positive obligation context, since the Policy was not a blanket one and since there was no European consensus on the subject.



81. The Court notes, as to the European consensus argument, that the Chamber established that more than half of the Contracting States allow for conjugal visits for prisoners (subject to a variety of different restrictions), a measure which could be seen as obviating the need for the authorities to provide additional facilities for artificial insemination. However, while the Court has expressed its approval for the evolution in several European countries towards conjugal visits, it has not yet interpreted the Convention as requiring Contracting States to make provision for such visits (see *Aliev*, cited above, § 188). Accordingly, this is an area in which the Contracting States could enjoy a wide margin of appreciation in determining the steps to be taken to ensure compliance with the Convention with due regard to the needs and resources of the community and of individuals.

82. However, and even assuming that the judgment of the Court of Appeal in the *Mellor* case amounted to judicial consideration of the Policy under Article 8 (despite its pre-incorporation and judicial review context, see paragraphs 23-26 above), the Court considers that the Policy as structured effectively excluded any real weighing of the competing individual and public interests, and prevented the required assessment of the proportionality of a restriction, in any individual case.

In particular, and having regard to the judgment of Lord Phillips in the *Mellor* case and of Auld LJ in the present case, the Policy placed an inordinately high “exceptionality” burden on the applicants when requesting artificial insemination facilities (see paragraphs 13, 15-17 and 23-26 above). They had to demonstrate, in the first place, as a condition precedent to the application of the Policy, that the deprivation of artificial insemination facilities might prevent conception altogether (the “starting-point”). Secondly, and of even greater significance, they had to go on to demonstrate that the circumstances of their case were “exceptional” within the meaning of the remaining criteria of the Policy (the “finishing-point”). The Court considers that even if the applicants’ Article 8 complaint was before the Secretary of State and the Court of Appeal, the Policy set the threshold so high against them from the outset that it did not allow a balancing of the competing individual and public interests and a proportionality test by the Secretary of State or by the domestic courts in their case, as required by the Convention (see, *mutatis mutandis*, *Smith and Grady*, cited above, § 138).

83. In addition, there is no evidence that when fixing the Policy the Secretary of State sought to weigh the relevant competing individual and public interests or assess the proportionality of the restriction. Further, since the Policy was not embodied in primary legislation, the various competing interests were never weighed, nor issues of proportionality ever assessed, by Parliament (see *Hirst*, § 79, and *Evans*, §§ 86-89, both cited above). Indeed, the Policy was adopted, as noted in the judgment of

the Court of Appeal in the *Mellor* case (see paragraph 23 above), prior to the incorporation of the Convention into domestic law.

84. The Policy may not amount to a blanket ban such as was in issue in the *Hirst* case since in principle any prisoner could apply and, as demonstrated by the statistics submitted by the Government, three couples did so successfully. Whatever the precise reason for the dearth of applications for such facilities and the refusal of the majority of the few requests maintained, the Court does not consider that the statistics provided by the Government undermine the above finding that the Policy did not permit the required proportionality assessment in an individual case. Neither was it persuasive to argue, as the Government did, that the starting-point of exceptionality was reasonable since only a few persons would be affected, implying as it did the possibility of justifying the restriction of the applicants' Convention rights by the minimal number of persons adversely affected.

85. The Court therefore finds that the absence of such an assessment as regards a matter of significant importance for the applicants (see paragraph 72 above) must be seen as falling outside any acceptable margin of appreciation so that a fair balance was not struck between the competing public and private interests involved. There has, accordingly, been a violation of Article 8 of the Convention.

### **E. The Court's assessment of the complaint under Article 12 of the Convention**

86. The Court considers, as did the Chamber, that no separate issue arises under Article 12 of the Convention and that it is not therefore necessary also to examine the applicants' complaint under this provision (see *E.L.H. and P.B.H. v. the United Kingdom*, cited above, and *Boso v. Italy* (dec.), no. 50490/99, ECHR 2002-VII).

## **II. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION**

87. 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."

88. The applicants requested a declaration that the Policy concerning facilities in prisons for artificial insemination was contrary to the Convention and, further, that the Court direct or request the respondent State to give urgent consideration to a renewed request for artificial insemination facilities.

89. The Court's function is, in principle, to rule on the compatibility with the Convention of the existing measures and it does not consider it appropriate in the present case to issue the requested direction (see *Hirst*, cited above, § 83).

#### **A. Non-pecuniary damage**

90. The applicants sought compensation as regards the distress suffered by them having regard to the delay since their initial domestic application for the relevant facilities and the reduced chances of the second applicant conceiving a child. They did not specify a particular sum. Alternatively, they suggested that the question of any compensation be adjourned to see if the second applicant were to conceive and/or to obtain an expert report on the effect of delay on the chances of conception.

The Government submitted that there was no specific evidence of distress over and above the normal concern of any party to litigation and, further, that the submission about the second applicant's reduced chances of conceiving was speculative. In the Government's view, a finding of a violation would constitute sufficient just satisfaction.

91. The Court does not consider it useful to adjourn its examination of this aspect of the applicants' claims under Article 41 of the Convention. It is further of the view that there is no causal link between the violation established (refusal of the requested facilities without an assessment complying with Article 8) and the damage alleged (the applicants' failure to conceive a child) having regard, *inter alia*, to the nature of conception and the second applicant's age even when she initially applied for the facilities in December 2002.

92. However, the Court has found that, in applying the Policy, the domestic authorities did not take adequate account of the interests of the applicants on a matter of vital importance to them (paragraph 72 above). In such circumstances, the Court considers it evident that this failure was, and continues to be, frustrating and distressing for the applicants. The Court therefore awards, on an equitable basis, 5,000 euros (EUR) in total to the applicants in compensation for the non-pecuniary damage suffered, to be converted into pounds sterling at the rate applicable on the date of settlement.

#### **B. Costs and expenses**

93. The applicants claimed reimbursement of their legal costs and expenses as regards their solicitor and their counsel at a rate of 250 pounds sterling (GBP) per hour. As to their solicitor, they claimed for almost 21 hours' work (of which 13 concerned the Grand Chamber) as well as for

his attendance (2 days) at the hearing before the Grand Chamber. They also claimed for the costs of 110 letters and telephone calls at GBP 25 per letter/call. They further claimed for 31 hours of work by counsel (of which 22 concerned the Grand Chamber) as well as for counsel's attendance at the hearing (also 2 days). With value-added tax (VAT) at 17.5%, the overall legal costs and expenses claim amounted to GBP 24,733.75.

The Government maintained that the hourly rate of GBP 250 (for both the barrister and solicitor) was excessive, particularly as neither was based in London. Any nationally approved fee levels were not relevant in this regard and the Court should allow an hourly rate of no more than half the above-noted amount. In the Government's view, the number of hours for which fees were claimed was also excessive, particularly since the solicitor appeared in some respects to duplicate work done by counsel. The Court should, the Government concluded, award no more than GBP 8,000 in total in respect of legal costs and expenses.

94. The Court notes that only legal costs and expenses found to have been actually and necessarily incurred and which are reasonable as to quantum are recoverable under Article 41 of the Convention (see, among other authorities, *Smith and Grady v. the United Kingdom* (just satisfaction), nos. 33985/96 and 33986/96, § 28, ECHR 2000-IX).

95. The Court finds that the claims may be regarded as somewhat high, in particular having regard to the claim for 2 days' professional costs of a solicitor and of counsel for the Grand Chamber hearing which lasted one morning and noting that the bill of costs vouching counsel's costs omitted 22 hours of Grand Chamber work otherwise listed in the overall itemised bill of costs for which the applicants claimed reimbursement. Although significant work was necessarily involved in the preparation for and attendance at the Grand Chamber hearing, it finds the amounts claimed for the period after the Chamber judgment excessive. It also finds the hourly charge-out rate to be high. In the applicants' favour, it is noted that the applicants' essential concern, and the bulk of the argument, centred on their successful complaint about the Policy's compliance with Article 8 of the Convention.

96. In light of the circumstances of the case, the Court awards legal costs and expenses in the amount of EUR 21,000, inclusive of VAT and less EUR 2,148.09 in legal aid paid by the Council of Europe, to be converted into pounds sterling on the date of settlement.

### **C. Default interest**

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

## FOR THESE REASONS, THE COURT

1. *Holds* by twelve votes to five that there has been a violation of Article 8 of the Convention;
2. *Holds* unanimously that it is not necessary to examine the complaint under Article 12 of the Convention;
3. *Holds* by twelve votes to five
  - (a) that the respondent State is to pay the applicants, within three months, EUR 5,000 (five thousand euros) in respect of non-pecuniary damage and EUR 21,000 (twenty-one thousand euros) in costs and expenses, less EUR 2,148.09 (two thousand one hundred and forty-eight euros nine cents) in legal aid paid by the Council of Europe and inclusive of any tax that may be chargeable, which payments are to be converted into pounds sterling at the rate applicable on the date of settlement;
  - (b) that from the expiry of the above-mentioned three months until settlement simple interest shall be payable on the above amounts at a rate equal to the marginal lending rate of the European Central Bank during the default period plus three percentage points;
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 4 December 2007.

Vincent Berger  
Jurisconsult

Christos Rozakis  
President

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

- (a) concurring opinion of Judge Bratza;
- (b) joint dissenting opinion of Judges Wildhaber, Zupančič, Jungwiert, Gyulumyan and Myjer.

C.R.  
V.B.

## CONCURRING OPINION OF JUDGE BRATZA

An unsatisfactory feature of Protocol No. 11 to the Convention, which ushered in the permanent Court in Strasbourg, is that a national judge who has already been party to a judgment of a Chamber in a case brought against his or her State is not only entitled but, in practice, required to sit and vote again if the case is referred to the Grand Chamber. In his partly dissenting opinion in *Kyprianou v. Cyprus* ([GC], no. 73797/01, ECHR 2005-XIII), Judge Costa described the position of the national judge in such circumstances as “disconcerting”, the judge having to decide whether to adhere to his or her initial opinion on the case or “with the benefit of hindsight [to] depart from or even overturn [that] opinion”.

Where the case has already been fully argued and discussed at Chamber level and no new information or arguments have been advanced before the Grand Chamber, national judges have, unsurprisingly, normally adhered to their previous opinion, although not necessarily to the precise reasoning which led to that opinion in the Chamber.

In the present case, the material and arguments before the Grand Chamber did not differ in any significant respect from those before the Chamber. I have nevertheless concluded, on further reflection, that my previous view on the main issue was wrong and I have voted with the majority in finding that the applicants’ rights under Article 8 were violated.

Unlike the Chamber, the Grand Chamber has not found it necessary to determine whether the case should more appropriately be analysed as one concerning the State’s positive or negative obligations under the Article. However, it is common ground that, whatever the nature of the obligation, the key question is whether a fair balance was struck between the competing public and private interests involved.

In the majority judgment to which I was a party, the Chamber found that the Policy of the Secretary of State, as set out in the letter of 28 May 2003, as well as its application in the present case in refusing the grant of artificial insemination facilities not only served a legitimate aim but struck a fair balance between the rival interests. The focus of the Grand Chamber has been primarily on the compatibility with Article 8 of the Policy itself. The Chamber’s conclusion that the Policy was compatible was founded principally on the fact that it did not operate as a blanket ban on the grant of artificial insemination facilities but allowed consideration of the circumstances of each application for such facilities according to criteria which were found to be neither arbitrary nor unreasonable. In this respect the case differed from that of *Hirst v. the*

*United Kingdom (no. 2)* ([GC], no. 74025/01, ECHR 2005-IX), which concerned a general exclusion of serving prisoners from the right to vote. That such individual assessment was not merely theoretical or illusory was found by the Chamber to be confirmed by the fact that access to facilities had in fact been granted in certain cases.

After further deliberation on the case, I have been persuaded, for reasons more fully developed in the majority opinion in the Grand Chamber, that a fair balance was not preserved by the Policy.

As was noted by the Court of Appeal in the case of *R (Mellor) v. Secretary of State for the Home Department* [2001] 3 WLR 533, the Policy statement reflected a “deliberate policy that the deprivation of liberty should ordinarily deprive the prisoner of the opportunity to beget children”. While it is the case that the Policy did not wholly exclude serving prisoners, even life prisoners, from the opportunity of obtaining access to artificial insemination facilities, I consider that the Policy was unduly weighted against the individual prisoner requesting such facilities, by placing on him the burden of showing not merely that, without such facilities, conception might be prevented altogether, but that there were “exceptional circumstances” in his case which justified a departure from the general rule against the grant of such facilities.

Even if the philosophy underlying the Policy can be considered to be compatible with the well-established principle that, liberty apart, prisoners continue to enjoy all Convention rights including the right to respect for private and family life, in common with the majority of the Court, I consider that, in imposing such a burden on a prisoner, the Policy did not allow for a fair balance to be struck between the competing public and private interests involved.

## JOINT DISSENTING OPINION OF JUDGES WILDHABER, ZUPANČIĆ, JUNGWIERT, GYULUMYAN AND MYJER

In the instant case, the first applicant (Kirk Dickson), born in 1972, was serving a life sentence in prison for murder. His earliest full release date was 2009. While they were both in prison, he met (in 1999) and married (in 2001) the second applicant (Lorraine Dickson), born in 1958, a mother of three children from other relationships. Their request for artificial insemination facilities was refused definitively in 2004. The Chamber found no violation of Articles 8 and 12, whereas the majority of the Grand Chamber now finds a violation of Article 8. To our regret, we have to dissent.

The majority of the Grand Chamber finds Article 8 applicable. It discusses the adequacy of the legal basis for a restriction only indirectly, but since the judgment focuses on the proportionality of restrictions in a democratic society, one must assume that the legal basis was found to be adequate. We agree, although we find the *obiter dictum* in paragraph 83 of the judgment suggesting that the Policy should have been “embodied in primary legislation” to be unhelpful. We do not think that the problem of artificial insemination facilities in prisons was so evident or burning that direct action by Parliament was needed.

We accept that imprisonment is a deprivation of liberty within the scope of Article 5, so that prisoners retain their fundamental rights, except for restrictions which are inherent in, or necessarily concomitant to, the deprivation of liberty itself (see paragraphs 31 and 65). And that is the crux of this case.

It is correctly noted (in paragraph 28) that the objectives of imprisonment “include retribution, prevention, protection of the public and rehabilitation”.

As the judgment points out, a growing number of Contracting Parties have made possible conjugal visits in prisons, subject to a variety of different restrictions (paragraph 81). Nevertheless, the Court’s case-law has not interpreted Articles 8 and 12 as requiring Contracting States to make provision for conjugal visits in prisons. We fail to see how it can be argued that there is no right to conjugal visits in prisons, but that there is instead a right for the provision of artificial insemination facilities in prisons (this interpretation results implicitly from paragraphs 67-68, 74, 81 and 91). Not only is this contradictory: it also plays down the wide margin of appreciation which States enjoy (and should enjoy) in this field.

The margin of appreciation of member States is wider where there is no consensus within the States and where no core guarantees are restricted. States have direct knowledge of their society and its needs, which the Court does not have. Where they provide for an adequate legal basis,



where the legal restrictions serve a legitimate aim and where there is room to balance different interests, the margin of appreciation of States should be recognised.

This is so in the instant case. The government's Policy allowed for the balancing of interests and was not a blanket one. The British courts did balance the various interests. We fail to see how the majority of the Grand Chamber can claim that there was no weighing of the "relevant competing individual and public interests" (paragraph 83).

To the contrary, in our view the majority did not weigh several interests that ought to have deserved consideration. Thus the Court might have wished to discuss the very low chances of a positive outcome of *in vitro* fertilisation of women aged 45 (see Bradley J. Van Voorhis, "In Vitro Fertilization", *The New England Journal of Medicine* 2007, 356: 4, pp. 379-86). The Court also fails to address the question whether all sorts of couples (for example, a man in prison and a woman outside, a woman in prison and a man outside, a homosexual couple with one of the partners in prison and the other outside) may request artificial insemination facilities for prisoners. We are of the opinion that in this respect too States should enjoy an important margin of appreciation.

In conclusion, in the specific circumstances of the case (the couple established a pen-pal relationship while both were serving prison sentences; the couple had never lived together; there was a 14-year age difference between them; the man had a violent background; the woman was at an age where natural or artificial procreation was hardly possible and in any case risky; and any child which might be conceived would be without the presence of a father for an important part of his or her childhood years), it could not be said that the British authorities had acted arbitrarily or had neglected the welfare of the child which would be born.



DICKSON c. ROYAUME-UNI  
*(Requête n° 44362/04)*

GRANDE CHAMBRE

ARRÊT DU 4 DÉCEMBRE 2007<sup>1</sup>

---

1. Arrêt rendu par la Grande Chambre à la suite du renvoi de l'affaire en application de l'article 43 de la Convention.



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Refus opposé à une demande d'insémination artificielle présentée par un détenu****Article 8**

*Applicabilité – Vie privée – Vie familiale – Obligations positives – Refus opposé à une demande d'insémination artificielle présentée par un détenu – Maintien pendant la détention des droits garantis par la Convention – Fait que l'insémination artificielle est le seul espoir réaliste pour les requérants d'avoir un enfant ensemble – Objectif de réinsertion de la détention – Obligation de l'État de garantir la protection effective des enfants – Défaut de juste équilibre entre les intérêts publics et privés concurrents en jeu – Absence de consensus au niveau européen – Marge d'appréciation – Proportionnalité – Caractère exorbitant de la charge de la preuve placée sur un détenu présentant une demande d'insémination artificielle – Absence d'appréciation de la proportionnalité dans une affaire donnée*

\*

\* \*

Les requérants, un couple marié, se rencontrèrent par l'intermédiaire d'un réseau de correspondance entre détenus alors qu'ils se trouvaient tous deux en prison. Condamné pour meurtre, le mari peut être libéré au plus tôt en 2009. Il n'a pas d'enfant. Son épouse, qui a purgé sa peine, a trois enfants issus d'autres relations. Le couple souhaitant avoir un enfant ensemble, les requérants sollicitèrent la possibilité de recourir à l'insémination artificielle, faisant valoir que cela ne leur serait pas possible autrement, eu égard à la première date de libération possible pour le premier requérant (2009) et à l'âge de la seconde requérante (elle est née en 1958). Le ministre rejeta leur demande, expliquant que, selon sa politique générale, les demandes d'insémination artificielle présentées par des détenus ne pouvaient être accueillies que dans des «circonstances exceptionnelles». Les motifs du refus étaient les suivants : la relation des intéressées n'avait jamais été à l'épreuve de l'environnement normal de la vie quotidienne; l'environnement dans lequel se trouverait tout enfant à naître était insuffisant pour que ses besoins matériels puissent être satisfaits; la mère et tout enfant éventuel bénéficieraient seulement d'un réseau de soutien limité; et l'enfant éventuellement conçu se retrouverait sans père pendant une partie importante de ses années d'enfance. Le ministre estima également que le public pourrait se déclarer légitimement préoccupé à l'idée que les éléments de répression et de dissuasion de la peine du premier requérant soient annihilés s'il était autorisé à concevoir un enfant par insémination artificielle au cours de sa détention. Les requérants interjetèrent appel, en vain.

---

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

Article 8: l'article 8 est applicable en ce que le refus de l'insémination artificielle concerne la vie privée et familiale des requérants, ces notions incluant le droit au respect de leur décision de devenir parents génétiques. Les personnes en détention conservent leurs droits garantis par la Convention, de sorte que toute restriction à ces droits doit être justifiée; cette justification peut tenir notamment aux conséquences nécessaires et inévitables de la détention ou à un lien suffisant entre la restriction et la situation du détenu en question. Elle ne saurait toutefois se fonder uniquement sur des arguments tenant à ce qui pourrait heurter l'opinion publique. La question cruciale est celle de savoir si un juste équilibre a été ménagé entre les intérêts publics et les intérêts privés concurrents en jeu. Quant aux intérêts des requérants, les juridictions internes ont admis que l'insémination artificielle demeurerait le seul espoir réaliste des intéressés d'avoir un enfant ensemble, eu égard à l'âge de l'épouse et à la première date possible de libération du mari. A l'évidence, la question revêt une importance vitale pour les intéressés. Si l'incapacité de concevoir des enfants peut être une conséquence de la détention, elle n'est pas inévitable puisque nul ne prétend que le fait d'accueillir la demande d'insémination artificielle impliquerait une charge importante en matière de sécurité ou sur les plans administratif ou financier pour l'Etat. Concernant la question de la confiance du public dans le système pénitentiaire, la Cour, tout en admettant que la punition reste un des buts de la détention, souligne aussi que les politiques pénales en Europe évoluent et accordent une importance croissante à l'objectif de réinsertion de la détention, en particulier vers la fin d'une longue peine d'emprisonnement. Enfin, si l'Etat a l'obligation positive de garantir la protection effective des enfants, cela ne peut aller jusqu'à empêcher les parents qui le désirent de concevoir un enfant dans des circonstances telles que celles de l'espèce, d'autant que la seconde requérante était en liberté et pouvait, jusqu'à la libération de son mari, prendre soin de l'enfant éventuellement conçu. La Cour a certes exprimé son approbation devant l'évolution observée dans plusieurs pays d'Europe, qui tendent à introduire des visites conjugales – ce qui pourrait pallier le besoin de recourir à l'insémination artificielle –, mais elle n'est pas encore allée jusqu'à interpréter la Convention comme exigeant des Etats contractants qu'ils ménagent de telles visites. Il s'agit là d'un domaine dans lequel les Etats contractants peuvent jouir d'une ample marge d'appréciation. Cela dit, la politique, telle qu'elle est appliquée par le ministre, exclut toute mise en balance réelle des intérêts publics et des intérêts privés en présence et empêche l'appréciation requise par la Convention de la proportionnalité d'une restriction dans une affaire donnée. En particulier, elle a fait peser sur les requérants une charge exorbitante quant à la preuve du «caractère exceptionnel» de leur cas lorsqu'ils ont présenté leur demande d'insémination artificielle, puisqu'ils ont dû démontrer d'une part que la privation de l'insémination artificielle pouvait empêcher totalement toute conception et, d'autre part, que dans leur cas les circonstances étaient «exceptionnelles» selon d'autres critères. Dès lors, la politique a placé d'emblée la barre tellement haut qu'elle a exclu toute mise en balance des intérêts en présence et tout examen de la proportionnalité par le ministre ou par les tribunaux internes. En outre, rien ne montre qu'un tel exercice de mise en balance des intérêts ou d'appréciation de la proportionnalité de la restriction ait été conduit lors de la définition de la politique. Le nombre minime de personnes affectées ne change rien à l'affaire. Partant, il y a lieu de

considérer que l'absence d'une telle évaluation outrepassé toute marge d'appréciation acceptable, de sorte qu'un juste équilibre n'a pas été ménagé entre les intérêts publics et privés en présence.

*Conclusion* : violation (douze voix contre cinq).

Article 41 : la Cour octroie une indemnité au titre du dommage moral.

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

*E.L.H. et P.B.H. c. Royaume-Uni*, n<sup>os</sup> 32094/96 et 32568/96, décision de la Commission du 22 octobre 1997, Décisions et rapports 91-B

*L.C.B. c. Royaume-Uni*, 9 juin 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-III

*Osman c. Royaume-Uni*, 28 octobre 1998, *Recueil* 1998-VIII

*Smith et Grady c. Royaume-Uni*, n<sup>os</sup> 33985/96 et 33986/96, CEDH 1999-VI

*Z et autres c. Royaume-Uni* [GC], n<sup>o</sup> 29392/95, CEDH 2001-V

*Kalachnikov c. Russie* (déc.), n<sup>o</sup> 47095/99, CEDH 2001-XI

*Odièvre c. France* [GC], n<sup>o</sup> 42326/98, CEDH 2003-III

*Aliév c. Ukraine*, n<sup>o</sup> 41220/98, 29 avril 2003

*Hirst c. Royaume-Uni (n<sup>o</sup> 2)* [GC], n<sup>o</sup> 74025/01, CEDH 2005-IX

*Evans c. Royaume-Uni* [GC], n<sup>o</sup> 6339/05, CEDH 2007-I





**En l'affaire Dickson c. Royaume-Uni,**

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

Christos Rozakis, *président*,  
Luzius Wildhaber,  
Nicolas Bratza,  
Boštjan M. Zupančič,  
Peer Lorenzen,  
Françoise Tulkens,  
Ireneu Cabral Barreto  
Corneliu Bîrsan,  
Karel Jungwiert,  
John Hedigan,  
András Baka,  
Snejana Botoucharova,  
Antonella Mularoni,  
Alvina Gyulumyan,  
Khanlar Hajiyev,  
Egbert Myjer,  
Isabelle Berro-Lefèvre, *juges*,

et de Vincent Berger, *jurisconsulte*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 10 janvier et 17 octobre 2007,

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

**PROCÉDURE**

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 44362/04) dirigée contre le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et dont deux ressortissants de cet Etat, les époux Kirk et Lorraine Dickson (« les requérants »), ont saisi la Cour le 23 novembre 2004 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »).

2. Les requérants, qui ont été admis au bénéfice de l'assistance judiciaire, sont représentés par M. E. Abrahamson, *solicitor* à Liverpool. Le gouvernement britannique (« le Gouvernement ») est représenté par son agent, M. J. Grainger, du ministère des Affaires étrangères et du Commonwealth.

3. Les requérants se plaignaient de ce qu'on leur avait refusé la possibilité de bénéficier de l'insémination artificielle, ce qui, selon eux, avait porté atteinte à leurs droits au titre de l'article 8 et/ou de l'article 12 de la Convention.

4. La requête a été attribuée à la quatrième section de la Cour (article 52 § 1 du règlement). Au sein de celle-ci, la chambre chargée d'examiner l'affaire (article 27 § 1 de la Convention) a été constituée conformément à l'article 26 § 1 du règlement. Le 8 mars 2005, la Cour a décidé de communiquer la requête au Gouvernement et (en application de l'article 29 § 3 de la Convention) d'examiner en même temps la recevabilité et le fond de l'affaire. Le 18 avril 2006, une chambre de ladite section, composée de Josep Casadevall, président, Nicolas Bratza, Giovanni Bonello, Rait Maruste, Stanislav Pavlovschi, Lech Garlicki et Javier Borrego Borrego, juges, a déclaré, à l'unanimité, la requête recevable et, par quatre voix contre trois, a conclu à la non-violation des articles 8 et 12 de la Convention. Au texte de l'arrêt se trouvait annexé l'exposé de l'opinion concordante du juge Bonello, de l'opinion dissidente commune aux juges Casadevall et Garlicki et de l'opinion dissidente du juge Borrego Borrego.

5. Le 13 septembre 2006, le collège de la Grande Chambre a accueilli la demande des requérants tendant au renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre en vertu de l'article 43 de la Convention.

6. La composition de la Grande Chambre a été arrêtée conformément aux articles 27 §§ 2 et 3 de la Convention et 24 du règlement.

7. Tant les requérants que le Gouvernement ont déposé des observations écrites sur le fond de l'affaire.

8. Une audience s'est déroulée en public au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 10 janvier 2007 (article 59 § 3 du règlement).

Ont comparu :

– *pour le Gouvernement*

MM. J. GRAINGER,

D. PERRY *QC*,

A. DODSWORTH,

*conseil,  
conseiller;*

– *pour les requérants*

M. E. ABRAHAMSON,

M<sup>me</sup> F. KRAUSE,

*solicitor,  
conseil.*

La Cour a entendu en leurs déclarations M. Perry et M<sup>me</sup> Krause.

## EN FAIT

### I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

9. Les requérants sont nés respectivement en 1972 et 1958. Le premier requérant purge une peine d'emprisonnement et la seconde requérante réside à Hull.

10. En 1994, le premier requérant fut condamné pour meurtre (il avait battu à mort un homme en état d'ivresse) à la réclusion à perpétuité, assortie d'une peine de sûreté (*tariff*) fixée à quinze ans. Il peut espérer être libéré au plus tôt en 2009. Il n'a pas d'enfants.

11. En 1999, il fit la connaissance de la seconde requérante, alors que celle-ci était également en prison, par l'intermédiaire d'un réseau de correspondance pour détenus. La seconde requérante a depuis lors été libérée. En 2001, les requérants se marièrent. La seconde requérante a déjà trois enfants issus d'autres relations.

12. Le couple souhaitant avoir un enfant ensemble, le premier requérant sollicita en octobre 2001 la possibilité de recourir à l'insémination artificielle. En décembre 2002, la seconde requérante se joignit à cette demande. Ils invoquèrent l'ancienneté de leur relation et le fait que, eu égard à la première date de libération possible pour le premier requérant et à l'âge de la seconde requérante, il était improbable qu'ils puissent concevoir un enfant ensemble sans avoir recours à l'insémination artificielle.

13. Dans une lettre datée du 28 mai 2003, le ministre refusa leur demande. Il commença par exposer sa politique générale (« la politique ») :

« Les demandes d'insémination artificielle présentées par des détenus sont soigneusement examinées au cas par cas et ne sont accueillies que dans des circonstances exceptionnelles. En vue de la prise de décision, une attention particulière est portée aux questions générales suivantes :

- le recours à l'insémination artificielle est-il le seul moyen par lequel la conception a des chances de se produire ?
- la date de libération prévue du détenu est-elle à la fois pas assez proche pour que l'attente ne soit pas excessive et pas assez éloignée pour que le détenu ne puisse pas assumer ses responsabilités parentales ?
- les deux parties ont-elles la volonté de s'engager dans cette procédure et les autorités médicales internes et externes à la prison estiment-elles que le couple est médicalement apte à avoir recours à l'insémination artificielle ?
- le couple avait-il avant l'emprisonnement une relation bien établie et stable, qui a des chances de perdurer après la libération du détenu ?
- existe-t-il des éléments indiquant que la situation du couple et les dispositions mises en place pour le bien-être de l'enfant sont satisfaisantes, notamment quant à la durée pendant laquelle il faut s'attendre à voir l'enfant vivre sans père ou sans mère ?
- eu égard au passé et aux antécédents du détenu et à d'autres facteurs pertinents, certains éléments portent-ils à croire qu'il ne serait pas dans l'intérêt public de permettre l'insémination artificielle dans une affaire donnée ? »

Le ministre donna alors les raisons de son refus en l'espèce :

« (...) le ministre de l'Intérieur a eu particulièrement égard à l'âge que devrait avoir votre épouse lorsque vous pourrez prétendre à être libéré. Votre épouse aura 51 ans à la première date de libération possible, de sorte que la probabilité qu'elle puisse concevoir

un enfant naturellement est faible. Le ministre relève que M<sup>me</sup> Dickson a trois enfants d'une précédente relation. Compte tenu de l'âge de votre épouse, le ministre a examiné très attentivement votre situation et la sienne (...)

Le ministre prend note du fait que votre épouse et vous-même êtes totalement en accord quant au souhait d'avoir recours à la procréation artificielle. Il reconnaît également l'attachement dont vous faites preuve l'un envers l'autre. Cependant, il relève que votre relation a débuté alors que vous étiez tous deux en prison et n'a donc pas encore été à l'épreuve de l'environnement normal de la vie quotidienne. Il est donc impossible d'évaluer rationnellement et objectivement si votre relation perdurera après votre libération.

En outre, le ministre est préoccupé par le fait que l'environnement dont bénéficierait tout enfant susceptible d'être conçu est insuffisant pour que ses besoins matériels puissent être satisfaits de manière indépendante. De plus, il semble qu'il n'y ait aucun réseau de soutien de proximité déjà établi pour la mère et tout enfant éventuel. Le fait que cet enfant se retrouverait sans père pendant une partie importante de ses années d'enfance est aussi un sujet de profonde préoccupation.

Tout en reconnaissant les progrès que vous avez réalisés en vue de corriger votre comportement délictueux, l'usage constructif que vous faites de votre période de détention en préparation de votre libération et votre bon comportement en prison, le ministre relève néanmoins la violence du crime qui vous a valu d'être condamné à la réclusion à la perpétuité. Il estime que le public pourrait se déclarer légitimement préoccupé à l'idée que les éléments de répression et de dissuasion de votre peine de prison soient annihilés si vous étiez autorisé à concevoir un enfant par insémination artificielle au cours de votre détention.»

14. Les requérants sollicitèrent l'autorisation de demander un contrôle juridictionnel de la décision du ministre. Le 29 juillet 2003, la *High Court* leur opposa un refus dans le cadre d'une procédure écrite. Les requérants renouvelèrent leur demande et, le 5 septembre 2003, l'autorisation leur fut de nouveau refusée à l'issue d'une audience. Le 13 octobre 2003, les requérants saisirent la Cour d'une requête (n° 34127/03), laquelle fut déclarée irrecevable le 15 décembre 2003 au motif qu'ils n'avaient pas épuisé les voies de recours internes. Les requérants sollicitèrent alors de la Cour d'appel (*Court of Appeal*) l'autorisation d'interjeter appel.

15. Le 30 septembre 2004, la Cour d'appel rejeta leur demande à l'unanimité. Le *Lord Justice Auld* se fonda en principe sur l'arrêt de la Cour d'appel dans l'affaire *R (Mellor) v. Secretary of State for the Home Department*, *Weekly Law Reports*, 2001, vol. 3, p. 533). Il souligna les similarités entre les arguments avancés par les requérants en l'espèce et ceux présentés dans l'affaire *Mellor*. Renvoyant à la conclusion de Lord Phillips dans cette affaire (paragraphe 23-26 ci-dessous), il déclara ce qui suit :

« (...) Lord Phillips avait manifestement à l'esprit, et a explicitement évoqué dans son arrêt, les dispositions de l'article 8 § 2 de la Convention, qui exposent divers facteurs pouvant justifier une ingérence dans le droit au respect de la vie privée et familiale, y

compris la protection de la santé et de la morale et la protection des droits et libertés d'autrui. Il me semble que la prise en compte du point de vue du public concernant l'exercice en prison par les détenus de certains droits qu'ils pourraient prendre pour acquis à l'extérieur, ainsi que le souci des droits de tout enfant putatif quant à l'éducation qu'il recevrait en fonction des circonstances et de la durée de l'emprisonnement dans un cas donné, sont des éléments extrêmement pertinents aux fins de l'article 8 § 2 (...)

En conséquence, à mon sens, [les requérants] n'ont pas la possibilité de demander le réexamen de la validité de la politique du ministre, que la présente cour, dans l'affaire *Mellor*, a jugée rationnelle et à tous autres égards licite. Ainsi que Lord Phillips l'a clairement dit dans son arrêt dans cette affaire, si le point de départ quant à l'application de la politique est le fait que l'impossibilité de recourir à l'insémination artificielle peut ôter toute chance de concevoir, le point d'arrivée consiste à déterminer s'il existe des circonstances exceptionnelles excluant son application (...)

Le *Lord Justice Auld* constata ensuite qu'en certaines occasions le ministre avait «choisi de ne pas appliquer» la politique lorsque les circonstances le justifiaient : il évoqua une lettre du *Treasury Solicitor* aux requérants qui allait apparemment dans ce sens et souligna que le conseil du ministre avait informé la cour qu'il y avait eu d'autres exemples de la sorte.

16. Puis le *Lord Justice Auld* fit application de la politique en l'espèce :

«Dans la mesure où [les requérants] allèguent que le ministre a fait une application irrationnelle de sa propre politique dans les circonstances de l'espèce, ou n'a pas agi d'une manière proportionnée en en faisant application, je rejette cette allégation. Rien ne permet d'affirmer que l'approche du ministre revient, comme [les requérants] le suggèrent, à éteindre un droit fondamental. Il s'agissait de mettre en balance le point de départ de la politique avec d'autres considérations envisagées par la politique elle-même, exercice de pouvoir discrétionnaire et de proportionnalité pour lequel, à mon avis, rien ne peut être reproché au ministre au vu des circonstances dont il a eu à connaître.»

17. Les autres juges se fondèrent également sur la décision rendue dans l'affaire *Mellor*, le *Lord Justice Mance* formulant les considérations suivantes :

«L'affaire *Mellor* constitue également un précédent à l'occasion duquel il a été clairement affirmé que les considérations et les conséquences éventuelles d'intérêt public, au-delà d'une vision étroite tenant aux exigences de l'ordre et de la sécurité en prison, peuvent jouer un rôle quand il s'agit de décider s'il faut ou non autoriser le recours à l'insémination artificielle (...) Je relève que, outre les autorités européennes spécifiquement mentionnées au paragraphe 42 par Lord Phillips, la Commission, dans sa décision *Draper c. Royaume-Uni* (n° 8186/78, rapport de la Commission du 10 juillet 1980, DR 24, §§ 61-62, pp. 94-95), a également admis la pertinence éventuelle de considérations plus générales d'intérêt public.»

18. Le 19 décembre 2006, le premier requérant fut transféré dans un autre établissement pénitentiaire, dans la partie bénéficiant d'un régime ouvert, en tant que détenu de catégorie D. En principe il devait bénéficier

de visites à domicile non surveillées après six mois s'il avait toujours ce statut de détenu de catégorie D (article 9 du règlement pénitentiaire de 1999, tel que mis en œuvre par le chapitre 4.3 – intitulé «Libération temporaire des détenus condamnés à vie» – de l'ordonnance n° 6300 de l'administration pénitentiaire – *Prison Service Order 6300*).

## II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES ET INTERNATIONAUX PERTINENTS

### A. Les règlements pénitentiaires

19. L'article 47 de la loi de 1952 sur les prisons (*Prison Act 1952*) habilite le ministre de l'Intérieur à réglementer la gestion des prisons. En ses passages pertinents, cette disposition se lit ainsi :

«Le ministre de l'Intérieur est habilité à réglementer l'organisation et la gestion des prisons (...) ainsi que la classification, le traitement, l'emploi, la discipline et le contrôle des détenus (...).»

20. Le règlement pertinent en l'espèce est le règlement pénitentiaire de 1999 (SI 1999, n° 728), lequel, en son article 4, dispose :

«Contacts extérieurs

1. Il convient d'accorder une attention spéciale au maintien des relations entre les détenus et leurs familles dans la mesure où ces contacts sont souhaitables dans l'intérêt de tous les protagonistes.

2. Un détenu sera encouragé et aidé à établir et maintenir les relations avec des personnes et des organismes extérieurs à la prison, dans la mesure où ces relations, de l'avis du directeur de la prison, favorisent les intérêts de sa famille et sa propre réinsertion dans la société.»

### B. *R (Mellor) v. Secretary of State for the Home Department, Weekly Law Reports, 2001, vol. 3, p. 533*

21. La politique en matière d'insémination artificielle fut contestée par un certain M. Mellor, un détenu condamné à la réclusion à perpétuité pour meurtre. Il avait vingt-neuf ans à l'époque où son affaire fut portée devant la Cour d'appel, et devait purger au minimum encore trois ans de prison. Son épouse avait vingt-cinq ans. A la première date de libération possible pour son mari, elle allait donc avoir vingt-huit ans. Le couple se vit refuser la possibilité de pratiquer une insémination artificielle: il fut considéré que leur situation ne présentait rien d'exceptionnel.

22. Les intéressés demandèrent l'autorisation de solliciter un contrôle juridictionnel de la politique elle-même plutôt que de son application à

leur cas, alléguant une ingérence injustifiée dans les droits que leur garantissait l'article 8. Ils établissaient une distinction entre cette politique et la politique concernant les visites conjugales: celles-ci donnaient lieu à des préoccupations concrètes (de sécurité), ce qui n'était pas le cas des opérations d'insémination artificielle. Le gouvernement soutint que la politique était justifiée: a) l'impossibilité pour les détenus de fonder une famille constituait une conséquence explicite de l'emprisonnement; b) le maintien de la possibilité pour les détenus de concevoir des enfants pendant la détention pourrait donner lieu à de graves et légitimes préoccupations du public; et c) il n'était pas souhaitable, de manière générale, que les enfants soient élevés au sein de familles monoparentales. La *High Court* refusa la demande d'autorisation des requérants, qui interjetèrent appel de cette décision.

23. La Cour d'appel (dont l'arrêt principal fut prononcé par Lord Phillips) releva que la décision du ministre était antérieure à l'incorporation de la Convention dans le droit anglais, et poursuivit ainsi:

«Le ministre soutient cependant que le droit anglais s'est toujours trouvé en conformité avec la Convention. Par ailleurs, il ne conteste pas l'argument de l'appelant selon lequel les exigences posées par la Convention représentent les fondements de l'appréciation du caractère rationnel de sa décision et de la politique à la base de cette décision. C'est là une approche sensée: en effet, ce qui compte pour l'appelant, c'est la portée de ses droits aujourd'hui, et le principal souci du ministre est aussi de déterminer si la politique est conforme aux dispositions de la Convention, qui fait à présent partie intégrante de notre droit. A la lumière de cette approche, je propose d'examiner d'abord la jurisprudence des organes de Strasbourg, puis le droit anglais pertinent, avant de rechercher si la décision du ministre est en contradiction avec l'une ou l'autre.»

24. Après examen de la jurisprudence pertinente de la Commission (n° 6564/74, décision de la Commission du 21 mai 1975, Décisions et rapports (DR) 2, p. 105, n° 8166/78, décision de la Commission du 3 octobre 1978, DR 13, p. 241, *Hamer c. Royaume-Uni*, n° 7114/75, rapport de la Commission du 13 décembre 1979, DR 24, p. 5, *Draper c. Royaume-Uni*, n° 8186/78, rapport de la Commission du 10 juillet 1980, DR 24, p. 72, et *E.L.H. et P.B.H. c. Royaume-Uni*, nos 32094/96 et 32568/96, décision de la Commission du 22 octobre 1997, DR 91-B, p. 61), Lord Phillips résuma les cinq principes posés par la Convention qu'il estimait établis dans cette jurisprudence:

«i. les restrictions au droit au respect de la vie familiale énoncées à l'article 8 § 2 s'appliquent également aux droits au titre de l'article 12;

ii. l'emprisonnement est incompatible avec l'exercice des droits conjugaux et implique en conséquence une atteinte au droit au respect de la vie familiale garanti par l'article 8 et au droit de fonder une famille consacré par l'article 12;

iii. cette restriction est normalement justifiée au regard des dispositions de l'article 8 § 2;

iv. dans des circonstances exceptionnelles, il peut se révéler nécessaire d'assouplir les modalités de la détention en vue d'éviter une ingérence disproportionnée dans l'exercice d'un droit fondamental;

v. rien dans la jurisprudence ne tend à indiquer qu'un détenu peut se prévaloir du droit de fonder une famille par prélèvement de sperme aux fins d'une insémination artificielle sur son épouse.»

25. Lord Phillips approuva ensuite les motifs avancés pour justifier le fait de limiter à des cas exceptionnels la possibilité de recourir à l'insémination artificielle.

Quant à la première justification, il convint que la privation du droit de concevoir faisait partie intégrante de la détention et que, du reste, cette affirmation reformulait la politique en d'autres termes, sans plus, en ce qu'elle indiquait qu'«une volonté politique délibérée présid[ait] à l'idée que la détention doit normalement priver le détenu de la possibilité d'avoir des enfants».

Quant à la deuxième justification, il estima que le maintien de la possibilité pour les détenus de concevoir des enfants pendant la détention pourrait donner lieu à de graves et légitimes préoccupations du public. Il admit que la perception du public constituait un élément légitime de la politique en matière pénale :

«Les sanctions pénales sont imposées, en partie, pour réprimer justement les délits. En l'absence de système de sanctions pénales, les membres du public pourraient décider de faire eux-mêmes la loi. A mon avis, il est légitime de tenir compte de la perception du public lorsqu'on examine les caractéristiques d'un système pénal. (...) Une politique qui autoriserait de manière générale les détenus à concevoir des enfants par insémination artificielle soulèverait, à mon sens, de délicates questions éthiques et donnerait lieu à de légitimes préoccupations du public. (...) S'agissant d'examiner la question de savoir si, dans des circonstances ordinaires, il conviendrait d'autoriser les détenus à concevoir des enfants pendant leur détention, j'estime légitime d'avoir égard à toutes les conséquences que pourrait avoir ce choix politique particulier.»

Quant à la troisième justification, concernant l'inconvénient allégué que représentait une famille monoparentale, il fit les observations suivantes :

«Je juge légitime, et même souhaitable, que l'Etat examine les implications du fait que des enfants soient élevés dans de telles conditions lorsqu'il est amené à décider s'il faut ou non opter pour une politique générale facilitant l'insémination artificielle des épouses de détenus ou d'épouses qui sont elles-mêmes détenues.»

26. Lord Phillips conclut ensuite :

«Pour ces raisons, [les Mellors n'ont pas] réussi à démontrer que la politique (...) est irrationnelle. [Les Mellors] admettent que cette affaire n'impliquait aucune circonstance exceptionnelle, ce en quoi [ils ont] raison. Il s'ensuit qu'il n'y a pas lieu de soulever la question de savoir s'il est rationnel d'avoir égard à chacune des six considérations générales exposées dans la lettre [du ministre] lorsqu'il s'agit de rechercher des circonstances exceptionnelles. Je me contenterai d'observer qu'il me



paraît rationnel que le point de départ normal soit la nécessité de démontrer que, si la possibilité d'insémination artificielle n'était pas offerte, la conception serait non seulement retardée mais totalement empêchée.

Pour ces motifs (...) le refus de fournir à l'appelant les conditions nécessaires au recueil de son sperme en vue de pratiquer une insémination artificielle sur son épouse n'est ni contraire à la Convention ni illicite ou irrationnel. En conséquence, je rejette l'appel.»

### **C. Procédure d'insémination artificielle dans les prisons**

27. La responsabilité d'organiser l'accès à l'insémination artificielle incombe au service de soins de la prison en question, en collaboration avec les services de soins locaux. Etant donné que l'offre de soins varie d'un établissement pénitentiaire à l'autre, le point de savoir si le recueil du sperme est supervisé par le personnel pénitentiaire ou si la présence d'un professionnel de l'extérieur est nécessaire à cette fin fait l'objet d'une décision prise au niveau de chaque établissement pénitentiaire. Le détenu est censé régler tous les frais exposés.

### **D. Les objectifs d'une peine d'emprisonnement**

28. Les criminologues se réfèrent aux différentes fonctions qui sont traditionnellement assignées à la peine et qui incluent, notamment, la rétribution, la dissuasion, la protection du public et la réinsertion. Cependant, on observe ces dernières années une tendance à accorder une importance croissante à l'objectif de réinsertion, comme le démontrent notamment les instruments juridiques élaborés sous l'égide du Conseil de l'Europe. Reconnue autrefois comme un moyen de prévenir la récidive, la réinsertion, selon une conception plus récente et plus positive, implique plutôt l'idée d'un reclassement social par la promotion de la responsabilité personnelle. Cet objectif est renforcé par le développement du «principe de progression»: à mesure qu'il purge sa peine, un détenu devrait progresser à travers le système pénitentiaire, passant de la période initiale de détention, où l'accent peut être mis sur la rétribution et la répression, aux stades ultérieurs de la peine d'emprisonnement, où il faudrait privilégier la préparation à la libération.

#### *1. Instruments internationaux pertinents en matière de droits de l'homme*

29. L'article 10 § 3 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques («PIDCP») dispose que «le régime pénitentiaire comporte un traitement des condamnés dont le but essentiel est leur amendement et leur reclassement social». L'Observation générale du Comité des droits de l'homme sur l'article 10 énonce en outre qu'«aucun système

pénitentiaire ne saurait être uniquement rétributif; il devrait essentiellement viser le redressement et la réadaptation sociale du prisonnier».

30. L'ensemble de règles minima des Nations unies pour le traitement des détenus (1957) contient des dispositions spécifiques concernant les détenus condamnés, dont les principes directeurs suivants :

«57. L'emprisonnement et les autres mesures qui ont pour effet de retrancher un délinquant du monde extérieur sont afflictives par le fait même qu'elles dépouillent l'individu du droit de disposer de sa personne en le privant de sa liberté. Sous réserve des mesures de ségrégation justifiées ou du maintien de la discipline, le système pénitentiaire ne doit donc pas aggraver les souffrances inhérentes à une telle situation.

58. Le but et la justification des peines et mesures privatives de liberté sont en définitive de protéger la société contre le crime. Un tel but ne sera atteint que si la période de privation de liberté est mise à profit pour obtenir, dans toute la mesure du possible, que le délinquant, une fois libéré, soit non seulement désireux, mais aussi capable de vivre en respectant la loi et de subvenir à ses besoins.

59. A cette fin, le régime pénitentiaire doit faire appel à tous les moyens curatifs, éducatifs, moraux et spirituels et autres et à toutes les formes d'assistance dont il peut disposer, en cherchant à les appliquer conformément aux besoins du traitement individuel des délinquants.»

## 2. *Les règles pénitentiaires européennes de 1987 et 2006*

31. Les règles pénitentiaires européennes exposent des recommandations du Comité des Ministres aux Etats membres du Conseil de l'Europe quant aux normes minimales à appliquer dans les prisons. Les Etats sont invités à s'inspirer de ces règles pour établir leurs législations et leurs politiques, et à assurer une large diffusion des règles auprès de leurs autorités judiciaires ainsi qu'auprès du personnel pénitentiaire et aux détenus.

La version de 1987 des règles pénitentiaires européennes («les règles de 1987») énonce, dans son troisième principe de base, que :

«Les buts du traitement des détenus doivent être de préserver leur santé et de sauvegarder leur dignité et, dans la mesure où la durée de la peine le permet, de développer leur sens des responsabilités et de les doter de compétences qui les aideront à se réintégrer dans la société, à vivre dans la légalité et à subvenir à leurs propres besoins après leur sortie de prison.»

Dans la dernière version de ces règles, adoptée en 2006 («les règles de 2006»), le principe susmentionné a été remplacé par trois autres :

«Règle 2: Les personnes privées de liberté conservent tous les droits qui ne leur ont pas été retirés selon la loi par la décision les condamnant à une peine d'emprisonnement ou les plaçant en détention provisoire.

(...)

Règle 5 : La vie en prison est alignée aussi étroitement que possible sur les aspects positifs de la vie à l'extérieur de la prison.

Règle 6 : Chaque détention est gérée de manière à faciliter la réintégration dans la société libre des personnes privées de liberté.»

Selon le commentaire sur les règles de 2006 (élaboré par le Comité européen pour les problèmes criminels – le «CDPC»), la règle 2 souligne que la perte du droit à la liberté ne doit pas être comprise comme impliquant la perte automatique par les détenus de tous leurs autres droits politiques, civils, sociaux, économiques et culturels, de sorte que les restrictions doivent être aussi peu nombreuses que possible. Le commentaire énonce également que la règle 5 souligne les aspects positifs de la normalisation. Tout en admettant que la vie en prison ne peut jamais être identique à la vie dans une société libre, cette règle précise qu'il faut intervenir activement pour rapprocher le plus possible les conditions de vie en prison de la vie normale. En outre, aux termes du commentaire, «la règle 6 reconnaît que les détenus, condamnés ou non, retourneront éventuellement vivre dans la société libre et que la vie en prison doit être organisée de façon à tenir compte de ce fait.»

32. Le premier chapitre de la Partie VIII des règles de 2006, intitulé «Objectif du régime des détenus condamnés», contient notamment les dispositions suivantes :

«102.1 Au-delà des règles applicables à l'ensemble des détenus, le régime des détenus condamnés doit être conçu pour leur permettre de mener une vie responsable et exempte de crime.

102.2 La privation de liberté constituant une punition en soi, le régime des détenus condamnés ne doit pas aggraver les souffrances inhérentes à l'emprisonnement.»

Sur ces points, le CDPC explique dans son commentaire que la règle 102 :

«(...) énonce les objectifs du régime applicable aux détenus en termes positifs et simples. Elle met l'accent sur l'élaboration de mesures et de programmes pour les détenus condamnés basés sur le développement du sens des responsabilités plutôt que sur la stricte prévention de la récidive. (...)

Cette nouvelle règle est conforme aux exigences des instruments internationaux tels que l'article 10 (3) du [PIDCP], (...). Cependant, contrairement au PIDCP, la formulation utilisée par la règle 102 évite de propos délibéré l'emploi du terme «amendement», pouvant prêter au traitement un caractère moralisateur. Elle met au contraire l'accent sur l'importance de donner aux détenus condamnés, souvent issus de milieux défavorisés, le goût et les moyens de mener une vie responsable et exempte de crime. A cet égard la règle 102 offre la même approche que la règle 58 des Règles minima des Nations unies pour le traitement des détenus.»

33. La règle 105.1 des règles de 2006 dispose qu'un programme systématique de travail doit contribuer à atteindre les objectifs poursuivis par le régime des détenus condamnés. Aux termes de la règle

106.1, un programme éducatif systématique, visant à améliorer le niveau global d'instruction des détenus, ainsi que leurs capacités à mener ensuite une vie responsable et exempte de crime doit constituer une partie essentielle du régime des détenus condamnés. Enfin, la règle 107.1 précise que la libération des détenus condamnés doit s'accompagner de programmes spécialement conçus pour permettre à ceux-ci de faire la transition entre la vie carcérale et une vie respectueuse du droit interne au sein de la collectivité.

34. La raison ayant conduit à l'évolution consacrée par les règles de 2006 peut se comprendre à la lecture de deux recommandations du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, qui traitent toutes deux de l'aspect de réinsertion des peines d'emprisonnement.

35. Le préambule de la Recommandation (2003)23 du Comité des Ministres aux Etats membres concernant la gestion par les administrations pénitentiaires des condamnés à perpétuité et des autres détenus de longue durée énonce que :

« (...) l'exécution des peines privatives de liberté suppose la recherche d'un équilibre entre, d'une part, le maintien de la sécurité et le respect de l'ordre et de la discipline dans les établissements pénitentiaires, et, d'autre part, la nécessité d'offrir aux détenus des conditions de vie décentes, des régimes actifs et une préparation constructive de leur libération; »

Aux termes du paragraphe 2 de la recommandation, la gestion des détenus de longue durée vise notamment à :

- « (...)
- veiller à ce que les prisons soient des endroits sûrs et sécurisés pour les détenus (...);
  - atténuer les effets négatifs que peut engendrer la détention de longue durée et à perpétuité;
  - accroître et améliorer la possibilité pour ces détenus de se réinsérer avec succès dans la société et de mener à leur libération une vie respectueuse des lois. »

La recommandation expose également cinq principes (paragraphe 3 à 8) concernant cette question de la gestion des détenus de longue durée, selon lesquels il faudrait :

- prendre en considération la diversité des caractéristiques individuelles des détenus (principe d'individualisation);
- aménager la vie en prison de manière à ce qu'elle soit aussi proche que possible des réalités de la vie en société (principe de normalisation);
- donner aux détenus l'occasion d'exercer des responsabilités personnelles dans la vie quotidienne en prison (principe de responsabilisation);
- établir une distinction claire entre les risques que les condamnés à perpétuité et les autres détenus de longue durée présentent pour la

société, pour eux-mêmes, pour les autres détenus et pour les personnes qui travaillent dans la prison ou qui la visitent (principe de sécurité et de sûreté);

- éviter de mettre à part des détenus selon le seul critère de leur peine (principe de non-séparation); et
- organiser la planification individuelle de la gestion de la peine de longue durée d'un détenu de manière à ce qu'elle assure une évolution progressive de l'intéressé à travers le système pénitentiaire (principe de progression).

La recommandation évoque également (paragraphe 10) le recours au principe de progression en vue de l'évolution progressive du détenu à travers le système pénitentiaire, «dans des conditions progressivement moins restrictives jusqu'à une étape finale, qui, idéalement, se passerait en milieu ouvert, de préférence au sein de la société». Tout détenu devrait aussi participer à des activités en prison permettant de «promouvoir les opportunités d'une bonne réinsertion après la libération» et devrait avoir accès à des conditions et des mesures de prises en charge «favorisant un mode de vie respectueux des lois, et l'adaptation à la communauté après une libération conditionnelle».

36. La seconde recommandation pertinente du Comité des Ministres est la Recommandation (2003)<sup>22</sup> concernant la libération conditionnelle. Le cinquième paragraphe du préambule énonce que «les études montrent que la détention a souvent des conséquences néfastes et n'assure pas la réinsertion des détenus». La recommandation expose dans son paragraphe 8 les mesures suivantes, devant réduire le risque de récidive des détenus par la mise en place de conditions individualisées telles que :

- «– la réparation du tort causé aux victimes, ou le versement d'un dédommagement;
- l'engagement de se soumettre à une thérapie, en cas de toxicomanie ou d'alcoolisme, ou dans le cas de toute autre affection se prêtant à un traitement et manifestement liée à la perpétration du crime;
- l'engagement de travailler ou de se livrer à une autre occupation agréée, par exemple suivre des cours ou une formation professionnelle;
- la participation à des programmes d'évolution personnelle;
- l'interdiction de résider ou de se rendre dans certains lieux.»

## EN DROIT

### I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DES ARTICLES 8 ET 12 DE LA CONVENTION

37. Les requérants se plaignent du refus opposé à leur demande d'insémination artificielle, dans lequel ils voient une atteinte au droit au

respect de leur vie privée et familiale que leur garantit l'article 8. Cette disposition, en ses passages pertinents, est ainsi libellée :

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

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

38. Les requérants allèguent également que ce refus méconnaît leur droit de fonder une famille au sens de l'article 12 de la Convention, qui se lit ainsi :

« 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. L'arrêt de la chambre**

39. Si elle a réaffirmé que les personnes continuaient de jouir après leur condamnation de tous les droits garantis par la Convention, à l'exception du droit à la liberté, la chambre a également observé que toute peine de prison avait un impact sur les circonstances ordinaires de la vie en liberté et entraînait inévitablement des limitations et des freins à l'exercice des droits consacrés par la Convention. Le fait même d'un tel contrôle n'était pas, en soi, incompatible avec la Convention mais il s'agissait principalement de déterminer si la nature et la portée de ce contrôle étaient conformes à la Convention.

40. Quant à savoir si la restriction litigieuse s'analysait en une ingérence dans le droit des requérants au respect de leur vie privée et familiale (donc relevait des obligations négatives de l'Etat) ou en un manquement de l'Etat à s'acquitter d'une obligation positive à cet égard, la chambre a estimé que la restriction litigieuse tenait au refus de l'Etat de prendre des mesures pour autoriser quelque chose qui n'était pas déjà un droit général existant. Dès lors, selon la chambre, l'affaire portait sur l'inobservation par l'Etat de son obligation positive de garantir les droits des requérants.

41. La chambre a rappelé que les exigences tenant à la notion de « respect » de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 manquaient de netteté, surtout en ce qui concernait les obligations positives inhérentes à cette notion, et variaient considérablement d'un cas à l'autre, eu égard notamment à la diversité des situations observées dans les Etats contractants et les choix opérés par eux en fonction de leurs priorités et ressources. Ces considérations étaient particulièrement pertinentes en l'espèce, et les questions soulevées touchaient à un domaine pour lequel il n'existait guère de communauté de vues parmi les Etats membres du

Conseil de l'Europe. En conséquence, les Etats contractants bénéficiaient d'une ample marge d'appréciation en la matière.

42. Quant au juste équilibre à ménager entre les intérêts de la société et ceux de l'individu lorsqu'il s'agit de déterminer l'existence et la portée d'une obligation positive éventuelle, la chambre a commencé par examiner la politique en général. Elle a jugé légitimes ses deux objectifs principaux, à savoir le maintien de la confiance du public dans le système de justice pénale et le bien-être de tout enfant qui pourrait être conçu, donc l'intérêt général de la société dans son ensemble. La chambre a attaché une importance particulière au fait que cette politique n'entraînait pas une interdiction globale mais permettait l'examen des circonstances de chaque demande d'insémination artificielle en fonction des critères fixés par le droit interne, lesquels, selon la chambre, n'étaient ni arbitraires ni déraisonnables et présentaient un rapport avec les buts légitimes sous-tendant la politique. La chambre a rejeté l'idée que l'examen des juridictions internes était purement théorique ou illusoire puisque des éléments non contestés démontraient que le recours à l'insémination artificielle avait été autorisé dans certains cas par le passé.

43. Enfin, quant à l'application de la politique dans le cas des requérants, la chambre a pris en compte les difficultés que rencontraient ceux-ci. Elle a toutefois relevé que le ministre avait minutieusement examiné leur situation, que la décision avait ensuite été examinée en détail par la *High Court* et la Cour d'appel et que ces juridictions avaient estimé que non seulement la politique était rationnelle et licite mais que son application dans les circonstances de l'espèce n'était ni déraisonnable ni disproportionnée.

44. Eu égard à l'ample marge d'appréciation accordée aux autorités nationales, la chambre a ensuite jugé non établi que la décision de refuser aux requérants la possibilité d'avoir recours à l'insémination artificielle fût arbitraire ou déraisonnable, ou que cette décision eût failli à ménager un juste équilibre entre les intérêts concurrents en jeu, de sorte qu'il n'y avait aucune apparence d'atteinte au droit des requérants au respect de leur vie privée et familiale; en conséquence, elle a conclu qu'il n'y avait pas violation de l'article 8 de la Convention.

45. Pour les mêmes raisons, la chambre a estimé qu'il n'y avait pas non plus violation de l'article 12 de la Convention.

## **B. Arguments des requérants**

### *1. Article 8 de la Convention*

46. Les requérants contestent le raisonnement et les conclusions de la chambre, préférant renvoyer aux opinions dissidentes des juges

Casadevall, Garlicki et Borrego Borrego. La jurisprudence citée par le Gouvernement émane principalement de l'ancienne Commission, et ne correspond pas aux tendances actuelles ni ne porte directement sur le sujet. Cette question n'ayant pas été précédemment traitée, la Grande Chambre a donc toute latitude pour juger.

47. Les requérants relèvent que le Gouvernement a soutenu devant la chambre et au début de la procédure devant la Grande Chambre que la restriction avait un but de rétribution. Si tel est le cas, admettre une quelconque exception à la politique n'a pas de sens : logiquement, celle-ci ne devrait jamais trouver application, par exemple, s'agissant de détenus ayant purgé leur période de sûreté (*tariff*) et maintenus en détention sur le fondement d'un risque futur ; or elle a été appliquée à de tels cas. La politique opère donc une discrimination entre un détenu condamné à la réclusion à perpétuité bénéficiant d'un régime ouvert et ceux qui ne bénéficient pas de telles conditions ; et il n'y a pas de lien entre l'infraction et la sanction – si le refus de l'insémination artificielle aux personnes condamnées pour des infractions dirigées contre des enfants peut présenter une certaine logique, le refus en bloc, sauf cas exceptionnels, est arbitraire.

48. Quoi qu'il en soit, devant la Grande Chambre, le Gouvernement souligne à titre principal que la politique est une conséquence nécessaire de l'emprisonnement : en plus d'être extrêmement subjectif, le refus de l'insémination artificielle n'a aucun effet sur la détention puisque la mesure n'implique absolument aucun problème de sécurité ni aucun autre obstacle d'ordre matériel ou financier. Le fait que la chambre n'ait pas répondu à ces deux questions décrédibilise son arrêt.

49. L'objectif de rétribution, qui implique l'idée que les droits fondamentaux des détenus constituent l'exception plutôt que la norme, n'est pas compatible avec la Convention. Seul le droit à la liberté est automatiquement supprimé par la peine d'emprisonnement. Un Etat doit justifier toute restriction à un autre droit. Le point de départ de la politique est donc inapproprié et doit être renversé : la politique devrait avoir pour prémisses que les détenus ont le droit de procréer sauf si des motifs impérieux s'y opposent. Partir de l'idée inverse, comme à l'heure actuelle, empêche toute véritable appréciation dans une affaire donnée puisqu'il faut démontrer que sans insémination artificielle la conception sera impossible, puis prouver l'existence de circonstances exceptionnelles. Les chances d'obtenir l'autorisation de bénéficier d'une insémination artificielle sont donc tellement minces qu'il n'y a pas de véritable appréciation des circonstances de chaque affaire et que les jeux sont faits d'avance, de sorte que la politique équivaut à une interdiction globale.

50. Les requérants soutiennent que la charge que ferait supporter à l'Etat la mesure demandée est tellement minime (il s'agirait d'autoriser quelque chose demandant un minimum de règles) que la distinction entre



les obligations positives et les obligations négatives ne s'applique pas utilement. A choisir, ils allèguent que le refus de l'insémination artificielle constitue une ingérence dans l'exercice du droit de concevoir un enfant (obligation négative). L'idée que ce refus devrait s'analyser dans le contexte des obligations positives présuppose que l'emprisonnement et la politique ont un but rétributif, de sorte que, comme il est dit ci-dessus, la perte par les détenus de leurs droits fondamentaux (y compris celui de concevoir des enfants) fait partie intégrante de la sanction. Dès lors que l'on admet qu'un détenu conserve les droits qu'il tire de la Convention pendant sa détention et qu'il demande simplement une procédure lui permettant d'exercer plus facilement l'un de ces droits, cette demande doit être examinée dans le contexte des obligations négatives. Même si une lourde charge imposée à l'Etat peut s'analyser au regard des obligations positives, il n'existait en l'espèce évidemment aucune obligation de ce genre et le Gouvernement n'a pas soutenu qu'il y en avait une : les requérants auraient assumé tous les frais et il n'y avait aucune charge liée à la sécurité ou à l'aspect matériel, hormis celle d'assurer l'accès d'un visiteur agréé à la prison afin qu'il emporte le prélèvement.

51. Quant à la marge d'appréciation à appliquer et à l'évolution en faveur des visites conjugales, les requérants soulignent que ce qu'ils demandent est moins lourd à aménager et que l'absence de consensus sur la question de l'accès à l'insémination artificielle s'explique par le fait qu'une telle possibilité n'est pas nécessaire dans les pays où les visites conjugales sont autorisées. La Cour ne peut se retrancher derrière la marge d'appréciation qu'elle juge devoir être accordée en l'espèce. Le refus se fonde au contraire sur une politique qui n'a jamais été soumise à l'examen des parlementaires et qui ne permet aucun véritable examen de la proportionnalité au niveau interne : la marge d'appréciation n'a aucun rôle à jouer en pareilles circonstances. La Cour doit plutôt se mettre à la place des autorités internes et procéder à sa propre appréciation de la question de savoir où se situe le point d'équilibre entre les intérêts en jeu.

52. Quant à l'importante justification nécessaire pour refuser l'insémination artificielle, les requérants soutiennent que ni la politique ni son application à leur cas n'étaient satisfaisantes.

53. Pour les motifs exposés ci-dessus, le but de rétribution n'est ni cohérent ni logique. Quant à l'argument selon lequel l'incapacité de concevoir des enfants est une conséquence directe de l'emprisonnement, les requérants ont affirmé ci-dessus que la charge pour l'Etat serait minime.

54. Les facteurs sociaux (intérêts de l'enfant putatif et de la société) qui sont censés sous-tendre la politique ne sont pas prévus par le second paragraphe de l'article 8. La notion d'intérêt général, plus large, est vague et mal définie et, quoi qu'il en soit, aucun élément ne démontre que le fait

d'autoriser le recours à l'insémination artificielle porterait atteinte à la confiance du public dans le système de justice pénale. La suggestion selon laquelle il faut considérer l'intérêt supérieur de l'enfant pour décider d'accéder ou non à la demande est offensante, inopportune, paternaliste et peu convaincante: on est au bord de juger qui doit devenir parent et qui a le droit de naître (Codd, «*Regulating Reproduction: Prisoners' Families, Artificial Insemination and Human Rights*» [2006] *European Human Rights Law Reports*, vol. 1); c'est incompatible avec le principe de réinsertion; il est peu convaincant et insultant de présumer qu'être élevé par un parent isolé est nécessairement contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant; et l'intérêt de l'enfant ne saurait avoir valeur de justification puisque la seule façon de protéger cet intérêt serait alors de garantir que l'enfant ne vienne jamais au monde. Ces arguments sont également insultants pour les parents isolés et vont par ailleurs à l'encontre des évolutions qui s'opèrent dans l'ordre juridique interne, puisqu'ils sont de moins en moins invoqués dans la jurisprudence relative à d'autres affaires d'insémination artificielle concernant des personnes en liberté (voir *R. v. Blood* [1997], *Weekly Law Reports*, vol. 2, p. 806, et la loi de 2003 sur la fécondation et l'embryologie humaines (pères décédés) (*Human Fertilisation and Embryology (Deceased Fathers) Act 2003*). En réalité, on impose au parent la charge de prouver qu'il ou elle peut être un bon parent (y compris financièrement). Quoi qu'il en soit, l'organe interne compétent pour prendre les décisions concernant la fécondation humaine est l'Autorité en matière de fécondation et embryologie humaines (*Human Fertilisation and Embryology Authority*), qui aurait dû être appelée à déterminer si les requérants étaient de bons candidats pour une insémination artificielle.

55. Quant à l'application de la politique à leur cas, les requérants soulignent que le refus de l'insémination artificielle éteindrait leur droit de fonder une famille (compte tenu de la peine infligée au premier requérant et de l'âge de la seconde requérante). Ils contestent la conclusion du ministre selon laquelle leurs ressources sont insuffisantes pour l'entretien d'un enfant qu'ils viendraient à concevoir: la seconde requérante n'est pas dépendante des prestations de l'Etat (elle possède un bien d'une valeur de 200 000 livres sterling (GBP), elle suit une formation de consultante et, une fois diplômée, elle sera en mesure de demander un taux horaire de 30 GBP). Il est injuste de déclarer que la relation des requérants n'a pas été mise à l'épreuve: la solidité de toute relation (qu'il s'agisse ou non de détenus) est incertaine, il n'y a pas de lien entre l'emprisonnement et la fin d'une liaison et, en réalité, la détention du premier requérant n'a pas affaibli la relation des intéressés. Quoi qu'il en soit, ce dernier argument est spécieux puisqu'il pourrait automatiquement être opposé à toute demande d'insémination artificielle émanant de détenus condamnés à de longues peines. Le fait

d'arguer de l'absence du premier requérant au début de la vie de l'enfant procède aussi d'un raisonnement injuste et circulaire : c'est précisément une longue absence qui rend la demande nécessaire (l'insémination artificielle étant alors le seul moyen de conception) mais en même temps cela signifierait que cette demande ne peut pas être accueillie (étant donné la séparation ultérieure entre le parent détenu et tout enfant éventuellement conçu). Cela n'a aucun sens que le mariage des requérants soit reconnu comme étant un élément de réinsertion et soit soutenu par le système mais que le droit de procréer ne le soit pas.

56. Enfin, même si la politique pouvait s'appliquer à la situation du premier requérant – en l'occurrence sans que cela se justifie – elle ne vaudrait pas pour la seconde requérante qui, elle, n'est pas emprisonnée, point que la Cour d'appel, le Gouvernement et la chambre n'ont pas pris en compte. La seconde requérante a d'abord plaidé que, puisqu'elle n'était pas détenue, la politique ne pouvait pas lui être appliquée de sorte qu'il n'y avait pas de droits concurrents pouvant primer sur les siens. Toutefois, devant la Grande Chambre, elle admet que sa situation ne peut pas être considérée de manière totalement indépendante de celle du premier requérant et que ses droits à elle ne peuvent l'emporter sur tous les autres. Cela dit, elle soutient qu'elle devrait avoir le droit de concevoir un enfant avec son mari, sauf si des raisons exceptionnelles s'y opposaient (par exemple, si le père avait été condamné pour le meurtre d'un enfant). Or cela lui est interdit par une politique globale et peu convaincante, dont la pertinence à l'égard d'une personne en liberté comme elle est encore moindre. L'extinction des droits de l'intéressée au titre de l'article 8 exige une justification particulièrement solide.

## *2. Article 12 de la Convention*

57. Si les requérants ont admis devant la chambre qu'un constat de non-violation de l'article 8 entraînerait la même conclusion sous l'angle de l'article 12 de la Convention, ils allèguent devant la Grande Chambre que les griefs tirés des articles 8 et 12 sont distincts et doivent donner lieu à un examen séparé.

## **C. Arguments du Gouvernement**

### *1. Article 8 de la Convention*

58. Le Gouvernement s'appuie sur l'arrêt de la chambre et soutient que, pour les motifs exposés dans cet arrêt et par la Cour d'appel, il n'y a pas violation de l'article 8 de la Convention.

Si la chambre a reconnu le principe « bien établi » qu'à part la liberté les détenus continuent de jouir de tous les droits garantis par la Convention, y

compris le droit au respect de la vie privée et familiale (*Hirst c. Royaume-Uni* (n° 2) [GC], n° 74025/01, CEDH 2005-IX), elle a également admis que l'emprisonnement implique inévitablement et nécessairement certaines restrictions aux droits d'un individu. La chambre a également admis que l'affaire porte sur l'observation d'une obligation positive, ce qui implique l'existence d'une ample marge d'appréciation, et que, dans la mise en balance globale des intérêts individuels et des intérêts publics, les buts légitimes sont, d'une part, le maintien de la confiance du public dans le système de justice pénale et, d'autre part, l'intérêt de tout enfant qui serait conçu et donc de la société dans son ensemble. La politique en soi et son application au cas des requérants ne sont pas disproportionnées à ces buts.

59. L'arrêt de la chambre s'inscrit de manière cohérente dans la jurisprudence de la Cour (voir, notamment, *Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, § 45, série A n° 18) et de la Commission (citée par la Cour d'appel dans l'affaire *Mellor* susmentionnée (paragraphe 24 ci-dessus). L'arrêt de la chambre et celui de la Cour d'appel dans l'affaire *Mellor* précitée vont eux aussi dans le même sens. Enfin, la justification donnée par la Cour d'appel à la politique et à son application en l'espèce se retrouve dans l'arrêt de la chambre.

60. Le Gouvernement soutient en outre que la politique cadre avec la Convention.

Il ne s'agit pas d'une politique globale mais d'une politique qui permet d'examiner au fond chaque affaire suivant les principes de la Convention. Les statistiques démontrent qu'une appréciation est réellement conduite dans chaque cas : vingt-huit demandes d'insémination artificielle ont été présentées depuis 1996, douze n'ont pas été maintenues, une a été retirée parce que les intéressés avaient rompu, un demandeur a bénéficié d'une libération conditionnelle et deux demandes sont pendantes. Sur les douze demandes restantes, trois ont été accordées et neuf refusées.

La politique se justifie par trois principes : la perte de la possibilité de concevoir des enfants fait partie intégrante de la privation de liberté et constitue une conséquence ordinaire de la détention ; la confiance du public dans le système pénitentiaire serait compromise si les éléments rétributifs et dissuasifs d'une peine étaient réduits à néant par le fait d'autoriser les détenus à concevoir des enfants (à ce dernier égard, la nature et la gravité du crime commis sont des éléments à prendre en compte) ; et l'absence inévitable d'un des parents et de son soutien, financier ou autre, pendant une longue période, entraîne des conséquences négatives pour l'enfant et pour la société dans son ensemble. Ce dernier point constitue en réalité une question complexe et controversée, ce qui met en exergue les raisons pour lesquelles les autorités de l'État sont les mieux placées pour procéder à cette appréciation. Il est légitime que l'État considère les implications pour

tout enfant qui serait conçu, de sorte qu'un des buts de la politique consiste à limiter l'autorisation de recourir à l'insémination artificielle à ceux dont on peut estimer qu'ils ont une chance raisonnable de se retrouver à leur libération dans un cadre familial stable et de pouvoir jouer un rôle parental. En fait, l'Etat a l'obligation de garantir la protection effective et le bien-être moral et matériel des enfants.

61. En conséquence, le point de départ est celui-ci: le recours à l'insémination artificielle est octroyé dans des circonstances exceptionnelles, c'est-à-dire lorsqu'un refus interdirait totalement aux intéressés de fonder une famille; par la suite, les autorités prennent en compte d'autres facteurs qui déterminent le caractère exceptionnel d'une situation donnée. De l'avis du Gouvernement, le point de départ est raisonnable. Souvent, le refus de l'insémination artificielle n'affectera pas les droits garantis par l'article 8: par exemple, s'il s'agit de la conception d'un enfant dans la vie duquel le père, en raison de sa peine d'emprisonnement, ne pourrait pas véritablement s'impliquer, le simple droit de procréer n'étant pas un droit protégé par la Convention. C'est seulement dans des circonstances inhabituelles que, en l'absence d'insémination artificielle, la durée de la détention empêchera en soi un détenu d'avoir des enfants après sa libération. Si le Gouvernement reconnaît que la réinsertion est un aspect fondamental et important de la détention, il affirme que la politique prend en compte tous les éléments pertinents.

62. En outre, la politique a été correctement appliquée en l'espèce, les autorités ayant indiqué les éléments pertinents et ménagé un juste équilibre entre les intérêts en jeu. L'impossibilité pour les requérants de concevoir un enfant sans le recours à l'insémination artificielle cède devant les raisons invoquées par le ministre: le défaut de relations établies; l'absence du premier requérant pendant une longue période de la vie d'un enfant éventuel; des ressources matérielles insuffisantes pour l'enfant et un réseau de soutien médiocre pour la seconde requérante; et le souci légitime du public que les aspects rétributifs et dissuasifs de la peine soient réduits à néant si le premier requérant (condamné pour un crime violent) était autorisé à concevoir un enfant. Les éléments pris en compte englobent les intérêts de la seconde requérante, dont le souhait d'avoir un enfant de son mari. Toutefois, il demeure que sa situation est liée à celle du premier requérant et, si ses intérêts devaient constituer un facteur déterminant, l'Etat n'aurait plus aucune latitude.

63. Enfin le Gouvernement soutient qu'il doit bénéficier d'une ample marge d'appréciation, étant donné que l'affaire implique que l'Etat prenne des mesures positives pour pallier les conséquences par ailleurs inévitables de la détention afin d'aider les parties à concevoir un enfant, et ce dans un domaine de politique sociale où des choix difficiles doivent être opérés entre les droits d'un individu et les besoins de la société.

Comme le Gouvernement l'a expliqué ci-dessus, il ne s'agit pas d'une politique globale et il ne se dégage au niveau européen aucun consensus en faveur de l'octroi aux détenus de l'accès à l'insémination artificielle.

## 2. Article 12 de la Convention

64. Le Gouvernement s'appuie sur l'arrêt de la chambre et soutient qu'il n'y a pas violation de l'article 8 de la Convention, de sorte qu'il ne peut davantage y avoir violation de l'article 12.

## D. Appréciation par la Cour du grief tiré de l'article 8 de la Convention

### 1. Applicabilité de l'article 8

65. La restriction en cause en l'espèce provient du refus d'autoriser les requérants à avoir recours à l'insémination artificielle. Les parties ne contestent pas l'applicabilité de l'article 8 même si, devant la Grande Chambre, le Gouvernement semble suggérer que l'article 8 pourrait ne pas s'appliquer dans certaines circonstances – par exemple, lorsque la peine d'un détenu est tellement longue qu'on ne peut s'attendre à ce qu'il « participe » jamais à la vie de l'enfant qui serait conçu, l'article 8 ne garantissant pas un droit à la procréation.

66. La Cour estime que l'article 8 est applicable aux griefs des requérants en ce que le refus de l'insémination artificielle concerne leur vie privée et familiale, ces notions incluant le droit au respect de leur décision de devenir parents génétiques (*E.L.H. et P.B.H. c. Royaume-Uni*, n<sup>os</sup> 32094/96 et 32568/96, décision de la Commission du 22 octobre 1997, DR 91-B, p. 61, *Kalachnikov c. Russie* (déc.), n<sup>o</sup> 47095/99, CEDH 2001-XI, *Aliev c. Ukraine*, n<sup>o</sup> 41220/98, §§ 187-189, 29 avril 2003, et *Evans c. Royaume-Uni* [GC], n<sup>o</sup> 6339/05, §§ 71-72, CEDH 2007-I).

### 2. Principes généraux pertinents

67. La Cour rappelle l'arrêt *Hirst* précité, qui portait sur une restriction prévue par la loi au droit de vote des détenus :

« 69. En ce qui concerne la présente cause, la Cour souligne tout d'abord que les détenus en général continuent de jouir de tous les droits et libertés fondamentaux garantis par la Convention, à l'exception du droit à la liberté lorsqu'une détention régulière entre expressément dans le champ d'application de l'article 5 de la Convention. Par exemple, les détenus ne peuvent être soumis à des mauvais traitements ou à des peines ou conditions inhumaines ou dégradantes, interdits par l'article 3 de la Convention (voir, entre autres, *Kalachnikov c. Russie*, n<sup>o</sup> 47095/99, CEDH 2002-VI, *Van der Ven c. Pays-Bas*, n<sup>o</sup> 50901/99, CEDH 2003-II) ; ils continuent de jouir du droit au respect de la vie familiale (*Ploski c. Pologne*, n<sup>o</sup> 26761/95, 12 novembre 2002, *X c. Royaume-Uni*, n<sup>o</sup> 9054/80, décision de

la Commission du 8 octobre 1982, DR 30, p. 113), du droit à la liberté d'expression (*Yankov c. Bulgarie*, n° 39084/97, §§ 126-145, CEDH 2003-XII, *T. c. Royaume-Uni*, n° 8231/78, rapport de la Commission du 12 octobre 1983, DR 49, p. 5, §§ 44-84), du droit de pratiquer leur religion (*Poltoratski c. Ukraine*, n° 38812/97, §§ 167-171, CEDH 2003-V), du droit d'avoir un accès effectif à un avocat ou à un tribunal aux fins de l'article 6 (*Campbell et Fell c. Royaume-Uni*, arrêt du 28 juin 1984, série A n° 80, *Golder c. Royaume-Uni*, arrêt du 21 février 1975, série A n° 18), du droit au respect de la correspondance (*Silver et autres c. Royaume-Uni*, arrêt du 25 mars 1983, série A n° 61) et du droit de se marier (*Hamer c. Royaume-Uni*, n° 7114/75, rapport de la Commission du 13 décembre 1979, DR 24, p. 5, *Draper c. Royaume-Uni*, n° 8186/78, rapport de la Commission du 10 juillet 1980, DR 24, p. 72). Toute restriction à ces autres droits doit être justifiée, même si pareille justification peut tout à fait reposer sur les considérations de sécurité, notamment la prévention du crime et la défense de l'ordre, qui découlent inévitablement des circonstances de l'emprisonnement (voir, par exemple, l'affaire *Silver et autres* précitée, pp. 38-41, §§ 99-105, où des restrictions générales au droit des détenus de correspondre ont été jugées contraires à l'article 8 mais où l'interception de certaines lettres contenant des menaces ou d'autres références contestables a été considérée comme justifiée aux fins de la prévention des infractions pénales et de la défense de l'ordre).

70. Il n'est donc nullement question qu'un détenu soit déchu de ses droits garantis par la Convention du simple fait qu'il se trouve incarcéré à la suite d'une condamnation. Il n'y a pas non plus place dans le système de la Convention, qui reconnaît la tolérance et l'ouverture d'esprit comme les caractéristiques d'une société démocratique, pour une privation automatique du droit de vote se fondant uniquement sur ce qui pourrait heurter l'opinion publique.

71. Cette norme de tolérance n'empêche pas une société démocratique de prendre des mesures pour se protéger contre des activités visant à détruire les droits et libertés énoncés dans la Convention. L'article 3 du Protocole n° 1, qui consacre la capacité de l'individu à influencer sur la composition du corps législatif, n'exclut donc pas que des restrictions aux droits électoraux soient infligées à un individu qui, par exemple, a commis de graves abus dans l'exercice de fonctions publiques ou dont le comportement a menacé de saper l'état de droit ou les fondements de la démocratie (voir, par exemple, *X c. Pays-Bas*, décision précitée, et, *mutatis mutandis*, *Glimmerveen et Hagenbeek c. Pays-Bas*, n°s 8348/78 et 8406/78, décision de la Commission du 11 octobre 1979, DR 18, p. 198, où la Commission a déclaré irrecevables deux requêtes concernant le refus d'autoriser les requérants, chefs d'une organisation interdite professant le racisme et la xénophobie, à se présenter à des élections). Il ne faut toutefois pas recourir à la légère à la mesure rigoureuse que constitue la privation du droit de vote; par ailleurs, le principe de proportionnalité exige l'existence d'un lien discernable et suffisant entre la sanction et le comportement ainsi que la situation de la personne touchée (...)»

68. En conséquence, les personnes en détention conservent leurs droits garantis par la Convention, de sorte que toute restriction à ces droits doit être justifiée dans une affaire donnée. Cette justification peut tenir notamment aux conséquences nécessaires et inévitables de la détention (paragraphe 27 de l'arrêt de la chambre) ou (comme les requérants l'admettent devant la Grande Chambre) à un lien suffisant entre la restriction et la situation du détenu en question. Elle ne saurait toutefois se fonder uniquement sur des arguments tenant à ce qui pourrait heurter l'opinion publique.

### 3. *Obligations négatives ou positives*

69. Les parties sont en désaccord sur le point de savoir si le refus de la mesure demandée porte atteinte au droit existant des requérants à concevoir un enfant (à analyser dans le contexte des obligations négatives de l'Etat) ou constitue un manquement par l'Etat à accorder un droit qui n'existait pas auparavant (ce qui impliquerait une obligation positive). La chambre a estimé que les griefs des requérants devaient s'analyser comme portant sur une obligation positive.

70. La Cour rappelle que, si l'article 8 tend pour l'essentiel à prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il ne se contente pas de commander à l'Etat de s'abstenir de pareilles ingérences : à cet engagement plutôt négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie privée et familiale. Elles peuvent impliquer l'adoption de mesures visant au respect de la vie privée et familiale, jusque dans les relations des individus entre eux. La frontière entre les obligations positives et négatives de l'Etat au titre de l'article 8 ne se prête pas à une définition précise ; les principes applicables sont néanmoins comparables. En particulier, dans les deux cas, il faut avoir égard au juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents (*Odièvre c. France* [GC], n° 42326/98, § 40, CEDH 2003-III, et *Evans*, précité, § 75).

71. La Cour estime qu'il n'y a pas lieu de décider si l'affaire ressortit au contexte des obligations positives ou à celui des obligations négatives puisqu'elle est d'avis que la question cruciale en l'espèce (paragraphes 77-85 ci-dessous) est précisément celle de savoir si un juste équilibre a été ménagé entre les intérêts publics et les intérêts privés qui sont en concurrence dans la présente affaire.

### 4. *Les intérêts individuels et publics concurrents*

72. Quant aux intérêts des requérants, les juridictions internes ont admis que l'insémination artificielle demeurerait le seul espoir réaliste des intéressés, en couple depuis 1999 et mariés depuis 2001, d'avoir un enfant ensemble, eu égard à l'âge de la seconde requérante et à la première date possible de libération du premier requérant. La Cour juge évident que la question revêt une importance vitale pour les requérants.

73. Le Gouvernement avance trois justifications à la politique.

74. Premièrement, devant la Grande Chambre, il se fonde essentiellement sur l'idée que la perte de la possibilité de concevoir des enfants découle inévitablement et nécessairement de la détention.

Si l'incapacité de concevoir des enfants peut être une conséquence de la détention, elle n'est pas inévitable puisque nul ne prétend que le fait d'accueillir la demande d'insémination artificielle impliquerait une charge importante en matière de sécurité ou sur les plans administratif ou financier pour l'Etat.



75. Deuxièmement, devant la Grande Chambre, le Gouvernement paraît avancer – sans insister cependant – une autre justification de la politique, à savoir le fait que la confiance du public dans le système pénitentiaire serait compromise si les éléments rétributifs et dissuasifs d'une peine pouvaient être annihilés par le fait d'autoriser des détenus coupables de certaines infractions graves à concevoir des enfants.

La Grande Chambre, à l'instar de la chambre, rappelle qu'il n'y a pas place dans le système de la Convention, qui reconnaît la tolérance et l'ouverture d'esprit comme les caractéristiques d'une société démocratique, pour une privation automatique des droits des détenus se fondant uniquement sur ce qui pourrait heurter l'opinion publique (*Hirst*, précité, § 70). Toutefois, la Grande Chambre, comme la chambre, peut admettre que le maintien de la confiance du public dans le système de justice pénale a un rôle à jouer dans l'élaboration de la politique pénale. Le Gouvernement semble également soutenir que la restriction, en soi, contribue à l'objectif rétributif global de la détention. Cependant, tout en admettant que la punition reste un des buts de la détention, la Cour souligne aussi que les politiques pénales en Europe évoluent et accordent une importance croissante à l'objectif de réinsertion de la détention, en particulier vers la fin d'une longue peine d'emprisonnement (paragraphe 28-36 ci-dessus).

76. Troisièmement, le Gouvernement fait valoir que l'absence d'un parent pendant une longue période aurait un impact négatif sur tout enfant susceptible d'être conçu et, en conséquence, sur la société dans son ensemble.

La Cour est disposée à juger légitime, au sens du paragraphe 2 de l'article 8, que les autorités se préoccupent, sur le plan des principes, du bien-être de tout enfant éventuel lorsqu'elles élaborent et appliquent la politique: la conception d'un enfant constitue l'objet même de cet exercice. Par ailleurs, l'Etat a l'obligation positive de garantir la protection effective des enfants (*L.C.B. c. Royaume-Uni*, 9 juin 1998, § 36, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-III, *Osman c. Royaume-Uni*, 28 octobre 1998, §§ 115-116, *Recueil* 1998-VIII, et *Z et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 29392/95, § 73, CEDH 2001-V). Toutefois, cela ne peut aller jusqu'à empêcher les parents qui le désirent de concevoir un enfant dans des circonstances telles que celles de l'espèce, d'autant que la seconde requérante était en liberté et pouvait, jusqu'à la libération de son mari, prendre soin de l'enfant éventuellement conçu.

##### 5. *Mise en balance des intérêts concurrents en présence et marge d'appréciation*

77. Il appartient aux autorités nationales de dire les premières où se situe le juste équilibre à ménager dans un cas donné avant que la Cour ne procède à une évaluation en dernier ressort, et une certaine marge

d'appréciation est donc laissée en principe aux Etats dans ce cadre. L'ampleur de cette marge varie et dépend d'un certain nombre d'éléments, notamment de la nature des activités en jeu et des buts des restrictions (*Smith et Grady c. Royaume-Uni*, nos 33985/96 et 33986/96, § 88, CEDH 1999-VI).

78. Dès lors, lorsqu'un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu se trouve en jeu (tel que le choix de devenir un parent génétique), la marge d'appréciation laissée à l'Etat est en général restreinte.

En revanche, lorsqu'il n'y a pas de consensus au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe, que ce soit sur l'importance relative de l'intérêt en jeu ou sur les meilleurs moyens de le protéger, en particulier lorsque l'affaire soulève des questions ou implique des choix complexes de stratégie sociale, la marge d'appréciation est plus large. Grâce à une connaissance directe de leur société et de ses besoins, les autorités nationales se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour déterminer ce qui est d'utilité publique. En pareil cas, la Cour respecte généralement le choix politique du législateur, à moins qu'il ait un «fondement manifestement déraisonnable». La marge d'appréciation est de façon générale également ample lorsque l'Etat doit ménager un équilibre entre des intérêts privés et publics concurrents ou différents droits protégés par la Convention (Evans, précité, § 77).

79. Il est important de noter que dans son arrêt en l'affaire *Hirst*, la Cour a observé que, lorsqu'il n'y a pas de consensus au niveau européen sur la question en jeu et que la marge d'appréciation laissée à l'Etat est donc large, celle-ci n'est cependant pas illimitée. Elle a estimé que ni le pouvoir législatif ni le pouvoir judiciaire n'avaient cherché à peser les divers intérêts en présence ou à apprécier la proportionnalité de la limitation imposée dans cette affaire aux détenus. Elle a jugé que l'interdiction en cause constituait un «instrument sans nuance» qui dépouillait de manière indifférenciée un grand nombre de détenus de leurs droits garantis par la Convention, et infligeait une restriction globale et automatique à tous les détenus condamnés, quelle que fût la durée de leur peine et indépendamment de la nature ou de la gravité de l'infraction qu'ils avaient commise ou de leur situation personnelle. La Cour a poursuivi ainsi (*Hirst*, § 82) :

«Force est de considérer que pareille restriction générale, automatique et indifférenciée à un droit consacré par la Convention et revêtant une importance cruciale outrepassé une marge d'appréciation acceptable, aussi large soit-elle, et est incompatible avec l'article 3 du Protocole n° 1.»

80. En l'espèce, les parties sont en désaccord sur l'ampleur de la marge d'appréciation à accorder aux autorités. Les requérants allèguent que la marge d'appréciation n'a aucun rôle à jouer puisque la politique n'a

jamais été soumise à l'examen des parlementaires et ne permet pas d'examiner réellement la proportionnalité. Le Gouvernement soutient qu'une ample marge d'appréciation s'applique puisque l'on se trouve dans le contexte des obligations positives, que la politique n'est pas une politique globale et qu'il n'existe pas de consensus européen sur le sujet.

81. Quant à l'existence ou non d'un consensus au niveau européen, la Cour relève que la chambre a établi que plus de la moitié des Etats contractants autorisent les visites conjugales pour les détenus (sous réserve de diverses limitations), ce qui pourrait être considéré comme un moyen épargnant aux autorités la nécessité de prévoir la possibilité d'un recours à l'insémination artificielle. Toutefois, si la Cour a exprimé son approbation devant l'évolution observée dans plusieurs pays d'Europe, qui tendent à introduire des visites conjugales, elle n'est pas encore allée jusqu'à interpréter la Convention comme exigeant des Etats contractants qu'ils ménagent de telles visites (*Aliev*, précité, § 188). En conséquence, il s'agit là d'un domaine dans lequel les Etats contractants peuvent jouir d'une ample marge d'appréciation lorsqu'ils ont à déterminer les dispositions à prendre afin d'assurer le respect de la Convention, compte dûment tenu des besoins et ressources de la société et des personnes.

82. Cela dit, et à supposer même que l'arrêt de la Cour d'appel dans l'affaire *Mellor* équivaille à un examen judiciaire de la politique sous l'angle de l'article 8 (bien que cet arrêt ait été rendu avant l'incorporation de la Convention dans le droit anglais et dans un contexte de contrôle juridictionnel, paragraphes 23-26 ci-dessus), la Cour estime que la politique, telle qu'elle est structurée, exclut concrètement toute mise en balance réelle des intérêts publics et des intérêts privés en présence et qu'elle empêche l'appréciation requise par la Convention de la proportionnalité d'une restriction dans une affaire donnée.

En particulier, et eu égard à l'arrêt prononcé par Lord Phillips dans l'affaire *Mellor* et par le *Lord Justice Auld* en l'espèce, la politique a fait peser sur les requérants une charge exorbitante quant à la preuve du «caractère exceptionnel» de leur cas lorsqu'ils ont présenté leur demande d'insémination artificielle (paragraphes 13, 15-17 et 23-26 ci-dessus). En premier lieu, les intéressés ont dû démontrer, à titre de condition préalable à l'application de la politique, que la privation de l'insémination artificielle pouvait empêcher totalement toute conception (le «point de départ»). En deuxième lieu, ce qui était plus important encore, ils devaient prouver que dans leur cas les circonstances étaient «exceptionnelles» selon les autres critères de la politique (le «point d'arrivée»). La Cour estime que, même si le grief que les requérants tirent de l'article 8 a été soumis au ministre et à la Cour d'appel en l'espèce, la politique a placé d'emblée la barre tellement haut qu'elle a exclu toute mise en balance des intérêts privés et publics en présence et tout examen, par le ministre ou par les tribunaux internes, de la

proportionnalité tel que requis par la Convention (voir, *mutatis mutandis*, *Smith et Grady*, précité, § 138).

83. En outre, rien ne montre que, en définissant la politique, le ministre ait cherché à peser les divers intérêts publics et privés en présence ou à apprécier la proportionnalité de la restriction. En outre, étant donné que la politique n'a pas été transcrite dans une loi, le Parlement n'a jamais mis en balance les intérêts en jeu ni débattu des questions de proportionnalité qui se posent à cet égard (arrêts précités *Hirst*, § 79, et *Evans*, §§ 86-89). En effet, comme le relève la Cour d'appel dans son arrêt *Mellor* (paragraphe 23 ci-dessus), la politique a été adoptée avant l'incorporation de la Convention dans le droit britannique.

84. On ne peut probablement pas qualifier la politique d'interdiction globale, à l'instar de la restriction en cause dans l'affaire *Hirst*, puisqu'en principe tout détenu peut présenter une demande et, comme le démontrent les statistiques produites par le Gouvernement, trois couples ont vu leur demande aboutir. Quels que soient la raison précise de la rareté des demandes en la matière et le refus opposé à la majorité des quelques demandes qui ont été maintenues, la Cour estime que les statistiques fournies par le Gouvernement ne viennent pas contredire la conclusion ci-dessus selon laquelle la politique n'autorise pas l'examen requis de la proportionnalité dans une affaire donnée. De même, elle juge peu convaincant l'argument du Gouvernement selon lequel le point de départ tenant à la preuve du caractère exceptionnel est raisonnable puisque seules quelques personnes pourraient rapporter celle-ci: admettre cet argument impliquerait la possibilité de justifier la restriction imposée aux droits que la Convention garantit aux requérants par le nombre minime de personnes affectées.

85. Dès lors, pour la Cour, il y a lieu de considérer que l'absence d'une telle évaluation concernant une question qui revêt une grande importance pour les requérants (paragraphe 72 ci-dessus) outrepassa toute marge d'appréciation acceptable, de sorte qu'un juste équilibre n'a pas été ménagé entre les intérêts publics et privés en présence. Partant, il y a eu violation de l'article 8 de la Convention.

### **E. Appréciation par la Cour du grief tiré de l'article 12 de la Convention**

86. A l'instar de la chambre, la Grande Chambre estime qu'aucune question distincte ne se pose au regard de l'article 12 de la Convention et qu'il n'y a donc pas lieu d'examiner également le grief des requérants sous l'angle de cette disposition (*E.L.H. et P.B.H. c. Royaume-Uni*, décision précitée, et *Boso c. Italie* (déc.), n° 50490/99, CEDH 2002-VII).

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

### 87. 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.»

88. Les requérants invitent la Cour à déclarer que la politique concernant la possibilité pour les détenus de recourir à l'insémination artificielle est contraire à la Convention et, de plus, à enjoindre ou à suggérer à l'Etat défendeur de réexaminer d'urgence une nouvelle demande d'insémination artificielle qu'ils présenteraient.

89. La Cour a en principe pour fonction de statuer sur la compatibilité avec la Convention de mesures existantes et, en l'espèce, elle n'estime pas devoir émettre l'injonction sollicitée (*Hirst*, précité, § 83).

### A. Dommage moral

90. Les requérants demandent réparation pour le sentiment de détresse éprouvé par eux en raison du temps écoulé depuis la demande initiale qu'ils ont présentée aux autorités internes et des chances réduites de la seconde requérante de concevoir un enfant. Ils ne précisent aucun montant particulier. A titre subsidiaire, ils suggèrent d'ajourner la question de la réparation en attendant de voir si la seconde requérante peut tomber enceinte et/ou obtenir une expertise relativement à l'effet des retards sur les chances de conception.

Le Gouvernement soutient qu'il n'y a aucune preuve particulière de l'existence d'un sentiment de détresse allant au-delà de la préoccupation normale de toute partie à un litige judiciaire; il considère en outre que l'argument sur les chances réduites de conception de la seconde requérante est spéculatif. De l'avis du Gouvernement, un constat de violation constituerait une satisfaction équitable suffisante.

91. La Cour juge inutile d'ajourner son examen de cet aspect des demandes des requérants au titre de l'article 41 de la Convention. En outre, elle est d'avis qu'il n'existe pas de lien de causalité entre la violation établie (refus de la demande d'insémination artificielle en l'absence de toute appréciation conforme à l'article 8) et le dommage allégué (impossibilité pour les requérants de concevoir un enfant), eu égard notamment à la nature de la conception et à l'âge qu'avait déjà la seconde requérante lorsqu'elle a initialement demandé l'accès à l'insémination artificielle en décembre 2002.

92. Toutefois, la Cour a estimé qu'en appliquant la politique les autorités internes n'avaient pas dûment pris en compte les intérêts des

requérants quant à une question revêtant pour eux une importance vitale (paragraphe 72 ci-dessus). Dès lors, il lui paraît évident que ce manquement a été et continue d'être frustrant et démoralisant pour les requérants. Statuant en équité, elle leur accorde donc 5 000 euros (EUR) au total en réparation du dommage moral subi, somme à convertir en livres sterling au taux applicable à la date du règlement.

## **B. Frais et dépens**

93. Les requérants réclament le remboursement de leurs frais et dépens correspondant au travail de leur *solicitor* et de leur conseil, à un taux horaire de 250 livres sterling (GBP). En ce qui concerne leur *solicitor*, ils revendiquent une compensation pour près de 21 heures de travail (dont 13 pour la Grande Chambre) et pour sa comparution (deux jours) à l'audience devant la Grande Chambre. Ils réclament également le remboursement de frais afférents à 110 lettres et appels téléphoniques, à raison de 25 GBP par lettre/appeal. Ils font également valoir 31 heures de travail par leur conseil (dont 22 pour la Grande Chambre) ainsi que la présence de celui-ci à l'audience (également deux jours). Assortie d'une taxe sur la valeur ajoutée (TVA) à 17,5 %, la demande globale concernant les frais et dépens s'élève à 24 733,75 GBP.

Le Gouvernement soutient que le taux horaire de 250 GBP (pour l'avocat et pour le *solicitor*) est excessif, d'autant que ni l'un ni l'autre n'exercent à Londres. Le barème agréé au niveau national n'est pas pertinent à cet égard, et la Cour ne devrait pas aller au-delà d'un taux horaire équivalent à la moitié de ce montant. Selon le Gouvernement, le nombre d'heures de travail revendiqué est lui aussi excessif, eu égard notamment au fait que le *solicitor* semble avoir à certains égards reproduit le travail déjà effectué par le conseil. Le Gouvernement conclut donc que le montant alloué par la Cour pour frais et dépens ne devrait pas dépasser 8 000 GBP.

94. La Cour rappelle qu'au titre de l'article 41 de la Convention elle rembourse les frais dont il est établi qu'ils ont été réellement et nécessairement exposés et sont d'un montant raisonnable (*Smith et Grady c. Royaume-Uni* (satisfaction équitable), nos 33985/96 et 33986/96, § 28, CEDH 2000-IX).

95. Pour la Cour, les prétentions des requérants peuvent être jugées quelque peu élevées, compte tenu en particulier de la demande de frais professionnels pour deux jours de présence d'un *solicitor* et d'un avocat à l'audience devant la Grande Chambre, alors que celle-ci n'a duré qu'une matinée, et du fait que la note d'honoraires de l'avocat ne fait pas mention de 22 heures de travail concernant la Grande Chambre, qui apparaissent pourtant dans la note de frais globale dont les requérants demandent le

remboursement. Si la préparation et l'assistance à l'audience devant la Grande Chambre impliquent nécessairement un travail important, la Cour considère que les montants réclamés pour la période ultérieure à l'arrêt de la chambre sont excessifs. Elle estime également que le taux horaire demandé est élevé. Elle note au crédit des requérants que la préoccupation essentielle de ceux-ci et la plupart de leurs arguments ont trait à leur grief concernant la non-conformité de la politique à l'article 8 de la Convention, pour lequel ils obtiennent gain de cause.

96. Eu égard aux circonstances de l'affaire, la Cour octroie au titre des frais et dépens un montant de 21 000 EUR, TVA comprise, moins les 2 148,09 EUR versés par le Conseil de l'Europe dans le cadre de l'assistance judiciaire, à convertir en livres sterling à la date du règlement.

### **C. Intérêts moratoires**

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

### **PAR CES MOTIFS, LA COUR**

1. *Dit*, par douze voix contre cinq, qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention;
2. *Dit*, à l'unanimité, qu'il n'y a pas lieu d'examiner le grief tiré de l'article 12 de la Convention;
3. *Dit*, par douze voix contre cinq,
  - a) que l'Etat défendeur doit verser aux requérants, dans les trois mois, 5 000 EUR (cinq mille euros) pour dommage moral et 21 000 EUR (vingt et un mille euros) pour frais et dépens, moins les 2 148,09 EUR (deux mille cent quarante-huit euros neuf centimes) versés par le Conseil de l'Europe dans le cadre de l'assistance judiciaire, plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt, ces sommes devant être converties en livres sterling 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. *Rejette*, 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 4 décembre 2007.

Vincent Berger  
Jurisconsulte

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 suivantes :

- opinion concordante du juge Bratza ;
- opinion dissidente commune aux juges Wildhaber, Zupančič, Jungwiert, Gyulumyan et Myjer.

C.R.  
V.B.



## OPINION CONCORDANTE DU JUGE BRATZA

(Traduction)

Le Protocole n° 11 à la Convention, qui a instauré la Cour permanente de Strasbourg, contient une disposition bien peu satisfaisante : il prévoit qu'un juge national qui a déjà été partie à un arrêt de chambre dans une affaire dirigée contre son Etat est non seulement autorisé mais, en pratique, invité à siéger et à voter de nouveau si l'affaire est déférée à la Grande Chambre. Dans son opinion partiellement dissidente en l'affaire *Kyprianou c. Chypre* ([GC], n° 73797/01, CEDH 2005-XIII), M. Costa a qualifié la situation des juges nationaux en pareilles circonstances de « déconcertante », ces juges devant décider s'ils doivent s'en tenir à leur opinion initiale sur l'affaire ou s'ils doivent « infléchir, voire renverser [cette] opinion, la réflexion aidant ».

Lorsque l'affaire a déjà fait l'objet d'un débat approfondi devant la chambre et que ni information ni moyen nouveaux n'ont été présentés à la Grande Chambre, le juge national, très logiquement, en reste d'ordinaire à son opinion première, quoique sans nécessairement reprendre le raisonnement particulier qui l'y avait conduit au sein de la chambre.

En l'espèce, les pièces et arguments examinés par la Grande Chambre ne différaient sur aucun point substantiel de ceux qui avaient été produits devant la chambre. Après réflexion, je suis cependant parvenu à la conclusion que ma position initiale sur la question principale n'était pas la bonne et j'ai voté avec la majorité en faveur d'un constat de violation des droits des requérants au regard de l'article 8.

Contrairement à la chambre, la Grande Chambre n'a pas jugé nécessaire de déterminer s'il était plus approprié d'analyser l'affaire du point de vue des obligations positives ou des obligations négatives de l'Etat au titre de cet article. Toutefois, nul ne conteste que, quelle que soit la nature de l'obligation, il s'agit essentiellement de déterminer si un juste équilibre a été ménagé entre les intérêts publics et les intérêts privés en présence.

La majorité de la chambre, dont je faisais partie, avait estimé que la politique du ministre, telle qu'exposée dans la lettre du 28 mai 2003, ainsi que l'application qui en avait été faite en l'espèce et qui avait abouti au refus d'octroyer le recours à l'insémination artificielle, non seulement poursuivait un but légitime mais permettait également de ménager un juste équilibre entre les intérêts antagonistes en jeu. La Grande Chambre s'est surtout focalisée sur la compatibilité avec l'article 8 de la politique elle-même. La conclusion de la chambre selon laquelle la politique était conforme à la Convention se fondait

principalement sur le fait que cette politique n'interdisait pas de manière globale l'octroi de l'insémination artificielle mais permettait l'examen des circonstances de chaque demande pour une telle mesure selon des critères qui n'ont été jugés ni arbitraires ni déraisonnables. A cet égard, l'espèce différait de l'affaire *Hirst c. Royaume-Uni (n° 2)* ([GC], n° 74025/01, CEDH 2005-IX), qui portait sur la perte générale du droit de vote pour les détenus condamnés. Pour la chambre, l'octroi en pratique, dans certaines affaires, de l'accès à l'insémination artificielle confirmait que cette appréciation au cas par cas n'était pas purement théorique ou illusoire.

Après une nouvelle délibération sur cette affaire, je suis convaincu, pour les raisons exposées plus complètement dans l'avis de la majorité de la Grande Chambre, que cette politique ne permet pas de ménager un juste équilibre.

Comme l'a relevé la Cour d'appel dans l'affaire *R (Mellor) v. Secretary of State for the Home Department* (*Weekly Law Reports*, 2001, vol. 3, p. 533), il ressort de la déclaration de principe qu'«une volonté politique délibérée a présidé à l'idée que la détention doit normalement priver le détenu de la possibilité d'avoir des enfants». S'il est vrai que la politique n'interdit pas totalement aux détenus, même ceux condamnés à la réclusion à perpétuité, la possibilité d'avoir accès à l'insémination artificielle, j'estime qu'elle est indûment exigeante pour tout détenu qui demande à bénéficier de cette possibilité, puisqu'elle fait peser sur lui la charge de prouver non seulement que, sans cette mesure, la conception ne pourrait aucunement avoir lieu, mais également qu'il existe dans son cas des «circonstances exceptionnelles» justifiant de s'écarter de la règle générale mettant obstacle à l'octroi d'une telle mesure.

Même si la philosophie sous-jacente à la politique peut être considérée comme compatible avec le principe bien établi selon lequel, hormis la liberté, les détenus continuent de jouir de l'ensemble des droits garantis par la Convention, y compris le droit au respect de la vie privée et familiale, j'estime, avec la majorité de la Cour, que, en imposant une telle charge à un détenu, la politique ne permet pas de ménager un juste équilibre entre les intérêts publics et les intérêts privés en jeu.

OPINION DISSIDENTE COMMUNE  
AUX JUGES WILDHABER, ZUPANČIĆ, JUNGWIERT,  
GYULUMYAN ET MYJER

(Traduction)

En l'espèce, le premier requérant (Kirk Dickson), né en 1972, purge une peine de réclusion à perpétuité pour meurtre. Il sera libéré au plus tôt en 2009. Alors qu'ils se trouvaient tous deux en prison, il rencontre (en 1999) et épouse (en 2001) la seconde requérante (Lorraine Dickson), née en 1958 et mère de trois enfants issus de différentes relations. Un refus définitif fut opposé à leur demande d'insémination artificielle en 2004. Si la chambre a conclu à la non-violation des articles 8 et 12, la majorité de la Grande Chambre constate à présent une violation de l'article 8. A notre grand regret, nous ne pouvons qu'exprimer notre dissentiment.

La majorité de la Grande Chambre estime que l'article 8 trouve à s'appliquer. Elle n'aborde qu'indirectement la question du caractère suffisant de la base légale de la restriction, mais puisque l'arrêt porte essentiellement sur la proportionnalité des restrictions dans une société démocratique, il faut présumer que la base légale a été jugée suffisante. Nous en convenons, tout en estimant que *l'obiter dictum* du paragraphe 83 de l'arrêt, lequel suggère que la politique aurait dû être « transcrite dans une loi », n'est d'aucune utilité. Nous ne pensons pas que le problème de l'accès des détenus à l'insémination artificielle soit un sujet tellement évident ou brûlant qu'il appelle une action directe du Parlement.

Nous admettons que l'emprisonnement est une privation de liberté relevant de l'article 5, de sorte que les détenus continuent de jouir de leurs droits fondamentaux, exception faite des restrictions qui sont inhérentes ou nécessairement concomitantes à la privation de liberté en soi (paragraphe 31 et 65). C'est là le nœud même de cette affaire.

Il est relevé à juste titre (paragraphe 28) que les buts de la détention « incluent la rétribution, la dissuasion, la protection du public et la réinsertion ».

Comme le souligne l'arrêt, un nombre grandissant de Parties contractantes autorisent les visites conjugales dans les prisons, sous réserve de diverses restrictions (paragraphe 81). Cependant, la Cour, dans sa jurisprudence, n'interprète pas les articles 8 et 12 comme exigeant des États contractants qu'ils ménagent de telles visites. Nous ne voyons pas comment on peut dire que les détenus n'ont pas droit à des visites conjugales mais que par contre ils peuvent revendiquer la possibilité d'avoir recours à l'insémination artificielle (cette

interprétation ressort implicitement des paragraphes 67-68, 74, 81 et 91). Il y a là non seulement une contradiction, mais en outre une restriction apportée à l'ample marge d'appréciation dont les Etats bénéficient (et doivent bénéficier) en la matière.

La marge d'appréciation des Etats membres est plus large lorsqu'il n'existe pas de consensus parmi eux et que les restrictions ne touchent aucune des garanties essentielles offertes par la Convention. Les Etats ont une connaissance directe de leur société et de ses besoins, que n'a pas la Cour. Lorsque l'ordre juridique interne offre une base légale suffisante, que les restrictions juridiques poursuivent un but légitime et qu'il y a place pour une mise en balance des divers intérêts en jeu, il faut reconnaître une marge d'appréciation aux Etats.

Tel est le cas en l'espèce. La politique du gouvernement autorise la mise en balance des intérêts et ne revêt pas un caractère global. Les tribunaux britanniques ont pris en compte les divers intérêts en jeu. Nous ne voyons pas comment la majorité de la Grande Chambre peut prétendre que l'on n'a pas cherché à peser les différents «intérêts publics et privés en présence» (paragraphe 83).

Au contraire, à notre sens, la majorité n'a pas tenu compte de certains intérêts qui auraient mérité considération. Ainsi, la Cour aurait pu souhaiter débattre des chances très minces de réussite des opérations de fécondation *in vitro* pour les femmes de quarante-cinq ans (voir Bradley J. Van Voorhis, «*In Vitro Fertilization*», *New England Journal of Medicine* 2007, 356: 4, pp. 379-386). La Cour ne s'est pas davantage penchée sur la question de savoir si toutes les combinaisons de couples imaginables (par exemple, un homme en prison et une femme en liberté, une femme en prison et un homme en liberté, un couple homosexuel avec l'un des partenaires en prison et l'autre en liberté) pouvaient présenter une demande d'insémination artificielle pour détenus. Nous sommes d'avis qu'à cet égard également les Etats doivent bénéficier d'une ample marge d'appréciation.

En somme, eu égard aux circonstances spécifiques de l'espèce (les requérants ont entamé une relation par correspondance alors que tous deux purgeaient des peines d'emprisonnement; ils n'ont jamais vécu ensemble; il y a une différence d'âge de quatorze ans entre eux; l'homme a un passé violent; la femme a atteint un âge auquel la procréation naturelle ou artificielle n'est plus guère possible et, en tout cas, est risquée; et tout enfant qui viendrait à être conçu devrait vivre sans la présence du père pendant une partie importante de son enfance), on ne saurait dire que les autorités britanniques ont agi de manière arbitraire ou ont négligé le bien-être de l'enfant éventuel.

BEIAN c. ROUMANIE (N<sup>o</sup> 1)  
(*Requête n<sup>o</sup> 30658/05*)

TROISIÈME SECTION

ARRÊT DU 6 DÉCEMBRE 2007<sup>1</sup>

---

1. Texte français original. Extraits.



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Jurisprudence contradictoire d'une cour suprême****Article 6 § 1**

*Procès équitable – Procédure administrative – Jurisprudence contradictoire d'une cour suprême – Principe de sécurité des rapports juridiques – Défaillance de la cour suprême dans l'accomplissement de son rôle de régulateur des conflits*

\*  
\* \*

En 2002, la loi reconnut le travail effectué dans le cadre des unités militaires entre 1950 et 1961, subordonnées à la Direction générale du travail (DGT), comme du travail forcé et institua des mesures réparatrices. En 2003-2006, la Haute Cour de cassation, dans une série d'arrêtés fondés sur le principe de non-discrimination, a étendu la portée de la loi à tous les conscrits, sans considération de la subordination hiérarchique des unités militaires dont ils faisaient partie. Dans une autre série d'arrêtés rendus au cours de la même période, elle a développé une jurisprudence contraire rejetant les pourvois de conscrits qui avaient effectué un travail forcé en dehors du cadre de la DGT. Le requérant, appelé en 1953 pour effectuer son service militaire, fut envoyé dans plusieurs unités militaires comme travailleur du bâtiment. En 2003, il contesta devant les tribunaux le refus des autorités de lui octroyer les droits prévus par la loi susmentionnée. La procédure interne s'acheva par un arrêt de la Haute Cour de cassation qui rejeta en 2005 le recours du requérant, au motif que son unité militaire ne faisait pas partie de la liste des unités militaires subordonnées à la DGT.

Article 6 § 1 : en l'absence d'un mécanisme apte à assurer la cohérence de pratique au sein même de la plus haute juridiction interne, cette dernière est parvenue à rendre, parfois le même jour, des arrêtés diamétralement opposés quant au champ d'application de la même loi. Cette pratique, qui s'est développée au sein de la plus haute autorité judiciaire du pays, est en soi contraire au principe de la sécurité juridique. Au lieu de remplir son rôle en fixant une interprétation à suivre et en réglant les contradictions jurisprudentielles, la Haute Cour de cassation est devenue elle-même source d'insécurité juridique, réduisant ainsi la confiance du public dans le système judiciaire. Bref, cette incertitude jurisprudentielle a eu pour effet de priver le requérant de toute possibilité d'obtenir le bénéfice des droits prévus par la loi, à la différence d'autres personnes dans une situation analogue.

*Conclusion* : violation (unanimité).

---

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

**Jurisprudence citée par la Cour**

*Zielinski et Pradal et Gonzalez et autres c. France* [GC], n<sup>os</sup> 24846/94 et 34165/96 à 34173/96, CEDH 1999-VII

*Baranowski c. Pologne*, n° 28358/95, CEDH 2000-III

*Sovtransavto Holding c. Ukraine*, n° 48553/99, CEDH 2002-VII

*Broniowski c. Pologne* [GC], n° 31443/96, CEDH 2004-V

*Kopecký c. Slovaquie* [GC], n° 44912/98, CEDH 2004-IX

*Păduraru c. Roumanie*, n° 63252/00, CEDH 2005-XII

*Pérez Arias c. Espagne*, n° 32978/03, 28 juin 2007



**En l'affaire Beian c. Roumanie (n° 1),**

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

Boštjan M. Zupančič, *président*,  
Corneliu Bîrsan,  
Elisabet Fura-Sandström,  
Alvina Gyulumyan,  
Egbert Myjer,  
Ineta Ziemele,  
Isabelle Berro-Lefèvre, *juges*,

et de Santiago Quesada, *greffier de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 15 novembre 2007,  
Rend l'arrêt que voici, adopté à cette date :

**PROCÉDURE**

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 30658/05) dirigée contre la Roumanie et dont un ressortissant de cet Etat, M. Aurel Beian («le requérant»), a saisi la Cour le 4 août 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 son épouse, M<sup>me</sup> E. Beian. Le gouvernement roumain («le Gouvernement») est représenté par son agent, M. R.H. Radu, du ministère des Affaires étrangères.

3. Le requérant alléguait l'iniquité d'une procédure menée par lui pour obtenir une prestation sociale et s'estimait victime d'un traitement discriminatoire par rapport à d'autres personnes placées dans une situation similaire.

4. Le 2 juin 2006, la Cour a décidé de communiquer la requête au Gouvernement. Comme le lui permettait l'article 29 § 3 de la Convention, elle a décidé d'en examiner conjointement la recevabilité et le fond.

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

5. Le requérant est né en 1932 et réside à Sancriau de Mureș.

6. En 1953, le requérant fut appelé pour effectuer son service militaire. Toutefois, en raison de l'opposition de son père à la collectivisation des terres agricoles, il ne fut pas autorisé à suivre une instruction militaire. Au lieu de cela, il fut affecté à plusieurs unités militaires, dont celle de Vatra Dornei, comme travailleur du bâtiment. Son service militaire prit fin en 1955.

7. En 1961, la Direction générale du travail (ci-après, «la DGT»), un organe administratif regroupant les unités militaires spécialement créées pour accueillir les conscrits auxquels l'instruction militaire était interdite, fut supprimée.

8. La loi n° 309 du 22 mai 2002 («loi n° 309-2002») a reconnu comme du travail forcé les tâches effectuées dans les unités militaires subordonnées à la DGT et prévu des mesures réparatrices, notamment une indemnité mensuelle, la gratuité des soins médicaux et l'exonération de la redevance audiovisuelle.

9. Le 22 août 2002, le requérant demanda à la caisse départementale des pensions et des assurances sociales («la caisse départementale») de lui octroyer les droits prévus par la loi n° 309-2002. Par une décision du 19 décembre 2002, la caisse départementale rejeta la demande au motif que le requérant n'avait pas effectué son service militaire dans une unité militaire subordonnée à la DGT.

10. Le 5 mai 2003, le requérant assigna la caisse départementale devant la cour d'appel de Targu Mureş, demandant à celle-ci d'annuler la décision du 19 décembre 2002 et de reconnaître son statut de personne ayant effectué un travail forcé au cours du service militaire.

11. Par un arrêt du 2 juin 2003, la cour d'appel donna gain de cause au requérant et ordonna à la caisse départementale de prendre une nouvelle décision lui octroyant les droits prévus par la loi n° 309-2002. S'appuyant sur les mentions portées sur le livret militaire du requérant, la cour d'appel conclut que l'intéressé avait effectué divers travaux de bâtiment dans l'unité militaire de Vatra Dornei et qu'il avait été libéré du service en tant que «soldat combattant non instruit».

12. La caisse départementale forma un recours devant la Haute Cour de cassation et de justice («la Haute Cour de cassation»).

13. A la demande du requérant, la Haute Cour de cassation renvoya à la Cour constitutionnelle l'exception d'inconstitutionnalité de l'article 1 de la loi n° 309-2002 qu'il avait soulevée. Le requérant alléguait que, en établissant une discrimination entre les personnes ayant effectué le même type de travail forcé pendant le service militaire, cette disposition avait méconnu l'article 16 de la Constitution et la Convention européenne des droits de l'homme. Il estimait que, dès lors qu'elle ne reposait que sur la subordination administrative des unités militaires dont les conscrits faisaient partie, cette différence de traitement était injustifiée.

14. La Cour constitutionnelle rejeta l'exception par un arrêt du 1<sup>er</sup> avril 2004, qui comportait notamment le passage suivant :

«L'établissement des catégories de personnes qui bénéficient de certaines mesures réparatrices pour les contraintes et les privations dont elles ont fait l'objet par le passé (...) relève de la compétence exclusive du législateur, à condition qu'aucun privilège et qu'aucune discrimination ne soient créés entre les personnes qui font partie de la même catégorie et se trouvent dans une situation identique. L'article premier de la loi

n° 309-2002 n'établit aucun privilège ni aucune discrimination contraires à l'article 16 de la Constitution.»

15. Par un arrêt du 8 juin 2004 donnant gain de cause à la caisse départementale, la Haute Cour de cassation cassa l'arrêt de la cour d'appel et renvoya l'affaire pour une nouvelle mise en état. Il s'agissait de déterminer si l'unité militaire de Vatra Dornei faisait partie de la DGT.

16. Dans une lettre du 1<sup>er</sup> novembre 2004 en réponse à une demande de renseignements présentée par la cour d'appel, l'unité militaire de Pitești, conservatrice des archives de l'armée, précisa que l'unité militaire de Vatra Dornei ne figurait pas sur la liste des unités militaires relevant de la DGT. Elle ajouta qu'en vertu des règles d'application de la loi n° 309-2002, cette liste avait été dressée par la Caisse nationale des pensions et des assurances sociales, qui la lui avait communiquée en tant qu'«outil de travail».

17. Le 3 novembre 2004, les archives nationales du ministère de l'Intérieur et de l'Administration informèrent la cour d'appel que l'unité militaire de Vatra Dornei ne faisait pas partie de la DGT.

18. Se fondant sur les informations fournies par l'unité militaire de Pitești et les archives nationales et estimant que la loi n° 309-2002 ne s'appliquait qu'aux conscrits ayant travaillé dans les unités militaires subordonnées à la DGT, la cour d'appel, par un arrêt du 8 novembre 2004, débouta le requérant.

19. Celui-ci forma un recours devant la Haute Cour de cassation. Il soutenait que, s'étant bornée à reproduire les informations contenues dans la liste dressée par la Caisse nationale des pensions et des assurances sociales et ayant omis de vérifier le dossier de recrutement qui prouvait le travail effectué, l'unité militaire de Pitești n'avait pas réellement répondu à la demande de renseignements de la cour d'appel.

20. En outre, il contestait la discrimination opérée par la loi entre les conscrits ayant effectué un travail forcé dans les unités militaires subordonnées à la DGT et les autres conscrits, lesquels, bien qu'ayant effectué le même type de travail, ne bénéficiaient pas des dispositions de cette loi au seul motif que leurs unités militaires ne relevaient pas de cet organe. Il faisait valoir que, en tout état de cause, dans un arrêt du 21 janvier 2004, la Haute Cour de cassation avait reconnu à un ancien conscrit se trouvant dans la même situation que lui le droit de bénéficier des dispositions de la loi n° 309-2002.

21. Par un arrêt définitif du 13 mai 2005, la Haute Cour de cassation rejeta le pourvoi et confirma l'arrêt de la cour d'appel pour les motifs suivants :

«Conformément à la loi n° 309-2002, les personnes ayant effectué leur service militaire entre 1950 et 1961 dans les brigades de travail subordonnées à la DGT bénéficient des dispositions de cette loi.

Il suit de là que le critère déterminant pour bénéficier des dispositions de cette loi est non pas le type de travail effectué au sein d'une unité militaire, par exemple dans le domaine du bâtiment, mais le fait de savoir si cette unité relevait de la DGT, au sein de laquelle des brigades de travail avaient été créées.

Dans ces conditions, l'unité militaire de Pitești ayant précisé dans sa lettre que l'unité militaire dont le requérant a fait partie ne figurait pas sur la liste des unités militaires subordonnées à la DGT, c'est à bon droit que la cour d'appel a jugé que les conditions d'application de la loi n'étaient pas réunies en l'espèce et a rejeté le recours.»

## II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

### 1. *Loi n° 309 du 22 mai 2002 («loi n° 309-2002») concernant la reconnaissance et l'octroi de certains droits aux personnes ayant effectué le service militaire dans le cadre de la Direction générale du travail («DGT») entre 1950 et 1961*

#### **Article 1**

«Tout citoyen roumain qui, entre 1950 et 1961, a effectué son service militaire dans les brigades de travail subordonnées à la DGT bénéficie des dispositions de la présente loi.»

#### **Article 2**

«Les personnes mentionnées à l'article 1 ont droit à une indemnité mensuelle (...)»

#### **Article 4**

«Les personnes mentionnées à l'article 1 (...) bénéficient également (...) de :

- la gratuité des soins médicaux et des médicaments (...);
- l'exonération de la redevance audiovisuelle (...)»

#### **Article 6 §§ 2 et 3**

«Les droits mentionnés aux précédents articles de la présente loi sont octroyés sur demande compte tenu des inscriptions sur les livrets militaires ou des attestations délivrées par les cercles militaires départementaux ou par l'unité militaire de Pitești.

Les demandes d'octroi de ces droits sont présentées aux caisses départementales de retraite et d'assurance sociale.»

### 2. *Arrêté gouvernemental concernant les règles d'application de la loi n° 309-2002, adopté le 10 octobre 2002*

#### **Article 7**

«Aux fins de l'octroi des droits prévus par la présente loi, la caisse nationale de retraite et d'assurance sociale peut demander aux archives nationales (...) de dresser, sur la base des documents dont elles disposent, une liste des brigades de travail subordonnées à la DGT.»

### 3. Arrêt rendu le 2 décembre 2003 par la Haute Cour de cassation

22. Dans une affaire similaire à la présente, un ancien conscrit qui avait effectué des travaux forcés dans une unité militaire non subordonnée à la DGT demanda à être admis au bénéfice de la loi n° 309-2002. La caisse départementale des pensions ayant rejeté sa demande au motif que ce texte ne s'appliquait qu'aux conscrits des brigades de travail, il attaqua cette décision devant la cour d'appel, qui lui donna gain de cause.

23. Saisie par la caisse départementale, la Haute Cour de cassation confirma l'arrêt de la cour d'appel pour les motifs suivants :

« Dès lors que l'existence du travail forcé n'est pas contestée (...), rien ne justifie de priver le demandeur des droits qu'il réclame. Il en résulterait autrement des situations inéquitables privant d'indemnisation les personnes qui ont effectué le service militaire dans des conditions identiques et qui, pour des motifs de pure forme tenant exclusivement au lien de subordination hiérarchique de l'unité militaire, seraient soumises à un traitement différent, manifestement discriminatoire. »

### 4. Autres arrêts de la Haute Cour de cassation

24. Dans plusieurs arrêts, notamment ceux rendus le 4 novembre 2003, les 21 janvier, 2 juin et 14 décembre 2004, les 11 et 19 janvier, 7, 14, 18, 22 et 28 février, 1<sup>er</sup>, 8, 14 et 28 mars et 24 mai 2005, et les 24 mai et 6 juin 2006, la Haute Cour de cassation a statué dans le même sens que dans l'arrêt susmentionné.

25. Toutefois, dans d'autres arrêts, notamment ceux rendus les 13 et 28 novembre 2003, les 11 mars, 15, 22 et 29 avril 2004, les 11 et 18 janvier, 1<sup>er</sup>, 17 et 21 février, 1<sup>er</sup>, 10 et 28 mars, 13 et 23 mai et 14 novembre 2005, et les 12 et 13 avril et 25 mai 2006, elle s'est prononcée en sens contraire, disant que les conscrits qui n'avaient pas effectué leur service militaire dans une unité militaire subordonnée à la DGT ne pouvaient pas bénéficier des dispositions de la loi n° 309-2002.

## EN DROIT

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

26. Le requérant allègue une double violation de l'article 6 § 1 de la Convention.

27. D'une part, il se plaint d'une atteinte au principe de la sécurité juridique en raison de la jurisprudence contradictoire de la Haute Cour de cassation. D'autre part, il estime que son action n'a pas été tranchée par « un tribunal indépendant et impartial », les juridictions internes

s'étant appuyées d'une manière décisive sur les renseignements fournis par l'unité militaire de Pitești, qui s'était pourtant contentée de reprendre les informations contenues dans une liste dressée par la partie défenderesse. L'article 6 § 1 de la Convention se lit ainsi dans sa partie pertinente :

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

### **A. Sécurité juridique et jurisprudence de la Haute Cour de cassation**

(...)

#### *2. Sur le fond*

29. Le Gouvernement soutient que les principes de l'indépendance et de l'impartialité du juge, de la célérité de la procédure, de la publicité du procès et de l'égalité des armes ont été pleinement respectés.

30. Selon lui, le fait que, dans des affaires similaires, les juridictions internes ont donné gain de cause à d'autres anciens conscrits dont la situation était analogue à celle du requérant n'a eu aucune influence sur l'équité de la procédure. Le Gouvernement ajoute que l'interprétation que les juges internes ont donnée à l'article premier de la loi n° 309-2002 était conforme à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle.

31. Le requérant soutient que cette interprétation a porté atteinte au principe de la sécurité juridique. Selon lui, la solution retenue par le juge interne dans son cas était en contradiction avec les décisions des autres tribunaux, et notamment de la Haute Cour de cassation, au vu desquelles il pouvait raisonnablement s'attendre à obtenir gain de cause.

32. La Cour réaffirme d'emblée que la Convention n'impose aux Etats contractants aucune obligation spécifique de redresser les injustices ou dommages causés avant qu'ils ne ratifient la Convention (voir, *mutatis mutandis*, *Kopecký c. Slovaquie* [GC], n° 44912/98, § 38, CEDH 2004-IX).

33. Toutefois, si les Etats décident d'adopter des lois pour indemniser les victimes d'injustices commises par le passé, ces textes doivent être mis en œuvre avec une clarté et une cohérence raisonnables afin d'éviter autant que possible l'insécurité juridique et l'incertitude pour les sujets de droit concernés. A cet égard, il faut souligner que l'incertitude, qu'elle soit législative, administrative ou juridictionnelle, est un facteur important qu'il faut prendre en compte pour apprécier la conduite de l'Etat (voir, *mutatis mutandis*, *Broniowski c. Pologne* [GC], n° 31443/96, § 151, CEDH 2004-V, et *Păduraru c. Roumanie*, n° 63252/00, § 92, CEDH 2005-XII).

34. En l'espèce, la Cour note qu'en vertu de la loi n° 309-2002, seuls pouvaient bénéficier des mesures réparatrices les conscrits ayant effectué un travail forcé dans des unités appartenant à la DGT. Dans une série d'arrêts rendus depuis l'arrêt du 2 décembre 2003 et fondés sur le principe de non-discrimination, la Haute Cour de cassation a étendu la portée de cette loi à tous les conscrits ayant effectué un travail forcé pendant leur service militaire, indépendamment de la subordination hiérarchique des unités militaires dont ils faisaient partie.

35. Or, dans une autre série d'arrêts rendus au cours de la même période, elle a développé une jurisprudence contraire rejetant, comme dans le cas du requérant, les pourvois de conscrits qui avaient effectué un travail forcé en dehors du cadre de la DGT.

36. En l'absence d'un mécanisme apte à assurer la cohérence de sa jurisprudence, la plus haute juridiction interne a rendu, parfois le même jour, des arrêts diamétralement opposés quant au champ d'application de la loi n° 309-2002 (voir, par exemple, les arrêts des 11 janvier, 1<sup>er</sup> et 28 mars 2005).

37. Certes, les divergences de jurisprudence constituent, par nature, la conséquence inhérente à tout système judiciaire qui repose sur un ensemble de juridictions du fond ayant autorité sur leur ressort territorial. Cependant, le rôle d'une juridiction suprême est précisément de régler ces contradictions (*Zielinski et Pradal et Gonzalez et autres c. France* [GC], n°s 24846/94 et 34165/96 à 34173/96, § 59, CEDH 1999-VII).

38. Or force est de constater en l'espèce que la Haute Cour de cassation est à l'origine des divergences, profondes et persistantes, dénoncées par le requérant.

39. Cette pratique qui s'est développée au sein de la plus haute autorité judiciaire du pays est en soi contraire au principe de la sécurité juridique, qui est implicite dans l'ensemble des articles de la Convention et constitue l'un des éléments fondamentaux de l'Etat de droit (voir, *mutatis mutandis*, *Baranowski c. Pologne*, n° 28358/95, § 56, CEDH 2000-III). Au lieu de fixer, comme il lui incombait, l'interprétation à suivre, la Haute Cour de cassation est devenue elle-même source d'insécurité juridique, sapant ainsi la confiance du public dans le système judiciaire (voir, *mutatis mutandis*, *Sovtransavto Holding c. Ukraine*, n° 48553/99, § 97, CEDH 2002-VII, et *Păduraru*, précité, § 98, et, *a contrario*, *Pérez Arias c. Espagne*, n° 32978/03, § 27, 28 juin 2007).

40. La Cour en conclut que cette incertitude jurisprudentielle a eu pour effet de priver le requérant de toute possibilité de bénéficier des droits prévus par la loi n° 309-2002, alors que d'autres personnes se trouvant dans la même situation que lui se sont vu reconnaître ces droits.

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

(...)

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

(...)

2. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention;

(...)

Fait en français, puis communiqué par écrit le 6 décembre 2007, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Santiago Quesada  
Greffier

Boštjan M. Zupančič  
Président



BEIAN v. ROMANIA (No. 1)  
*(Application no. 30658/05)*

THIRD SECTION

JUDGMENT OF 6 DECEMBER 2007<sup>1</sup>

---

1. Translation; original French. Extracts.



SUMMARY<sup>1</sup>**Conflicting rulings by a supreme court****Article 6 § 1**

*Fair hearing – Administrative proceedings – Conflicting rulings by a supreme court – Principle of legal certainty – Failure of supreme court to fulfil its role of resolving conflicts*

\*  
\* \*

A law enacted in 2002 recognised work performed between 1950 and 1961 in the military units coming under the authority of the Labour Department as forced labour, and instituted compensatory measures. Between 2003 and 2006 the High Court of Cassation and Justice (“the HCCJ”), in a series of judgments based on the principle of non-discrimination, extended the scope of the law to include all conscripts, irrespective of the hierarchical structure to which their military units had belonged. In another series of judgments delivered over the same period, it developed a line of case-law to the opposite effect, dismissing appeals from conscripts who had performed forced labour outside the framework of the Labour Department. The applicant had been called up for military service in 1953 and had been assigned to a number of military units as a building worker. In 2003 he appealed before the courts against the authorities’ refusal to award him the benefits provided for by the above-mentioned law. The domestic proceedings terminated in 2005 with a judgment of the HCCJ dismissing the applicant’s claims on the ground that his military unit was not on the list of units coming under the authority of the Labour Department.

*Held*

Article 6 § 1: In the absence of a mechanism for ensuring consistency of practice within the highest domestic court, the latter had contrived to deliver diametrically opposed judgments, sometimes on the same day, concerning the scope of the law in question. The practice which had developed within the country’s highest judicial authority was in itself contrary to the principle of legal certainty. Instead of fulfilling its role by establishing the interpretation to be followed and resolving conflicts of case-law, the HCCJ had itself become a source of legal uncertainty, thereby undermining public confidence in the judicial system. In short, this lack of certainty with regard to the case-law had had the effect of depriving the applicant of any possibility of obtaining the benefits prescribed by law, unlike other persons in a similar situation.

*Conclusion:* violation (unanimously).

---

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

**Case-law cited by the Court**

*Zielinski and Pradal and Gonzalez and Others v. France* [GC], nos. 24846/94 and 34165/96 to 34173/96, ECHR 1999-VII

*Baranowski v. Poland*, no. 28358/95, ECHR 2000-III

*Sovtransavto Holding v. Ukraine*, no. 48553/99, ECHR 2002-VII

*Broniowski v. Poland* [GC], no. 31443/96, ECHR 2004-V

*Kopecký v. Slovakia* [GC], no. 44912/98, ECHR 2004-IX

*Păduraru v. Romania*, no. 63252/00, ECHR 2005-XII

*Pérez Arias v. Spain*, no. 32978/03, 28 June 2007

**In the case of Beian v. Romania (no. 1),**

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

Boštjan M. Zupančič, *President*,  
Corneliu Bîrsan,  
Elisabet Fura-Sandström,  
Alvina Gyulumyan,  
Egbert Myjer,  
Ineta Ziemele,  
Isabelle Berro-Lefèvre, *judges*,

and Santiago Quesada, *Section Registrar*,

Having deliberated in private on 15 November 2007,

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

**PROCEDURE**

1. The case originated in an application (no. 30658/05) against Romania lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by a Romanian national, Mr Aurel Beian (“the applicant”), on 4 August 2005.

2. The applicant was represented by his wife, Mrs Elena Beian. The Romanian Government (“the Government”) were represented by their Agent, Mr R.H. Radu, of the Ministry of Foreign Affairs.

3. The applicant alleged that the proceedings he had brought in order to claim social security benefits had been unfair and that he had been subjected to discriminatory treatment compared with other people in a similar situation.

4. On 2 June 2006 the Court decided to give notice of the application to the Government. It was also decided to examine the merits of the application at the same time as its admissibility (Article 29 § 3).

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

5. The applicant was born in 1932 and lives in Sancriaiu de Mureş.

6. In 1953 the applicant was called up for military service. However, because of his father’s opposition to the collectivisation of farmland, he was not allowed to undergo military training. Instead, he was assigned to a number of military units, including the Vatra Dornei unit, as a building worker. His military service ended in 1955.

7. In 1961 the Labour Department, an administrative body grouping together the military units specially created for conscripts who were barred from military training, was abolished.

8. Law no. 309 of 22 May 2002 (“Law no. 309-2002”) recognised as forced labour the work performed in the military units coming under the authority of the Labour Department, and provided for compensatory measures including a monthly allowance, free medical treatment and exemption from the television licence fee.

9. On 22 August 2002 the applicant applied to the county pensions and social insurance fund (“the county fund”), claiming the benefits available under Law no. 309-2002. In a decision of 19 December 2002 the county fund refused the application on the ground that the applicant had not performed his military service in a military unit coming under the authority of the Labour Department.

10. On 5 May 2003 the applicant brought proceedings against the county fund before the Targu Mureş Court of Appeal, seeking to have the decision of 19 December 2002 set aside and to be recognised as having performed forced labour during his military service.

11. In a judgment of 2 June 2003 the Court of Appeal found in the applicant’s favour and ordered the county fund to issue a new decision awarding him the benefits provided for by Law no. 309-2002. On the basis of the entries in the applicant’s military service record book, the Court of Appeal concluded that he had worked on various building projects with the Vatra Dornei military unit and had been discharged from service as an “untrained combat soldier”.

12. The county fund appealed to the High Court of Cassation and Justice (“the HCCJ”).

13. At the applicant’s request, the HCCJ referred to the Constitutional Court an objection raised by the applicant as to the constitutionality of Article 1 of Law no. 309-2002. The applicant alleged that, in making a distinction between persons who had performed the same kind of forced labour during their military service, the provision in question was in breach of Article 16 of the Constitution and of the European Convention on Human Rights. He considered this difference in treatment to be unjustified since it was based solely on the hierarchical structure to which the conscript’s military unit had belonged.

14. The Constitutional Court dismissed the objection in a judgment of 1 April 2004, which included the following passage:

“The definition of the categories of persons who are eligible for certain measures in compensation for the duress and hardship they underwent in the past ... is a matter for the legislature alone, provided that no privileges or discrimination are engendered between persons belonging to the same category and in identical situations. Article 1 of Law no. 309-2002 does not give rise to any privileges or discrimination contrary to Article 16 of the Constitution.”

15. In a judgment of 8 June 2004 in which it found in favour of the county fund, the HCCJ quashed the judgment of the Court of Appeal and remitted the case for further preparation, with a view to determining whether the Vatra Dornei military unit had been attached to the Labour Department.

16. In a letter of 1 November 2004 in reply to a request for information made by the Court of Appeal, the Pitești military unit, which kept the army archives, stated that the Vatra Dornei military unit did not feature on the list of units attached to the Labour Department. It added that, in accordance with the rules on the implementation of Law no. 309-2002, the list had been drawn up by the National Pensions and Social Insurance Fund, which had made it available to the military unit as a “working tool”.

17. On 3 November 2004 the national archives of the Ministry of the Interior and Administrative Affairs informed the Court of Appeal that the Vatra Dornei military unit had not been attached to the Labour Department.

18. On the basis of the information provided by the Pitești military unit and the national archives, and taking the view that Law no. 309-2002 applied only to conscripts who had worked in military units coming under the authority of the Labour Department, the Court of Appeal dismissed the applicant’s claims in a judgment of 8 November 2004.

19. The applicant appealed to the HCCJ. In his submission, the Pitești military unit, by confining itself to reproducing the information contained in the list drawn up by the National Pensions and Social Insurance Fund and omitting to check the recruitment file, which contained proof of the work carried out, had not adequately replied to the request for information from the Court of Appeal.

20. The applicant further contested the distinction made by the Law between those conscripts who had performed forced labour in military units answerable to the Labour Department and other conscripts who, although they had performed the same kind of work, were not entitled to benefits under the Law solely because their military units had not come under the authority of the Labour Department. He argued that, in any event, the HCCJ, in a judgment of 21 January 2004, had recognised a former conscript in a similar situation to his own as being covered by the provisions of Law no. 309-2002.

21. In a final judgment of 13 May 2005, the HCCJ dismissed the appeal and upheld the judgment of the Court of Appeal on the following grounds:

“In accordance with Law no. 309-2002, persons who performed their military service between 1950 and 1961 in the work brigades under the authority of the Labour Department are covered by the provisions of that Law.

It follows that the decisive criterion for eligibility under the Law is not the kind of work performed within the military unit, for example building work, but whether or

not the unit in question came under the authority of the Labour Department, within which work brigades were established.

As a result, given the information provided by the Pitești military unit in its letter stating that the unit to which the applicant belonged was not on the list of units answerable to the Labour Department, the Court of Appeal was correct in ruling that the conditions for application of the Law were not met in the instant case and in dismissing the appeal accordingly.”

## II. RELEVANT DOMESTIC LAW AND PRACTICE

### *1. Law no. 309 of 22 May 2002 (“Law no. 309-2002”) concerning eligibility for and the award of certain benefits to persons who performed military service under the auspices of the Labour Department between 1950 and 1961*

#### **Article 1**

“Any Romanian citizen who performed military service between 1950 and 1961 in the work brigades coming under the authority of the Labour Department shall be covered by the provisions of this Law.”

#### **Article 2**

“The persons referred to in Article 1 shall be entitled to a monthly allowance ...”

#### **Article 4**

“The persons referred to in Article 1 ... shall also be entitled to ...:

- free medical treatment and medicines ...;
- exemption from the television licence fee ...”

#### **Article 6**

“(2) The benefits referred to in the preceding sections shall be awarded on request, regard being had to the entries in the individual’s military service record book or certificates issued by the county military headquarters or the Pitești military unit.

(3) Requests for these benefits shall be addressed to the county pensions and social insurance funds.”

### *2. Government decree laying down the rules on implementation of Law no. 309-2002, enacted on 10 October 2002*

#### **Article 7**

“For the purposes of the award of the benefits provided for by this Law, the National Pensions and Social Insurance Fund may request the national archives ... to compile, on the basis of the documents at its disposal, a list of the work brigades under the authority of the Labour Department.”



### 3. *Judgment of the HCCJ of 2 December 2003*

22. In a case similar to the present one, a former conscript who had performed forced labour in a military unit which did not come under the authority of the Labour Department claimed eligibility under the provisions of Law no. 309-2002. When the county pension fund dismissed his claim on the ground that the Law applied only to conscripts in the work brigades, he appealed to the Court of Appeal, which found in his favour.

23. Following an appeal by the county fund, the HCCJ upheld the Court of Appeal judgment on the following grounds:

“As the fact that the claimant was subjected to forced labour is not in dispute ..., there is no justification for withholding the benefits in question. To do so would be to create an inequitable situation, denying compensation to persons who performed military service in identical conditions and who, for purely formal reasons relating solely to the hierarchical structure to which their military units belonged, would thus be subjected to different treatment of a clearly discriminatory nature.”

### 4. *Other judgments of the HCCJ*

24. In a number of other judgments, including those of 4 November 2003, 21 January, 2 June and 14 December 2004, 11 and 19 January, 7, 14, 18, 22 and 28 February, 1, 8, 14 and 28 March and 24 May 2005, and 24 May and 6 June 2006, the HCCJ delivered rulings to the same effect as that referred to above.

25. However, in other judgments, and in particular those delivered on 13 and 28 November 2003, 11 March and 15, 22 and 29 April 2004, 11 and 18 January, 1, 17 and 21 February, 1, 10 and 28 March, 13 and 23 May and 14 November 2005, and 12 and 13 April and 25 May 2006, it ruled to the opposite effect, holding that conscripts who had not performed their military service in a military unit coming under the authority of the Labour Department were not covered by the provisions of Law no. 309-2002.

## THE LAW

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

26. The applicant alleged a twofold violation of Article 6 § 1 of the Convention.

27. Firstly, he complained of a breach of the principle of legal certainty on account of the conflicting case-law of the HCCJ. Secondly, he submitted that his action had not been determined by an “independent and impartial tribunal”, as the domestic courts had given decisive weight to the

information provided by the Pitești military unit, although the latter had confined itself to reproducing the information contained in a list drawn up by the defendant. Article 6 § 1 of the Convention, in its relevant part, provides:

“In the determination of his civil rights and obligations ... everyone is entitled to a fair ... hearing ... by an independent and impartial tribunal ...”

### **A. Legal certainty and the case-law of the HCCJ**

...

#### *2. Merits*

29. The Government contended that the principles of independence and impartiality of the courts, promptness of the proceedings, publicly-held hearings and equality of arms had been fully adhered to.

30. In their submission, the fact that in similar cases the domestic courts had found in favour of other former conscripts whose situation was comparable to that of the applicant had no bearing on the fairness of the proceedings. Furthermore, the domestic courts' interpretation of Article 1 of Law no. 309-2002 had been in line with the case-law of the Constitutional Court.

31. The applicant argued that this interpretation had been in breach of the principle of legal certainty. In his view, the approach taken by the domestic courts in his case had contradicted other court rulings, and in particular HCCJ rulings, on the basis of which he could reasonably have expected a finding in his favour.

32. The Court reiterates at the outset that the Convention imposes no specific obligation on the Contracting States to provide redress for wrongs or damage caused prior to their ratification of the Convention (see, *mutatis mutandis*, *Kopecký v. Slovakia* [GC], no. 44912/98, § 38, ECHR 2004-IX).

33. However, where States decide to enact legislation to compensate victims of past injustices, it must be implemented with reasonable clarity and coherence in order to avoid, in so far as possible, legal uncertainty and ambiguity for the legal persons concerned. In that context, it should be stressed that uncertainty – be it legislative, administrative or judicial – is an important factor to be taken into account in assessing the State's conduct (see, *mutatis mutandis*, *Broniowski v. Poland* [GC], no. 31443/96, § 151, ECHR 2004-V, and *Păduraru v. Romania*, no. 63252/00, § 92, ECHR 2005-XII).

34. In the instant case the Court notes that, under the terms of Law no. 309-2002, the only persons who qualified for the compensatory

measures were conscripts who had performed forced labour in the units coming under the authority of the Labour Department. In a series of judgments delivered after the judgment of 2 December 2003, and on the basis of the principle of non-discrimination, the HCCJ extended the scope of Law no. 309-2002 to include all conscripts who had performed forced labour during their military service, irrespective of the hierarchical structure to which their military unit belonged.

35. However, in another series of judgments delivered over the same period the court developed a line of case-law to the opposite effect, dismissing appeals, as in the applicant's case, from former conscripts who had performed forced labour outside the framework of the Labour Department.

36. In the absence of a mechanism for ensuring consistency in its case-law, the highest domestic court delivered diametrically opposed judgments, sometimes on the same day, concerning the scope of Law no. 309-2002 (see, for instance, the judgments of 11 January and 1 and 28 March 2005).

37. Admittedly, divergences in case-law are an inherent consequence of any judicial system which is based on a network of trial and appeal courts with authority over the area of their territorial jurisdiction. However, the role of a supreme court is precisely to resolve such conflicts (see *Zielinski and Pradal and Gonzalez and Others v. France* [GC], nos. 24846/94 and 34165/96 to 34173/96, § 59, ECHR 1999-VII).

38. In the instant case it is clear that the HCCJ was the source of the profound and lasting divergences complained of by the applicant.

39. The practice which developed within the country's highest judicial authority is in itself contrary to the principle of legal certainty, a principle which is implicit in all the Articles of the Convention and constitutes one of the basic elements of the rule of law (see, *mutatis mutandis*, *Baranowski v. Poland*, no. 28358/95, § 56, ECHR 2000-III). Instead of fulfilling its task of establishing the interpretation to be followed, the HCCJ itself became a source of legal uncertainty, thereby undermining public confidence in the judicial system (see, *mutatis mutandis*, *Sovtransavto Holding v. Ukraine*, no. 48553/99, § 97, ECHR 2002-VII, and *Păduraru*, cited above, § 98; see also, by contrast, *Pérez Arias v. Spain*, no. 32978/03, § 27, 28 June 2007).

40. The Court therefore concludes that this lack of certainty with regard to the case-law had the effect of depriving the applicant of any possibility of obtaining the benefits provided for by Law no. 309-2002, while other persons in a similar situation were awarded those benefits.

Accordingly, there has been a violation of Article 6 § 1 of the Convention.

...

FOR THESE REASONS, THE COURT UNANIMOUSLY

...

2. *Holds* that there has been a violation of Article 6 § 1 of the Convention;

...

Done in French, and notified in writing on 6 December 2007, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Santiago Quesada  
Registrar

Boštjan M. Zupančič  
President

STOLL c. SUISSE  
(*Requête n° 69698/01*)

GRANDE CHAMBRE

ARRÊT DU 10 DÉCEMBRE 2007<sup>1</sup>

---

1. Arrêt rendu par la Grande Chambre à la suite du renvoi de l'affaire en application de l'article 43 de la Convention.



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Condamnation d'un journaliste pour la publication d'un document diplomatique stratégique classé confidentiel****Article 10**

*Liberté d'expression – Condamnation d'un journaliste pour la publication d'un document diplomatique stratégique classé confidentiel – Nécessaire dans une société démocratique – Divulgateur d'informations confidentielles – Intérêts publics – Protection des relations diplomatiques – Non-respect des règles déontologiques du journalisme – Contribution négligeable au débat public – Proportionnalité de la sanction infligée*

\*  
\* \*

Le requérant, journaliste de profession, fut condamné au paiement d'une amende pour avoir divulgué dans la presse un rapport confidentiel de l'ambassadeur suisse aux Etats-Unis concernant la stratégie à adopter par le gouvernement suisse dans les négociations menées notamment entre le Congrès juif mondial et les banques suisses au sujet de l'indemnisation due aux victimes de l'Holocauste pour les avoirs en déshérence sur des comptes bancaires suisses. L'ambassadeur établit un «document stratégique» classé «confidentiel», dans le cadre des négociations en cause. Ce document fut envoyé au responsable de cette question au sein du Département fédéral des affaires étrangères et des copies furent adressées à dix-neuf autres personnes du gouvernement suisse et de l'administration fédérale, ainsi qu'à des représentations diplomatiques suisses situées à l'étranger. Le requérant en obtint une copie vraisemblablement à la suite d'une violation du secret professionnel dont l'auteur reste inconnu. Un journal du dimanche publia notamment deux articles rédigés par le requérant, intitulés «L'ambassadeur Jagmetti offense les Juifs» et «L'ambassadeur en peignoir et aux gros sabots met les pieds dans le plat». Le lendemain, un quotidien reproduisit de larges extraits du document stratégique et par la suite un autre journal en publia également des extraits. Le tribunal condamna le requérant à une amende de 800 francs suisses, soit environ 476 euros, pour avoir publié «des débats officiels secrets» au sens du code pénal. Les recours du requérant furent rejetés en dernière instance par le Tribunal fédéral. Par ailleurs, le Conseil suisse de la presse, tout en admettant la légitimité de la publication en raison notamment de l'importance à l'époque du débat public sur les avoirs des victimes de l'Holocauste, estima que le requérant avait de manière irresponsable rendu les propos de l'ambassadeur dramatiques et scandaleux, en présentant de manière tronquée le document stratégique et en rendant insuffisamment compte de la chronologie des événements dans lequel il

---

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

s'inscrivait. Il ajouta que les autres journaux avaient en revanche montré l'affaire sous son vrai jour en publiant presque intégralement le document stratégique.

Article 10: par un arrêt de chambre, la Cour a conclu, par quatre voix contre trois, à la violation de l'article 10. A la demande du gouvernement suisse, l'affaire a été renvoyée à la Grande Chambre conformément à l'article 43 de la Convention. Selon la Grande Chambre (ci-après «la Cour»), la condamnation du requérant s'analyse en une «ingérence» dans l'exercice de sa liberté d'expression, laquelle ingérence était prévue par le code pénal et avait pour but légitime la prévention de la «divulgaration d'informations confidentielles». La Cour souligne qu'à la lumière de l'article 33 § 3 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, et compte tenu de l'absence d'indication contraire dans les travaux préparatoires, il y a lieu d'adopter une interprétation de la phrase «empêcher la divulgation d'informations confidentielles» au sens de l'article 10 § 2 englobant les informations confidentielles divulguées aussi bien par une personne soumise à un devoir de confidentialité que par une tierce personne, et notamment, comme en l'espèce, par un journaliste. La question principale à trancher est celle de savoir si ladite ingérence était «nécessaire dans une société démocratique». A cet égard, la Cour confirme d'emblée que l'article 10 s'applique à la diffusion d'informations confidentielles ou secrètes par des journalistes. La question des fonds en déshérence soulevait non seulement des intérêts financiers importants, mais présentait également un aspect moral considérable et, à ce titre, intéressait même la communauté internationale dans un sens plus large. Par conséquent, dans l'appréciation de la nécessité de la mesure prise par les autorités suisses, la Cour tient compte de la mise en balance des deux intérêts publics en présence: celui des lecteurs à recevoir des informations sur un sujet d'actualité et celui des autorités à assurer une issue favorable et satisfaisante à des négociations diplomatiques en cours. Bien que concentrés presque exclusivement sur la personnalité de l'ambassadeur et son style personnel, les articles litigieux étaient susceptibles de contribuer au débat public sur les fonds en déshérence, question qui était à l'époque vivement discutée en Suisse. Le public avait donc un intérêt à la publication des articles. Quant aux intérêts protégés par les autorités suisses, il est primordial, pour les services diplomatiques et pour le bon fonctionnement des relations internationales, que les diplomates puissent se transmettre des informations confidentielles ou secrètes. Cependant, la confidentialité des rapports diplomatiques ne saurait être protégée à n'importe quel prix, et ce qui compte dans la mise en balance des intérêts, ce sont le contenu et le danger potentiel que représente la publication. En l'espèce, la divulgation des passages du rapport de l'ambassadeur, à ce moment-là, pouvait avoir des répercussions négatives sur le bon déroulement des négociations entamées par la Suisse, du fait non seulement du contenu même des propositions de l'ambassadeur, mais aussi des expressions qu'il utilisait. La divulgation – même partielle – du contenu du rapport de l'ambassadeur a pu porter atteinte au climat de discrétion nécessaire au bon déroulement des relations diplomatiques en général et avoir des répercussions négatives sur les négociations que menait la Suisse en particulier. Aussi, compte tenu du moment particulièrement délicat auquel elles sont intervenues, les publications du requérant étaient de nature à causer un préjudice considérable aux intérêts des autorités suisses. Quant au



comportement du requérant, il ne pouvait, en tant que journaliste, ignorer que la divulgation du rapport était réprimée par le code pénal. La question de savoir si la forme de ses articles a respecté les règles déontologiques a plus de poids. En effet, le contenu des articles était manifestement réducteur et tronqué et le vocabulaire employé tendait à prêter à l'ambassadeur des intentions antisémites. Le requérant a lancé à la légère une rumeur, ayant sans doute contribué à la démission de l'ambassadeur, qui touche directement à un des phénomènes précisément à l'origine de la question des fonds en déshérence : les atrocités commises durant la Seconde Guerre mondiale à l'encontre de la communauté juive. La Cour rappelle qu'il y a lieu de faire preuve de fermeté à l'égard de telles allégations et/ou insinuations. Ensuite, la mise en page des articles litigieux et en particulier les titres à sensation ne paraissent pas dignes d'un sujet aussi important et sérieux que celui des fonds en déshérence. Enfin, les articles du requérant s'avèrent également imprécis et susceptibles d'induire les lecteurs en erreur. Dans ces conditions, et compte tenu de l'emplacement de l'un des articles en première page d'un hebdomadaire suisse du dimanche à grand tirage, la Cour partage l'opinion du gouvernement suisse et du Conseil de la presse selon laquelle le requérant a eu comme intention première non pas tant d'informer le public sur une question d'intérêt général mais de faire du rapport de l'ambassadeur un sujet de scandale inutile. La forme tronquée et réductrice des articles en cause, laquelle était de nature à induire en erreur les lecteurs au sujet de la personnalité et des aptitudes de l'ambassadeur, a considérablement limité l'importance de leur contribution au débat public protégé par l'article 10. Enfin, la Cour estime que l'amende infligée au requérant n'était pas disproportionnée au but poursuivi.

*Conclusion* : non-violation (douze voix contre cinq).

### Jurisprudence citée par la Cour

*Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, série A n° 24

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

*Sunday Times c. Royaume-Uni (n° 1)*, 26 avril 1979, série A n° 30

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

*Artico c. Italie*, 13 mai 1980, série A n° 37

*Z. c. Suisse*, n° 10343/83, décision de la Commission du 6 octobre 1983, Décisions et rapports 35

*Barthold c. Allemagne*, 25 mars 1985, série A n° 90

*James et autres c. Royaume-Uni*, 21 février 1986, série A n° 98

*Lingens c. Autriche*, 8 juillet 1986, série A n° 103

*Weber c. Suisse*, 22 mai 1990, série A n° 177

*Observer et Guardian c. Royaume-Uni*, 26 novembre 1991, série A n° 216

*Sunday Times c. Royaume-Uni (n° 2)*, 26 novembre 1991, série A n° 217

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

*Hadjianastassiou c. Grèce*, 16 décembre 1992, série A n° 252

*Jersild c. Danemark*, 23 septembre 1994, série A n° 298

*Vereniging Weekblad Bluf! c. Pays-Bas*, 9 février 1995, série A n° 306-A

*Prager et Oberschlick c. Autriche*, 26 avril 1995, série A n° 313

*Goodwin c. Royaume-Uni*, 27 mars 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-II

*Wingrove c. Royaume-Uni*, 25 novembre 1996, *Recueil* 1996-V  
*De Haes et Gijssels c. Belgique*, 24 février 1997, *Recueil* 1997-I  
*Hertel c. Suisse*, 25 août 1998, *Recueil* 1998-VI  
*Lehideux et Isorni c. France*, 23 septembre 1998, *Recueil* 1998-VII  
*Fressoz et Roire c. France* [GC], n° 29183/95, CEDH 1999-I  
*Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège* [GC], n° 21980/93, CEDH 1999-III  
*Sürek c. Turquie (n° 1)* [GC], n° 26682/95, CEDH 1999-IV  
*Lopes Gomes da Silva c. Portugal*, n° 37698/97, CEDH 2000-X  
*İbrahim Aksoy c. Turquie*, n°s 28635/95, 30171/96 et 34535/97, 10 octobre 2000  
*Association Ekin c. France*, n° 39288/98, CEDH 2001-VIII  
*Garaudy c. France* (déc.), n° 65831/01, CEDH 2003-IX  
*Craxi c. Italie (n° 2)*, n° 25337/94, 17 juillet 2003  
*Editions Plon c. France*, n° 58148/00, CEDH 2004-IV  
*Chauvy et autres c. France*, n° 64915/01, CEDH 2004-VI  
*Vo c. France* [GC], n° 53924/00, CEDH 2004-VIII  
*Pedersen et Baadsgaard c. Danemark* [GC], n° 49017/99, CEDH 2004-XI  
*Mamatkoulov et Askarov c. Turquie* [GC], n°s 46827/99 et 46951/99, CEDH 2005-I  
*Steel et Morris c. Royaume-Uni*, n° 68416/01, CEDH 2005-II  
*Tourancheau et July c. France*, n° 53886/00, 24 novembre 2005  
*Dammann c. Suisse*, n° 77551/01, 25 avril 2006  
*Monnat c. Suisse*, n° 73604/01, CEDH 2006-X  
*Leempoel & S.A. ED. Ciné Revue c. Belgique*, n° 64772/01, 9 novembre 2006

**En l'affaire Stoll c. Suisse,**

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

Jean-Paul Costa, *président*,  
Luzius Wildhaber,  
Boštjan M. Zupančič,  
Peer Lorenzen,  
Rıza Türmen,  
Margarita Tsatsa-Nikolovska,  
András Baka,  
Mindia Ugrekheldze,  
Anatoly Kovler,  
Vladimiro Zagrebelsky,  
Antonella Mularoni,  
Elisabet Fura-Sandström,  
Renate Jaeger,  
Egbert Myjer,  
Dragoljub Popović,  
Ineta Ziemele,  
Isabelle Berro-Lefèvre, *juges*,

et de Vincent BERGER, *jurisconsulte*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 7 février et 7 novembre 2007,

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

**PROCÉDURE**

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 69698/01) dirigée contre la Confédération suisse et dont un ressortissant de cet Etat, M. Martin Stoll («le requérant»), a saisi la Cour le 14 mai 2001 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales («la Convention»).

2. Le requérant est représenté par M<sup>e</sup> H. Keller, avocate à Zurich. Le gouvernement suisse («le Gouvernement») est représenté par son agent, M. F. Schürmann, chef de la section des droits de l'homme et du Conseil de l'Europe, Office fédéral de la justice.

3. Le requérant alléguait que sa condamnation pour publication «de débats officiels secrets» était contraire à l'article 10 de la Convention.

4. La requête a été attribuée à la deuxième section de la Cour (article 52 § 1 du règlement). Au sein de celle-ci a alors été constituée, conformément à l'article 26 § 1 du règlement, la chambre chargée d'en connaître (article 27 § 1 de la Convention).

5. Le 1<sup>er</sup> novembre 2004, la Cour a modifié la composition de ses sections (article 25 § 1 du règlement). La présente requête a été attribuée à la quatrième section ainsi remaniée (article 52 § 1). Au sein de celle-ci, la chambre chargée d'examiner l'affaire (article 27 § 1 de la Convention) a été constituée conformément à l'article 26 § 1 du règlement.

6. Le 3 mai 2005, la requête a été déclarée recevable par une chambre, composée des juges dont le nom suit : Nicolas Bratza, président, Josep Casadevall, Luzius Wildhaber, Matti Pellonpää, Rait Maruste, Javier Borrego Borrego, Ján Šikuta, et de Michael O'Boyle, greffier de section.

7. Le 25 avril 2006, la même chambre a rendu un arrêt dans lequel elle a conclu, par quatre voix contre trois, à la violation de l'article 10 de la Convention. Elle a estimé que le constat d'une violation fournissait en soi une satisfaction équitable suffisante pour le dommage moral subi par le requérant. Par ailleurs, celui-ci n'a pas demandé le remboursement des frais et dépens.

8. Le 14 juillet 2006, le Gouvernement a demandé le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre en vertu des articles 43 de la Convention et 73 du règlement. Le collège de la Grande Chambre a accueilli la demande le 13 septembre 2006.

9. La composition de la Grande Chambre a été arrêtée conformément aux articles 27 §§ 2 et 3 de la Convention et 24 du règlement.

10. Le Gouvernement a déposé des observations écrites sur le fond de l'affaire, mais non le requérant. Celui-ci a soumis ses demandes de satisfaction équitable.

11. Des observations ont également été reçues des gouvernements français et slovaque, que le président avait autorisés à intervenir dans la procédure écrite (articles 36 § 2 de la Convention et 44 § 2 du règlement).

12. Une audience s'est déroulée en public au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 7 février 2007 (article 59 § 3 du règlement).

Ont comparu :

– *pour le Gouvernement*

MM. F. SCHÜRMAN, chef de la section des droits de  
l'homme et du Conseil de l'Europe, Office fédéral  
de la justice, département fédéral de la Justice, *agent*,  
P. SEGER, ambassadeur, juriste, directeur  
de la direction du droit international public,  
département fédéral des Affaires étrangères,  
A. SCHEIDEGGER, chef suppléant de la section des  
droits de l'homme et du Conseil de l'Europe,  
M<sup>me</sup> D. STEIGER, collaboratrice scientifique, section des  
droits de l'homme et du Conseil de l'Europe, *conseils* ;

– pour le requérant

M<sup>e</sup> H. KELLER, représentante,  
 MM. S. CANONICA, juriste TA Media,  
 A. DURISCH, rédacteur en chef *Sonntags-Zeitung*,  
 A. FISCHER, assistant à l'université de Zurich,  
 M<sup>mes</sup> D. KÜHNE, assistante à l'université de Zurich,  
 M. FOROWICZ, assistante à l'université de Zurich, conseillers.

Le requérant était également présent.

La Cour a entendu en leurs déclarations M<sup>e</sup> Keller ainsi que MM. Schürmann et Seger, et les réponses des représentants des parties aux questions d'un juge.

## EN FAIT

### I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

13. Le requérant est né en 1962 et réside en Suisse.

#### A. Genèse de l'affaire

14. En 1996 et 1997, des négociations furent menées notamment entre le Congrès juif mondial et les banques suisses à propos de l'indemnisation due aux victimes de l'Holocauste pour les avoirs en déshérence sur des comptes bancaires suisses.

15. Dans ce contexte, Carlo Jagmetti, alors ambassadeur de Suisse aux Etats-Unis, établit le 19 décembre 1996 un «document stratégique», classé «confidentiel», qui fut envoyé par télécopie à Thomas Borer, chef de la *task force* instaurée sur la question au sein du département fédéral des Affaires étrangères à Berne. Des copies furent également adressées à dix-neuf autres personnes du gouvernement suisse et de l'administration fédérale ainsi qu'aux représentations diplomatiques suisses à Tel Aviv, New York, Londres, Paris et Bonn.

16. Voici quelques extraits de ce document, sur la base de l'article «La touche finale!», paru dans le *Tages-Anzeiger* du 27 janvier 1997, soit le lendemain des publications litigieuses du requérant (traduction non officielle):

«Monsieur l'Ambassadeur,

La campagne menée contre la Suisse et les demandes massives dont elle s'accompagne, qui s'expriment dans les actions menées par les organisations juives, dans les déclarations des personnalités politiques américaines et dans les procédures collectives, vont beaucoup occuper les autorités et l'opinion publique des deux côtés de l'Atlantique, et ce pour longtemps (...) Un véritable écho n'est cependant à prévoir que lorsque les enquêtes

qui doivent être ouvertes auront été menées à terme, les demandes justifiées auront été satisfaites, les procédures seront closes et les choses seront de nouveau rentrées dans l'ordre, sur le plan historique, politique, juridique et moral. Cela prendra au minimum trois ans, peut-être beaucoup plus. A cela il faut ajouter qu'il est impossible de prévoir aujourd'hui comment les Suisses se comporteront ces prochaines années, en politique intérieure comme en politique étrangère. Les défis liés à l'évolution politique, économique et sociale que la Suisse connaît sur le plan interne, et les incertitudes concernant la question européenne (UE, sécurité, etc.) et la mondialisation, poussent de toute façon déjà les Suisses à faire un douloureux examen de conscience.

Ce qui vient maintenant d'Amérique, c'est la touche finale! Aux incertitudes du présent et de l'avenir s'ajoute brusquement la confrontation avec le passé. La campagne menée contre la Suisse s'inscrit donc dans un contexte général déjà lourd (...)

Tous les efforts de la Suisse tendent à préserver l'intégrité du pays, à prévenir les dangers qui menacent et en tout cas à les écarter, et à entretenir les relations internationales (en particulier les relations avec les Etats-Unis) pendant la crise et après, en évitant toute séquelle durable. Tous les objectifs intermédiaires ne devraient être envisagés qu'en fonction de cet objectif premier. Des succès de courte durée, tels que des «trêves», des échos temporairement positifs dans les médias, la satisfaction de voir démarrer certains travaux, des découvertes des historiens éventuellement intéressantes pour la Suisse, ou des contributions constructives d'interlocuteurs étrangers, ne doivent pas nous faire perdre de vue la réalité à long terme. Chaque bataille est certes importante, mais c'est la guerre que la Suisse doit finir par gagner (...)

Dans la mesure où il est urgent de satisfaire les organisations juives et le sénateur D'Amato, et que cela permettrait de faire régner le calme à tous les niveaux, une véritable transaction pourrait être conclue avec les instances concernées. Des spéculations actuelles à propos d'un «geste», on pourrait passer directement à une solution, sous la forme du versement d'une somme globale destinée à solder l'ensemble des demandes une fois pour toutes. Etant donné que nombre de milieux et de pays sont touchés par la problématique et que la communauté internationale impose dans une certaine mesure à la Suisse de rendre des comptes, il faut penser le concept à l'échelle nationale et internationale et à long terme, en s'inspirant peut-être du modèle suivant :

- la Suisse mettra effectivement en œuvre les dispositions prévues à ce jour (publication du rapport d'experts sur l'accord d'indemnisation avec les pays d'Europe orientale, lancement des travaux de la commission d'historiens, enquêtes de la commission Volcker), avec les moyens nécessaires et dans des délais réalistes, en surmontant avec détermination les difficultés éventuelles;

- il faut poursuivre le dialogue avec tous les milieux intéressés en se montrant correct et bienveillant, sans faire de concessions intermédiaires qui risqueraient de compromettre tout le processus;

- en ce qui concerne les travaux des gouvernements et des parlements étrangers (notamment des Etats-Unis et du Royaume-Uni), il faudrait viser à établir une collaboration bilatérale courtoise, dans le cadre de laquelle la quête de la vérité devrait occuper le premier plan et les polémiques devraient être évitées. Au besoin, il faudrait bien entendu adopter une attitude claire et ferme, notamment si la Suisse était dénigrée ou accusée sans motifs absolument transparents;

– une fois que des résultats intermédiaires significatifs auront été obtenus, et surtout que toutes les enquêtes auront été menées à terme, il faudra entamer des négociations sur les conclusions à en tirer et sur l'utilisation des moyens éventuellement disponibles; ces négociations seront menées avec les gouvernements, soit au niveau multilatéral, dans la mesure du possible avec tous les pays concernés (dont les Alliés, les pays qui étaient neutres à l'époque, Israël et l'Allemagne), soit au niveau bilatéral, avec Israël (ce qui supposerait de renoncer à une position longtemps défendue et d'accepter le risque de réactions arabes), ou bien avec les organisations non gouvernementales. Beaucoup dépendra de la stratégie des adversaires. Cependant, il faudrait internationaliser le problème et demander aussi des comptes à d'autres pays. La Suisse, qui donne le bon exemple en faisant mener des enquêtes, devrait assumer un rôle de premier plan et tirer ainsi l'initiative à elle (...)

En outre, il faut garder à l'esprit que les scénarios et les stratégies ne sont pas à l'abri des influences extérieures et qu'à tout moment peuvent survenir des événements ou des tendances nouvelles qui remettent tout en cause ou du moins imposent de faire preuve d'une grande souplesse. En conséquence, il serait plus réaliste d'accompagner si possible les procédures internationales de prestations intermédiaires. Si l'on prévoit d'emblée un tel panachage, on se résout presque obligatoirement à adopter une démarche pragmatique, qui se modifie au jour le jour et qui ne mérite plus guère de se voir appliquer le terme prestigieux de «stratégie» (...) Dans cette affaire, la Suisse ne peut pas se permettre de faire du bricolage.

Quelle que soit la stratégie choisie, il s'agira, sur le front extérieur, de s'employer activement à crédibiliser les efforts de la Suisse. A cette fin, on peut s'en tenir à la démarche – essentiellement réactive – suivie jusqu'ici, ou la repenser en tentant d'innover. Dans le cadre d'une démarche plus novatrice, je préconiserais d'œuvrer systématiquement dans les milieux politiques et des médias, d'entretenir des contacts permanents avec l'administration américaine pour comparer les résultats et affiner les méthodes, de cultiver les relations avec les organisations juives de manière amicale mais pas servile (dans la mesure du possible), et de mener des actions de relations publiques bien orchestrées, comprenant notamment des séminaires et des tables rondes. Concernant les relations publiques, il ne s'agirait toutefois de s'exprimer, en temps et lieu, que lorsqu'on aurait quelque chose de nouveau à annoncer. Les pèlerinages à l'étranger seraient à éviter, pour des raisons tactiques et eu égard aux aspects de politique intérieure (...)

Les avantages et les inconvénients des différents concepts sont assez évidents. Toutefois, il est clair que, d'un point de vue historique, politique et juridique, une «transaction» ne sera jamais satisfaisante. L'idéal serait de choisir tout de même la stratégie juridique. Elle est exigeante à l'égard de tous les acteurs, demande de l'initiative, du temps et de l'énergie, et aussi de l'argent! Compte tenu de l'objectif principal, on serait cependant bien inspiré pour une fois de chasser le naturel et de mettre à disposition les moyens nécessaires, sans marchandage de mauvais aloi. Je le répète: il s'agit d'une guerre que la Suisse doit mener et gagner sur les fronts extérieur et intérieur. Il est impossible de se fier à la plupart de nos adversaires. La Suisse risque de subir un préjudice très grave du fait d'un boycottage, voire d'une activité législative, de la part de l'étranger. Même les chiffres de l'assurance-vieillesse ou le coût des nouvelles lignes ferroviaires à travers les Alpes, par exemple, pourraient sembler modestes en comparaison. La Suisse doit agir en se montrant unie et déterminée (...)

L'ambassadeur de Suisse Carlo Jagmetti»

17. Le requérant en obtint une copie. Il semble évident qu'il n'a pu entrer en possession de ce document qu'à la suite d'une violation du secret de fonction, dont l'auteur n'a pu être identifié.

## B. Les publications litigieuses du requérant

18. Le dimanche 26 janvier 1997, le *Sonntags-Zeitung*, un journal du dimanche zurichois, publia l'article suivant, signé du requérant (traduction non officielle) :

«L'ambassadeur Jagmetti offense les Juifs [titre original en allemand: *Botschafter Jagmetti beleidigt die Juden*]

Document secret: «Impossible de se fier à nos adversaires» [*Geheimpapier: «Man kann dem Gegner nicht vertrauen»*]

par [le requérant]

Berne/Washington – Une autre affaire impliquant l'ambassadeur de Suisse aux Etats-Unis: Carlo Jagmetti invoque, dans un document stratégique confidentiel sur les avoires des victimes de l'Holocauste, une «guerre» que «la Suisse doit mener», et des «adversaires» auxquels «il est impossible de se fier».

Le document est classé «confidentiel». Il a été rédigé par Carlo Jagmetti, l'ambassadeur de Suisse aux Etats-Unis. C'est le 19 décembre que ce diplomate de haut rang, âgé de soixante-quatre ans, a diffusé de Washington, à l'attention de la *task force* de Berne, son point de vue sur ce qu'il décrit comme une «campagne contre la Suisse». Ce rapport est parvenu au *Sonntags-Zeitung*, et c'est de la dynamite. Son contenu est une appréciation banale de la situation. Mais le choix, par Carlo Jagmetti, de termes agressifs a sur le lecteur l'effet d'un électrochoc. «C'est une guerre», écrit l'ambassadeur, «une guerre que la Suisse doit mener et gagner sur les fronts extérieur et intérieur». Il qualifie le sénateur D'Amato et les organisations juives d'«adversaires», affirmant qu'«il est impossible de se fier à la plupart de nos adversaires».

Dans son document, Carlo Jagmetti évoque la possibilité d'un accord, parce qu'«il est urgent de satisfaire les organisations juives et le sénateur D'Amato». Il emploie le terme «transaction» dans ce contexte. Il suggère le «versement d'une somme globale» aux Juifs pour solder «l'ensemble des demandes une fois pour toutes». Après quoi «le calme [régnera] à tous les niveaux».

Invoquant le «front extérieur», Carlo Jagmetti dit que la Suisse devrait «œuvrer systématiquement dans les milieux politiques et des médias». Les relations avec les organisations juives devraient être cultivées «de manière amicale mais pas servile», avec l'assistance d'un cabinet d'avocats, et il faudrait «mener des actions de relations publiques bien orchestrées, comprenant notamment des séminaires et des tables rondes».

Il n'y a pas eu de commentaire hier sur ce document stratégique produit par l'éminent diplomate – qui doit prendre sa retraite au printemps – ni du département fédéral des Affaires étrangères de Flavio Cotti [le chef de la diplomatie suisse] ni de la *task force* dirigée par Thomas Borer – Carlo Jagmetti n'a pas souhaité répondre au *Sonntags-Zeitung*.



Martin Rosenfeld, le président de la Fédération suisse des communautés israélites (FSCI), a qualifié les déclarations de Carlo Jagmetti de «choquantes et profondément insultantes». Il a prédit à Carlo Jagmetti «des temps difficiles jusqu'à sa retraite».

19. Dans le même numéro du *Sonntags-Zeitung* du 26 janvier 1997, un autre article, signé du requérant, se lisait ainsi (traduction non officielle) :

«L'ambassadeur en peignoir et aux gros sabots met les pieds dans le plat [*Mit Bademantel und Bergschuhen in den Fettnapf*]

L'ambassadeur suisse Carlo Jagmetti foule aux pieds les usages diplomatiques [*Der Schweizer Botschafter Carlo Jagmetti trampelt übers diplomatische Parkett*]

par [le requérant]

Berne/Washington – L'ambassadeur suisse Carlo Jagmetti se fait toujours remarquer sur la scène diplomatique. Par ses propos indéliçats sur les avoires des victimes de l'Holocauste, il met la pagaille dans la politique étrangère de la Suisse – et ce n'est pas la première fois.

Il était encore tôt à Washington vendredi lorsqu'on a commencé à s'agiter dans les bureaux de l'ambassade suisse. «Pas de commentaire sur des documents internes», a répondu avec emphase au *Sonntags-Zeitung* un porte-parole de l'ambassade (...) Dès le lendemain (...) [un] rédacteur du [quotidien] *Neue Zürcher Zeitung* a néanmoins volé au secours de son ami intime, Carlo Jagmetti. Sous le titre «L'usine à indiscretions produit à tout va», il a annoncé que «ce texte équilibré, dont certaines parties peuvent, bien entendu, être interprétées en mauvaise part, va peut-être être publié dès ce week-end».

Limiter les dégâts, c'était donc le mot d'ordre à Washington D.C. vendredi. L'ambassadeur Carlo Jagmetti, qui représente la Suisse à l'étranger depuis 34 ans, était manifestement conscient du caractère explosif de son document stratégique, élaboré le 19 décembre 1996, sur le sujet des avoires juifs en déshérence. Dans ce document, il invoque «une guerre que la Suisse doit mener et gagner sur les fronts extérieur et intérieur». Et il finit en apothéose en observant : «Il est impossible de se fier à la plupart de nos adversaires.»

L'ambassade suisse à Washington est toutefois rodée en matière de gestion de crises. Carlo Jagmetti, qui dirige l'ambassade, met régulièrement les pieds dans le plat. En 1993, quelques mois après être arrivé dans ses bureaux sis à une adresse prestigieuse – *Cathedral Avenue* – ce haut diplomate a commis son premier faux pas. Alors qu'il était interrogé par le *Schweizer Illustrierte*, il se plaignit du gouvernement américain : «Je relève un manque certain de courtoisie.» Même Bill Clinton, décrit comme «éclatant de rire quelquefois de manière inopportune», a été la cible de critiques pendant cette interview. M. Clinton aurait «fait attendre [Carlo Jagmetti] pendant quatre mois» avant de l'accréditer. Et, de façon générale, il était légitime, selon l'ambassadeur, de se demander «qui gouvern[ait] en réalité les Etats-Unis».

Berne a réprimandé l'ambassadeur pour ses propos maladroits, et pour une prestation publique inhabituelle – Carlo Jagmetti et son épouse étaient apparus [dans un article du magazine *Schweizer Illustrierte*] en peignoir – mais l'intéressé n'a pas montré beaucoup plus de retenue dans ses déclarations ultérieures. Et dans le débat brûlant sur les avoires des victimes de l'Holocauste, Carlo Jagmetti a également donné l'impression qu'il déboulait sur la scène diplomatique avec de gros sabots. Il a tancé la survivante de l'Holocauste Gerda Beer devant toute la presse américaine rassemblée, déclarant que ses demandes étaient sans fondement car son oncle avait vidé le compte bancaire suisse

en question. Le diplomate prompt à l'incident ne se fondait toutefois pas sur des faits avérés, mais sur des rumeurs qui circulaient et qu'il n'avait pas vérifiées auparavant.

Berne n'a pas eu le choix, et a exprimé des regrets pour ces déclarations peu diplomatiques, en vue de prévenir des dégâts plus importants.

Ces déclarations, à présent publiques, sont d'autant plus pénibles que les tensions semblaient se dissiper. Pas plus tard que vendredi, le sénateur D'Amato et le Congrès juif mondial avaient pour la première fois félicité la Suisse d'avoir accepté d'instaurer un fonds en faveur des victimes de l'Holocauste.

On tente donc, dans les coulisses de la diplomatie suisse, de désamorcer la crise qui s'annonce en soulignant le prochain départ à la retraite de Carlo Jagmetti. Celui-ci a en tout cas joué un rôle insignifiant dans les négociations, qui ont récemment abouti, entre les organisations juives et le sénateur américain D'Amato.

Carlo Jagmetti lui-même n'a pas souhaité s'exprimer. Il a préféré être ailleurs pendant l'importante conférence de presse tenue par le sénateur D'Amato vendredi devant les médias du monde entier. Selon les informations du *Sonntags-Zeitung*, il était en vacances en Floride.»

### C. Les autres publications dans la presse

20. Un troisième article, paru également dans le *Sonntags-Zeitung* du 26 janvier 1997 et signé par son rédacteur en chef Ueli Haldimann, était intitulé «L'ambassadeur à la mentalité bunker» («*Botschafter mit Bunkermentalität*»).

21. Le lundi 27 janvier 1997, le *Tages-Anzeiger*, un quotidien zurichois, reproduisit de larges extraits du document stratégique dans un article intitulé «La touche finale!» («*Das hat gerade noch gefehlt*»). Par la suite, un autre journal, le *Nouveau Quotidien*, publia également des extraits du document.

### D. L'avis du Conseil suisse de la presse

22. A la suite de ces publications, le Conseil fédéral suisse (*Bundesrat*) demanda au Conseil suisse de la presse (*Presserat*) d'examiner l'affaire.

23. Le Conseil suisse de la presse agit en tant qu'instance de plainte pour les questions concernant les médias. Il s'agit d'une institution de droit privé suisse, créée par quatre associations de journalistes qui ont formé une fondation (*Stiftung*) en vue de financer et d'organiser les activités du Conseil de la presse. Conformément à son règlement, son activité doit contribuer à la réflexion sur des problèmes d'éthique fondamentaux des médias. Appelé à défendre la liberté de la presse et de l'information, il prend position, sur plainte ou de sa propre initiative, sur des questions ayant trait à l'éthique professionnelle des journalistes. Le Conseil suisse de la presse a adopté une «Déclaration des devoirs et des droits du/de la journaliste», accessible sur Internet.

24. Sa prise de position (*Stellungnahme*) du 4 mars 1997 concernant la présente affaire (n° 1/97, C. J./*Sonntags-Zeitung*) se lit ainsi (traduction non officielle) :

«II. Considérations

(...)

2. Quant à la publication d'informations confidentielles, les dispositions suivantes de la «Déclaration des devoirs et des droits du/de la journaliste» sont pertinentes :

a) «La responsabilité [des journalistes] envers le public [prime] celles qu'ils assument (...) à l'égard des (...) pouvoirs publics (...) notamment» (Préambule).

b) Le/la journaliste accède librement «à toutes les sources d'information et [a le] droit d'enquêter sans entraves sur tous les faits d'intérêt public; le secret des affaires publiques ou privées ne peut lui être opposé que par exception, dûment motivée de cas en cas» (point a) de la Déclaration des droits).

c) Le/la journaliste ne publie que «les informations, les documents [ou] les images dont l'origine est connue de lui/d'elle; [il ne supprime pas] des informations ou des éléments essentiels [et ne doit] dénaturer aucun texte, document, image (...) ni l'opinion d'autrui. [Il doit] donner très précisément comme telles les nouvelles non confirmées [et] signaler les montages photographiques». Il respecte des délais raisonnables (point 3 de la Déclaration des devoirs).

d) Le/la journaliste n'utilise pas «de méthodes déloyales pour obtenir des informations, (...) des images et des documents» (point 4 de la Déclaration des devoirs).

e) Il/elle garde «le secret rédactionnel et ne révèle pas les sources des informations obtenues confidentiellement» (point 6 de la Déclaration des devoirs).

f) Il/elle n'accepte «aucun avantage, ni aucune promesse qui pourraient limiter son indépendance professionnelle ou l'expression de sa propre opinion» (point 9 de la Déclaration des devoirs).

(...)

5. Il faut tout d'abord établir si les comptes rendus des diplomates relèvent des intérêts essentiels à protéger. Les autorités fédérales et ceux qui partagent leur point de vue développent l'argument selon lequel ces comptes rendus sont très sensibles et comparables aux négociations conduites par le Conseil fédéral et les rapports qui précèdent de telles négociations. Ces documents mériteraient d'être protégés davantage que, par exemple, les rapports d'experts ou les procès-verbaux des commissions parlementaires. En effet, le département fédéral des Affaires étrangères et le Conseil fédéral ne peuvent se faire une idée exacte des relations internationales que si les ambassadeurs leur communiquent des informations supplémentaires, de nature différente et plus sensibles que celles fournies par les médias. Les diplomates rendent également compte de ce qu'ils apprennent de source confidentielle, dans les coulisses ou de manière non officielle. Ainsi, il doit être par exemple possible qu'ils s'expriment sans ambages sur les violations des droits de l'homme et les rapports politiques en présence en Iran, sur l'implication d'hommes politiques colombiens de premier plan dans le trafic de stupéfiants ou sur les vrais rapports de force et les intrigues au Kremlin. Si un tel compte rendu est malgré tout publié, alors l'ambassadeur concerné se rend presque automatiquement indésirable dans le pays d'accueil. Si des comptes rendus de ce type étaient régulièrement publiés, les

ambassadeurs ne pourraient plus rendre compte de tout et cela porterait atteinte à la politique extérieure de la Suisse, voire la paralyserait complètement. Et si tout devenait public, la Suisse pourrait carrément rappeler ses diplomates et les remplacer par les médias. Les médias doivent toujours exercer leur fonction de critique et de contrôle en ayant conscience de leurs responsabilités et, justement dans le domaine de la politique extérieure, cette exigence que l'on attend d'eux doit être particulièrement forte. Car les rapports concernant la politique extérieure sont également observés à l'étranger. Ne serait-ce que pour cela, ils sont plus sensibles que des rapports sur des affaires de politique intérieure.

(...)

Le Conseil de la presse reconnaît l'importance du principe de confidentialité de la correspondance diplomatique. Jusqu'à présent, les médias suisses ont en substance respecté ce principe. Ce n'était pas leur intention d'exposer largement les dessous de la diplomatie au public. Les divulgations dans le domaine de la politique extérieure ont, jusqu'ici, été exceptionnelles en Suisse. Les responsables des médias sont manifestement conscients de la responsabilité inhérente à la fonction de critique et de contrôle dans ce domaine.

Par contre, il ne faut pas oublier que dans d'autres Etats les divulgations par les médias dans le domaine de la politique étrangère sont monnaie courante, surtout aux Etats-Unis, mais aussi en Grande-Bretagne ou en Israël. D'autres gouvernements et diplomates vivent manifestement depuis longtemps avec ce risque de révélations en matière de politique extérieure et ils font avec. Qu'elles le veuillent ou pas, les autorités suisses devront également apprendre à s'accommoder d'une situation dans laquelle la politique étrangère ne sera pas plus préservée par les médias que la politique intérieure, et dans laquelle les révélations peuvent ne pas être seulement le fait des médias suisses mais également des médias étrangers. Une conception qui subordonnerait de façon trop rigide l'intérêt public à la confidentialité n'est ni réaliste ni légitime, d'autant que les rapports diplomatiques sont communiqués régulièrement à de très nombreuses administrations.

Les révélations du *Sonntags-Zeitung* et du *Tages-Anzeiger* ont sans aucun doute mis les responsables de la politique étrangère suisse dans l'embarras et les difficultés, mais n'ont pas limité de façon sensible leur marge de manœuvre. Les rapports diplomatiques sont confidentiels de droit, mais lorsque les critères sont remplis pour la publication de rapports confidentiels, la liberté de la presse prime (prise de position 2/94, questions parlementaires Moser/Reimann).

6. Il faut maintenant examiner si le contenu du document stratégique de M. Jagmetti présente alors un intérêt tel que l'on pouvait faire valoir l'intérêt général et s'il était opportun de le publier. Pour Ueli Haldimann, rédacteur en chef du *Sonntags-Zeitung*, l'intérêt général tenait au fait qu'il était important de montrer ce que l'ambassadeur de Suisse à Washington pensait de la problématique complexe des avoires des victimes de l'Holocauste et de la gestion par la Suisse de son passé, et quel vocabulaire agressif il utilisait. Selon lui, son journal ne publie aucune information basée sur des indiscretions lorsqu'il n'y a pas d'intérêt général. Toutefois, il y a aujourd'hui plus d'indiscretions qu'auparavant mais elles ne sont pas en principe préjudiciables, et elles représentent souvent le moyen ultime de faire cesser un préjudice (...)

Pour le Conseil de la presse, il s'agit ensuite d'apprécier l'importance du document stratégique de M. Carlo Jagmetti. Celui-ci a entrepris dans son document de faire une analyse tout à fait pertinente de la situation, avec quelques propositions constructives. Il

a développé deux options «extrêmes», celle de la «transaction» et celle de l'«approche juridique». Le document laisse transparaître le souci fondamental de rechercher la vérité, de trouver une solution financière généreuse, de préserver les intérêts de la Suisse et ses bonnes relations avec les Etats-Unis. Toutefois, on remarque – et cela ne pouvait que sauter aux yeux de n'importe quel lecteur – que M. Jagmetti a utilisé un langage très guerrier et qu'il considérait ses partenaires de négociation comme des adversaires auxquels on ne pouvait pas se fier, que l'on pouvait à la rigueur satisfaire par une transaction. Le langage utilisé trahit une mentalité qui pose problème même dans un document interne, car toute mentalité risque de s'exprimer aussi pendant les négociations et lors de contacts informels. Et M. Jagmetti aurait dû pendant les six derniers mois de son activité prendre part à des discussions importantes concernant les avoirs des victimes de l'Holocauste.

Le Conseil de la presse est conscient que l'intérêt général que présente une information confidentielle ne peut pas être défini de façon totalement objective, mais dépend du contexte idéologique, culturel, économique et publicitaire d'un média. Cependant, dans le cas du document stratégique de M. Jagmetti, force est de constater l'intérêt public qu'il présentait parce que les débats sur les avoirs des victimes de l'Holocauste et sur le rôle de la Suisse dans la Seconde Guerre mondiale étaient fin 1996/début 1997 très animés et revêtaient une dimension internationale, et parce que l'ambassadeur suisse à Washington occupait, dans le cadre des discussions à suivre, une position éminente. Il n'est pas anodin, mais pertinent, de savoir ce que cet ambassadeur pensait et comment il formulait ses opinions. Indépendamment de cet intérêt général et de l'importance des déclarations de l'ambassadeur, la publication de ce rapport en soi confidentiel se justifie sur le plan éthique. Car ce n'est qu'à travers la publication qu'il est devenu évident que les personnes en charge n'avaient pas encore d'idée très claire, malgré l'instauration de la *task force*, sur la question de la responsabilité de la Suisse et sur le point de savoir quelles démarches elle devait entamer. Sur le plan de la transparence politique, la publication du document confidentiel pouvait donner une nouvelle impulsion au gouvernement suisse quant au débat public, même si sa rédaction datait de plus d'un mois et que dans l'intervalle on commençait à parler de l'instauration d'un fonds en faveur des victimes de l'Holocauste, pour pallier les déficiences, montrer le dynamisme du processus et proposer des solutions convaincantes.

7. Enfin, il faut examiner si la publication a été effectuée sous la forme appropriée. D'après un point de vue, ce sont les médias qui exercent le pouvoir puisque non seulement ils informent, mais ils peuvent aussi suggérer par la manière et la présentation de l'information comment celle-ci doit être appréciée. En l'espèce, le *Sonntags-Zeitung*, selon ce point de vue, a rendu de manière tronquée une analyse interne de politique extérieure et, en l'accompagnant de prises de position de tierces personnes auxquelles on n'avait pas présenté l'original, a fait en sorte d'ancrer dans la tête des gens l'idée que l'ambassadeur «Jagmetti a offensé les Juifs». Le *Sonntags-Zeitung*, en taxant M. Jagmetti d'antisémitisme, a lancé une rumeur de façon irresponsable. Une reproduction complète du texte n'aurait pas mis la même pression sur M. Jagmetti et ne l'aurait pas forcé à démissionner. La manière de publier l'information a donc suscité des problèmes et des perturbations.

D'après l'autre point de vue, il est essentiel d'analyser les phrases marquantes des déclarations de M. Jagmetti. A cet égard, selon le *Sonntags-Zeitung*, il ne s'agissait nullement d'accuser l'ambassadeur Jagmetti d'antisémitisme. Cependant, on exprime officieusement l'avis au sein de la rédaction du journal qu'il aurait été plus intelligent de

publier le document stratégique dans son intégralité. Mais il aurait été presque impossible le 25 janvier 1997 d'ajouter une page supplémentaire au journal. Et l'intention de mettre le texte intégral sur Internet se serait heurtée à des problèmes techniques.

Le Conseil de la presse considère que ces arguments sont fallacieux et s'attache à la critique de la forme de la publication. Le *Sonntags-Zeitung* n'a pas suffisamment précisé que l'ambassadeur Jagmetti présentait dans son document stratégique différentes options et que celle de la « transaction » n'était qu'une variante. Le journal n'a pas suffisamment rendu compte de la chronologie des événements, d'autant que le document datait déjà de cinq semaines et est parvenu au destinataire avant l'interview du président de la Confédération sortant dans l'émission *24 heures/Tribune de Genève*. Le journal a inutilement donné à cette affaire une tournure dramatique et scandaleuse et, avec le titre « L'ambassadeur Jagmetti offense les Juifs », a suggéré de fausses implications et fait comme s'il s'agissait de déclarations datant du 25 janvier 1997. Il était incorrect de supposer que M. Jagmetti, par sa lettre, entravait le processus qui avait été enclenché en janvier, d'autant que le document avait été distribué auparavant et n'avait pas été diffusé jusqu'alors, donc ne pouvait pas gêner les entretiens avec les partenaires dans le pays et à l'étranger. Lorsque le *Sonntags-Zeitung* a tenté de joindre le vendredi 24 janvier 1997 M. Jagmetti pour qu'il prenne position, et qu'il s'est avéré que cela était impossible car l'intéressé séjournait en Floride, on aurait dû poser en interne la question de savoir s'il ne serait pas plus intelligent d'attendre une semaine pour procéder à la publication afin d'accompagner les extraits du document d'une interview de Carlo Jagmetti. Le fait que la publication ait été effectuée malgré tout dès l'édition suivante ne peut tenir qu'à la crainte de la concurrence, laquelle ne constitue de toute façon pas une justification suffisante pour une publication immédiate. Ainsi, de la manière dont le *Sonntags-Zeitung* a présenté le document stratégique, il a supprimé des éléments d'information essentiels, en violation de la « Déclaration des devoirs et des droits du/de la journaliste » (point 3 de la Déclaration des devoirs).

(...)

### III. Constatations

1. La liberté de la presse est un droit trop fondamental pour devoir *a priori* s'effacer derrière les intérêts de l'Etat. La fonction de critique et de contrôle des médias exige d'eux qu'ils assurent toujours une publicité lorsque l'intérêt général est en jeu, que la source soit accessible ou confidentielle.

2. Quant à la publication d'informations confidentielles, il est nécessaire de peser soigneusement le pour et le contre, et il faut rechercher si, dans cette opération, des intérêts méritant une protection risquent d'être lésés.

3. Les rapports internes des diplomates sont confidentiels de droit, mais ne méritent pas dans tous les cas d'être protégés. La fonction de critique et de contrôle des médias englobe également la politique étrangère, ce qui a pour conséquence que les responsables des médias peuvent publier un rapport diplomatique s'ils considèrent que son contenu présente un intérêt public.

4. Dans le cas de M. Jagmetti, il convient de reconnaître l'intérêt public du document stratégique et d'admettre que sa publication était légitime en raison de l'importance du débat public sur les avoirs des victimes de l'Holocauste, de la position de premier plan de l'ambassadeur suisse à Washington et du contenu du document.

5. Dans cette affaire, de manière irresponsable, le *Sonntags-Zeitung* a donné aux thèses de M. Jagmetti une tournure dramatique et scandaleuse en présentant de manière tronquée le document stratégique et en rendant insuffisamment compte de la chronologie des événements dans lequel il s'inscrivait. Le journal a donc contrevenu à la « Déclaration des devoirs et des droits du/de la journaliste » en soustrayant des éléments importants de l'information (point 3 de la Déclaration des devoirs). En revanche, le *Tages-Anzeiger* et le *Nouveau Quotidien* ont, après les révélations, montré l'affaire sous son vrai jour en publiant presque intégralement le document stratégique. »

## E. Les poursuites pénales ouvertes contre le requérant

### 1. Procédures au niveau cantonal

25. A la suite des articles du requérant, une enquête fut ouverte contre celui-ci par les autorités du canton de Zurich. Par une décision du 6 mars 1998, le ministère public de la Confédération ordonna l'abandon de l'enquête pour violation du secret de fonction (*Verletzung des Amtsgeheimnisses*) au sens de l'article 320 du code pénal suisse, et renvoya la cause, quant au chef d'accusation relatif à la publication de débats officiels au sens de l'article 293 du code pénal, aux autorités de poursuite du canton de Zurich.

26. Le 5 novembre 1998, la préfecture de Zurich (*Statthalteramt des Bezirkes Zürich*) infligea au requérant une amende de 4 000 francs suisses (CHF) (soit environ 2 382 euros (EUR) aujourd'hui) pour avoir contrevenu à l'article 293 § 1 du code pénal (paragraphe 35 ci-dessous) en publiant les articles intitulés « L'ambassadeur Jagmetti offense les Juifs » et « L'ambassadeur en peignoir et aux gros sabots met les pieds dans le plat ».

27. Le 22 janvier 1999, sur recours du requérant, le tribunal de district (*Bezirksgericht*) de Zurich le condamna pour infraction à l'article 293 § 1 du code pénal suisse, mais ramena le montant de l'amende à 800 CHF (soit environ 476 EUR aujourd'hui).

28. Les passages pertinents du jugement du tribunal de district se lisent ainsi (traduction non officielle) :

« 5.2.2 Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la constitution de l'infraction énoncée à l'article 293 du code pénal repose sur un concept formel de secret, selon lequel la nature confidentielle d'un document, d'une négociation ou d'une instruction ne découle pas de son contenu, mais plutôt de sa classification comme tel par l'organe compétent. D'après cette conception du Tribunal fédéral, le document stratégique en question portant la mention « (classé) confidentiel » (Document 2/2) constitue un secret formel protégé comme tel par l'article 293 du code pénal.

S'agissant d'interpréter l'article 293 du code pénal, la liberté d'expression et la liberté de la presse (article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme et article 55 de la Constitution fédérale) doivent en principe être envisagées dans une optique favorable au recourant. La révision du code pénal du 10 octobre 1997 ayant fait de la

publication de secrets de peu d'importance une circonstance atténuante (article 293 § 3), le législateur a ajouté au concept de secret de l'article 293 une composante matérielle. Mais quand bien même, pour ces raisons, l'on partirait – contrairement à la jurisprudence du Tribunal fédéral – d'un concept de secret purement matériel, l'issue de la démarche ne serait pas favorable au recourant.

Les points de vue exposés par l'ambassadeur Jagmetti dans le document stratégique n'étaient pas connus du public. C'est ce qui ressort d'ailleurs également du fait que les informations communiquées et leur appréciation étaient de nature à conduire le recourant à rédiger et publier des articles «à sensation». La question de savoir si l'ambassadeur Jagmetti eût été disposé à divulguer le contenu du document stratégique dans un entretien n'importe guère ici; il y a cependant tout lieu d'en douter – ce que souligne du reste le nombre limité de destinataires du document. En outre, le contenu du document stratégique n'avait rien de banal, contrairement à ce que prétend le recourant. Le document contenait une appréciation de la situation difficile, en termes de politique étrangère, dans laquelle se trouvait la Suisse en décembre 1997 en raison des biens en déshérence, notamment face aux Etats-Unis. De plus, le document proposait diverses stratégies qui pouvaient permettre à la Suisse de sortir de l'impasse. Le fait d'exposer dans le document des appréciations et jugements plus ou moins nuancés est pour ainsi dire indispensable à la formation d'opinions et à la prise de décisions qui s'opèrent au niveau des ambassades, processus lors desquels s'échangent et se discutent en interne des conceptions fortes, parfois divergentes, jusqu'à ce que celles-ci se rejoignent pour aboutir à une position donnée. La protection qu'entend offrir l'article 293 du code pénal vaut également pour la formation d'une opinion qui soit la plus libre possible et ne soit pas entravée par une influence extérieure inopportune (ATF 107 IV 188). En ce sens, le document controversé devait servir au chef de la *task force* à se forger une opinion et, ce faisant, influencer sur la suite des événements et sur la manière dont la Suisse devait appréhender la problématique des biens en déshérence. La publication de documents internes de cette nature, qui doivent permettre de se forger une opinion peut, par essence, avoir des conséquences dévastatrices pour les négociations à mener. Par conséquent, en raison de son contenu explosif et inconnu de l'opinion, le document en question était également secret au sens matériel. Ainsi peut-on considérer que reste posée la question de savoir si le concept large de secret formel tel que l'entend le Tribunal fédéral prévaut sur l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme (...)

6. Pour justifier son acte, le recourant fait valoir la défense d'intérêts légitimes. Selon le Tribunal fédéral, cette justification extralégale peut être invoquée «si le fait concerné est un moyen nécessaire et raisonnable pour parvenir à un but légitime, qu'il représente en ce sens la seule façon possible de procéder et a manifestement moins de poids que les intérêts que son auteur cherche à défendre» (ATF 120 IV 213). Le recourant fait valoir que la rédaction du *Sonntags-Zeitung* a examiné la situation avant de conclure que l'intérêt public devait prédominer. Elle a jugé que l'opinion publique avait droit à l'information quand d'éminents diplomates choisissaient des termes qui étaient en contradiction flagrante avec la position officielle de la Suisse (document 2/5 p. 2). Le ton employé par l'ambassadeur était à ce point inopportun qu'il imposait une publication (document 2/7). L'ambassadeur Jagmetti n'était pas la personne qui convenait pour mener les négociations avec le sénateur d'Amato et les organisations juives. Il lui manquait le doigté nécessaire pour ce sujet important (document 17 p. 13). En publiant un document stratégique confidentiel, le recourant voulait donc, entre autres, pour ainsi dire écarter des négociations un diplomate éminent dont le style lui déplaisait. Même si elle était sincère, l'indignation éprouvée par le recourant à l'égard



du ton du document paraît quelque peu naïve. Qu'une partie de l'opinion ait pu avoir envie d'être informée au sujet de ce type de documents internes, c'est possible, mais cela n'a pas grand-chose à voir avec un intérêt légitime. Par ailleurs, le recourant a véritablement porté atteinte au climat de discrétion qui est indispensable dans le cadre des relations diplomatiques, ce qui a affaibli la position de la Suisse dans les négociations ou l'a du moins beaucoup compromise. En évaluant l'intérêt public invoqué par le recourant en fonction des exigences strictes fixées par le Tribunal fédéral en matière de justification extralégale pour défendre des intérêts légitimes, on voit clairement que d'abord le moyen employé par le *Sonntags-Zeitung*, qui a consisté en la publication incriminée de documents officiels secrets, n'était ni nécessaire ni raisonnable et qu'ensuite les intérêts ainsi lésés n'étaient pas «manifestement» de moindre importance. De plus, le débat public sur les biens en déshérence souhaité par le recourant aurait fort bien pu être mené sans violer l'article 293 du code pénal. La défense d'intérêts légitimes ne peut donc être invoquée comme motif (...)

(...)

8. L'article 293 § 3 du code pénal fait de la publication de secrets de peu d'importance une circonstance atténuante. Comme indiqué plus haut, le secret divulgué en l'espèce n'est pas de peu d'importance. La publication d'un document stratégique essentiel pour la formation d'une opinion au sein du département fédéral des Affaires étrangères et du Conseil fédéral a, sinon affaibli la position de la Suisse vis-à-vis de l'extérieur et notamment sa position dans les négociations, du moins temporairement compromis celle-ci. Il importait de préserver la confidentialité du document, pas seulement parce qu'il était classé confidentiel. La portée du thème abordé pour la politique étrangère de la Suisse impliquait elle aussi plus de discrétion dans le traitement de ce document stratégique. On ne peut donc invoquer des circonstances atténuantes au titre de l'article 293 § 3 du code pénal en ce qui concerne les faits constitutifs de l'infraction.

(...)

L'infraction commise cesse d'être mineure, car les secrets que le recourant a rendus publics ne sont pas d'importance secondaire. Par la publication du document stratégique, l'intéressé a inconsidérément compromis la position tactique de la Suisse dans les négociations. L'infraction commise n'est pourtant pas très grave, car il n'a pas divulgué ainsi un véritable secret d'Etat, dont la publication aurait pu porter atteinte aux fondements mêmes de l'Etat suisse. Il convient aussi de relativiser la faute commise par le recourant, dans la mesure où il a commis l'acte incriminé – avec l'appui du rédacteur en chef et du service juridique, notamment dans l'intention légitime de lancer un débat ouvert sur l'ensemble des thèmes liés aux biens en déshérence. C'est pourquoi une amende de 800 CHF est appropriée (...)

29. Le recours en nullité (*Nichtigkeitsbeschwerde*) du requérant fut rejeté par la cour d'appel (*Obergericht*) du canton de Zurich le 25 mai 2000.

## 2. Procédures au niveau fédéral

30. Le requérant saisit le Tribunal fédéral (*Bundesgericht*) d'un recours en nullité et d'un recours de droit public (*staatsrechtliche Beschwerde*). Il alléguait qu'un journaliste ne pouvait être condamné pour infraction à l'article 293 du code pénal suisse qu'exceptionnellement, c'est-à-dire si le

secret rendu public revêtait une importance extraordinaire et que sa publication portait atteinte aux fondements mêmes de l'Etat. Il invoqua l'intérêt général du public à connaître les déclarations de l'ambassadeur et la fonction de surveillance des journalistes dans une société démocratique.

31. Le Tribunal fédéral rejeta les recours du requérant dans deux arrêts datés du 5 décembre 2000 (notifiés le 9 janvier 2001), dans lesquels il confirma les décisions des juridictions inférieures.

32. Dans le cadre de l'examen du recours en nullité, le Tribunal fédéral se livra d'abord à quelques considérations à propos de l'article 293 du code pénal (traduction non officielle) :

«2. a) Selon la jurisprudence et la doctrine dominante, l'article 293 du code pénal vise à protéger les secrets au sens formel. Seule est déterminante la question de savoir si les actes, les instructions ou les débats sont secrets, que ce soit en vertu de la loi ou d'une décision prise par l'autorité. Peu importe qu'ils aient été classés «strictement confidentiels» ou simplement «confidentiels»; il suffit qu'il soit clair que cette classification avait pour but d'empêcher leur publication (...) Cette notion formelle du secret se distingue de la notion matérielle, sur laquelle portent la plupart des articles du code pénal consacrés à la divulgation de données secrètes, par exemple l'article 267 (trahison diplomatique) ou l'article 320 (violation du secret de fonction). Au sens matériel, un fait est secret s'il n'est accessible qu'à un cercle restreint de personnes, si l'autorité en question veut préserver son caractère secret et si cette volonté se justifie par un intérêt digne de protection (...)

De nombreux auteurs plaident pour une suppression pure et simple de l'article 293 du code pénal. Du moins conviendrait-il de faire en sorte que la publication d'un secret au sens matériel ne soit punissable que si ce secret revêt une grande importance (...)

b) Dans le cadre de la révision des dispositions pénales et procédurales relatives aux médias, le Conseil fédéral a proposé de supprimer l'article 293 du code pénal sans le remplacer par une autre disposition. Dans le message (FF 1996 IV 525 ff.), le Conseil fédéral a fait notamment valoir les considérations suivantes: il est injuste de punir le journaliste ayant publié des informations confidentielles, alors que le fonctionnaire ou le représentant de l'autorité qui a permis à l'origine au journaliste de procéder à cette publication reste généralement impuni, car son identité n'a pas pu être établie (...) L'article 293 du code pénal, qui protège les secrets au sens formel (...), limite de manière excessive la liberté d'action des médias. La «seconde utilisation» (par un professionnel des médias, par exemple) d'un secret divulgué présente, du point de vue du potentiel criminel et de l'illégalité, un degré de gravité moindre que la divulgation initiale du secret par le détenteur du secret. En outre, le journaliste est loin d'être toujours en mesure de savoir que l'information qui lui a été communiquée résulte de la trahison d'un secret. L'appréciation du comportement du «second utilisateur» peut être différente dans les cas où l'information divulguée est véritablement un secret d'Etat ou un secret militaire. Cependant, indépendamment de l'article 293 du code pénal, la législation en vigueur prévoit alors de toute façon une double protection, contre une divulgation par le détenteur du secret et par le «second utilisateur», en ce qui concerne la trahison diplomatique (article 267 du code pénal) et la violation de secrets militaires (article 329 du code pénal). La suppression proposée de l'article 293 du code pénal ne compromet donc pas la protection du secret par le droit pénal dans les domaines importants. L'objection selon laquelle l'article 293 protège aussi les intérêts

des individus a tout au plus une validité indirecte. En effet, la vie privée et l'intimité des personnes sont protégées avant tout par les articles 179-179 septies du code pénal et par les dispositions du code civil relatives à la protection de la personnalité (...)

Dans les instances fédérales, les partisans d'une suppression pure et simple de l'article 293 du code pénal ont aussi fait valoir que cette disposition n'est que rarement appliquée et n'est pas efficace. Elle est injuste notamment parce qu'elle sanctionne uniquement le journaliste en tant que «second utilisateur», alors que le premier auteur de l'infraction, c'est-à-dire le fonctionnaire ou le représentant de l'autorité reste inconnu (...) et ne peut donc pas être contraint de répondre de la violation du secret de fonction, par exemple. Même en cas de suppression pure et simple de l'article 293, la divulgation par un journaliste de secrets réellement importants resterait punissable, notamment en vertu de l'article 267 du code pénal (trahison diplomatique) ou de l'article 329 du code pénal (violation de secrets militaires). Les opposants à la suppression de l'article 293 ont fait valoir (...) que la disposition est plus nécessaire que jamais. La révélation de faits secrets ou confidentiels peut avoir des conséquences graves (...)

### 33. La haute juridiction suisse en vint ensuite à considérer les circonstances de l'espèce :

«8. Il convient de continuer à considérer que la «publication de débats officiels secrets» (infraction visée à l'article 293 du code pénal) repose sur la notion formelle de secret, conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral. L'ajout d'un troisième paragraphe à l'article 293 n'y a rien changé. Cependant, compte tenu de la possibilité qui lui est maintenant donnée de renoncer à toute peine, le juge pénal doit déterminer au préalable si le classement «secret» semble justifiable, vu l'objet et le contenu des actes divulgués. C'est le cas en l'espèce.

Du reste, les passages tirés du document confidentiel que le recourant a publiés étaient aussi des secrets au sens matériel. A bon droit, le recourant se garde de prétendre que ces passages seraient de moindre importance au sens de l'article 293 § 3 du code pénal. En demandant à ce que l'application de l'article 293 soit limitée aux cas où les secrets divulgués sont d'une importance majeure et où leur divulgation risque d'ébranler les fondements de l'Etat, le recourant sollicite une décision qui va bien au-delà d'une interprétation de l'article 293 (conforme à la Constitution et à la Convention européenne des droits de l'homme), que le Tribunal fédéral est tenu d'appliquer en vertu de l'article 191 de la nouvelle Constitution fédérale. La même remarque vaut pour le point de vue selon lequel un professionnel des médias ne peut être condamné pour la publication de débats officiels secrets, en application de l'article 293 du code pénal, que si l'intérêt de l'Etat à préserver la confidentialité des informations divulguées a plus de poids que l'intérêt du public à connaître ces informations. Or, cette comparaison des intérêts en jeu n'influe pas sur les éléments constitutifs de l'infraction mais, éventuellement, sur le motif de justification extralégal que constitue la protection d'intérêts légitimes; de toute façon, les conditions ne sont pas réunies en l'espèce pour que la protection d'intérêts légitimes puisse justifier la publication de débats officiels secrets.

9. Cette conclusion rend inutile la comparaison des intérêts en jeu dans la présente affaire. Il n'est donc pas nécessaire de revenir sur la critique que le recourant a faite de la mise en balance des intérêts à laquelle les instances cantonales avaient procédé.

Pour être complet, il convient tout de même de souligner que, pour les motifs énumérés par les instances fédérales, l'intérêt au maintien de la confidentialité du document stratégique litigieux avait plus de poids que l'intérêt du public à prendre connaissance des

passages publiés dans le journal. Dans le souci d'éviter des répétitions, il est renvoyé ici aux considérations figurant dans l'arrêt contesté et dans le jugement de première instance. Il n'était pas seulement dans l'intérêt de l'ambassadeur et du Conseil fédéral, mais aussi dans celui du pays, de préserver la confidentialité du document stratégique. La publication de passages isolés risquait de perturber la formation d'opinions et la prise de décisions au sein des organes de l'Etat suisse, et surtout de compliquer encore les négociations déjà difficiles menées au niveau international, ce qui n'était pas dans l'intérêt du pays. En revanche, l'intérêt éphémère que le titre racoleur a suscité chez le public en quête de sensationnel pour les passages sortis de leur contexte qui étaient publiés dans le journal a, d'un point de vue juridique, relativement peu d'importance, et même d'autant moins que le « ton », critiqué par le recourant, employé dans un document interne rédigé dans un contexte particulier (document dont le contenu a d'ailleurs été considéré dans l'article de presse comme une appréciation banale de la situation), ne permettait de toute façon pas de tirer des conclusions claires et incontestables quant à la « mentalité » de l'ambassadeur et encore moins quant à sa capacité de remplir sa mission (...)

34. Dans son arrêt rendu sur un recours de droit public, le Tribunal fédéral considéra (traduction non officielle) :

«3. Dans le recours de droit public qu'il a formé, le recourant demande en particulier que lui soit appliqué le principe de l'égalité dans l'illégalité [*Gleichbehandlung im Unrecht*] et soulève notamment le grief d'une violation du principe de légalité (...)

b) Il n'y a pas lieu d'examiner en détail ici les raisons pour lesquelles le ministère public a décidé de ne pas poursuivre aussi les autres journalistes mentionnés par le recourant pour publication de débats officiels secrets en raison des articles dont ils sont les auteurs, ni d'examiner si ces raisons suffisaient à justifier une telle décision. Même si l'on répondait par la négative à cette dernière question, le recourant ne pourrait en tirer aucun élément en sa faveur.

Il ressort des explications sur ce point énoncées dans l'arrêt contesté (p. 5 sqq., consid. IV) et dans le jugement de première instance (p. 3, consid. 4) que les conditions dans lesquelles la jurisprudence du Tribunal fédéral reconnaît exceptionnellement le droit à l'égalité dans l'illégalité ne sont pas réunies. La démarche du ministère public en l'espèce ne constitue pas, en soi, une pratique « permanente » (le cas échéant illégale), ni au sens où les journalistes ne sont, en l'absence de motifs matériels précis, que très exceptionnellement poursuivis pour publication de débats officiels secrets et non pas de manière systématique, ni au sens où, en cas de publication de passages du même document confidentiel par plusieurs journalistes dans différents articles, serait constamment poursuivi le journaliste qui, pour quelque raison que ce soit – la conception de l'article ou le choix des passages cités – apparaît comparativement comme le plus répréhensible. De plus, rien ne permet de conclure qu'une pratique (le cas échéant illégale) allant dans l'un ou l'autre sens soit adoptée à l'avenir (...)

## II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES, INTERNATIONAUX ET COMPARÉS PERTINENTS

### A. Le droit et la pratique suisses

35. L'article 293 du code pénal suisse, intitulé « Publication de débats officiels secrets », est ainsi libellé :

« 1. Celui qui, sans en avoir le droit, aura livré à la publicité tout ou partie des actes, d'une instruction ou des débats d'une autorité qui sont secrets en vertu de la loi ou d'une décision prise par l'autorité dans les limites de sa compétence sera puni des arrêts ou de l'amende.

2. La complicité est punissable.

3. Le juge pourra renoncer à toute peine si le secret livré à la publicité est de peu d'importance.»

36. Dans un arrêt du 27 novembre 1981 (ATF 107 IV 185), le Tribunal fédéral a précisé que la notion de secret sur laquelle se fonde l'article 293 du code pénal est de nature purement formelle.

37. Le législateur suisse a récemment adopté la loi fédérale du 17 décembre 2004 sur le principe de la transparence dans l'administration, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2006 (RS – Recueil systématique, 152.3). Elle vise à améliorer l'accès aux documents officiels. Ses dispositions pertinentes sont ainsi libellées :

#### « Section 1 : Dispositions générales

##### Article 1 – But et objet

La présente loi vise à promouvoir la transparence quant à la mission, l'organisation et l'activité de l'administration. A cette fin, elle contribue à l'information du public en garantissant l'accès aux documents officiels.

(...)

#### Section 2 : Droit d'accès aux documents officiels

##### Article 6 – Principe de la transparence

1. Toute personne a le droit de consulter des documents officiels et d'obtenir des renseignements sur leur contenu de la part des autorités.

2. Elle peut consulter les documents officiels sur place ou en demander une copie. La législation sur le droit d'auteur est réservée.

3. Si les documents officiels ont déjà été publiés par la Confédération sur papier ou sous forme électronique, les conditions énoncées aux alinéas 1 et 2 sont réputées remplies.

##### Article 7 – Exceptions

1. Le droit d'accès est limité, différé ou refusé, lorsque l'accès à un document officiel :

a) est susceptible de porter notablement atteinte au processus de la libre formation de l'opinion et de la volonté d'une autorité qui est soumise à la présente loi, d'un autre organe législatif ou administratif ou d'une instance judiciaire ;

b) entrave l'exécution de mesures concrètes prises par une autorité conformément à ses objectifs ;

c) risque de compromettre la sûreté intérieure ou extérieure de la Suisse ;

d) risque de compromettre les intérêts de la Suisse en matière de politique extérieure et ses relations internationales;

(...)

2. Le droit d'accès est limité, différé ou refusé si l'accès à un document officiel peut porter atteinte à la sphère privée de tiers, à moins qu'un intérêt public à la transparence ne soit exceptionnellement jugé prépondérant.»

38. L'ordonnance du 10 décembre 1990 sur la classification et le traitement d'informations de l'administration civile (RS 172.015), en vigueur au moment des faits pertinents pour la présente affaire, a défini les différents degrés de classification :

**« Section 1 : Dispositions générales**

**Article 1 – Objet**

La présente ordonnance règle les dispositions du maintien du secret applicables aux informations de l'administration civile (ci-après informations) qui, dans l'intérêt supérieur de l'Etat, ne doivent ni être communiquées provisoirement à autrui ni être divulguées; elle le fait par le biais de prescriptions sur la manière de les classer et de les traiter.

(...)

**Section 2 : Classification**

**Article 5 – Catégories de classification**

L'organe qui émet des informations (ci-après organe émetteur) les classe en fonction du degré de protection qu'elles requièrent. Il n'existe que deux catégories de classification: la catégorie «secret» et la catégorie «confidentiel».

**Article 6 – La catégorie «secret»**

Sont à classer «secret» les informations :

a) qui, si elles venaient à être connues de personnes non autorisées, pourraient porter une grave atteinte aux relations extérieures de la Suisse ou pourraient mettre en péril l'application de mesures destinées à protéger la sécurité intérieure et extérieure du pays, mesures visant par exemple à maintenir l'activité du gouvernement en cas de situation extraordinaire ou encore à assurer l'approvisionnement économique;

b) auxquelles n'ont accès qu'un tout petit nombre de personnes.

**Article 7 – La catégorie «confidentiel»**

1. Sont à classer «confidentiel» les informations au sens de l'article 6, mais dont la portée est moindre et auxquelles ont accès, en règle générale, un plus grand nombre de personnes.

2. Sont aussi à classer «confidentiel» les informations qui, si elles venaient à être connues de personnes non autorisées, pourraient leur permettre :

a) d'entraver l'activité du gouvernement;

- b) de faire échouer d'importantes mesures prises par l'Etat ;
- c) de violer des secrets de fabrication ou des secrets d'affaires importants ;
- d) de faire échouer une poursuite pénale ;
- e) d'entraver la sécurité d'infrastructures importantes.

#### **Article 8 – Personnes habilitées à classifier**

Les chefs des départements, le chancelier de la Confédération, les secrétaires généraux, les directeurs des offices et leurs suppléants opèrent la classification, la modifient ou l'abrogent. Ils peuvent déléguer leur compétence pour certains objets.»

Cette ordonnance a été remplacée par l'ordonnance du 4 juillet 2007 concernant la protection des informations de la Confédération (RS 510.411), entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> août 2007.

### **B. Le droit et la pratique internationaux**

39. Le 19 décembre 2006, les quatre représentants spéciaux dans le domaine de la liberté d'expression (M. Ambeyi Ligabo, rapporteur spécial des Nations unies sur la liberté d'opinion et d'expression, M. Miklos Haraszti, représentant de l'OSCE sur la liberté des médias, M. Ignacio J. Alvarez, rapporteur spécial de l'Organisation des Etats américains (OEA) sur la liberté d'expression, et M<sup>me</sup> Faith Pansy Tlakula, rapporteur spécial de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (CADHP) sur la liberté d'expression) ont adopté une déclaration conjointe. Voici un passage tiré de cette déclaration :

«Les journalistes ne devraient pas être tenus pour pénalement responsables lorsqu'ils publient des informations classifiées ou confidentielles sans avoir rien commis eux-mêmes de répréhensible pour les obtenir. Il appartient aux pouvoirs publics de protéger les informations légitimement confidentielles qu'ils détiennent.»

40. L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a adopté, le 19 avril 2007, une résolution dans le domaine de l'espionnage et de la divulgation de secrets d'Etat. Les paragraphes pertinents pour la présente affaire se lisent ainsi :

#### **«Equité des procédures judiciaires dans les affaires d'espionnage ou de divulgation de secrets d'Etat (Résolution 1551 (2007))**

1. L'Assemblée parlementaire considère que l'intérêt légitime de l'Etat de protéger les secrets officiels ne doit pas devenir un prétexte pour restreindre indûment la liberté d'expression et d'information, la coopération scientifique internationale, et le travail des avocats et d'autres défenseurs des droits de l'homme.

2. Elle rappelle l'importance de la liberté d'expression et d'information dans une société démocratique, dans laquelle il doit être possible de dénoncer librement la

corruption, les violations des droits de l'homme, la destruction de l'environnement et tout autre abus de pouvoir.

(...)

5. L'Assemblée constate que la législation de nombreux Etats membres du Conseil de l'Europe relative au secret d'Etat est plutôt vague ou couvre un champ trop large, ce qui fait qu'elle peut être interprétée de manière à englober toute une série d'activités légitimes des journalistes, des scientifiques, des avocats ou d'autres défenseurs des droits de l'homme.

6. (...) La Cour européenne des Droits de l'Homme, pour sa part, a conclu que l'interdiction faite à la presse par la justice britannique de publier des articles rendant compte d'un livre (*Spycatcher*) censé contenir des informations secrètes était «disproportionnée», étant donné que l'ouvrage était déjà diffusé à l'étranger.

(...)

9. Elle appelle les autorités judiciaires de tous les pays concernés et la Cour européenne des Droits de l'Homme à trouver un équilibre approprié entre, d'une part, l'intérêt des pouvoirs publics à protéger le secret d'Etat et, d'autre part, la liberté d'expression et la libre circulation des informations dans le domaine scientifique ainsi que l'intérêt que présente, pour la société, la dénonciation des abus de pouvoir.

10. L'Assemblée constate que les procédures pénales pour violation du secret d'Etat sont particulièrement sensibles et sujettes à des abus motivés par des raisons politiques. En conséquence, elle considère que les principes suivants revêtent, pour toutes les personnes et les instances concernées, un caractère vital pour garantir l'équité de ces procédures:

10.1. les informations qui sont déjà du domaine public ne peuvent être considérées comme des secrets d'Etat et leur divulgation ne peut être assimilée à de l'espionnage et réprimée à ce titre, même si la personne concernée collecte, résume, analyse ou commente ces informations. Il en est de même pour la participation à la coopération scientifique internationale et pour la dénonciation de la corruption, de violations des droits de l'homme, de la destruction de l'environnement ou de tout autre abus d'autorité de la part des pouvoirs publics (*whistle-blowing*);

10.2. la législation relative au secret d'Etat, y compris les listes d'informations secrètes pouvant servir de base aux poursuites pénales, doit être claire et, avant tout, publique. Des arrêtés secrets pouvant justifier des responsabilités pénales ne peuvent pas être considérés comme compatibles avec les normes juridiques du Conseil de l'Europe et devraient être abrogés dans tous les pays membres;

(...)»

41. En ce qui concerne la classification des documents du Conseil de l'Europe, la Résolution du Comité des Ministres Res(2001)6 du 12 juin 2001 sur l'accès aux documents du Conseil de l'Europe affirme un principe clair: celui de la publicité, la classification devant être l'exception. Cela étant, quatre types de classification sont prévus: 1. les documents non classés, qui sont publics; 2. les documents à «diffusion restreinte»; 3. les documents classés «confidentiel» et 4. les documents classés «secret». Or il n'existe pas de définition qui



permettrait de classer les documents par rapport à leur contenu. En définitive, le principe de transparence qu'a promu la Résolution Res(2001)6 a eu pour conséquence la généralisation de la publicité. Il apparaît que, depuis son adoption, aucun document du Comité des Ministres n'a été classé «secret».

42. Le Comité des droits de l'homme des Nations unies a critiqué, dans des observations finales adoptées en 2001, la mise en œuvre par les autorités britanniques de l'*Official Secrets Act* et ses conséquences sur le travail des journalistes (Observations finales, Doc. CCPR/CO/73/UK du 6 décembre 2001):

«(...)

21. Le Comité note avec préoccupation que les pouvoirs conférés en vertu de la loi de 1989 sur les secrets officiels ont été exercés pour éviter que d'anciens fonctionnaires de la Couronne ne divulguent au public des informations présentant un intérêt général véritable et empêcher des journalistes de les publier.

L'Etat partie devrait veiller à ce que ses pouvoirs de protéger des informations portant véritablement sur des questions de sécurité nationale soient strictement utilisés et limités à des cas où il a été démontré qu'il était nécessaire d'empêcher la publication de telles informations.»

43. Dans l'affaire *Claude Reyes et autres c. Chili* (19 septembre 2006, série C n° 151), devant la Cour interaméricaine des droits de l'homme, la Commission interaméricaine des droits de l'homme s'est exprimée ainsi (traduction non officielle):

«58. (...) la divulgation des informations entre les mains de l'Etat doit jouer un rôle très important dans une société démocratique, puisque elle permet à la société civile de contrôler les activités du gouvernement auquel elle a confié la protection de ses intérêts (...)

La Cour interaméricaine des droits de l'homme a estimé ce qui suit:

«84. (...) L'Assemblée générale de l'OEA a considéré, dans différentes résolutions, que l'accès à l'information publique est une condition indispensable du fonctionnement même de la démocratie, d'une meilleure transparence et d'une bonne gestion publique, et que dans un système démocratique représentatif et participatif, la société civile exerce ses droits constitutionnels à travers une liberté d'expression étendue et un accès libre à l'information.

(...)

86. Dans ce sens, l'Etat doit agir conformément aux principes de publicité et de transparence dans la gestion publique, ce qui permet que les personnes qui se trouvent sous sa juridiction exercent un contrôle démocratique des affaires étatiques, de manière à débattre, enquêter et examiner s'il existe un accomplissement approprié des fonctions publiques (...)

87. Le contrôle démocratique par la société à travers l'opinion publique améliore la transparence des activités étatiques et favorise la responsabilité des fonctionnaires concernant la gestion publique (...)

### C. Le droit et la pratique en droit comparé

44. M. Christos Pourgourides, le rapporteur de la Résolution 1551 (2007) du 19 avril 2007 (paragraphe 40 ci-dessus), s'est livré à une étude comparative de la législation des Etats membres du Conseil de l'Europe en matière de secret d'Etat. Il souligne dans son rapport que la divulgation de certaines informations classées est réprimée probablement partout, mais que les approches existantes font preuve d'une grande diversité. Son rapport mentionne également les méthodes de classification adoptées par ces Etats. Voici quelques extraits du rapport :

«57. On peut globalement distinguer trois approches différentes: la première consiste en une définition brève et générale de la notion de secret d'Etat (ou de son équivalent), qui doit probablement être complétée au cas par cas. La deuxième consiste en une longue liste, plus détaillée, des diverses catégories d'informations classifiées. La troisième approche combine les deux précédentes en définissant des domaines généraux dans lesquels des informations peuvent être classées secrètes et s'en remet à des décrets administratifs ou ministériels ultérieurs pour déterminer plus précisément quels types d'informations doivent en fait être considérés comme secrètes.

(...)

59. Il existe, bien sûr, de nombreuses autres différences entre les législations de ces pays, sur lesquelles il n'est pas nécessaire de s'attarder. Certains pays (l'Allemagne et l'Autriche, par exemple) font une distinction entre «secrets officiels» et «secrets d'Etat», dont la violation est sanctionnée plus lourdement. La plupart distinguent aussi plusieurs degrés de confidentialité («classifié», «à diffusion restreinte», «secret», «top secret», etc.). La sévérité des peines encourues varie également et peut, dans les cas les moins graves, se limiter à des amendes. Certaines législations font une distinction entre les obligations des fonctionnaires et celles des citoyens ordinaires. Certaines répriment expressément la divulgation par négligence, d'autres exigent qu'il y ait une intention criminelle. Pour le sujet qui nous intéresse ici, ces différences sont sans objet.

(...)

68. Pour résumer, chacune de ces approches législatives offre des solutions raisonnables à la difficile tâche qui consiste à spécifier à l'avance les types d'informations qu'il est de l'intérêt légitime de l'Etat de protéger, tout en respectant néanmoins la liberté d'information et la nécessaire sécurité juridique. Mais tout décret administratif ou ministériel précisant le contenu de lois rédigées en termes plus génériques doit, au minimum, être publiquement accessible. Dans le même temps, en l'absence d'un pouvoir judiciaire vigilant et véritablement indépendant et de médias indépendants et prompts à dénoncer tout abus de pouvoir, tous les systèmes législatifs passés en revue sont susceptibles de donner lieu à des abus.»

## EN DROIT

### SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 10 DE LA CONVENTION

45. Le requérant allègue que la condamnation prononcée à son encontre pour la publication de «débats officiels secrets» constitue une

atteinte à la liberté d'expression au sens de l'article 10 de la Convention, ainsi libellé:

«1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les Etats de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.

2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire.»

### **A. Existence d'une ingérence**

46. La chambre a estimé que la condamnation du requérant s'analyse en une «ingérence» dans l'exercice de sa liberté d'expression, ce que nul n'a contesté.

47. La Cour n'aperçoit aucune raison de s'écarter de la conclusion de la chambre.

### **B. Justification de l'ingérence**

48. Pareille immixtion enfreint l'article 10, sauf si elle remplit les exigences du paragraphe 2 de cette disposition. Il reste donc à déterminer si l'ingérence était «prévue par la loi», inspirée par un ou des buts légitimes au regard de ce paragraphe et «nécessaire dans une société démocratique» pour les atteindre.

#### *1. «Prévue par la loi»*

49. La chambre a estimé que la condamnation du requérant se fondait sur l'article 293 du code pénal (paragraphe 35 ci-dessus).

50. Les parties ne remettent pas en question cette conclusion. Pour sa part, la Cour n'aperçoit aucune raison d'adopter un point de vue différent.

#### *2. Buts légitimes*

##### **a) Arrêt de la chambre**

51. La chambre s'est contentée de constater que les parties s'accordaient à considérer que la mesure litigieuse tendait à empêcher la «divulgation d'informations confidentielles»; dès lors, elle n'a pas jugé

nécessaire d'examiner si l'amende infligée au requérant visait d'autres buts énoncés à l'article 10 § 2.

**b) Thèses des parties**

52. Le requérant admet que la prévention de la «divulgence d'informations confidentielles» est un des motifs justifiant une ingérence dans les droits garantis par l'article 10. En revanche, il ne partage pas l'avis de la partie défenderesse selon lequel la publication du document a mis en péril la «sécurité nationale» et la «sûreté publique». Selon lui, la divulgation du rapport n'était pas susceptible de mettre en danger les intérêts fondamentaux et vitaux de la Suisse. Par ailleurs, le requérant soutient que l'article 293 du code pénal suisse ne vise pas la protection des droits d'autrui, et donc, en l'espèce, pas celle de la réputation de l'ambassadeur, auteur du rapport litigieux. Il ajoute que les autorités compétentes n'ont engagé contre lui aucune procédure en diffamation, alors qu'elles auraient pu le faire.

53. D'après le Gouvernement, la sanction pénale prononcée à l'encontre du requérant tendait non seulement à «empêcher la divulgation d'informations confidentielles», mais visait aussi la protection de la «sécurité nationale» et de la «sûreté publique», étant donné que les propos tenus par l'auteur du document s'inscrivaient dans un contexte politique extrêmement sensible. Par ailleurs, le Gouvernement soutient, à l'instar du Conseil de la presse, que la publication du rapport pouvait également porter atteinte à la réputation et à la crédibilité de l'auteur du rapport vis-à-vis de ses interlocuteurs («protection de la réputation ou des droits d'autrui»).

**c) Appréciation de la Cour**

54. La Cour n'est pas convaincue que la sanction visait à protéger la «sécurité nationale» et la «sûreté publique». En tout état de cause, force est de constater que les autorités internes n'ont pas entamé de poursuites pénales, ni contre le requérant ni contre de tierces personnes, pour des délits ou crimes sanctionnant des activités mettant en danger ces intérêts. Il est vrai que des poursuites pénales qui se fondent sur l'article 293 du code pénal n'excluent pas que soit en jeu la «sécurité nationale» et la «sûreté publique», mais la Cour rappelle que, dans son jugement du 22 janvier 1999, le tribunal de district de Zurich, estimant que la divulgation du document confidentiel n'avait pas porté atteinte aux fondements mêmes de l'Etat, avait admis l'existence de circonstances atténuantes. Par ailleurs, il convient d'appliquer ces notions avec retenue et de les interpréter de manière restrictive, en n'y ayant recours que lorsqu'il a été démontré qu'il était nécessaire d'empêcher la publication de telles informations à des fins de protection

de la sécurité nationale et de la sûreté publique (voir, dans le même sens, le Comité des droits de l'homme des Nations unies, paragraphe 42 ci-dessus).

55. En ce qui concerne la «protection de la réputation ou des droits d'autrui», il convient de constater qu'aucune poursuite pénale n'a été entamée contre le requérant pour une infraction contre l'honneur, notamment pour injure ou diffamation.

56. En revanche, la Cour partage l'avis du Gouvernement, selon lequel la condamnation du requérant visait la prévention de la «divulgence d'informations confidentielles» au sens de l'article 10 § 2.

57. La Cour juge opportun de soulever une question d'interprétation, non évoquée par les parties au présent litige, mais qui est susceptible de prêter à confusion.

58. En effet, tandis que la version française du libellé de l'article 10 § 2 de la Convention évoque les mesures nécessaires «pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles», le texte anglais se réfère aux mesures nécessaires «*for preventing the disclosure of information received in confidence*». Cette dernière formulation pourrait inciter à croire qu'est visée seulement la personne qui se trouve dans un rapport de confidentialité avec l'auteur d'un document secret et, par conséquent, qu'elle exclut de son champ d'application des tierces personnes, parmi lesquelles les professionnels des médias.

59. La Cour n'adhère pourtant pas à cette interprétation, qu'elle considère comme trop restrictive. Confrontée à deux textes authentiques et qui font également foi mais qui ne sont pas en totale harmonie, elle estime opportun de se référer à l'article 33 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 dont le paragraphe 4 reflète le droit international coutumier en matière d'interprétation de traités authentifiés en deux ou plusieurs langues (LaGrand, Cour internationale de justice, 27 juin 2001, Recueil 2001, § 101).

60. Selon le paragraphe 3 de l'article 33, «les termes d'un traité sont présumés avoir le même sens dans les divers textes authentiques». En vertu de son paragraphe 4, lorsque la comparaison des textes authentiques fait apparaître une différence de sens que l'application des articles 31 et 32 ne permet pas d'éliminer, on adoptera le sens qui, compte tenu de l'objet et du but du traité, concilie le mieux ces textes (voir, dans ce sens, *Sunday Times c. Royaume-Uni (n° 1)*, 26 avril 1979, § 48, série A n° 30, et *James et autres c. Royaume-Uni*, 21 février 1986, § 42, série A n° 98).

61. La Cour admet qu'il convient d'interpréter restrictivement les clauses permettant une ingérence dans les droits découlant de la Convention. Néanmoins, à la lumière du paragraphe 3 de l'article 33 de la Convention de Vienne, et compte tenu de l'absence d'indication contraire dans les travaux préparatoires, elle considère qu'il y a lieu d'adopter une interprétation de la phrase «empêcher la divulgation

d'informations confidentielles» englobant les informations confidentielles divulguées aussi bien par une personne soumise à un devoir de confidentialité que par une tierce personne, et notamment, comme en l'espèce, par un journaliste.

62. Eu égard à ce qui précède, la Cour estime que le Gouvernement a pu invoquer à juste titre le but légitime de la prévention de «la divulgation d'informations confidentielles».

### 3. «Nécessaire dans une société démocratique»

#### a) Arrêt de la chambre

63. A la lumière de la jurisprudence de la Cour et compte tenu notamment de l'intérêt de toute société démocratique à ce que la liberté de la presse soit garantie, de la marge d'appréciation réduite dont jouissent les Etats lorsque sont en jeu des informations d'intérêt général, de la couverture médiatique dont a fait l'objet la question des fonds en déshérence, du degré relativement peu important du classement («confidentiel»), ainsi que du fait que la divulgation du document litigieux n'était pas, même aux yeux des juridictions suisses, susceptible de porter atteinte aux fondements de l'Etat, la chambre a jugé que la condamnation du requérant ne représentait pas un moyen raisonnablement proportionné à la poursuite du but légitime visé (paragraphe 44-59 de l'arrêt de la chambre).

#### b) Thèses des parties

##### i. Le requérant

64. Le requérant fait valoir que la notion purement formelle de secret, qui est à la base de l'article 293 du code pénal et qui a été confirmée par le Tribunal fédéral, a des conséquences néfastes pour la liberté d'expression. Il ressort de cette disposition que tout fonctionnaire qui publie un document ayant un contenu déclaré secret ou confidentiel doit être puni et cette sanction ne peut faire l'objet d'un examen de sa compatibilité avec l'article 10 de la Convention. Pour le requérant, il est évident qu'une telle conception du secret n'est pas compatible avec les exigences de la Convention.

65. Le requérant soutient aussi que les juridictions suisses n'ont pas puni la bonne personne, dans la mesure où il a été sanctionné, en tant que journaliste, pour la divulgation d'un rapport qui lui avait été fourni à la suite d'une indiscretion commise en effet par un agent gouvernemental jouissant en l'espèce de l'immunité de poursuite.

66. Par ailleurs, le requérant estime que l'article 293 du code pénal a toujours été appliqué de manière sélective par les autorités compétentes,

dans le but de prévenir la divulgation des informations concernant des fautes commises par les agents ou fonctionnaires ou des problèmes ou inconvénients dans l'administration publique. Cette disposition semble anachronique vu l'entrée en vigueur, le 1<sup>er</sup> juillet 2006, de la loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration (paragraphe 37 ci-dessus).

67. Selon le requérant, une abrogation de l'article 293 du code pénal devrait être envisagée, étant donné que la divulgation des informations les plus sensibles pourrait être poursuivie sur la base de l'article 276 du code pénal (provocation et incitation à la violation des devoirs militaires) ou des articles 86 (espionnage et trahison par violation de secrets militaires) et 106 du code pénal militaire (violation de secrets militaires). Enfin, un journaliste peut aussi être condamné pour instigation à la violation du secret de fonction en vertu des articles 24 et 320 du code pénal.

68. Le requérant ne remet pas en question le principe selon lequel les travaux du corps diplomatique méritent une protection. En revanche, il trouve dangereux de conférer une immunité absolue au personnel diplomatique pour tout type d'information. Il rappelle les poursuites fondées sur l'article 293 du code pénal qui sont actuellement en cours contre des journalistes en Suisse, accusés d'avoir divulgué des informations provenant des services secrets suisses concernant l'existence de centres de détention clandestins de la CIA en Europe.

69. De l'avis du requérant, seuls les secrets d'Etat considérés comme revêtant une importance particulière peuvent primer sur la liberté d'expression au sens de l'article 10, ce qui n'est sans doute pas le cas en l'espèce. A ce propos, il est douteux que le contenu du document litigieux fût susceptible de révéler un secret d'Etat dont la divulgation aurait pu compromettre la «sécurité nationale» ou la «sûreté publique» de la Suisse. Les thèses rendues publiques dans les deux articles étaient trop générales pour affaiblir la position de la délégation suisse dans les pourparlers avec les organisations juives.

70. Le requérant soutient également que la divulgation du rapport a provoqué un débat utile sur la question de savoir si M. Jagmetti était la personne appropriée pour mener les négociations avec les représentants des organisations juives, et observe de surcroît que cette divulgation a été à l'origine de la démission de ce dernier le lendemain de la publication du rapport. Cette publication aurait visiblement contribué à l'adoption d'une approche plus sensible de l'administration suisse à l'égard du dossier délicat des fonds en déshérence. En même temps, elle aurait démontré qu'il n'existait, à ce moment-là, aucune position claire et cohérente des autorités suisses en ce qui concernait, d'une part, la responsabilité effective de la Suisse dans cette affaire et, d'autre part, la question de la stratégie exacte à adopter à l'encontre des prétentions auxquelles les intéressés devaient faire face.

71. Le requérant est d'avis que, vu l'importance et l'actualité des négociations sur la question des fonds en déshérence, il existait un intérêt général à recevoir plus d'informations sur la manière dont les responsables du département des Affaires étrangères pensaient mener les pourparlers en vue de trouver un accord sur le sujet des plaintes contre les institutions bancaires et financières suisses. A ce titre, il considère particulièrement révélatrices l'opinion et la position de M. Jagmetti qui, selon lui, jouait un rôle clé dans l'affaire des fonds en déshérence.

72. En ce qui concerne les responsabilités éthiques exigées des journalistes, le requérant ne nie pas que les publications auraient pu être présentées de manière plus équilibrée. En même temps, il fait valoir qu'il n'avait pas beaucoup de temps pour rédiger ses articles et qu'il avait des obligations à respecter quant au volume de ses publications. Dès lors, il a décidé de se concentrer sur la façon dont l'ambassadeur s'était exprimé, plus que sur le contenu de son rapport. Cela était d'ailleurs parfaitement en ligne avec le commentaire du rédacteur en chef, publié dans le même journal.

73. Si les articles publiés apparaissent parfois choquants, ils avaient justement pour but de mettre en relief le vocabulaire employé par M. Jagmetti dans son rapport – un vocabulaire qui, selon le requérant, n'est pas digne d'un haut représentant de la Confédération et à peine compatible avec la politique étrangère officielle de la Suisse.

74. De surcroît, le requérant considère comme essentiel de mettre en évidence la nature et les fonctions du Conseil de la presse, qui est un organe de droit privé créé par quatre associations de journalistes, et qui a pour objectif de contrôler les professionnels des médias à la lumière des standards éthiques qu'il a établis. Le Conseil de la presse n'a aucun pouvoir d'investigation et de poursuites et, par conséquent, une appréciation négative de sa part ne saurait nullement lier le juge pénal.

75. Le requérant note aussi que l'infraction sur la base de laquelle l'amende a été prononcée n'a, certes, que la nature d'une «contravention», mais que son auteur est néanmoins passible d'une peine d'emprisonnement. Il estime que, même si l'amende qui lui a été infligée peut paraître mineure, elle porte atteinte à sa réputation de journaliste et, à l'avenir, peut l'empêcher de jouer le rôle indispensable de «chien de garde» qui est dévolu à la presse dans une société démocratique.

*ii. Le Gouvernement*

76. Selon le Gouvernement, les éléments déterminants pour juger de la marge d'appréciation de l'Etat partie sont le contexte politique de l'affaire, le fait que le document litigieux a été rédigé par un fonctionnaire qui comptait sur la confidentialité, la forme de la



publication, les motifs allégués par le requérant pour celle-ci, ainsi que la nature et la lourdeur de la sanction infligée.

77. Par ailleurs, le Gouvernement estime qu'il convient de prendre en considération le fait que les juridictions nationales ont examiné avec soin la présente cause, qui revêt une nature délicate et sensible, et que le Tribunal fédéral, après audience, a rendu deux jugements, dont celui concernant le recours en nullité qui a été publié dans le Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral (ATF 126 IV 236-255). S'agissant de déterminer l'étendue de la marge d'appréciation, il convient également de prendre en compte le caractère minutieux de l'examen au niveau interne, lequel est, par ailleurs, primordial pour que le principe de subsidiarité puisse fonctionner, ce qui devrait conduire la Cour à faire preuve de retenue.

78. Le Gouvernement soutient que l'élément déterminant de la marge d'appréciation des autorités nationales n'est pas la nature et l'importance de la fonction de l'auteur du document contenant des informations confidentielles, mais bien la question de savoir si l'intéressé s'est sciemment exposé à un contrôle attentif de ses faits et gestes, comme c'est le cas pour les hommes politiques. Or, en l'espèce, il est évident que l'ambassadeur Jagmetti a pu raisonnablement compter sur la confidentialité de son rapport.

79. Le Gouvernement rappelle aussi que la confidentialité de toute correspondance diplomatique est codifiée aux articles 24 à 27 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques du 18 avril 1961 comme un principe absolu du droit international coutumier. Bien que ce traité ne prévoit aucune sanction pénale d'une violation de ses articles, il découle du principe *pacta sunt servanda* et des règles relatives à la responsabilité internationale des Etats pour fait illicite que les Etats parties à la Convention de Vienne de 1961 sont tenus de mettre en œuvre les obligations souscrites en vertu de cet instrument.

80. Selon le Gouvernement, le requérant n'a abordé que la solution de la «transaction» dans ses deux articles; or il est primordial que la préparation d'une telle négociation, à l'instar de toute négociation portant sur des règlements amiables, puisse se dérouler dans une stricte confidentialité. A cela s'ajoute le fait que les publications litigieuses du requérant sont parues seulement cinq semaines après la rédaction du rapport Jagmetti, à un moment où des pourparlers entre les parties avaient déjà commencé.

81. Les propos tenus par l'ambassadeur s'inscrivaient dans un contexte politique extrêmement sensible et leur divulgation mettait en péril la position de la Suisse et risquait, en particulier, de compromettre les négociations qu'elle menait alors sur la question délicate des fonds en déshérence.

82. La publication du rapport Jagmetti est intervenue à un moment délicat. Le requérant révélait en effet, de façon partielle et partielle, une

des options de défense des intérêts nationaux proposées à titre confidentiel au Conseil fédéral et à la *task force*. Au moment de sa publication, le papier litigieux datait déjà de plus d'un mois et, dans l'intervalle, des pourparlers sur l'instauration d'un fonds en faveur des victimes avaient commencé. Ainsi, la publication était de nature à nuire gravement aux intérêts du pays.

83. Pour le Gouvernement, le requérant, qui d'ailleurs a lui-même qualifié le contenu du papier litigieux de «banal», n'avait pas pour but principal de contribuer à un débat d'intérêt général, mais cherchait à faire du «sensationalisme» qui visait avant tout la personne de l'ambassadeur Jagmetti. Ainsi, les tribunaux nationaux n'ont pas admis l'existence de motifs justificatifs, non prévus par la loi, qui auraient pu, sous le titre de la «sauvegarde d'intérêts légitimes», justifier la divulgation réprimée par l'article 293 du code pénal.

84. Le Gouvernement rappelle que la rédaction du *Sonntags-Zeitung* a elle-même admis qu'une publication intégrale du texte du document aurait été préférable mais que cela n'aurait pas été possible pour des raisons techniques, et que le Conseil de la presse a considéré ces arguments comme des «excuses». De l'avis du Gouvernement, la chambre n'a pas suffisamment démontré pourquoi ce principe de publication intégrale, dont l'importance et l'utilité sont clairement établies dans la jurisprudence de la Cour, n'a pas été appliqué au cas d'espèce.

85. De plus, l'effet atteint par la publication de certains extraits isolés du document a été renforcé par le ton et la présentation choisis par le requérant. Le Conseil de la presse a affirmé que «le journal a inutilement donné à cette affaire une tournure dramatique et scandaleuse et, avec le titre «L'ambassadeur Jagmetti offense les Juifs», a suggéré de fausses implications et fait comme s'il s'agissait de déclarations datant du 25 janvier 1997». Les devoirs et responsabilités du requérant, en tant que journaliste, auraient exigé qu'il précise que le document litigieux datait de cinq semaines déjà.

86. Par ailleurs, le Gouvernement juge révélateur le fait que c'est le Conseil de la presse, organe privé et indépendant créé par la presse, qui a reproché au requérant un manque de professionnalisme et une violation de la «Déclaration des devoirs et des droits du/de la journaliste». De surcroît, d'autres journaux ont pris également leurs distances par rapport aux articles du requérant, soit sur la forme, en publiant le document litigieux dans sa quasi-intégralité, soit sur le fond, en critiquant de manière virulente la publication d'un document confidentiel.

87. En ce qui concerne la lourdeur et la nature de la sanction infligée, le Gouvernement rappelle que la chambre a estimé que, même vu la nature de l'infraction (contravention) et le faible montant

de l'amende (800 CHF), ce qui importait n'était pas le caractère mineur de la peine infligée au requérant mais le fait même de la condamnation. De l'avis du Gouvernement, ces deux affirmations ne paraissent guère compatibles.

**c) Thèses des tiers intervenants**

*i. Le gouvernement français*

88. Le gouvernement français partage l'avis du gouvernement suisse et juge surprenant d'appliquer à un fonctionnaire s'exprimant dans un rapport confidentiel la jurisprudence développée par la Cour concernant les hommes politiques et qui se justifie par la volonté des hommes politiques de s'exposer à la critique de la presse. Il est d'avis qu'un ambassadeur ne s'expose pas inévitablement et consciemment à un contrôle attentif de ses faits et gestes tant par les journalistes que par la masse des citoyens, *a fortiori* dans un rapport confidentiel.

89. Il partage l'avis des juges minoritaires selon lequel il n'existe aucun pays dans lequel les rapports diplomatiques n'auraient pas un caractère confidentiel. Il soutient aussi que les ambassadeurs à l'étranger doivent pouvoir communiquer avec leurs gouvernements et s'exprimer en toute liberté, sans aucune contrainte et sans avoir à utiliser avec leurs autorités le « langage diplomatique » indispensable aux relations entre les Etats.

90. De surcroît, si la solution adoptée par l'arrêt de la chambre était retenue, et si les diplomates devaient craindre de lire dans les journaux les notes qu'ils adressent à leur gouvernement, ils limiteraient vraisemblablement leurs communications soit dans le fond soit dans la forme, ce qui ne pourrait qu'altérer l'information communiquée par ce biais aux Etats et, partant, la qualité et la pertinence de leur politique étrangère. Par conséquent, le gouvernement français soutient que la divulgation de ces propos nuit incontestablement à l'autorité du diplomate en poste à l'étranger, et affecte par voie de conséquence les relations entre les Etats.

91. Le gouvernement français n'est pas convaincu par l'argumentation de la chambre selon laquelle l'appréciation de l'existence de la question d'intérêt général devait être effectuée à l'aune de la « couverture médiatique accordée à la question en jeu » (paragraphe 49 de l'arrêt de la chambre). Selon lui, ce raisonnement est critiquable à double titre. D'une part, parce que ce serait alors la presse elle-même qui, par la couverture médiatique qu'elle accorderait à un sujet, fixerait les limites de sa propre liberté d'expression et, d'autre part, parce que rares sont les rapports adressés par des ambassadeurs à leur gouvernement qui ne traitent pas d'un sujet d'intérêt général.

92. Selon le gouvernement français, la chambre a clairement constaté en l'espèce que les exigences de la déontologie journalistique n'ont pas été respectées, comme le Conseil de la presse l'avait relevé, sans pourtant en tirer les conséquences.

93. Le gouvernement français soutient que, par sa motivation, la chambre a mis à néant l'examen de la proportionnalité de l'ingérence, ce qui apparaît d'autant plus critiquable que le but poursuivi par les Etats quand ils s'attachent à protéger la confidentialité de certains documents, notamment des documents diplomatiques, n'est pas la protection de tel ou tel intérêt privé, mais celui, général, de l'Etat et de l'harmonie des relations internationales.

*ii. Le gouvernement slovaque*

94. Selon le gouvernement slovaque, l'article 10 § 2 vise aussi les informations qui ne sont que «confidentielles» et, dès lors, revêtent un degré de confidentialité moindre selon la jurisprudence de la Cour.

95. Le gouvernement slovaque estime qu'aucun ordre juridique n'accorde aux journalistes l'accès aux documents diplomatiques. Aussi le refus de donner suite à une telle demande d'accès ne saurait-il constituer une violation de l'article 10.

96. Par ailleurs, le gouvernement slovaque estime que le courrier diplomatique sert aux services diplomatiques à échanger des informations sur les développements intervenus dans les relations internationales ou des changements au niveau interne, qui ont des répercussions sur la politique étrangère d'un Etat.

97. Il ne partage pas l'opinion de la chambre, selon laquelle la publication d'un document confidentiel qui ne met pas en danger la «sécurité nationale» ou la «sûreté publique», ou qui ne menace pas les fondements mêmes de l'Etat, ne devrait pas être entravée.

98. D'après le gouvernement slovaque, le requérant n'a publié que des extraits du document dans lesquels l'ambassadeur s'était exprimé en termes non neutres, d'où la nature choquante et «sensationnelle» des publications.

99. Pour le gouvernement slovaque, il est évident que le requérant était conscient d'avoir obtenu une copie du document confidentiel seulement grâce à une violation du secret de fonction par une tierce personne.

100. Selon lui, la violation des règles journalistiques, constatée par la chambre, devrait être examinée de manière plus approfondie par la Grande Chambre. De plus, l'arrêt de la chambre, qui aurait insuffisamment pris en compte la violation de ces règles, pousse trop loin les frontières de la liberté d'expression, et est susceptible d'avoir des effets négatifs considérables pour l'avenir.

#### d) **Appréciation de la Cour**

##### i. *Les principes élaborés par la Cour*

101. La question principale à trancher est celle de savoir si l'ingérence était «nécessaire dans une société démocratique». Les principes fondamentaux concernant cette question sont bien établis dans la jurisprudence de la Cour et ont été résumés comme suit (voir, par exemple, *Hertel c. Suisse*, 25 août 1998, § 46, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-VI, et *Steel et Morris c. Royaume-Uni*, n° 68416/01, § 87, CEDH 2005-II) :

«i. 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 (...)

ii. 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.

iii. La Cour n'a point pour tâche, lorsqu'elle exerce son contrôle, de se substituer aux juridictions internes compétentes, mais de vérifier sous l'angle de l'article 10 les décisions qu'elles ont rendues en vertu de leur pouvoir d'appréciation. Il ne s'ensuit pas qu'elle doive se borner à rechercher si l'Etat défendeur a usé de ce pouvoir de bonne foi, avec soin et de façon raisonnable: il lui faut considérer l'ingérence litigieuse à la lumière de l'ensemble de l'affaire pour déterminer si elle était «proportionnée au but légitime poursuivi» et si les motifs invoqués par les autorités nationales pour la justifier apparaissent «pertinents et suffisants» (...) Ce faisant, la Cour doit se convaincre que les autorités nationales ont appliqué des règles conformes aux principes consacrés à l'article 10 et ce, de surcroît, en se fondant sur une appréciation acceptable des faits pertinents (...)

102. Par ailleurs, il y a lieu de rappeler que toute personne, fût-elle journaliste, qui exerce sa liberté d'expression, assume «des devoirs et des responsabilités» dont l'étendue dépend de sa situation et du procédé technique utilisé (voir, par exemple, *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, § 49 *in fine*, série A n° 24). Ainsi, malgré le rôle essentiel qui revient aux médias dans une société démocratique, les journalistes ne sauraient en principe être déliés, par la protection que leur offre l'article 10, de leur devoir de respecter les lois pénales de droit commun. Le paragraphe 2 de l'article 10 pose d'ailleurs les limites de l'exercice de la liberté

d'expression, qui restent valables même quand il s'agit de rendre compte dans la presse de questions sérieuses d'intérêt général (voir, par exemple, *Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège* [GC], n° 21980/93, § 65, CEDH 1999-III, et *Monnat c. Suisse*, n° 73604/01, § 66, CEDH 2006-X).

103. Ainsi, la garantie que l'article 10 offre aux journalistes, en ce qui concerne les comptes rendus sur des questions d'intérêt général, est subordonnée à la condition que les intéressés agissent de bonne foi sur la base de faits exacts et fournissent des informations « fiables et précises » dans le respect de la déontologie journalistique (voir, par exemple, *Fressoz et Roire c. France* [GC], n° 29183/95, § 54, CEDH 1999-I, *Monnat*, précité, § 67, et *Pedersen et Baadsgaard c. Danemark* [GC], n° 49017/99, § 78, CEDH 2004-XI).

104. Ces considérations jouent un rôle particulièrement important de nos jours, vu le pouvoir qu'exercent les médias dans la société moderne, car non seulement ils informent, mais ils peuvent en même temps suggérer, par la façon de présenter les informations, comment les destinataires devraient les apprécier. Dans un monde dans lequel l'individu est confronté à un immense flux d'informations, circulant sur des supports traditionnels ou électroniques et impliquant un nombre d'auteurs toujours croissant, le contrôle du respect de la déontologie journalistique revêt une importance accrue (pour le principe bien établi dans la jurisprudence de la Cour selon lequel la Convention doit s'interpréter à la lumière des conditions d'aujourd'hui, voir, par exemple, *Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978, § 31, série A n° 26, *Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, § 26, série A n° 32, *Vo c. France* [GC], n° 53924/00, § 82, CEDH 2004-VIII, et *Mamatkoulou et Askarov c. Turquie* [GC], n°s 46827/99 et 46951/99, § 121, CEDH 2005-I).

105. Là où la liberté de la « presse » est en jeu, les autorités ne disposent que d'une marge d'appréciation restreinte pour juger de l'existence d'un « besoin social impérieux » (voir, à titre d'exemple, *Editions Plon c. France*, n° 58148/00, § 44, troisième alinéa, CEDH 2004-IV).

106. En outre, 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 politique ou des questions d'intérêt général (voir, par exemple, *Wingrove c. Royaume-Uni*, 25 novembre 1996, § 58, *Recueil* 1996-V). La Cour doit faire preuve de la plus grande prudence lorsque, comme en l'espèce, les mesures prises ou les sanctions infligées par l'autorité nationale sont de nature à dissuader la presse de participer à la discussion de problèmes d'un intérêt général légitime (voir, par exemple, *Bladet Tromsø et Stensaas*, précité, § 64, et *Jersild c. Danemark*, 23 septembre 1994, § 35, série A n° 298).

107. Toutefois, si probablement tous les Etats membres du Conseil de l'Europe ont adopté des réglementations destinées à préserver le caractère confidentiel ou secret de certaines données sensibles et à

poursuive les agissements contraires à ce but, ces réglementations font preuve d'une grande diversité non seulement par rapport à la définition du secret et à la manière de gérer les domaines sensibles tombant dans leur compétence, mais aussi quant aux modalités et conditions de poursuite de l'auteur d'une divulgation illicite d'informations (voir l'étude comparative de M. Christos Pourgourides, paragraphe 44 ci-dessus). Les Etats peuvent donc, dans ce domaine, se prévaloir d'une certaine marge d'appréciation.

ii. *Application en l'espèce des principes susmentionnés*

α) Le domaine en jeu en l'espèce: la diffusion d'informations de nature confidentielle

108. En l'espèce, les juridictions internes ont condamné le requérant à une amende de 800 CHF pour avoir publié des «débats officiels secrets» au sens de l'article 293 du code pénal. D'après elles, le requérant avait réalisé l'infraction en divulguant dans un hebdomadaire un rapport confidentiel émanant de l'ambassadeur suisse aux Etats-Unis. Cette publication avait trait à la stratégie à adopter par le gouvernement suisse dans les négociations menées notamment entre le Congrès juif mondial et les banques suisses au sujet de l'indemnisation due aux victimes de l'Holocauste pour les avoirs en déshérence sur des comptes bancaires suisses.

109. Se trouve ainsi en cause la diffusion d'informations de nature confidentielle, un domaine où la Cour et la Commission ont déjà eu l'occasion de se prononcer, quoique dans des circonstances souvent distinctes de celles de la présente affaire (voir notamment, par ordre chronologique, les affaires *Z. c. Suisse*, n° 10343/83, décision de la Commission du 6 octobre 1983, Décisions et rapports 35, p. 229, *Weber c. Suisse*, 22 mai 1990, série A n° 177, *Observer et Guardian c. Royaume-Uni*, 26 novembre 1991, série A n° 216, *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande*, 29 octobre 1992, série A n° 246-A, *Hadjianastassiou c. Grèce*, 16 décembre 1992, série A n° 252, *Vereniging Weekblad Bluf! c. Pays-Bas*, 9 février 1995, série A n° 306-A, *Fressoz et Roire*, précité, *Editions Plon*, précité, *Tourancheau et July c. France*, n° 53886/00, 24 novembre 2005, *Dammann c. Suisse*, n° 77551/01, 25 avril 2006, et *Leempoel & S.A. ED. Ciné Revue c. Belgique*, n° 64772/01, 9 novembre 2006).

110. La Cour confirme d'emblée l'applicabilité des principes susmentionnés au cas d'espèce. En effet, la liberté de la presse s'avère d'autant plus importante dans des circonstances dans lesquelles les activités et les décisions étatiques, en raison de leur nature confidentielle ou secrète, échappent au contrôle démocratique ou judiciaire. Or la condamnation d'un journaliste pour divulgation d'informations considérées comme confidentielles ou secrètes peut dissuader les

professionnels des médias d'informer le public sur des questions d'intérêt général. En pareil cas, la presse pourrait ne plus être à même de jouer son rôle indispensable de «chien de garde» et son aptitude à fournir des informations précises et fiables pourrait s'en trouver amoindrie (voir, *mutatis mutandis*, *Goodwin c. Royaume-Uni*, 27 mars 1996, § 39, *Recueil* 1996-II).

111. Cela se trouve confirmé notamment par le principe, adopté sous l'égide du Conseil de l'Europe, selon lequel la publicité des documents est la règle et la classification l'exception (paragraphe 41 ci-dessus, ainsi que, dans ce sens, la Résolution 1551 (2007) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur l'équité des procédures judiciaires dans les affaires d'espionnage ou de divulgation de secrets d'États, paragraphe 40 ci-dessus). Dans le même sens, la Commission interaméricaine des droits de l'homme a estimé que la divulgation d'informations qui se trouvent entre les mains de l'État joue un rôle primordial dans une société démocratique, puisqu'elle permet à la société civile de contrôler les activités du gouvernement auquel elle a confié la protection de ses intérêts (rapport devant la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans l'affaire *Claude Reyes et autres c. Chili* du 19 septembre 2006, paragraphe 43 ci-dessus).

112. Pour déterminer si la mesure litigieuse était néanmoins nécessaire en l'espèce, plusieurs aspects distincts sont à examiner: (β) les intérêts en présence; (γ) le contrôle exercé par les juridictions internes; (δ) le comportement du requérant ainsi que (ε) la proportionnalité de la sanction prononcée.

β) Les intérêts en présence

– *Nature des intérêts*

113. La présente affaire se distingue d'autres affaires comparables notamment par le fait que le contenu du document litigieux était totalement inconnu du public (voir, entre autres, *Fressoz et Roire*, précité, § 53, *Observer et Guardian*, précité, § 69, *Weber*, précité, § 49, *Vereniging Weekblad Bluf!*, précité, §§ 43 et suiv., *Open Door et Dublin Well Woman*, précité, § 76, et *Editions Plon*, précité, § 53).

114. Dans ce contexte, la Cour souscrit à l'opinion des gouvernements suisse et français, selon laquelle la marge d'appréciation des autorités nationales ne saurait en l'espèce dépendre de la nature et de l'importance de la fonction de l'auteur du document litigieux, en l'occurrence de sa qualité de haut fonctionnaire, dès lors que l'ambassadeur a compté sur la confidentialité du contenu de son rapport.

115. En outre, il convient de relever qu'en l'espèce, et contrairement à d'autres affaires comparables, l'intérêt public des lecteurs à prendre connaissance des opinions de l'ambassadeur se trouvait confronté non



pas à un intérêt privé – le rapport ne concernant pas l’ambassadeur en tant que personne privée – mais à un autre intérêt de nature publique (voir, *a contrario*, *Fressoz et Roire*, précité, § 53, portant sur les déclarations de revenus d’un chef d’entreprise et impliquant dès lors le secret fiscal). En effet, un règlement satisfaisant de la question des fonds en déshérence, laquelle mettait en jeu des sommes d’argent considérables, non seulement était dans l’intérêt du gouvernement et des banques suisses mais touchait aussi aux intérêts des survivants de la Seconde Guerre mondiale et de leurs familles et descendants puisqu’il avait trait à l’indemnisation due aux victimes de l’Holocauste. La question soulevait donc non seulement des intérêts financiers importants, mais présentait également un aspect moral considérable et, à ce titre, intéressait même la communauté internationale dans un sens plus large.

116. Il en résulte que, dans l’appréciation de la nécessité de la mesure prise par les autorités suisses, il y a lieu de prendre en compte le fait qu’en l’espèce la mise en balance des intérêts en jeu s’est faite entre deux intérêts de caractère public: celui des lecteurs à recevoir des informations sur un sujet d’actualité et celui des autorités à assurer une issue favorable et satisfaisante à des négociations diplomatiques en cours.

– *L’intérêt du public à la publication des articles*

117. Selon la Cour, le mode de compte rendu utilisé en l’espèce ne doit pas s’envisager seulement par rapport aux articles contestés parus dans le *Sonntags-Zeitung*, mais dans le contexte plus large de la couverture médiatique accordée à la question en jeu (voir, *mutatis mutandis*, *Bladet Tromsø et Stensaas*, précité, § 63).

118. A ce sujet, la Cour souscrit à l’avis de la chambre, selon lequel les informations contenues dans le document de l’ambassadeur suisse concernaient des questions d’intérêt général (paragraphe 49 de l’arrêt de la chambre). Les publications intervenaient dans le contexte d’un débat public sur une question largement évoquée par les médias et qui divisait profondément l’opinion publique suisse, à savoir celle de l’indemnisation due aux victimes de l’Holocauste pour les avoirs en déshérence sur des comptes bancaires suisses. Les débats sur les avoirs des victimes de l’Holocauste et sur le rôle de la Suisse durant la Seconde Guerre mondiale étaient, fin 1996 et début 1997, très animés et revêtaient une dimension internationale (voir, *mutatis mutandis*, *Bladet Tromsø et Stensaas*, précité, §§ 63 et 73).

119. Le récent arrêt *Monnat* (précité) témoigne d’ailleurs de l’importance du débat public et des opinions très divisées dans la population autour de la question du rôle qu’a effectivement joué la Suisse durant la Seconde Guerre mondiale (*ibidem*, § 59). La Cour constate que, dans cette affaire, le reportage télévisé litigieux qui avait

soulevé tant d'émotions et de critiques dans la population suisse a été diffusé les 6 et 11 mars 1997, soit moins de deux mois après que les articles du requérant eurent été publiés, le 26 janvier 1997 (*ibidem*, § 6). Il convient de rappeler que la Cour a jugé contraire à l'article 10 de la Convention l'admission des plaintes des spectateurs par le Tribunal fédéral (*ibidem*, § 69).

120. En bref, on ne saurait douter de l'intérêt public que soulevait la question des fonds en déshérence, vivement discutée en Suisse, en particulier au moment où les publications du requérant ont paru.

121. Pour la Cour, il est également important d'examiner si les articles en cause étaient susceptibles de nourrir le débat public sur le sujet.

122. A l'instar du Conseil de la presse, la chambre a estimé que, du fait de la publication du document, il est notamment devenu évident que les personnes chargées du dossier n'avaient pas encore des idées très claires sur la question de la responsabilité de la Suisse et sur le point de savoir quelles démarches le gouvernement devait entamer. Elle a reconnu comme légitime l'intérêt du public à recevoir des informations sur les agents chargés de ce dossier délicat et sur leurs style et stratégie de négociation (paragraphe 49 de l'arrêt de la chambre), de telles informations constituant un des moyens permettant à l'opinion publique de connaître et de juger les idées et attitudes des dirigeants (voir, *mutatis mutandis*, pour les hommes politiques, *Ibrahim Aksoy c. Turquie*, n<sup>os</sup> 28635/95, 30171/96 et 34535/97, § 68 *in fine*, 10 octobre 2000, et *Lingens c. Autriche*, 8 juillet 1986, § 42, série A n<sup>o</sup> 103).

123. La Grande Chambre partage ce point de vue. L'ambassadeur a procédé dans son rapport à une analyse de la situation dans le domaine des fonds en déshérence et a proposé quelques solutions concrètes. Son rapport englobant plusieurs aspects, le fait que le requérant a décidé de se concentrer presque exclusivement sur la personnalité de l'ambassadeur et son style personnel ne prive pas ses articles de toute pertinence en vue du débat public. En d'autres termes, il n'était pas illégitime pour le requérant d'alléguer qu'il était important de faire connaître les termes belliqueux utilisés par l'ambassadeur Jagmetti, acteur important des négociations, afin de contribuer au débat autour de la question des fonds en déshérence.

124. D'après la Cour, les articles litigieux étaient susceptibles de contribuer au débat public sur la question des fonds en déshérence.

– *Les intérêts protégés par les autorités nationales*

Confidentialité

125. Le rapport dont il s'agit en l'espèce était rédigé par un diplomate de haut rang. A ce sujet, la chambre a explicitement reconnu l'intérêt qu'il y a à protéger contre des immixtions externes les travaux des diplomates.

126. A l'instar du Gouvernement et des tiers intervenants, la Cour estime qu'il est primordial, pour les services diplomatiques et pour le bon fonctionnement des relations internationales, que les diplomates puissent se transmettre des informations confidentielles ou secrètes (voir également le paragraphe 5 de l'avis du Conseil de la presse, paragraphe 24 ci-dessus). Certes, la divulgation en cause en l'espèce n'est pas couverte par les dispositions sur l'inviolabilité des archives et des documents de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques (articles 24 et suiv.), invoquées par le Gouvernement (paragraphe 79 ci-dessus), lesquelles ont pour but de protéger les archives et les documents de l'Etat accrédité contre les interventions de l'Etat accréditaire ou des personnes ou entités sous sa juridiction. Il n'en reste pas moins que les principes qui en découlent attestent de l'importance de la confidentialité dans ce domaine.

127. La Cour accorde aussi un certain poids à l'argument du Gouvernement, tiré de l'avis du Conseil de la presse, selon lequel la publication d'un compte rendu classé «confidentiel» ou «secret» émanant d'un ambassadeur peut non seulement avoir des conséquences néfastes et paralysantes sur la politique extérieure d'un Etat, mais aussi rendre l'agent concerné presque automatiquement *persona non grata* dans le pays d'accueil (paragraphe 5 de l'avis du Conseil de la presse, paragraphe 24 ci-dessus). En témoigne la démission de l'ambassadeur Jagmetti à la suite des publications de son rapport.

128. En même temps, il y a lieu de rappeler le principe en vertu duquel la Convention protège des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs (voir, par exemple, *Artico c. Italie*, 13 mai 1980, § 33, série A n° 37). Ce principe doit aussi être respecté quand il s'agit d'apprécier une ingérence dans un droit. Il en découle que, pour qu'ils puissent apparaître comme légitimes, les arguments invoqués par la partie adverse doivent aussi viser concrètement et effectivement les motifs justificatifs énoncés par le paragraphe 2 de l'article 10. En tant qu'exceptions à l'exercice de la liberté d'expression, ceux-ci appellent un examen attentif et soigneux par la Cour. En d'autres termes, si la confidentialité des rapports diplomatiques est *a priori* justifiée, elle ne saurait être protégée à n'importe quel prix. Aussi la Cour estime-t-elle, à l'instar du Conseil de la presse, que la fonction de critique et de contrôle des médias s'applique également à la sphère de la politique étrangère (paragraphe 5 de l'avis du Conseil de la presse, paragraphe 24 ci-dessus). Dès lors, l'exclusion absolue du débat public des questions relevant des affaires étrangères en raison de la protection due à la correspondance diplomatique n'est pas acceptable.

129. En conséquence, plus encore que la nature et la forme du rapport diplomatique en question, ce qui importe dans la mise en balance des

intérêts, ce sont le contenu et le danger potentiel que représente sa publication.

Répercussions dans les circonstances de l'espèce

130. La Cour constate que le Gouvernement n'est pas parvenu à démontrer que les publications litigieuses ont effectivement empêché le gouvernement suisse et les banques suisses de trouver une solution acceptable pour la partie adverse sur la question des fonds en déshérence. Néanmoins, à lui seul, ce fait ne saurait être déterminant pour la présente affaire. Il convient plutôt de vérifier si la divulgation du rapport et/ou les articles incriminés étaient, au moment de la publication, de nature à causer aux intérêts du pays « un préjudice considérable » (voir, *mutatis mutandis*, *Hadjianastassiou*, précité, § 45 *in fine*, pour une affaire portant sur des intérêts militaires et sur la sécurité nationale *stricto sensu*).

131. L'information est un bien périssable et en retarder la publication, même pour une brève période, risque fort de la priver de toute valeur et de tout intérêt (voir, par exemple, *Observer et Guardian*, précité, § 60, *Sunday Times c. Royaume-Uni (n° 2)*, 26 novembre 1991, § 51, série A n° 217, et *Association Ekin c. France*, n° 39288/98, § 56, CEDH 2001-VIII). Dès lors, on ne saurait *a priori* exiger d'un journaliste qu'il diffère une publication sur un sujet d'intérêt général, si ce n'est pour respecter des impératifs d'intérêt public ou la protection des droits d'autrui (voir, par exemple, *Editions Plon*, précité, § 53, et les références citées). Il y a lieu de déterminer si tel était le cas en l'espèce.

132. A cet égard, la Cour estime que la divulgation des passages litigieux du rapport de l'ambassadeur, à ce moment-là, pouvait avoir des répercussions négatives, à un double titre, sur le bon déroulement des négociations entamées par la Suisse. Il faut distinguer entre le contenu des propositions de l'ambassadeur, d'une part, et leur présentation, d'autre part.

133. D'abord, en ce qui concerne le contenu du rapport, il convient de constater qu'au moment où les articles du requérant ont été publiés dans le *Sonntags-Zeitung*, le gouvernement suisse était engagé, depuis plusieurs semaines, dans des négociations difficiles en vue d'une solution sur la question sensible des fonds en déshérence. La Cour partage l'avis exprimé par les juridictions suisses selon lequel le contenu du document rédigé par l'ambassadeur présentait une certaine importance, dans la mesure où il exposait une appréciation de la situation délicate que la Suisse devait affronter à la fin de l'année 1997. Le document proposait diverses stratégies qui auraient pu permettre à l'Etat défendeur de sortir de l'impasse dans laquelle il se trouvait. Il devait permettre ainsi au chef de la *task force* de se forger une opinion et, ce faisant, d'influencer la suite des événements et la manière dont la Suisse devait appréhender la

problématique des biens en déshérence. Comme l'indique à juste titre le Conseil de la presse, il était très pertinent de faire connaître ce que cet ambassadeur pensait et ce sur quoi il fondait ses opinions (paragraphe 6 de l'avis du Conseil de la presse, paragraphe 24 ci-dessus).

134. En ce qui concerne l'aspect formel du rapport, il est évident qu'entre en jeu le langage dont s'est servi son auteur. Même si cet élément peut passer pour mineur, la Cour rappelle sa jurisprudence selon laquelle même un élément qui paraît relativement peu important peut avoir des conséquences graves et causer «un préjudice considérable» aux intérêts d'un Etat (voir, *mutatis mutandis*, *Hadjianastassiou*, précité, § 45).

135. Dans le cas d'espèce, les expressions utilisées – considérées comme belliqueuses notamment par le Conseil de la presse – étaient manifestement susceptibles de provoquer chez les autres parties aux négociations, à savoir le Congrès juif mondial et ses alliés américains, une réaction négative et, par conséquent, de compromettre les chances de succès de négociations considérées comme difficiles et portant sur un sujet particulièrement sensible. A titre d'exemple, il suffit de rappeler que l'ambassadeur a estimé dans son rapport qu'on ne pouvait pas «se fier» aux partenaires dans les négociations mais qu'à la limite «une véritable transaction pourrait être conclue». De surcroît, il qualifiait ceux-ci d'«adversaires».

136. Eu égard à ce qui précède, la Cour estime que la divulgation – même partielle – du contenu du rapport de l'ambassadeur a pu porter atteinte au climat de discrétion nécessaire au bon déroulement des relations diplomatiques en général et avoir des répercussions négatives sur les négociations que menait la Suisse en particulier. Aussi les publications du requérant, compte tenu du moment particulièrement délicat auquel elles sont intervenues, étaient-elles de nature à causer un préjudice considérable aux intérêts de la partie défenderesse en l'espèce.

γ) Le contrôle exercé par les juridictions internes

137. Il n'appartient pas à la Cour de se substituer aux Etats parties à la Convention dans la définition de leurs intérêts nationaux, domaine qui relève traditionnellement du noyau dur de la souveraineté étatique. Pour autant, il se peut que des considérations relatives à l'équité d'une procédure doivent être prises en compte dans l'examen d'une ingérence dans l'exercice des droits garantis par l'article 10 (voir, *mutatis mutandis*, *Steel et Morris*, précité, § 95). Il en résulte que la Cour est appelée à vérifier si la conception purement formelle de la notion de secret, sous-jacente à l'article 293 du code pénal, est compatible avec les exigences de la Convention. En d'autres termes, il convient d'examiner si, en l'espèce, cette conception purement formelle du secret liait le juge au point de

l'empêcher de prendre en compte le contenu matériel du document secret en vue de procéder à une mise en balance des intérêts en jeu. Pareille impossibilité ferait en effet obstacle au contrôle de la justification d'une ingérence dans l'exercice des droits protégés par l'article 10 de la Convention.

138. Dans son arrêt du 5 décembre 2000, rendu sur le recours en nullité du requérant, le Tribunal fédéral a confirmé la conception formelle du secret. En même temps, il ressort de cet arrêt que depuis l'introduction du paragraphe 3 de l'article 293 du code pénal en 1997 le juge pénal doit déterminer au préalable si le classement « secret » semble justifié eu égard à l'objet et au contenu des actes divulgués ce que les instances cantonales ont fait en l'espèce (voir notamment le paragraphe 8 de l'arrêt du Tribunal fédéral, paragraphe 33 ci-dessus). Dans ce sens, le Tribunal fédéral a explicitement admis que l'article 293 du code pénal permet au juge de peser les intérêts en jeu même si cela n'affecte pas les éléments constitutifs de l'infraction, mais aussi de retenir un éventuel motif de justification extralégal tiré de la protection d'intérêts légitimes. En l'occurrence toutefois, le Tribunal fédéral a rejeté l'existence d'un tel motif, en sorte qu'il n'était pas tenu de répondre à la question de savoir si l'intérêt au maintien de la confidentialité du document stratégique primait sur l'intérêt du public à prendre connaissance des passages publiés dans la presse. Il a néanmoins considéré comme cohérentes et justes les conclusions de fond tirées par les instances cantonales à cet égard (voir notamment le paragraphe 9 de l'arrêt du Tribunal fédéral, paragraphe 33 ci-dessus).

139. En conclusion, étant donné que le Tribunal fédéral a contrôlé la justification du classement « confidentiel » du rapport de l'ambassadeur et procédé à une mise en balance des intérêts en jeu, on ne saurait prétendre que la conception formelle de la notion de secret, sur laquelle repose l'article 293 du code pénal, a en l'espèce empêché le Tribunal fédéral de contrôler en dernière instance la compatibilité de l'ingérence litigieuse avec l'article 10.

δ) Le comportement du requérant

140. Sur le plan de la déontologie professionnelle des journalistes, deux aspects sont à distinguer en l'espèce : la manière dont le requérant est entré en possession du rapport en question et la forme des publications litigieuses.

– *La manière dont le requérant est entré en possession du rapport litigieux*

141. La Cour estime que la manière dont une personne obtient connaissance d'informations considérées comme confidentielles ou secrètes peut jouer un certain rôle dans l'exercice de mise en balance des

intérêts à effectuer dans le cadre de l'article 10 § 2. A ce titre, le requérant soutient que les autorités suisses n'ont pas poursuivi et condamné la bonne personne, dans la mesure où il n'a jamais été reproché au requérant d'avoir recouru à la ruse ou la menace afin d'obtenir le document litigieux (voir, *mutatis mutandis*, *Dammann*, précité, § 55 *in fine*) et où les fonctionnaires responsables de la fuite de l'information n'ont jamais été identifiés ou sanctionnés.

142. A cet égard, il convient d'observer qu'il n'apparaît pas que le requérant ait été à l'origine de l'indiscrétion commise. En tout état de cause, aucune procédure n'a été ouverte à ce titre par les autorités suisses.

143. En outre, il appartient en premier lieu aux Etats d'organiser leurs services et de former leurs agents de manière à ce qu'aucun renseignement confidentiel ou secret ne soit divulgué (*Dammann*, précité, § 55). A ce titre, il aurait été loisible aux autorités d'ouvrir une enquête en vue de poursuivre les éventuels responsables de l'indiscrétion commise (voir, *mutatis mutandis*, *Craxi c. Italie* (n° 2), n° 25337/94, § 75, 17 juillet 2003).

144. Néanmoins, l'absence de comportement illicite de la part du requérant n'est pas nécessairement déterminante dans l'appréciation de la question de savoir s'il a respecté ses devoirs et responsabilités. En tout état de cause, il ne pouvait, en tant que journaliste, ignorer de bonne foi que la divulgation du document litigieux était réprimée par l'article 293 du code pénal (voir, *mutatis mutandis*, *Fressoz et Roire*, précité, § 52).

– *La forme des publications*

145. En l'espèce, la question de savoir si la forme des articles publiés par le requérant a respecté les règles déontologiques a plus de poids. A cet égard, l'avis du Conseil de la presse, organe spécialisé et indépendant, joue un rôle particulièrement important.

146. Il y a lieu de rappeler d'emblée que, outre la substance des idées et informations exprimées, l'article 10 protège aussi leur mode d'expression. En conséquence, il n'appartient pas à la Cour, ni aux juridictions internes d'ailleurs, de se substituer à la presse pour dire quelle technique de compte rendu les journalistes doivent adopter (voir, par exemple, *Jersild*, précité, § 31, et *De Haes et Gijssels c. Belgique*, 24 février 1997, § 48, *Recueil* 1997-I).

147. A l'instar du Conseil de la presse, la Cour identifie néanmoins plusieurs carences dans la forme des publications. Premièrement, le contenu des articles était manifestement réducteur et tronqué. La Cour a déjà relevé que le requérant pouvait à bon droit se concentrer dans ses articles sur la personnalité de l'ambassadeur (paragraphes 122-124 ci-dessus), mais force est cependant de constater que ses publications contenaient parfois des citations de passages isolés tirés du rapport

litigieux et sortis du contexte et, par ailleurs, qu'elles ne portaient que sur une des stratégies élaborées par l'ambassadeur, à savoir celle de la «transaction».

Or il aurait été loisible de joindre aux articles du *Sonntags-Zeitung* le texte intégral du rapport en cause, comme cela a été fait dans une large mesure, le lendemain, par le *Tages-Anzeiger* et le *Nouveau Quotidien*. Cela aurait permis aux lecteurs de se former leur propre opinion (voir, *mutatis mutandis*, *Lopes Gomes da Silva c. Portugal*, n° 37698/97, § 35, CEDH 2000-X). Les arguments avancés par les responsables du *Sonntags-Zeitung*, selon lesquels il aurait été presque impossible, le 25 janvier 1997, d'ajouter une page supplémentaire au journal et l'intention de mettre le texte intégral sur Internet se serait heurtée à des problèmes techniques, ne sont pas convaincants aux yeux de la Cour.

148. Deuxièmement, le vocabulaire employé par le requérant tend à prêter à l'ambassadeur des intentions antisémites. Certes, la liberté de la presse comprend le recours possible à une certaine dose d'exagération, voire même de provocation (voir, par exemple, *Prager et Oberschlick c. Autriche*, 26 avril 1995, § 38, série A n° 313). Il n'en reste pas moins que le requérant a lancé à la légère une rumeur qui touche directement à un des phénomènes précisément à l'origine de la question des fonds en déshérence : les atrocités commises durant la Seconde Guerre mondiale à l'encontre de la communauté juive. La Cour rappelle qu'il y a lieu de faire preuve de fermeté à l'égard de telles allégations et/ou insinuations (voir, *mutatis mutandis*, *Lehideux et Isorni c. France*, 23 septembre 1998, § 53, *Recueil* 1998-VII, et *Garaudy c. France* (déc.), n° 65831/01, CEDH 2003-IX). Par ailleurs, cette rumeur a probablement contribué à la démission de l'ambassadeur.

149. Troisièmement, la mise en page des articles apparaît comme peu digne d'un sujet aussi important et sérieux que celui des fonds en déshérence. En particulier, les titres et sous-titres à sensation sautent aux yeux («L'ambassadeur Jagmetti offense les Juifs – Document secret : Impossible de se fier à nos adversaires» ainsi que «L'ambassadeur en peignoir et gros sabots met les pieds dans le plat – L'ambassadeur suisse Carlo Jagmetti foule aux pieds les usages diplomatiques» ; pour les titres en allemand, voir les paragraphes 18 et 19 ci-dessus). Il importe peu, pour la Cour, que les titres aient été choisis par le requérant ou par la rédaction. L'image figurant à la page 7 du *Sonntags-Zeitung* du 26 janvier 1997, accompagnant le deuxième article incriminé, et qui montre l'ambassadeur en peignoir (paragraphe 19 ci-dessus), tend à confirmer la nature triviale des articles du requérant, en contradiction manifeste avec le sérieux du sujet. En plus, les titres, les sous-titres et l'image mentionnée n'ont pas de lien évident avec le sujet mais ont pour effet de renforcer chez les lecteurs l'impression d'une personne peu apte à exercer les fonctions de diplomate.



150. Quatrièmement, les articles du requérant s'avèrent aussi imprécis et susceptibles d'induire les lecteurs en erreur, dans la mesure où ils n'ont pas suffisamment rendu compte de la chronologie des événements dans lesquels le rapport s'inscrivait. En particulier, ils suggéraient qu'il s'agissait d'un document daté du 25 janvier 1997, alors qu'il avait été rédigé plus de quatre semaines plus tôt, soit le 19 décembre 1996 (voir aussi la critique exprimée par le Conseil de la presse dans son avis au paragraphe 7, dans la partie «II. Considérations», paragraphe 24 ci-dessus).

151. Compte tenu de ce qui précède, et eu égard également à l'emplacement de l'un des articles en première page d'un hebdomadaire suisse du dimanche à grand tirage, la Cour partage l'opinion du Gouvernement et du Conseil de la presse selon laquelle le requérant a eu comme intention première non pas tant d'informer le public sur une question d'intérêt général mais de faire du rapport de l'ambassadeur Jagmetti un sujet de scandale inutile. On peut ainsi comprendre que dans ses conclusions, le Conseil de la presse a blâmé le journal de manière claire et ferme pour la forme des articles, qui contrevenait clairement à la «Déclaration des devoirs et des droits du/de la journaliste» (voir, dans la partie «II. Considérations», le paragraphe 7 et, dans la partie «III. Constatations», le paragraphe 5 de l'avis du Conseil de la presse, paragraphe 24 ci-dessus).

152. Par conséquent, la Cour estime que la forme tronquée et réductrice des articles en question, laquelle était de nature à induire en erreur les lecteurs au sujet de la personnalité et des aptitudes de l'ambassadeur, a considérablement limité l'importance de leur contribution au débat public protégé par l'article 10 de la Convention.

e) La proportionnalité de la sanction prononcée

153. La Cour rappelle que la nature et la lourdeur des sanctions infligées sont aussi des éléments à prendre en considération lorsqu'il s'agit de mesurer la proportionnalité d'une ingérence (voir, par exemple, *Süreç c. Turquie (n° 1)* [GC], n° 26682/95, § 64, deuxième alinéa, CEDH 1999-IV, et *Chauvy et autres c. France*, n° 64915/01, § 78, CEDH 2004-VI).

154. Par ailleurs, la Cour doit veiller à ce que la sanction ne constitue pas une espèce de censure tendant à inciter la presse à s'abstenir d'exprimer des critiques. Dans le contexte du débat sur un sujet d'intérêt général, pareille sanction risque de dissuader les journalistes de contribuer à la discussion publique de questions qui intéressent la vie de la collectivité. Par là même, elle est de nature à entraver les médias dans l'accomplissement de leur tâche d'information et de contrôle (voir, *mutatis mutandis*, *Barthold c. Allemagne*, 25 mars 1985, § 58, série A n° 90, *Lingens*, précité, § 44, et *Monnat*, précité, § 70). A cet égard, il peut arriver que le

fait même de la condamnation importe plus que le caractère mineur de la peine infligée (voir, par exemple, *Jersild*, précité, § 35, premier alinéa, *Lopes Gomes da Silva*, précité, § 36, et *Dammann*, précité, § 57).

155. D'autre part, un consensus semble exister parmi les Etats membres du Conseil de l'Europe sur la nécessité de prévoir des sanctions pénales adéquates afin de prévenir la divulgation de certaines données confidentielles (paragraphe 44 ci-dessus).

156. En l'espèce, il y a lieu de relever que la peine prononcée contre le requérant ne l'a guère empêché de s'exprimer, puisqu'elle est intervenue après la publication des articles (voir, *a contrario*, *Observer et Guardian*, précité, § 60).

157. En outre, le montant de l'amende (800 CHF, soit environ 476 EUR aujourd'hui) est relativement faible. De surcroît, l'amende a été infligée pour une infraction relevant des «contraventions» au sens de l'article 101 du code pénal en vigueur au moment des événements pertinents, qui constituaient la catégorie la plus faible des actes réprimés par le code pénal suisse. Des sanctions plus lourdes, englobant des peines privatives de liberté, sont envisagées pour la même infraction, aussi bien à l'article 293 du code pénal que dans les lois d'autres Etats membres du Conseil de l'Europe (voir le paragraphe 59 de l'étude comparative de M. Christos Pourgourides, paragraphe 44 ci-dessus).

158. Par ailleurs, le tribunal de district de Zurich a admis, dans son jugement du 22 janvier 1999, l'existence de circonstances atténuantes, et a estimé que la divulgation du document confidentiel n'avait pas porté atteinte aux fondements mêmes de l'Etat.

159. Il est vrai que les journalistes qui, le lendemain des publications du requérant, ont publié des parties, voire même l'intégralité du rapport, et ont donc *a priori* révélé beaucoup plus d'informations considérées comme confidentielles, n'ont pas été poursuivis du tout. A lui seul, toutefois, ce fait ne saurait suffire à considérer la sanction prononcée contre le requérant comme discriminatoire ou disproportionnée. D'abord, le requérant a été le premier à divulguer les informations dont il s'agit. Ensuite, le principe de l'opportunité dans ce domaine laisse aux Etats une latitude considérable dans la décision de poursuivre ou non une personne susceptible d'avoir commis une infraction. Dans un cas comme celui de l'espèce, ils ont notamment le droit de prendre en compte des considérations d'ordre déontologique.

160. En ce qui concerne, enfin, l'effet dissuasif éventuel de l'amende, la Cour estime que même s'il est inhérent à toute sanction pénale, il faut avoir égard en l'espèce à la relative modicité du montant infligé.

161. Eu égard à l'ensemble de ces considérations, la Cour ne considère pas l'amende infligée en l'espèce comme disproportionnée au but poursuivi.

*iii. Conclusion*

162. Compte tenu de ce qui précède, il apparaît que dans la mise en balance, à la lumière de tous les éléments pertinents, des intérêts en jeu en l'espèce, les autorités nationales n'ont pas outrepassé la marge d'appréciation qui leur est reconnue. Par conséquent, la condamnation du requérant peut passer pour une mesure proportionnée au but légitime visé. Il s'ensuit qu'il y n'a pas eu violation de l'article 10 de la Convention.

**PAR CES MOTIFS, LA COUR**

*Dit*, par douze voix contre cinq, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 10 de la Convention.

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 10 décembre 2007.

Vincent Berger  
Jurisconsulte

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 suivantes :

- opinion concordante de la juge Ziemele ;
- opinion dissidente du juge Zagrebelsky, à laquelle se rallient les juges Lorenzen, Fura-Sandström, Jaeger et Popović.

J.-P.C.  
V.B.

## OPINION CONCORDANTE DE LA JUGE ZIEMELE

*(Traduction)*

J'ai voté avec la majorité en faveur d'un constat de non-violation de l'article 10 dans les circonstances de l'espèce. Cependant, je ne peux souscrire au raisonnement de la majorité sur un point spécifique.

A partir du paragraphe 125 de l'arrêt, la Cour examine en détail les intérêts que les autorités internes cherchaient à protéger en l'espèce. Le premier de ceux-ci est la protection de la confidentialité des informations au sein des services diplomatiques afin d'assurer le bon fonctionnement des relations internationales. La Cour en profite pour exposer un principe très important concernant le rôle que joue l'article 10 dans les relations internationales et les décisions de politique étrangère des Etats parties, à savoir que «l'exclusion absolue du débat public des questions relevant des affaires étrangères en raison de la protection due à la correspondance diplomatique n'est pas acceptable» (paragraphe 128). Certaines décisions connues prises ces dernières années en matière de politique étrangère – par exemple –, qui ont donné lieu à certains événements et développements internationaux complexes, démontrent l'importance du débat et de la transparence en la matière.

Ensuite, la majorité de la Cour se préoccupe des conséquences que les articles publiés sur l'ambassadeur Jagmetti et son rapport confidentiel ont eues sur les négociations entre la Suisse d'une part et le Congrès juif mondial et les autres parties intéressées d'autre part sur la question de l'indemnisation due aux victimes de l'Holocauste pour les fonds en déshérence déposés sur des comptes bancaires suisses (paragraphe 130-136). La majorité de la Cour relève en premier lieu que le Gouvernement n'a pas démontré que les articles publiés ont réellement empêché l'Etat suisse et les banques concernées de trouver une solution au problème (paragraphe 130). Néanmoins, la majorité entreprend d'examiner si, au moment de leur publication, les articles étaient de nature à porter préjudice aux intérêts de l'Etat. Elle en arrive à la conclusion que «la divulgation – même partielle – du contenu du rapport de l'ambassadeur a pu porter atteinte au climat de discrétion nécessaire au bon déroulement des relations diplomatiques en général et avoir des répercussions négatives sur les négociations que menait la Suisse en particulier. Aussi les publications du requérant, compte tenu du moment particulièrement délicat auquel elles sont intervenues, étaient-elles de nature à causer un préjudice considérable aux intérêts de la partie défenderesse en l'espèce» (paragraphe 136).

Pour moi, la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas à mettre en exergue les intérêts de la partie défenderesse dans ces négociations.

Celles-ci impliquaient plusieurs parties mais, surtout, elles portaient sur un intérêt général particulièrement complexe et délicat et avaient des implications qui dépassaient l'opinion publique suisse. L'arrêt souligne autre part que « [I]es débats sur les avoires des victimes de l'Holocauste et sur le rôle de la Suisse durant la Seconde Guerre mondiale étaient, fin 1996 et début 1997, très animés et revêtaient une dimension internationale » (paragraphe 118). En réalité, il s'agissait de discussions sur les responsabilités incombant à l'Etat en vertu du droit international.

La Cour aurait dû plutôt examiner si la divulgation partielle du rapport à ce moment-là était de nature à contribuer à la résolution d'une question internationale ancienne et importante ou si, au contraire et au détriment de l'ensemble des parties, cette divulgation était susceptible de rendre les choses encore plus difficiles.

La présente affaire montre que, dans le contexte mondialisé d'aujourd'hui, les opinions publiques nationales peuvent ne pas représenter les seuls intérêts publics à sauvegarder par les médias et d'autres acteurs.

OPINION DISSIDENTE DU JUGE ZAGREBELSKY  
À LAQUELLE SE RALLIENT LES JUGES LORENZEN,  
FURA-SANSTRÖM, JAEGER ET POPOVIĆ

Je regrette de ne pas pouvoir souscrire au raisonnement et à la conclusion adoptés par la majorité dans la présente affaire.

Jusqu'au paragraphe 147, le lecteur de l'arrêt peut facilement croire que la Cour trouvera une violation de l'article 10 de la Convention. Ce n'est qu'à partir de ce paragraphe que la majorité dévoile la vraie raison de son évaluation négative des articles publiés par le requérant. Mais il me semble qu'il y a là un tournant dangereux et injustifié par rapport à une jurisprudence bien établie de la Cour concernant la nature et la valeur primordiale de la liberté d'expression dans les sociétés démocratiques.

Je m'explique. La Cour, aux paragraphes 54-62, exclut très justement que, dans la présente affaire, l'ingérence dans l'exercice de la liberté d'expression garantie au requérant par l'article 10 de la Convention puisse être justifiée par un but autre que celui de la prévention de la divulgation d'informations confidentielles. La Cour exclut en l'espèce la pertinence des autres buts indiqués par le gouvernement, à savoir la protection de la sécurité nationale, de la sûreté publique et de la réputation ou des droits d'autrui. Il s'agit donc seulement de la protection du secret.

A ce propos il faut noter que la protection d'informations confidentielles, à la différence de tout autre but indiqué à l'article 10 § 2, est de nature fonctionnelle. Si on laisse de côté les informations qui tombent dans le domaine de l'intimité des particuliers, elle ne représente pas une valeur en soi (je dirais plutôt le contraire, dans une société démocratique, au moins en ce qui regarde les informations concernant le Pouvoir). Tout au contraire elle est prise en considération uniquement parce qu'elle sert à protéger des valeurs et des intérêts qui, eux, méritent une protection au détriment de la liberté d'expression. Il me paraît par conséquent que – aux fins de l'article 10 – on ne peut pas évaluer la légitimité de la classification d'un document ou d'une information comme «confidentiels», ni «peser» la valeur d'une telle classification par rapport à la liberté fondamentale d'expression, sans identifier et «peser» la valeur ou l'intérêt sous-jacents pour la protection desquels l'information doit rester confidentielle.

Mais la majorité, après avoir indiqué que «la confidentialité des rapports diplomatiques est *a priori* justifiée, [mais qu'] elle ne saurait être protégée à n'importe quel prix» (paragraphe 128) et que «le Gouvernement n'est pas parvenu à démontrer que les publications litigieuses ont effectivement empêché le gouvernement suisse et les

banques suisses de trouver une solution acceptable pour la partie adverse sur les fonds en déshérence» (paragraphe 130), finit par prendre en compte tout simplement la «confidentialité» du document, dont la publication a bien évidemment nui «au climat de discrétion nécessaire au bon déroulement des relations diplomatiques en général» (paragraphe 136). Ce qui suit, dans le même paragraphe, qui énonce que la publication dont il s'agit a pu «avoir des répercussions négatives sur les négociations que menait la Suisse» et que «compte tenu du moment particulièrement délicat auquel elles sont intervenues, [les publications du requérant] étaient (...) de nature à causer un préjudice considérable aux intérêts de la partie défenderesse», n'est qu'une hypothèse, voire une pétition de principe. Il s'agit en définitive d'un raisonnement qui conduit à vider de son sens le principe selon lequel toute ingérence dans le droit de s'exprimer librement doit être dûment justifiée.

Cependant, même si l'on suit le raisonnement de la majorité, il me paraît certain qu'il s'agit de toute façon d'un préjudice bien léger par rapport à tout ce que la Cour a dit dans de nombreux arrêts à propos de l'importance de la liberté d'expression, particulièrement lorsqu'il s'agit de dévoiler et de critiquer la conduite des pouvoirs publics et des personnes qui les incarnent. Il n'est pas inutile à ce propos de rappeler qu'il s'agissait de la publication de quelques passages d'une lettre que l'ambassadeur suisse à Washington avait envoyée à plus d'une vingtaine de personnes et de bureaux; de plus, la publication presque intégrale par d'autres journaux (qui évidemment étaient au courant) n'a fait l'objet d'aucune poursuite. La critique de la conduite du requérant tenant au fait qu'il n'avait publié que quelques passages tirés du document, concernant spécialement la façon de s'exprimer de l'ambassadeur, devient paradoxalement un élément à charge et la majorité en arrive à suggérer qu'il aurait été mieux avisé de publier le texte intégral du document (paragraphe 147 de l'arrêt). Il me semble donc qu'un tel intérêt à la discrétion ne saurait justifier à lui seul une entrave à l'exercice de la liberté du journaliste dans un contexte d'intérêt public (paragraphe 113-124 de l'arrêt).

Il n'y a à mes yeux aucune raison de revenir sur la jurisprudence de la Cour qui affirme que la condition de la nécessité de l'ingérence dans une société démocratique doit s'interpréter dans le sens d'un «besoin social impérieux», qu'en la matière «les autorités ne disposent que d'une marge d'appréciation restreinte» (paragraphe 105) et que «[l]a Cour doit faire preuve de la plus grande prudence lorsque, comme en l'espèce, les mesures prises (...) par l'autorité nationale sont de nature à dissuader la presse de participer à la discussion de problèmes d'un intérêt général légitime» (paragraphe 106) (voir, entre autres, *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, § 48, série A n° 24, *Sunday Times c. Royaume-Uni (n° 1)*, 26 avril 1979, § 59, série A n° 30, *Lingens c. Autriche*, 8 juillet 1986, §§ 39-41,

série A n° 103, *Observer et Guardian c. Royaume-Uni*, 26 novembre 1991, § 59, série A n° 216, *Hertel c. Suisse*, 25 août 1998, § 46, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-VI, et *Steel et Morris c. Royaume-Uni*, n° 68416/01, § 87, CEDH 2005-II).

Dans l'arrêt *Dupuis et autres c. France* (n° 1914/02) du 7 juin 2007, où les requérants étaient des journalistes condamnés pour avoir violé le secret d'une instruction pénale, la Cour a affirmé que « [l]orsqu'il y va de la presse, comme en l'espèce, le pouvoir d'appréciation national se heurte à l'intérêt de la société démocratique à assurer et à maintenir la liberté de la presse. De même, il convient d'accorder un grand poids à cet intérêt lorsqu'il s'agit de déterminer, comme l'exige le paragraphe 2 de l'article 10, si la restriction était proportionnée au but légitime poursuivi ». Il est regrettable, à mon avis, que la Grande Chambre, au lieu de développer et d'appliquer ces principes, aille à contre-courant. Et ce, particulièrement quand une série d'épisodes dans le monde démocratique démontrent que, même dans le domaine de la politique étrangère, le contrôle démocratique ne peut s'exercer qu'après des fuites et la publication de documents confidentiels.

Mais l'arrêt ne reconnaît pas la nécessité dans une société démocratique de l'ingérence dont il s'agit que sur la base de l'intérêt du gouvernement à la discrétion. Bien au contraire, la majorité en arrive, au paragraphe 147, à traiter de ce qui me paraît être le véritable reproche qu'elle fait au journaliste et qui, à ses yeux, est de nature à justifier la condamnation de l'intéressé. Il s'agit de la « forme de la publication ».

L'arrêt rappelle que l'article 10 protège la substance des idées et informations exprimées ainsi que le mode d'expression. « En conséquence, il n'appartient pas à la Cour, ni aux juridictions internes d'ailleurs, de se substituer à la presse pour dire quelle technique de compte rendu les journalistes doivent adopter » (paragraphe 146 de l'arrêt). Cela dit, il me semble que la majorité se contredit en énonçant au paragraphe suivant qu'« [à] l'instar du Conseil de la presse, la Cour identifie néanmoins plusieurs carences dans la forme des publications ». L'arrêt ne donne pas la raison de ce surprenant « néanmoins », qui introduit un exercice inédit de censure quant à la forme choisie par le journaliste et amène la Cour à se rallier à la position tout à fait différente d'un organe privé de déontologie des journalistes. De plus, la majorité n'accorde finalement aucun poids au but des articles du requérant, qui, comme elle le reconnaît elle-même au paragraphe 123, concernaient manifestement la conduite controversée de l'ambassadeur lors de plusieurs épisodes, et particulièrement dans l'affaire des avoirs en déshérence déposés sur des comptes bancaires suisses par des victimes de l'Holocauste. Cette dernière question est bien évidemment en toile de fond, mais la cible des articles est clairement la personnalité, ainsi que le caractère et l'attitude d'un ambassadeur, qui jouait un rôle important



dans les négociations. Et l'arrêt, me semble-t-il, tombe dans le piège consistant à faire au niveau national un procès pénal en violation d'un document confidentiel, qui tient lieu de procès en diffamation, alors qu'un tel procès n'a jamais été entrepris (paragraphe 152 de l'arrêt).

Mais la présente affaire concerne exclusivement une procédure pénale pour publication de débats officiels au sens de l'article 293 du code pénal.

J'en arrive à mes conclusions. A mon sens l'intérêt gouvernemental à la discrétion mentionné au paragraphe 136 de l'arrêt ne suffit pas en l'espèce à contrebalancer la liberté du journaliste. L'examen et la critique de la forme des publications litigieuses me paraissent trop sévères compte tenu du fait que la cible du journaliste était l'ambassadeur (qui ne s'en est pas plaint). De toute façon, à mon avis, la critique de la majorité quant à la forme des publications du requérant n'est pas pertinente de la part de la Cour.

S'agissant de la sanction infligée et de sa capacité de nuire à la liberté des journalistes dans l'exercice de leur activité, j'adhère aux conclusions de la chambre dans la présente affaire ainsi qu'à celles de l'arrêt *Dupuis et autres* précité.

La Cour a toujours dit que la liberté doit être interprétée au sens large et que les restrictions possibles, tout au contraire, doivent être appliquées de manière limitative. A la lumière de ce principe phare, il me semble clair qu'il eût fallu conclure à la violation du droit à la liberté d'expression.



STOLL v. SWITZERLAND  
*(Application no. 69698/01)*

GRAND CHAMBER

JUDGMENT OF 10 DECEMBER 2007<sup>1</sup>

---

1. Judgment delivered by the Grand Chamber following referral of the case in accordance with Article 43 of the Convention.



SUMMARY<sup>1</sup>**Conviction of a journalist for publication of a diplomatic strategy paper classified as confidential****Article 10**

*Freedom of expression – Conviction of a journalist for publication of a diplomatic strategy paper classified as confidential – Necessary in a democratic society – Disclosure of information received in confidence – Public interests – Protection of diplomatic relations – Breach of journalistic ethics – Negligible contribution to public debate – Proportionality of penalty*

\*  
\*   \*

The applicant, a journalist by profession, was sentenced to pay a fine for having disclosed in the press a confidential report by the Swiss ambassador to the United States concerning the strategy to be adopted by the Swiss government in negotiations between, among others, the World Jewish Congress and Swiss banks on the subject of compensation due to Holocaust victims for unclaimed assets deposited in Swiss bank accounts. The ambassador drew up a “strategy paper”, classified as “confidential”, in the context of the negotiations in question. The paper was sent to the official dealing with the matter in the Federal Department of Foreign Affairs, and copies were sent to nineteen other individuals in the Swiss government and the federal authorities and to Swiss diplomatic missions abroad. The applicant obtained a copy, probably as the result of a breach of official secrecy by a person whose identity remains unknown. A Sunday newspaper published, among other things, two articles by the applicant entitled “Ambassador Jagmetti insults the Jews” and “The ambassador in bathrobe and climbing boots puts his foot in it”. The following day a daily newspaper printed extensive extracts from the strategy paper; subsequently, another newspaper also published extracts. The court ordered the applicant to pay a fine of 800 Swiss francs (approximately 476 euros) for having published “secret official deliberations” within the meaning of the Criminal Code. The applicant’s appeals were dismissed at final instance by the Federal Court. The Swiss Press Council, while accepting that publication had been legitimate on account in particular of the importance at the time of the public debate concerning the assets of Holocaust victims, took the view that the applicant had, in irresponsible fashion, made the ambassador’s remarks appear shocking and scandalous by printing the strategy paper in truncated form and failing to make the timing of the events sufficiently clear. The Press Council added that the other newspapers, by contrast, had placed the affair in its proper context by publishing the strategy paper in its near-entirety.

---

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

*Held*

Article 10: In its Chamber judgment the Court held, by four votes to three, that there had been a violation of Article 10. At the request of the Swiss Government the case was referred to the Grand Chamber in accordance with Article 43 of the Convention. According to the Grand Chamber (“the Court”), the applicant’s conviction amounted to “interference” with the exercise of his freedom of expression. The interference had been provided for by the Criminal Code and had pursued the legitimate aim of preventing the “disclosure of information received in confidence”. The Court emphasised that, in the light of paragraph 3 of Article 33 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, and in the absence of any indication to the contrary in the drafting history of Article 10, it was appropriate to adopt an interpretation of the phrase “preventing the disclosure of information received in confidence” within the meaning of Article 10 § 2 that encompassed confidential information disclosed either by a person subject to a duty of confidence or by a third party and in particular, as in the present case, by a journalist. The main issue to be determined was whether the interference in question had been “necessary in a democratic society”. In that regard the Court confirmed at the outset that Article 10 was applicable to the dissemination by journalists of confidential or secret information. The issue of unclaimed assets not only involved substantial financial interests, but also had a significant moral dimension which meant that it was of interest even to the wider international community. Consequently, in assessing whether the measure taken by the Swiss authorities had been necessary, the Court took account of the need to weigh up the two public interests involved: the interest of readers in being informed on a topical issue and the interest of the authorities in ensuring a positive and satisfactory outcome to the diplomatic negotiations being conducted. Although the impugned articles had concentrated almost exclusively on the ambassador’s personality and personal style, they had been capable of contributing to the public debate on the issue of unclaimed assets, which was the subject of lively discussion in Switzerland at that time. The public had therefore had an interest in the publication of the articles. As to the interests which the Swiss authorities had sought to protect, it was vital to diplomatic services and the smooth functioning of international relations for diplomats to be able to exchange confidential or secret information. However, the confidentiality of diplomatic reports could not be preserved at any price; in weighing the interests at stake against each other, the content of the report and the potential threat posed by its publication were the important factors. In the present case the disclosure of passages from the ambassador’s report at that point in time had been liable to have negative repercussions on the smooth progress of the negotiations in which Switzerland was engaged, on account not just of the content of the ambassador’s remarks but also of the way in which he had expressed himself. The disclosure – albeit partial – of the content of the ambassador’s report had been capable of undermining the climate of discretion necessary to the successful conduct of diplomatic relations in general and of having negative repercussions on the negotiations being conducted by Switzerland in particular. Hence, given that they had been published at a particularly delicate juncture, the articles written by the applicant had been liable to cause considerable damage to the interests of the Swiss authorities. As to the applicant’s conduct, he could not, as a journalist, have been unaware that

disclosure of the report was punishable under the Criminal Code. The question whether the form of the articles had complied with the rules of journalistic ethics carried greater weight. The content of the articles had been clearly reductive and truncated and the language used had tended to suggest that the ambassador's remarks were anti-Semitic. The applicant had, in capricious fashion, started a rumour which had undoubtedly contributed to the ambassador's resignation and which related directly to one of the very phenomena at the root of the issue of unclaimed assets, namely the atrocities committed against the Jewish community during the Second World War. The Court reiterated the need to deal firmly with allegations and/or insinuations of that nature. Furthermore, the way in which the articles had been edited, with sensationalist headings, seemed unfitting for a subject as important and serious as that of the unclaimed funds. Lastly, the applicant's articles had also been imprecise and liable to mislead the reader. In the circumstances, and in view of the fact that one of the articles had been placed on the first page of a Swiss Sunday newspaper with a large circulation, the Court shared the opinion of the Swiss Government and the Press Council that the applicant's chief intention had not been to inform the public on a topic of general interest but to make the ambassador's report the subject of needless scandal. The truncated and reductive form of the articles in question, which had been liable to mislead the reader as to the ambassador's personality and abilities, had considerably detracted from the importance of their contribution to the public debate protected by Article 10. Finally, the Court considered that the fine imposed on the applicant had not been disproportionate to the aim pursued.

*Conclusion:* no violation (by twelve votes to five).

### Case-law cited by the Court

- Handyside v. the United Kingdom*, 7 December 1976, Series A no. 24  
*Tyrer v. the United Kingdom*, 25 April 1978, Series A no. 26  
*The Sunday Times v. the United Kingdom (no. 1)*, 26 April 1979, Series A no. 30  
*Airey v. Ireland*, 9 October 1979, Series A no. 32  
*Artico v. Italy*, 13 May 1980, Series A no. 37  
*Z. v. Switzerland*, no. 10343/83, Commission decision of 6 October 1983, Decisions and Reports 35  
*Barthold v. Germany*, 25 March 1985, Series A no. 90  
*James and Others v. the United Kingdom*, 21 February 1986, Series A no. 98  
*Lingens v. Austria*, 8 July 1986, Series A no. 103  
*Weber v. Switzerland*, 22 May 1990, Series A no. 177  
*Observer and Guardian v. the United Kingdom*, 26 November 1991, Series A no. 216  
*The Sunday Times v. the United Kingdom (no. 2)*, 26 November 1991, Series A no. 217  
*Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland*, 29 October 1992, Series A no. 246-A  
*Hadjianastassiou v. Greece*, 16 December 1992, Series A no. 252  
*Jersild v. Denmark*, 23 September 1994, Series A no. 298  
*Vereiniging Weekblad Bluf! v. the Netherlands*, 9 February 1995, Series A no. 306-A  
*Prager and Oberschlick v. Austria*, 26 April 1995, Series A no. 313  
*Goodwin v. the United Kingdom*, 27 March 1996, *Reports of Judgments and Decisions 1996-II*  
*Wingrove v. the United Kingdom*, 25 November 1996, *Reports 1996-V*

*De Haes and Gijssels v. Belgium*, 24 February 1997, *Reports* 1997-I  
*Hertel v. Switzerland*, 25 August 1998, *Reports* 1998-VI  
*Lehideux and Isorni v. France*, 23 September 1998, *Reports* 1998-VII  
*Fressoz and Roire v. France* [GC], no. 29183/95, ECHR 1999-I  
*Bladet Tromsø and Stensaas v. Norway* [GC], no. 21980/93, ECHR 1999-III  
*Sirek v. Turkey (no. 1)* [GC], no. 26682/95, ECHR 1999-IV  
*Lopes Gomes da Silva v. Portugal*, no. 37698/97, ECHR 2000-X  
*İbrahim Aksoy v. Turkey*, nos. 28635/95, 30171/96 and 34535/97, 10 October 2000  
*Association Ekin v. France*, no. 39288/98, ECHR 2001-VIII  
*Garaudy v. France* (dec.), no. 65831/01, ECHR 2003-IX  
*Craxi v. Italy (no. 2)*, no. 25337/94, 17 July 2003  
*Editions Plon v. France*, no. 58148/00, ECHR 2004-IV  
*Chauvy and Others v. France*, no. 64915/01, ECHR 2004-VI  
*Vo v. France* [GC], no. 53924/00, ECHR 2004-VIII  
*Pedersen and Baadsgaard v. Denmark* [GC], no. 49017/99, ECHR 2004-XI  
*Mamatkulov and Askarov v. Turkey* [GC], nos. 46827/99 and 46951/99, ECHR 2005-I  
*Steel and Morris v. the United Kingdom*, no. 68416/01, ECHR 2005-II  
*Tourancheau and July v. France*, no. 53886/00, 24 November 2005  
*Dammann v. Switzerland*, no. 77551/01, 25 April 2006  
*Monnat v. Switzerland*, no. 73604/01, ECHR 2006-X  
*Leempoel & S.A. ED. Ciné Revue v. Belgium*, no. 64772/01, 9 November 2006



**In the case of Stoll v. Switzerland,**

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

Jean-Paul Costa, *President*,  
Luzius Wildhaber,  
Boštjan M. Zupančič,  
Peer Lorenzen,  
Rıza Türmen,  
Margarita Tsatsa-Nikolovska,  
András Baka,  
Mindia Ugrekhelidze,  
Anatoly Kovler,  
Vladimiro Zagrebelsky,  
Antonella Mularoni,  
Elisabet Fura-Sandström,  
Renate Jaeger,  
Egbert Myjer,  
Dragoljub Popović,  
Ineta Ziemele,  
Isabelle Berro-Lefèvre, *judges*,

and Vincent Berger, *Jurisconsult*,

Having deliberated in private on 7 February and 7 November 2007,

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

**PROCEDURE**

1. The case originated in an application (no. 69698/01) against the Swiss Confederation lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by a Swiss national, Mr Martin Stoll (“the applicant”), on 14 May 2001.

2. The applicant was represented by Ms H. Keller, a lawyer practising in Zürich. The Swiss Government (“the Government”) were represented by their Agent, Mr F. Schürmann, Head of the Human Rights and Council of Europe Section of the Federal Office of Justice.

3. The applicant alleged that his conviction for publishing “secret official deliberations” had been contrary to Article 10 of the Convention.

4. The application was allocated to the Second Section of the Court (Rule 52 § 1 of the Rules of Court). Within that Section, the Chamber that would consider the case (Article 27 § 1 of the Convention) was constituted as provided in Rule 26 § 1.

5. On 1 November 2004 the Court changed the composition of its Sections (Rule 25 § 1). This case was assigned to the newly composed Fourth Section (Rule 52 § 1). Within that Section, the Chamber that would consider the case (Article 27 § 1 of the Convention) was constituted as provided in Rule 26 § 1.

6. On 3 May 2005 the application was declared admissible by a Chamber composed of Nicolas Bratza, President, Josep Casadevall, Luzius Wildhaber, Matti Pellonpää, Rait Maruste, Javier Borrego Borrego and Ján Šikuta, judges, and of Michael O'Boyle, Section Registrar.

7. On 25 April 2006 the Chamber delivered a judgment in which it held, by four votes to three, that there had been a violation of Article 10 of the Convention. It considered that the finding of a violation constituted in itself sufficient just satisfaction for the non-pecuniary damage sustained by the applicant. The applicant did not submit any claim for costs and expenses.

8. On 14 July 2006 the Government requested that the case be referred to the Grand Chamber under Article 43 of the Convention and Rule 73 of the Rules of Court. The panel of the Grand Chamber granted the request on 13 September 2006.

9. The composition of the Grand Chamber was determined according to the provisions of Article 27 §§ 2 and 3 of the Convention and Rule 24 of the Rules of Court.

10. The Government, but not the applicant, filed observations on the merits. The applicant submitted his claim for just satisfaction.

11. In addition, third-party comments were received from the French and Slovakian Governments, which had been given leave by the President to intervene in the written procedure (Article 36 § 2 of the Convention and Rule 44 § 2).

12. A hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 7 February 2007 (Rule 59 § 3).

There appeared before the Court:

(a) *for the Government*

Mr F. SCHÜRMAN, Head of the Human Rights and Council of Europe Section of the Federal Office of Justice, Federal Department of Justice,	<i>Agent,</i>
Mr P. SEGER, Ambassador, Jurisconsult, Head of the International Public Law Directorate, Federal Department of Foreign Affairs,	
Mr A. SCHEIDEGGER, Deputy Head of the Human Rights and Council of Europe Section,	

Ms D. STEIGER, Legal Assistant, Human Rights and  
Council of Europe Section, *Counsel;*

(b) *for the applicant*  
Ms H. KELLER, *Representative,*  
Mr S. CANONICA, Legal Adviser, TA Media,  
Mr A. DURISCH, Editor, *Sonntags-Zeitung*,  
Mr A. FISCHER, Lecturer, University of Zürich,  
Ms D. KÜHNE, Lecturer, University of Zürich,  
Ms M. FOROWICZ, Lecturer, University of Zürich, *Advisers.*

The applicant was also present.

The Court heard addresses by Ms Keller, Mr Schürmann and Mr Seger. The parties' representatives replied to the questions asked by one judge.

## THE FACTS

### I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

13. The applicant was born in 1962 and lives in Switzerland.

#### A. Background to the case

14. In 1996 and 1997 negotiations were conducted between, among others, the World Jewish Congress and Swiss banks concerning compensation due to Holocaust victims for unclaimed assets deposited in Swiss bank accounts.

15. Against that background Carlo Jagmetti, who was the Swiss ambassador to the United States at the time, drew up on 19 December 1996 a "strategy paper", classified as "confidential", which was faxed to Thomas Borer, head of the task force that had been set up to deal with the matter within the Federal Department of Foreign Affairs in Berne. Copies were sent to nineteen other individuals in the Swiss government and the federal authorities and to the Swiss diplomatic missions in Tel Aviv, New York, London, Paris and Bonn.

16. Below are some extracts from the document, based on the article "That's all we need", which appeared in the *Tages-Anzeiger* on 27 January 1997, the day after the applicant's articles were published (unofficial translation):

"Ambassador,

The campaign against Switzerland and the huge claims accompanying it, reflected in the activities of the Jewish organisations, the statements of American politicians and the

class actions, will greatly occupy the authorities and public opinion on both sides of the Atlantic for some time to come ... However, the real reverberations will not be felt until the inquiries which are to be launched have been completed, those claims that are well-founded have been met, the proceedings have been concluded and matters have been put right in historical, political, legal and moral terms. That will take at least three years, possibly much longer. Moreover, it is impossible to predict today the course of Swiss domestic and foreign policy in the years ahead. In any event, the political, economic and social challenges facing the country internally and the uncertainty surrounding the European issue (the EU, security, etc.) and globalisation are already prompting some painful soul-searching by the Swiss people.

The comments now coming from America are all we need. Suddenly, on top of the present and future uncertainties, we must come to terms with the past. The campaign against Switzerland, therefore, is being conducted in an already difficult climate ...

All Switzerland's efforts are aimed at preserving the country's integrity, forestalling or at least warding off dangers and maintaining international relations (in particular with the United States) during the crisis and beyond while avoiding any lasting damage. All interim goals must be viewed solely in relation to the main objective. Short-lived successes such as 'truces', temporarily positive reactions from the media, satisfaction at seeing certain projects put in hand, historical insights which may be favourable to Switzerland or constructive remarks from our negotiating partners abroad should not blind us to the long-term reality. Individual battles may be important, but ultimately it is the war that Switzerland must win ...

If we assume that the demands of the Jewish organisations and Senator D'Amato must be satisfied as a matter of urgency, and that then calm will be restored, an actual deal might be struck with the organisations concerned. Instead of just making the 'gesture' currently being speculated on, we could act immediately to resolve the matter by paying a lump sum in order to settle all the claims once and for all. Given that a large number of groups and countries are affected by this issue and that Switzerland is now being called to account, as it were, by the international community, the plan must have both a national and an international dimension and be based on a long-term strategy. It might look something like this:

- the measures planned to date (publication of the expert report on the compensation agreement with the countries of eastern Europe, commencement of the work of the historical commission, inquiries by the Volcker Committee) will be effectively implemented by Switzerland using the necessary resources and within a realistic time frame, with any difficulties being overcome in a determined manner;

- the dialogue with all the groups concerned must be continued in a correct and conciliatory manner, without making interim concessions which could jeopardise the entire process;

- as far as the activities of foreign governments and parliaments are concerned (particularly in the United States and the United Kingdom), the aim should be to bring about courteous bilateral cooperation focusing primarily on establishing the truth and avoiding any polemics. Where necessary, of course, a clear and firm stance should be taken, particularly if Switzerland is disparaged or accused without absolutely clear-cut reasons;

– when significant interim findings have been obtained and, especially, when all the inquiries have been completed, negotiations will need to be conducted on the conclusions to be drawn and on how any funds released should be used. These should be conducted at governmental level, either multilaterally, if possible with all the countries concerned (including the Allies, those countries that were neutral at the time, Israel and Germany), bilaterally with Israel (which would mean giving up a long-standing position and accepting the risk of adverse reactions from the Arab world), or with non-governmental organisations. Much will depend on the strategy of our adversaries. However, the issue must be made an international one and other countries must be held to account. Switzerland, which has set a good example with its inquiries, should assume a leading role and hence seize the initiative ...

It must also be borne in mind that scenarios and strategies are not immune to outside influences and that events may occur or a new trend emerge at any time, calling everything into question or at least requiring considerable flexibility. Accordingly, a mix of action based on international law and interim payments would, if possible, be more realistic. Opting for this kind of mix from the outset would almost inevitably mean taking a pragmatic approach that evolves from day to day and scarcely deserves the ambitious description of a ‘strategy’ ... Switzerland cannot afford to just muddle through in this matter.

Whatever strategy is chosen, action will be needed on the external front to lend credibility to Swiss efforts. This can be done by taking the same – essentially reactive – stance taken hitherto or by adopting a more innovative approach. As part of the latter I would advocate campaigning systematically in political circles and in the media, maintaining ongoing contacts with the American administration in order to compare results and refine methods, cultivating relations with the Jewish organisations wherever possible in a friendly manner but without servility, and conducting a well-orchestrated public relations campaign including, for instance, seminars and round-table sessions. On the subject of public relations, however, statements should be made only if there is something new to be said and the time and place are right. Pilgrimages abroad are best avoided on tactical grounds and in view of the domestic policy aspects ...

The advantages and drawbacks of the different approaches are fairly obvious. However, it is clear that, from a historical, political and legal perspective, a ‘deal’ will never be satisfactory. Ideally, all the same, the legal strategy should be chosen. This places considerable demands on all concerned and calls for initiative, time and energy, to say nothing of the cost. In view of the main objective, however, we would be well advised to change the habit of a lifetime and make the necessary funds available without unseemly haggling. Let me repeat: this is a war Switzerland must wage and win on the external and domestic fronts. Most of our adversaries are not to be trusted. The potential damage to Switzerland from a boycott or perhaps even legislative action by other countries is immense. Even the figures for our national pension insurance scheme or the cost of the new trans-Alpine rail links, for instance, are liable to look modest by comparison. Switzerland must present a united and determined front ...

Carlo Jagmetti, Swiss Ambassador”

17. The applicant obtained a copy. It seems clear that he could not have acquired possession of the document without a breach of official secrecy by a person whose identity remains unknown.

## B. The impugned articles by the applicant

18. On Sunday 26 January 1997 the Zürich Sunday newspaper, the *Sonntags-Zeitung*, published the following article by the applicant (unofficial translation):

“Ambassador Jagmetti insults the Jews [original title in German: *Botschafter Jagmetti beleidigt die Juden*]

Secret document: ‘Our adversaries are not to be trusted’ [*Geheimpapier: ‘Man kann dem Gegner nicht vertrauen’*]

by [the applicant]

Berne/Washington – Another scandal involving the Swiss ambassador to the United States: Carlo Jagmetti, in a confidential strategy paper on the assets of Holocaust victims, talks of the ‘war Switzerland must wage’, and of ‘adversaries’ who ‘are not to be trusted’.

The paper is classified as ‘confidential’. It was written by Carlo Jagmetti, Swiss ambassador to the United States. On 19 December the 64-year-old high-ranking diplomat in Washington sent the task force in Berne his views on what he described as a ‘campaign against Switzerland’. This report has been obtained by the *Sonntags-Zeitung*, and is dynamite. In terms of its content, it is an unremarkable assessment of the situation. But the aggressive language used by Carlo Jagmetti has the effect of an electric shock on the reader. ‘It is a war,’ writes the ambassador, ‘a war Switzerland must wage and win on the external and domestic fronts.’ He describes Senator D’Amato and the Jewish organisations as ‘adversaries’, saying that ‘most of our adversaries are not to be trusted’.

In his paper, Carlo Jagmetti mentions the possibility of concluding an agreement, because ‘the demands of the Jewish organisations and Senator D’Amato must be satisfied as a matter of urgency’. He uses the word ‘deal’ in this context. Ambassador Jagmetti suggests ‘paying a lump sum’ to the Jews in order to settle ‘all the claims once and for all’. Then, he writes, ‘calm will be restored’.

Speaking of the ‘external front’, Carlo Jagmetti says that Switzerland should ‘campaign systematically in political circles and in the media’. Relations with Jewish organisations should be ‘cultivated in a friendly manner but without servility’, with the help of a firm of lawyers, and a ‘well-orchestrated public relations campaign [should be conducted], including seminars and round-table sessions’.

No comments on this strategy paper by the eminent diplomat – due to retire in the spring – were forthcoming yesterday either from Flavio Cotti [head of the Swiss diplomatic service] at the Federal Department of Foreign Affairs or from the task force headed by Thomas Borer. Carlo Jagmetti had no comment to make to this newspaper.

Martin Rosenfeld, President of the Swiss Federation of Jewish Communities (SIG/FSCI) described Carlo Jagmetti’s remarks as ‘shocking and profoundly insulting’. He said he foresaw ‘a difficult run-up to retirement’ for Mr Jagmetti.”

19. In the same edition of the *Sonntags-Zeitung* of 26 January 1997, another article by the applicant read (unofficial translation):

“The ambassador in bathrobe and climbing boots puts his foot in it [*Mit Bademantel und Bergschuhen in den Fettnapf*]

Swiss Ambassador Carlo Jagmetti’s diplomatic blunderings [*Der Schweizer Botschafter Carlo Jagmetti trampelt übers diplomatische Parkett*]

by [the applicant]

Berne/Washington – Swiss Ambassador Carlo Jagmetti constantly gets himself noticed on the diplomatic scene. With his insensitive remarks on the assets of Holocaust victims, he has thrown Swiss foreign policy into turmoil – and not for the first time.

Early on Friday morning the temperature began to rise in the offices of the Swiss embassy in Washington. ‘We do not comment on internal documents’ said an embassy spokesman emphatically to this newspaper ... By the following day, nevertheless, ... [an] editor on the [daily newspaper] *Neue Zürcher Zeitung* had already leapt to the defence of his close friend Carlo Jagmetti. Under the heading ‘Leaks continue unabated’, he announced that ‘this balanced document, some parts of which might, of course, be mischievously construed, may be published this weekend’.

Damage limitation, therefore, was the name of the game in Washington on Friday. Ambassador Carlo Jagmetti, who has represented Switzerland abroad for 34 years, was clearly aware of the explosive nature of his strategy paper, dated 19 December 1996, on the subject of unclaimed Jewish assets. In his paper, he talks about a ‘war Switzerland must wage and win on the external and domestic fronts’. He winds up with a flourish by observing: ‘Most of our adversaries are not to be trusted.’

The Swiss embassy in Washington is, however, experienced in crisis management. Carlo Jagmetti, who heads the embassy, regularly puts his foot in it. In 1993, a few months after moving into his office in the prestigious Cathedral Avenue, this senior diplomat committed his first *faux pas*. In an interview with the magazine *Schweizer Illustrierte*, he complained about the American administration, saying ‘I’ve observed a certain lack of courtesy’. Even Bill Clinton, who was said to ‘burst out laughing sometimes at inopportune moments’, was criticised during the interview. Apparently, Mr Clinton had ‘kept [Carlo Jagmetti] waiting for four months’ before he was accredited. And, according to the ambassador, it was legitimate to ask, on a general note, ‘who [was] actually governing the United States’.

Berne reprimanded the ambassador for his ill-chosen remarks and for an unconventional public appearance (Carlo Jagmetti and his wife were pictured [in an article in *Schweizer Illustrierte*] in their bathrobes), but the ambassador did not prove much more reticent in his subsequent utterances. And in the highly topical debate concerning the assets of Holocaust victims, Carlo Jagmetti has also given the impression of somebody blundering onto the diplomatic stage in outsize boots. He rebuked the Holocaust survivor Gerda Beer in front of the assembled American press, saying that her claims were unfounded as her uncle had emptied the Swiss bank account in question. The incident-prone diplomat based his remarks, however, not on proven facts, but on unsubstantiated rumours which had been circulating.

Berne was left with no choice but to apologise for his undiplomatic remarks in a bid to limit the damage.

These remarks, which have now been made public, are all the more embarrassing since the tension seemed to be easing. Only last Friday Senator D’Amato and the

World Jewish Congress had for the first time welcomed Switzerland's agreement to set up a fund for Holocaust victims.

Swiss diplomats are now engaged in behind-the-scenes efforts to head off the impending crisis by stressing the fact that Carlo Jagmetti is due to retire shortly. In any event, they argue, Mr Jagmetti played only a minor role in the recently concluded negotiations between Jewish organisations and the American Senator D'Amato.

Carlo Jagmetti himself has declined to comment. He absented himself from the major press conference held by Senator D'Amato on Friday before the world's press. He was reportedly on holiday in Florida."

### C. Other press articles

20. A third article, which also appeared in the *Sonntags-Zeitung* on 26 January 1997 and was written by the editor Ueli Haldimann, was entitled "The ambassador with a bunker mentality" ("*Botschafter mit Bunkermentalität*").

21. On Monday 27 January 1997 the Zürich daily, the *Tages-Anzeiger*, reproduced lengthy extracts from the strategy paper in an article entitled "That's all we need" ("*Das hat gerade noch gefehlt*"). Subsequently, another newspaper, the *Nouveau Quotidien*, also published extracts from the paper.

### D. The opinion of the Swiss Press Council

22. Following publication of these articles, the Swiss Federal Council (*Bundesrat*) requested the Swiss Press Council (*Presserat*) to examine the case.

23. The Swiss Press Council acts as a complaints body for media-related issues. It is an institution under Swiss private law set up by four associations of journalists which formed a foundation (*Stiftung*) to organise and fund the activities of the Press Council. According to the Press Council rules, its activities are intended to contribute to the discussion of fundamental ethical issues in relation to the media. Its task is to uphold freedom of the press and freedom of information, and it adopts opinions, on its own initiative or in response to complaints, on issues concerning journalistic ethics. The Swiss Press Council has adopted a "Declaration on the rights and responsibilities of journalists", which is available on the Internet.

24. Its opinion (*Stellungnahme*) of 4 March 1997 concerning the present case (no. 1/97, C. J./*Sonntags-Zeitung*) reads as follows (unofficial translation):

"II. Considerations

...

2. With regard to the publishing of confidential information, the following extracts from the Declaration on the rights and responsibilities of journalists are of relevance:



(a) '[Journalists]' responsibility to the public [shall take precedence over] their responsibility ... towards the ... authorities ... in particular' (Preamble).

(b) Journalists shall have free access 'to all sources of information and [shall have the] right to investigate without hindrance any facts which are in the public interest; objections of secrecy in public or private matters may be raised only in exceptional cases, with sufficient reasons given in each case' (point (a) of the Declaration of rights).

(c) Journalists shall publish only 'such information, documents [or] images whose origin is known to them; [they shall not suppress] information or essential elements [and shall not] distort any text, document, image ... or opinion expressed by another. [They shall] present unsubstantiated news items very clearly as such [and] make clear when pictures have been edited'. They shall comply with reasonable deadlines (point 3 of the Declaration of responsibilities).

(d) Journalists shall not make use of 'unfair methods in order to obtain information, ... images or documents' (point 4 of the Declaration of responsibilities).

(e) They shall respect 'editorial secrecy and shall not reveal the sources of information obtained in confidence' (point 6 of the Declaration of responsibilities).

(f) They shall not accept 'any favours or promises which might compromise their professional independence or their ability to express their own opinions' (point 9 of the Declaration of responsibilities).

...

5. It must first be established whether diplomats' reports come under the heading of vital interests. The federal authorities and those who share their point of view argue that these reports are highly sensitive and comparable to the negotiations conducted by the Federal Council and the reports preceding such negotiations. These documents, they argue, merit greater protection than, for instance, expert reports or minutes of parliamentary committees. The Federal Department of Foreign Affairs and the Federal Council cannot form an accurate picture of international relations unless the ambassadors provide them with additional information, different from and more sensitive than that provided by the media. Diplomats also provide information they have obtained from confidential sources, behind the scenes or off the record. They need, for instance, to be able to express in plain language their views about violations of human rights and political relations in Iran, the involvement of leading Colombian politicians in drug trafficking and the true picture with regard to the balance of power and intrigue in the Kremlin. If, despite everything, reports of this kind are published, the ambassador concerned will almost automatically be declared *persona non grata* in the host country. If reports of this kind were to be published on a regular basis, ambassadors would no longer be able to report on everything that was going on. That would have an adverse impact on Swiss foreign policy, perhaps even paralysing it completely. And if everything were to be made public, Switzerland might just as well recall its diplomats and replace them with the media. In exercising their function as critic and watchdog, the media must always remain mindful of their responsibilities. This applies with particular force in the sphere of foreign policy, as the reports relating to foreign policy are also read abroad. If only for this reason, they are more sensitive than reports on domestic policy matters.

...

The Press Council acknowledges the importance of the principle that diplomatic correspondence should remain confidential. In the past, the Swiss media have observed that principle in substance and have not set out to expose the internal workings of diplomacy to public view. Disclosures in the foreign policy sphere have been the exception rather than the rule in Switzerland. Media bosses are clearly aware of the responsibilities inherent in the media's role as critic and watchdog in this sphere.

At the same time, it should not be forgotten that disclosures by the media in the field of foreign policy are commonplace in other countries, particularly in the United States, but also in the United Kingdom and Israel. Clearly, other governments and diplomats have long had to contend with this risk of disclosures concerning foreign policy, and have learned to live with it. Whether they like it or not, the Swiss authorities must also learn to adjust to a situation in which foreign policy is as much the focus of media attention as domestic policy, and in which revelations may come not just from the Swiss media but also from foreign media. An approach which places confidentiality before the public interest in too rigid a manner is neither realistic nor legitimate, particularly since diplomatic reports are regularly forwarded to a large number of authorities.

There can be no doubt that the revelations in the *Sonntags-Zeitung* and the *Tages-Anzeiger* were a source of embarrassment and problems for those responsible for Swiss foreign policy, but they did not restrict their room for manoeuvre substantially. Diplomatic reports are confidential by right, but when the conditions that allow confidential reports to be published are met, freedom of the press must take precedence (Opinion 2/94, Moser/Reimann parliamentary questions).

6. The Press Council must now examine whether the content of Mr Jagmetti's strategy paper is of such importance that it was appropriate to invoke the public interest, and whether it should have been published. In the view of Ueli Haldimann, editor of the *Sonntags-Zeitung*, the public interest lay in the fact that it was important to let people know how the Swiss ambassador in Washington perceived the complex issue of Holocaust victims' assets and the way Switzerland was coming to terms with its past, and what kind of aggressive language he used. According to Haldimann, his newspaper did not publish any leaked information unless the public interest was at stake. Although there were more leaks now than previously, they were not damaging in principle, and were often the only remaining means of putting a stop to harmful conduct ...

From the Press Council's standpoint, the next step is to assess the strategic importance of Mr Jagmetti's paper. Mr Jagmetti set out in this document to make a perfectly reasonable analysis of the situation, making a number of constructive proposals. He explored two 'extreme' options – the first involving some kind of 'deal' and the second involving a 'legal strategy'. The paper testifies to a fundamental concern to get at the truth, to find a generous financial solution and to protect Swiss interests and the country's good relations with the United States. However, it could not escape the attention of even the most casual reader that Mr Jagmetti used very bellicose language and that he regarded his negotiating partners as adversaries who were not to be trusted and who might be amenable to some kind of deal. The language used betrays attitudes which are problematic even in an internal document, since attitudes are liable to be reflected also in negotiations and informal contacts. In that connection, Mr Jagmetti was to have been engaged in important discussions concerning the assets of Holocaust victims during the last six months of his tenure.

The Press Council is mindful of the fact that the degree of public interest of confidential information cannot be determined in a wholly objective manner, but

depends on the ideological, cultural, economic and advertising context in which the medium operates. Nevertheless, in the case of Mr Jagmetti's strategy paper, the public interest was clear, as the debate surrounding the assets of Holocaust victims and Switzerland's role in the Second World War was highly topical in late 1996 and early 1997 and had an international dimension, and because the Swiss ambassador in Washington was to occupy a prominent position in the forthcoming discussions. Knowing what that ambassador thought and how he formulated his opinions was relevant, and not a trivial concern. Leaving aside the question of the public interest and the relevance of the ambassador's remarks, the publication of this supposedly confidential paper was justified from an ethical viewpoint, since only as a result of its publication did it become clear that those in charge still had no clear idea, despite the creation of the task force, as to the question of Swiss responsibility and what steps should be taken. From the perspective of political transparency, publication of the confidential paper, despite the fact that it was more than a month old and that in the meantime there had been talk of setting up a fund for Holocaust victims, might have spurred the government on to engage in debate in order to overcome the problems, demonstrate leadership and devise convincing solutions.

7. Finally, it is necessary to assess whether the information was made public in the most appropriate form. According to one school of thought, the media are in a position of power, since not only do they inform, they also suggest by the way in which they present the information how it is to be assessed. In the present case the *Sonntags-Zeitung*, it is argued, presented an internal analysis of foreign policy in truncated form and, by publishing it alongside comments from third parties who had not seen the original text, planted in people's minds the idea that Ambassador Jagmetti had 'insulted the Jews'. The newspaper, by accusing Mr Jagmetti of anti-Semitism, started a rumour in an irresponsible manner. Reproducing the full text would not have placed Mr Jagmetti under the same kind of pressure and would not have forced him to resign. The manner in which the information was published, therefore, was a source of problems and consternation.

The opposing school of thought argues that it is vital to analyse the salient points of Mr Jagmetti's remarks. According to the *Sonntags-Zeitung*, there was no question of accusing Ambassador Jagmetti of anti-Semitism. Nevertheless, the newspaper's editors have acknowledged off the record that it would have been wiser to publish the strategy paper in full. They maintain that, on the day of publication, it would have been virtually impossible to add another page to the newspaper and that plans to publish the full text on the Internet were abandoned owing to technical problems.

The Press Council regards these arguments as spurious, and agrees with the criticism regarding the manner of publication. The *Sonntags-Zeitung* did not make sufficiently clear that Ambassador Jagmetti had outlined several options in his strategy paper, of which the 'deal' was just one. Nor did it make the timing of the events sufficiently clear, particularly since the document was already five weeks old and had reached the addressees before the interview given by the outgoing Swiss President on the programme *24 heures/Tribune de Genève*. The newspaper unnecessarily made the affair appear shocking and scandalous and, by its use of the headline 'Ambassador Jagmetti insults the Jews', misled the reader and made it appear that the remarks had been made the previous day. It was incorrect to assert that Mr Jagmetti's letter undermined the process which had begun in January, particularly since the document had been circulated beforehand and had not previously been in the public domain, and could not therefore adversely affect the talks with the country's partners at home and abroad.

When the *Sonntags-Zeitung* attempted to contact Mr Jagmetti on Friday 24 January in order to obtain a comment, and failed to reach him because he was in Florida, the newspaper's editors should have considered whether it might not be wiser to delay publication by a week so as to be able to publish an interview with Carlo Jagmetti alongside the extracts from his paper. The fact that publication went ahead in the next issue in spite of everything can only have been prompted by the fear of competition, which on no account constitutes sufficient justification for immediate publication. Hence, by publishing the strategy paper in the way it did, the *Sonntags-Zeitung* omitted vital pieces of information, in breach of the Declaration on the rights and responsibilities of journalists (point 3 of the Declaration of responsibilities).

...

### III. Findings

1. Freedom of the press is too fundamental a right to be made subservient as a matter of principle to the interests of the State. The role of critic and watchdog played by the media requires them to make information public where the public interest is at stake, whether the source of information is freely accessible or confidential.

2. As to the publication of confidential information, the pros and cons must be weighed up carefully, with an eye to whether interests which merit protection are liable to be damaged in the process.

3. Internal reports by diplomats are confidential by right, but do not necessarily merit a high degree of protection in all cases. The media's role as critic and watchdog also extends to foreign policy, with the result that those in charge in the media may publish a diplomatic report if they consider its content to be in the public interest.

4. In the case of Mr Jagmetti, the interest to the public of his strategy paper should be acknowledged, as should the fact that its publication was legitimate on account of the importance of the public debate on the assets of Holocaust victims, the prominent position occupied by the Swiss ambassador in Washington and the content of the document.

5. In this case the *Sonntags-Zeitung*, in irresponsible fashion, made Mr Jagmetti's views appear shocking and scandalous by printing the strategy paper in truncated form and failing to make the timing of the events sufficiently clear. The newspaper therefore acted in breach of the Declaration on the rights and responsibilities of journalists (point 3 of the Declaration of responsibilities). The *Tages-Anzeiger* and the *Nouveau Quotidien*, on the other hand, placed the affair in its proper context following the revelations by reproducing the document in its near-entirety."

## E. The criminal proceedings against the applicant

### 1. Proceedings at cantonal level

25. Following publication of the articles, the applicant was made the subject of an investigation by the Zürich cantonal authorities. By a decision of 6 March 1998, the Federal Public Prosecutor's Office ordered the discontinuation of the investigation into a breach of official secrecy (*Verletzung des Amtsgeheimnisses*) within the meaning of Article 320 of the

Swiss Criminal Code. It remitted the case in respect of the charge of publication of official deliberations within the meaning of Article 293 of the Criminal Code to the prosecuting authorities of the Canton of Zürich.

26. On 5 November 1998 the Zürich District Office (*Statthalteramt des Bezirkes Zürich*) fined the applicant 4,000 Swiss francs (CHF) (approximately 2,382 euros (EUR) at the current exchange rate) for contravening Article 293 § 1 of the Swiss Criminal Code (see paragraph 35 below) by publishing the articles entitled “Ambassador Jagmetti insults the Jews” and “The ambassador in bathrobe and climbing boots puts his foot in it”.

27. On 22 January 1999, following an application by the applicant to have the decision set aside, the Zürich District Court (*Bezirksgericht*) convicted him of an offence under Article 293 § 1 of the Swiss Criminal Code, but reduced the fine to CHF 800 (approximately EUR 476 at the current exchange rate).

28. The relevant passages of the District Court judgment read as follows (unofficial translation):

“5.2.2 According to the case-law of the Federal Court, the offence defined in Article 293 of the Criminal Code is based on a formal notion of secrecy whereby the confidential nature of a document, a set of talks or an investigation stems not from its content but from it being classified as such by the competent body. In accordance with this approach by the Federal Court, the strategy paper in question, which was marked ‘(classified) confidential’ (Document 2/2), amounts to a secret in the formal sense, and as such attracts the protection of Article 293 of the Criminal Code.

When it comes to interpreting Article 293 of the Criminal Code, freedom of expression and freedom of the press (Article 10 of the European Convention on Human Rights and Article 55 of the Federal Constitution) should in principle be taken into consideration in the appellant’s favour. With the revision of the Criminal Code of 10 October 1997, which made the publication of secrets of minor importance an extenuating circumstance (Article 293 § 3), the legislature added a substantive component to the notion of secrecy under Article 293. But even assuming that for these reasons – and contrary to the case-law of the Federal Court – the court were to base its decision on a purely substantive notion of secrecy, the outcome would not be favourable to the appellant.

The views expressed by Ambassador Jagmetti in the strategy paper were not in the public domain. This, moreover, is also apparent from the fact that the information conveyed and the way it was analysed provided the basis for ‘sensationalist’ articles by the appellant. Whether or not Ambassador Jagmetti might have been willing to divulge the content of the strategy paper in an interview is of little relevance here. However, there is every reason to doubt it, the more so given the limited number of persons to whom the document was sent. Furthermore, contrary to the appellant’s claims, the content of the strategy paper was far from unremarkable. The document contained an assessment of the delicate foreign policy situation in which Switzerland found itself in December 1997 on account of the unclaimed assets, in particular *vis-à-vis* the United States. It also proposed a variety of strategies aimed at helping the country get out of its predicament. Documents setting out often carefully worded evaluations and assessments are an essential part of the formation of opinions and decision-making at

embassy level, a process during which strongly held and often diverging opinions are exchanged and discussed internally until agreement is reached on a particular position. The protection which Article 293 of the Criminal Code is intended to provide also applies to the formation of opinions in as free a manner as possible and without undue outside influence (BGE (Federal Court Reports) 107 IV 188). In that regard, the document in question was aimed at helping the head of the task force to form an opinion and hence at influencing the course of events and the country's handling of the issue of the unclaimed assets. By its very nature, the publication of internal documents of this kind, which are designed to help form opinions, can have devastating consequences for the negotiations to be conducted. Consequently, given its explosive content and the fact that it was unknown to the public, the document in question was also secret in the substantive sense. It is thus fair to say that the question whether the broad formal notion of secrecy adopted by the Federal Court takes precedence over Article 10 of the European Convention on Human Rights remains open ...

6. To justify his actions, the appellant claims to have been defending legitimate interests. According to the Federal Court, this extra-legal justification may be relied on 'if the act in question constitutes a necessary and reasonable means of achieving a legitimate aim, is the sole possible course of action and is manifestly of less importance than the interests which the perpetrator is seeking to defend' (BGE 120 IV 213). The appellant argues that the editors of the *Sonntags-Zeitung* assessed the situation before arriving at the conclusion that the public interest carried greater weight. They took the view that the public was entitled to be informed when leading diplomats used language which was in glaring contradiction with Switzerland's official position (Document 2/5, p. 2). The tone employed by the ambassador was so inappropriate, they argued, that publication was necessary (Document 2/7). Ambassador Jagmetti, according to the editors, was not the right person to be conducting the negotiations with Senator D'Amato and the Jewish organisations, as he lacked the finesse needed to deal with this important issue (Document 17, p. 13). By publishing the confidential strategy paper, therefore, the appellant was in part attempting, as it were, to sideline from the negotiations a leading diplomat whose style he disliked. It must be said that, even if it was genuine, the indignation expressed by the appellant with regard to the tone of the document seems somewhat naïve. While a section of the public may well have wished to be informed about internal documents of this kind, this has little to do with legitimate interests. Moreover, the appellant undoubtedly undermined the climate of discretion which is of vital importance in the sphere of diplomatic relations, thereby weakening Switzerland's position in the negotiations or at least compromising it substantially. In assessing the public interest relied on by the appellant in the light of the strict requirements laid down by the Federal Court with regard to the extra-legal justification of defence of legitimate interests, it is clear, firstly, that the means employed by the *Sonntags-Zeitung*, consisting in the impugned publication of secret official documents, were neither necessary nor reasonable and, secondly, that the interests which were damaged as a result were not 'manifestly' of less importance. In addition, the public debate on unclaimed assets which the appellant wished to see could perfectly well have been conducted without infringing Article 293 of the Criminal Code. The defence of legitimate interests cannot therefore be relied on as justification ...

8. Under Article 293 § 3 of the Criminal Code, the publication of secrets of minor importance amounts to an extenuating circumstance. As indicated above, however, the secret divulged in the present case was not of minor importance. The publishing of a strategy paper which was vital to the formation of opinions within the Federal Department of Foreign Affairs and the Federal Council, while it may not have actually

weakened Switzerland's position *vis-à-vis* the outside world and in particular in the negotiations, at least temporarily compromised it. It was important to preserve the confidentiality of the document not just because it was classified as 'confidential'. The implications of the subject under discussion for Swiss foreign policy also called for greater discretion in dealing with the strategy paper. There are therefore no extenuating circumstances under Article 293 § 3 of the Criminal Code in relation to the facts constituting the offence.

...

The offence committed cannot now be regarded as minor, as the secrets which the appellant made public are not of secondary importance. In publishing the strategy paper, the appellant unthinkingly compromised Switzerland's tactical stance in the negotiations. Nevertheless, the offence is not a very serious one, as the appellant did not divulge an actual State secret whose publication could have undermined the country's very foundations. Nor should too much be made of the fault committed by the appellant, in so far as he committed his actions – with the backing of the newspaper's editor and its legal department – in a legitimate attempt, among other things, to start an open debate on all aspects of the unclaimed assets issue. A fine of CHF 800 is therefore appropriate ...”

29. The applicant lodged an appeal on grounds of nullity (*Nichtigkeitsbeschwerde*), which was dismissed by the Court of Appeal (*Obergericht*) of the Canton of Zürich on 25 May 2000.

## 2. *Proceedings at federal level*

30. The applicant lodged an appeal on grounds of nullity and a public-law appeal (*staatsrechtliche Beschwerde*) with the Federal Court (*Bundesgericht*). He argued that a journalist could be convicted of an offence under Article 293 of the Swiss Criminal Code only in exceptional circumstances, namely if the secret published was of unusual importance and publishing it undermined the country's very foundations. He referred to the public interest in being made aware of the ambassador's remarks and the role of journalists as watchdogs in a democratic society.

31. The Federal Court dismissed the applicant's appeals in two judgments dated 5 December 2000 (served on 9 January 2001) in which it upheld the decisions of the lower courts.

32. In examining the appeal on grounds of nullity, the Federal Court firstly outlined some considerations regarding Article 293 of the Criminal Code (unofficial translation):

“2.(a) According to the case-law and most commentators, Article 293 of the Criminal Code is aimed at protecting secrets in the formal sense. The sole determining factor is whether the documents, investigations or deliberations are secret by virtue either of the law or of a decision taken by the authority concerned. Whether they have been classified as 'secret' or simply 'confidential' is of little relevance; it is sufficient for it to be clear that the classification was designed to prevent their publication ... This formal notion of secrecy differs from the substantive notion, to which most of the Articles of the Criminal Code on the disclosure of secret information relate, for instance Article 267 (diplomatic

treason) or Article 320 (breach of official secrecy). In the substantive sense, a fact is secret if it is accessible to only a limited number of persons, if the authority in question wishes to keep it secret and if that wish is justified by interests which merit protection ...

Many commentators have argued in favour of the wholesale repeal of Article 293, saying that steps should at least be taken to ensure that publication of a secret in the substantive sense is punishable only if the secret is of major importance ...

(b) As part of the revision of the criminal and procedural provisions relating to the media, the Federal Council proposed repealing Article 293 of the Criminal Code without replacing it with another provision. In its communication (BBl (Federal Gazette) 1996 IV 525 et seq.), the Federal Council argued in particular that it was unfair to punish the journalist who had published the confidential information, while the official or representative of the authority concerned who had originally made publication possible generally escaped punishment because his or her identity could not be established ... According to the Federal Council, Article 293 of the Criminal Code, which protected secrets in the formal sense ..., placed excessive restrictions on the freedom of action of the media. In its view, the 'second use' of a disclosed secret (by someone working in the media, for instance) was less serious in terms of criminal potential and unlawfulness than the initial disclosure of the secret by its holder. In addition, the journalist was by no means always aware that the information he had received was obtained as the result of betrayal of a secret. The actions of the 'second user' might be assessed differently in cases where the information disclosed was a genuine State or military secret. However, independently of Article 293 of the Criminal Code, the legislation in force in any case made provision, in relation to diplomatic treason (Article 267 of the Criminal Code) and breach of military secrecy (Article 329 of the Criminal Code), for two layers of protection in such cases, one against disclosure by the holder of the secret and the other against disclosure by the 'second user'. According to the Federal Council, the proposed repeal of Article 293 of the Criminal Code would not therefore undermine the protection of secrecy under criminal law in important spheres. The objection that Article 293 also protected individual interests was at best indirectly relevant, as individuals' private and personal lives were protected first and foremost by Articles 179-79 *septies* of the Criminal Code and the provisions of the Civil Code concerning the protection of personality rights ...

In the federal authorities, those in favour of the wholesale repeal of Article 293 of the Criminal Code have also argued that the provision in question is rarely applied and is not effective. They contend that it is unfair, in particular, because it penalises only the journalist, who is the 'second user', whereas the identity of the initial perpetrator of the offence, namely the official or representative of the authority concerned, remains unknown ... and he or she cannot therefore be called to account for a breach of official secrecy, for instance. Even if Article 293 were simply repealed, they argue, the disclosure by a journalist of genuinely important secrets would still be punishable, for instance under Article 267 of the Criminal Code (diplomatic treason) or Article 329 (breach of military secrecy). Opponents of the repeal of Article 293 have argued ... that the provision is more necessary than ever, as the disclosure of secret or confidential information can have serious consequences ..."

33. The Federal Court then turned to the circumstances of the present case:

"8. The 'publication of secret official deliberations' (offence referred to in Article 293 of the Criminal Code) must still be considered to be based on a formal notion of secrecy,



in line with the case-law of the Federal Court. The addition of a third paragraph to Article 293 has done nothing to change that. However, in view of the fact that it is now open to the criminal courts not to impose any penalty, they must determine in advance whether the classification as 'secret' can be justified in the light of the purpose and content of the disclosed documents. That is the case here.

The extracts from the confidential document published by the appellant were, moreover, also secret in the substantive sense. The appellant rightly refrains from arguing that the extracts in question were of minor importance within the meaning of Article 293 § 3 of the Criminal Code. In requesting that the application of Article 293 be confined to cases in which the secrets disclosed are of major importance and their disclosure threatens the very foundations of the State, the appellant is seeking a decision which goes well beyond any interpretation of Article 293 (in line with the Constitution and the case-law of the European Court of Human Rights), which the Federal Court is obliged to apply pursuant to Article 191 of the new Federal Constitution. The same is true of the argument that persons working in the media can be convicted of publishing secret official deliberations under Article 293 of the Criminal Code only if the interest of the State in preserving the confidentiality of the disclosed information outweighs the public interest in receiving the information. This comparison of the interests at stake has no bearing on the essential elements of the offence, although it may possibly have a bearing on the extra-legal justification of protection of legitimate interests. In any event, the circumstances of the present case are not such as to allow the protection of legitimate interests to be relied on as justification for publishing secret official deliberations.

9. This conclusion renders a comparison of the interests at stake in the present case redundant. It is therefore not necessary to respond to the appellant's criticism of the way in which the cantonal authorities balanced those interests.

For the sake of completeness, however, it should nevertheless be pointed out that, for the reasons set forth by the federal authorities, the interest in maintaining the confidentiality of the strategy paper in question carried greater weight than the public interest in being apprised of the extracts published in the newspaper. In order to avoid repetition, the court would refer here to the considerations set forth in the impugned judgment and in the first-instance judgment. It was in the interests not only of the ambassador and the Federal Council, but also of the country, to preserve the confidential nature of the strategy paper. The publication of isolated extracts was liable to interfere with the formation of opinions and the decision-making process within the State bodies in Switzerland, and above all to further complicate the already difficult negotiations being conducted at international level; this was not in the country's interest. On the other hand, the passing interest in the extracts published out of context in the newspaper which the eye-catching headline aroused among sensation-seeking members of the public is relatively insignificant in legal terms. This is all the more true since the 'tone' criticised by the appellant, used in an internal document written in a specific context (and the content of which was, according to the article, an unremarkable assessment of the situation), did not in any event permit the reader to draw clear and indisputable conclusions as to the 'mentality' of the ambassador, still less as to his ability to perform the task assigned to him ..."

34. In its judgment following the applicant's public-law appeal, the Federal Court found as follows (unofficial translation):

“3. In his public-law appeal, the appellant requests in particular that the principle of equality in the breach of the law [*Gleichbehandlung im Unrecht*] be applied to him and raises, among other things, a complaint concerning a violation of the principle of lawfulness ...

(b) There is no need to explore in detail here the reasons why the prosecuting authorities decided not to prosecute the other journalists mentioned by the appellant for publication of secret official deliberations on account of the articles which they wrote, or to consider whether those reasons were sufficient. Even if the latter question were to be answered in the negative, it would not benefit the appellant in any way.

It is clear from the explanations on this point set forth in the impugned judgment (pp. 5 et seq., Considerations point 4) and in the first-instance judgment (p. 3, Considerations point 4) that the exceptional circumstances in which the Federal Court’s case-law recognises the right to equality in the breach of the law do not apply. The approach taken by the prosecuting authorities in this case does not in itself constitute a ‘consistent’ (possibly unlawful) practice, either in the sense that, in the absence of specific substantive grounds, journalists are only very exceptionally prosecuted for publication of secret official deliberations, not systematically, or in the sense that, where extracts from the same confidential document are published by several journalists in different articles, the journalist who for whatever reason – whether on the basis of the way the article was written or of the extracts selected – appears to be the most culpable is consistently singled out for prosecution. Moreover, there is nothing to suggest that either (possibly unlawful) practice will be adopted in the future ...”

## II. RELEVANT DOMESTIC, INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW AND PRACTICE

### A. Swiss law and practice

35. Article 293 of the Swiss Criminal Code, entitled “Publication of secret official deliberations”, reads as follows (unofficial translation):

“1. Anyone who, without being entitled to do so, makes public all or part of the documents, investigations or deliberations of any authority which are secret by law or by virtue of a decision taken by such an authority acting within its powers shall be punished with imprisonment or a fine.

2. Complicity in such acts shall be punishable.

3. The court may decide not to impose any penalty if the secret concerned is of minor importance.”

36. In a judgment of 27 November 1981 (BGE 107 IV 185), the Federal Court specified that the notion of secrecy on which Article 293 of the Criminal Code was based was a purely formal one.

37. The Swiss legislature recently adopted the Federal Administrative Transparency Act of 17 December 2004, which came into force on 1 July 2006 (Compendium of Federal Law 152.3). The relevant provisions of the Act, which is aimed at improving access to official documents, read as follows (unofficial translation):

**“Part 1: General provisions****Section 1 – Purpose and object**

The present Act is aimed at fostering transparency as to the tasks, organisation and activities of the authorities. To that end, it shall contribute to informing the public by providing access to official documents.

...

**Part 2: Right of access to official documents****Section 6 – Principle of transparency**

1. Any person shall have the right to consult official documents and obtain information as to their content from the authorities.
2. The person concerned may consult the official documents *in situ* or request a copy of them, without prejudice to the copyright legislation.
3. If the official documents have already been published by the Confederation in paper or electronic form, the conditions set out in paragraphs 1 and 2 shall be deemed to have been fulfilled.

**Section 7 – Exceptions**

1. The right of access shall be restricted, deferred or refused where access to an official document:
  - (a) is liable to interfere significantly with the process of free formation of opinions and intentions within an authority governed by the present Act, another legislative or administrative body or a judicial authority;
  - (b) interferes with the implementation of specific measures taken by an authority in accordance with its objectives;
  - (c) is liable to jeopardise the country’s internal or external security;
  - (d) is liable to jeopardise Swiss interests in the sphere of foreign policy and international relations;

...

2. The right of access shall be restricted, deferred or refused if access to an official document might interfere with the private sphere of a third party, unless the public interest in transparency is judged on an exceptional basis to carry greater weight.”

38. The Order of 10 December 1990 on the classification and processing of civil-authority information (Compendium of Federal Law 172.015), in force at the material time, defines the different levels of classification (unofficial translation):

**“Part 1: General provisions****Section 1 – Object**

The present Order lays down the provisions on maintaining secrecy applicable to civil-authority information (hereinafter ‘information’) which, in the higher interests of the State, must not be passed on temporarily to other persons or be disclosed; it does so by

means of instructions on the manner in which such information is to be classified and processed.

...

## **Part 2: Classification**

### **Section 5 – Categories of classification**

The body which issues the information (hereinafter ‘the issuing body’) shall classify it on the basis of the level of protection it requires. There shall be only two categories of classification: ‘secret’ and ‘confidential’.

### **Section 6 – ‘Secret’ information**

The following information is to be classified as ‘secret’:

- (a) information which, if it became known to unauthorised persons, could seriously damage Switzerland’s external relations or jeopardise the implementation of measures designed to protect the country’s internal and external security and aimed, for instance, at maintaining government activity during an emergency or ensuring vital supplies;
- (b) information to which only a very small number of persons have access.

### **Section 7 – ‘Confidential’ information**

1. Information within the meaning of section 6 which is of less significance and to which, normally speaking, a greater number of people have access shall be classified as ‘confidential’.

2. A ‘confidential’ classification shall also be given to information which, if it became known to unauthorised persons, might enable them to:

- (a) interfere with the activities of the government;
- (b) frustrate the implementation of important measures by the State;
- (c) betray manufacturing secrets or important commercial secrets;
- (d) frustrate the course of criminal proceedings;
- (e) undermine the security of major infrastructure.

### **Section 8 – Persons authorised to classify information**

Heads of department, the Federal Chancellor, secretaries general, office directors and their deputies shall be responsible for classifying information and amending or removing classification. They may delegate their powers in certain cases.”

This Order was subsequently replaced by the Order of 4 July 2007 on the protection of federal information (Compendium of Federal Law 510.411), which came into force on 1 August 2007.

## **B. International law and practice**

39. On 19 December 2006 the four special representatives on freedom of expression (Mr Ambeyi Ligabo, United Nations Special Rapporteur on

Freedom of Opinion and Expression; Mr Miklos Haraszti, OSCE Representative on Freedom of the Media; Mr Ignacio J. Alvarez, Organisation of American States (OAS) Special Rapporteur on Freedom of Expression; and Ms Faith Pansy Tlakula, African Commission on Human and Peoples' Rights (ACHPR) Special Rapporteur on Freedom of Expression) adopted a joint declaration. The following is an extract from the declaration:

“Journalists should not be held liable for publishing classified or confidential information where they have not themselves committed a wrong in obtaining it. It is up to public authorities to protect the legitimately confidential information they hold.”

40. On 19 April 2007 the Parliamentary Assembly of the Council of Europe adopted a resolution on espionage and divulging State secrets. The paragraphs of relevance to the present case read as follows:

**“Fair-trial issues in criminal cases concerning espionage or divulging State secrets (Resolution 1551 (2007))**

1. The Parliamentary Assembly finds that the State’s legitimate interest in protecting official secrets must not become a pretext to unduly restrict the freedom of expression and of information, international scientific cooperation and the work of lawyers and other defenders of human rights.

2. It recalls the importance of freedom of expression and of information in a democratic society, in which it must be possible to freely expose corruption, human rights violations, environmental destruction and other abuses of authority.

...

5. The Assembly notes that legislation on official secrecy in many Council of Europe member States is rather vague or otherwise overly broad in that it could be construed in such a way as to cover a wide range of legitimate activities of journalists, scientists, lawyers or other human rights defenders.

6. ... For its part, the European Court of Human Rights found ‘disproportionate’ an injunction against the publication in the United Kingdom of newspaper articles reporting on the contents of a book (*Spycatcher*) that allegedly contained secret information, as the book was readily available abroad.

...

9. It calls on the judicial authorities of all countries concerned and on the European Court of Human Rights to find an appropriate balance between the State interest in preserving official secrecy on the one hand, and freedom of expression and of the free flow of information on scientific matters, and society’s interest in exposing abuses of power on the other hand.

10. The Assembly notes that criminal trials for breaches of State secrecy are particularly sensitive and prone to abuse for political purposes. It therefore considers the following principles as vital for all those concerned in order to ensure fairness in such trials:

10.1. information that is already in the public domain cannot be considered as a State secret, and divulging such information cannot be punished as espionage, even if the person concerned collects, sums up, analyses or comments on such information. The same applies to participation in international scientific cooperation, and to the exposure of corruption, human rights violations, environmental destruction or other abuses of public authority (whistle-blowing);

10.2. legislation on official secrecy, including lists of secret items serving as a basis for criminal prosecution must be clear and, above all, public. Secret decrees establishing criminal liability cannot be considered compatible with the Council of Europe's legal standards and should be abolished in all member States;

..."

41. As regards the classification of Council of Europe documents, Committee of Ministers Resolution Res(2001)6 of 12 June 2001 on access to Council of Europe documents articulates a clear principle: that of publishing information, with classification only in exceptional cases. Accordingly, it defines four categories of classification: (1) documents not subject to any particular classification, which are public; (2) documents classified as "restricted"; (3) documents classified as "confidential"; and (4) documents classified as "secret". No definition exists which would enable documents to be classified according to their content. The principle of transparency promoted by Resolution Res(2001)6 has ultimately resulted in publication becoming the norm. It seems that, since its adoption, no Committee of Ministers document has been classified as "secret".

42. The United Nations Human Rights Committee, in concluding observations adopted in 2001, criticised the implementation of the Official Secrets Act by the United Kingdom authorities and its impact on the activities of journalists (Concluding Observations, doc. CCPR/CO/73/UK of 6 December 2001):

"...

21. The Committee is concerned that powers under the Official Secrets Act 1989 have been exercised to frustrate former employees of the Crown from bringing into the public domain issues of genuine public concern, and to prevent journalists from publishing such matters.

The State Party should ensure that its powers to protect information genuinely related to matters of national security are narrowly utilised, and limited to instances where it has been shown to be necessary to suppress release of the information."

43. In the *Claude Reyes et al. v. Chile* case before the Inter-American Court of Human Rights (19 September 2006, Series C no. 151), the Inter-American Commission on Human Rights submitted as follows:

"58. ... The disclosure of State-held information should play a very important role in a democratic society, because it enables civil society to control the actions of the government to which it has entrusted the protection of its interests. ..."

The Inter-American Court of Human Rights found as follows:

“84. ... In several resolutions, the OAS General Assembly has considered that access to public information is an essential requisite for the exercise of democracy, greater transparency and responsible public administration and that, in a representative and participative democratic system, the citizenry exercises its constitutional rights through a broad freedom of expression and free access to information.

...

86. In this regard, the State’s actions should be governed by the principles of disclosure and transparency in public administration that enable all persons subject to its jurisdiction to exercise the democratic control of those actions, and so that they can question, investigate and consider whether public functions are being performed adequately. ...

87. Democratic control by society, through public opinion, fosters transparency in State activities and promotes the accountability of State officials in relation to their public activities. ...”

### **C. Comparative law and practice**

44. Mr Christos Pourgourides, rapporteur on Resolution 1551 (2007) of 19 April 2007 (see paragraph 40 above), carried out a comparative study of legislation concerning State secrets in the member States of the Council of Europe. In his report he stressed that the disclosure of certain types of classified information appeared to be punishable in all countries, but with a wide variety of approaches being adopted. The report also made reference to the methods of classification used. Below are some extracts from the report:

“57. Generally speaking, one can identify three basic approaches: the first consists in a short and general definition of the notion of official or State secret (or equivalent), presumably to be filled in on a case-by-case basis. The second involves lengthy and more detailed lists of specific types of classified information. The third approach combines the other two by defining general areas in which information may be classified as secret, and then relying upon subsequent administrative or ministerial decrees to fill in more specifically which types of information are in fact to be considered as secret.

...

59. There are, of course, many other differences among the States’ legislation that I need not dwell on. Some States (Austria and Germany, for example) distinguish between ‘official secrets’ and ‘State secrets’, whose violation is sanctioned more heavily. Most States also distinguish different degrees of secrecy (classified or restricted, secret, top secret, etc.). There are also differences in the harshness of penalties foreseen, which may be limited to fines in less serious cases. Some statutes distinguish between duties of civil servants and those of ordinary citizens. Some expressly penalise disclosure through negligence, others require criminal intent. For our specific purpose, these differences are immaterial.

...

68. To sum up, each of these legislative approaches allows for reasonable responses to the difficult task of specifying in advance the types of information that the State has a legitimate interest in protecting, while nonetheless respecting the freedom of information and the need for legal security. But any administrative or ministerial decrees giving content to more generally worded statutes must at the very least be publicly accessible. Also, in the absence of a vigilant and truly independent judiciary, and of independent media that are ready to expose any abuses of power, all legislative schemes reviewed are liable to abuse.”

## THE LAW

### ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 10 OF THE CONVENTION

45. The applicant alleged that his conviction for publication of “secret official deliberations” had infringed his right to freedom of expression within the meaning of Article 10 of the Convention. Article 10 provides:

“1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This Article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises.

2. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.”

#### **A. Whether there was interference**

46. The Chamber considered, and it was not disputed, that the applicant’s conviction amounted to “interference” with the exercise of his freedom of expression.

47. The Court sees no reason to depart from the Chamber’s findings on this point.

#### **B. Whether the interference was justified**

48. Such interference will be in breach of Article 10 unless it fulfils the requirements of paragraph 2 of that Article. It therefore remains to be determined whether the interference was “prescribed by law”, pursued one or more of the legitimate aims referred to in paragraph 2 and was “necessary in a democratic society” in order to achieve them.



1. *“Prescribed by law”*

49. The Chamber considered that the applicant’s conviction had been based on Article 293 of the Criminal Code (see paragraph 35 above).

50. The parties did not challenge that conclusion. The Court, for its part, sees no reason to adopt a different stance.

2. *Legitimate aims*

**(a) The Chamber judgment**

51. The Chamber simply noted that the parties agreed that the impugned measure had been designed to prevent the “disclosure of information received in confidence”. Accordingly, it did not consider it necessary to examine whether the fine imposed on the applicant pursued any of the other aims referred to in Article 10 § 2.

**(b) The parties’ submissions**

52. The applicant accepted that preventing the “disclosure of information received in confidence” was one of the grounds which justified interference with the rights guaranteed by Article 10. However, he did not share the respondent Government’s view that publication of the paper had jeopardised “national security” and “public safety”. In his view, the disclosure of the report had not been liable to undermine the country’s fundamental and vital interests. In addition, the applicant argued that Article 293 of the Swiss Criminal Code did not encompass the protection of the rights of others and hence, in the instant case, the reputation of the ambassador who had written the report in question. He added that the relevant authorities had not instituted any defamation proceedings against him, although they could have done so.

53. The Government contended that the criminal sanction imposed on the applicant had been aimed not only at “preventing the disclosure of information received in confidence”, but also at protecting “national security” and “public safety”, given that the remarks by the report’s author had been made against a highly sensitive political background. They shared the view of the Press Council that publication of the report had also been apt to damage the reputation and credibility of the report’s author in the eyes of his negotiating partners (“protection of the reputation or rights of others”).

**(c) The Court’s assessment**

54. The Court is not satisfied that the penalty imposed on the applicant was aimed at protecting “national security” and “public safety”. In any event it must be pointed out that the domestic authorities

did not institute criminal proceedings against the applicant or third parties for offences or crimes consisting in activities which posed a threat to those interests. It is true that criminal proceedings based on Article 293 of the Criminal Code may involve issues relating to “national security” and “public safety”. However, the Court points out that the Zürich District Court, in its judgment of 22 January 1999, accepted that there had been extenuating circumstances, taking the view that the disclosure of the confidential paper had not undermined the country’s very foundations. Moreover, these concepts need to be applied with restraint and to be interpreted restrictively and should be brought into play only where it has been shown to be necessary to suppress release of the information for the purposes of protecting national security and public safety (see, along the same lines, the observations of the United Nations Human Rights Committee, paragraph 42 above).

55. As to the “protection of the reputation or rights of others”, it should be noted that no criminal proceedings were instituted against the applicant for offences against honour, notably for insult or defamation.

56. On the other hand, the Court shares the Government’s view that the applicant’s conviction pursued the aim of preventing the “disclosure of information received in confidence” within the meaning of Article 10 § 2.

57. The Court considers it appropriate to deal here with a question of interpretation which, although not raised by the parties to the present case, is apt to give rise to confusion.

58. Whereas the French wording of Article 10 § 2 of the Convention talks of measures necessary “*pour empêcher la divulgation d’informations confidentielles*”, the English text refers to measures necessary “for preventing the disclosure of information received in confidence”. The latter wording might suggest that the provision relates only to the person who has dealings in confidence with the author of a secret document and that, accordingly, it does not encompass third parties, including persons working in the media.

59. The Court does not subscribe to such an interpretation, which it considers unduly restrictive. Given the existence of two texts which, although equally authentic, are not in complete harmony, it deems it appropriate to refer to Article 33 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, the fourth paragraph of which reflects international customary law in relation to the interpretation of treaties authenticated in two or more languages (see the *LaGrand* case, International Court of Justice, 27 June 2001, I.C.J. Reports 2001, § 101).

60. Under paragraph 3 of Article 33, “the terms of the treaty are presumed to have the same meaning in each authentic text”. Paragraph 4 states that when a comparison of the authentic texts discloses a difference of meaning which the application of Articles 31 and 32 does not remove, the meaning which best reconciles the texts, having regard to the object

and purpose of the treaty, is to be adopted (see, in this regard, *The Sunday Times v. the United Kingdom (no. 1)*, 26 April 1979, § 48, Series A no. 30, and *James and Others v. the United Kingdom*, 21 February 1986, § 42, Series A no. 98).

61. The Court accepts that clauses which allow interference with Convention rights must be interpreted restrictively. Nevertheless, in the light of paragraph 3 of Article 33 of the Vienna Convention, and in the absence of any indication to the contrary in the drafting history of Article 10, the Court considers it appropriate to adopt an interpretation of the phrase “preventing the disclosure of information received in confidence” which encompasses confidential information disclosed either by a person subject to a duty of confidence or by a third party and, in particular, as in the present case, by a journalist.

62. In view of the foregoing, the Court considers that the Government were entitled to invoke the legitimate aim of preventing the “disclosure of information received in confidence”.

3. *“Necessary in a democratic society”*

**(a) The Chamber judgment**

63. In the light of the Court’s case-law and taking into account among other considerations the interest of any democratic society in guaranteeing freedom of the press, the limited margin of appreciation left to States when information of public interest was at stake, the media coverage of the issue of unclaimed assets, the relatively low level of classification (“confidential”) and the fact that disclosure of the document in question was not, even in the estimation of the Swiss courts, likely to undermine the foundations of the State, the Chamber found that the applicant’s conviction had not been reasonably proportionate to the legitimate aim pursued (see paragraphs 44 to 59 of the Chamber judgment).

**(b) The parties’ submissions**

*(i) The applicant*

64. The applicant argued that the purely formal notion of secrecy, on which Article 293 of the Criminal Code was based and which had been confirmed by the Federal Court, had adverse consequences for freedom of expression. According to that provision, the publishing by an official of any document, regardless of its content, which had been declared secret or confidential had to be punished, without it being possible to review the compatibility of the penalty imposed with Article 10 of the Convention. In the applicant’s view, such a definition of secrecy was clearly at odds with the requirements of the Convention.

65. The applicant further maintained that the Swiss courts had punished the wrong person, since he had been penalised, as a journalist, for disclosing a report which he had obtained as the result of a leak by a government agent who enjoyed immunity from prosecution in the present case.

66. In addition, the applicant considered that Article 293 of the Criminal Code had always been applied selectively by the relevant authorities with the aim of preventing the disclosure of information concerning culpable conduct on the part of State officials or agents or problems in public administration. The provision in question had become an anachronism with the entry into force on 1 July 2006 of the Federal Administrative Transparency Act (see paragraph 37 above).

67. In the applicant's submission, Article 293 of the Criminal Code should be repealed, given that disclosure of the most sensitive information could be prosecuted on the basis of Article 276 of the Criminal Code (provocation and incitement to breach of military duty) or Article 86 (espionage and treason on account of a breach of military secrecy) and Article 106 (breach of military secrecy) of the Military Criminal Code. Finally, journalists could also be convicted under Articles 24 and 320 of the Criminal Code of instigating a breach of official secrecy.

68. The applicant did not question the principle that the activities of the diplomatic corps merited protection. However, he considered it dangerous to confer absolute immunity on the members of the diplomatic corps in relation to all types of information. He referred to the proceedings based on Article 293 of the Criminal Code currently being brought against journalists in Switzerland accused of having disclosed information from the Swiss secret services concerning the existence of secret CIA detention centres in Europe.

69. In the applicant's opinion, only State secrets considered to be of particular importance could take precedence over freedom of expression within the meaning of Article 10. That certainly did not apply in the present case. He doubted whether the content of the paper had been liable to reveal a State secret whose disclosure might compromise "national security" or "public safety" in Switzerland. The views set forth in the two articles had been of too general a nature to weaken the position of the Swiss delegation in its talks with the Jewish organisations.

70. The applicant further submitted that disclosure of the report had sparked a useful debate as to whether Mr Jagmetti was the right person to be conducting the negotiations with representatives of the Jewish organisations. Moreover, the publication of the report had been the reason for the ambassador's resignation the following day. Publication had clearly contributed to the adoption of a more sensitive approach by the Swiss authorities towards the delicate issue of unclaimed assets. At the same time, it had demonstrated that the Swiss authorities had no

clear and coherent position at that stage as to Switzerland's responsibility in the matter and the precise strategy to be adopted in respect of the claims which had arisen.

71. The applicant was of the opinion that, in view of the importance and topical nature of the negotiations on the issue of unclaimed assets, the public had an interest in receiving more information about how those dealing with the issue in the Department of Foreign Affairs intended to conduct the negotiations with a view to an agreement on the subject of complaints against Swiss banks and financial institutions. In that connection, he considered the attitude and views of Mr Jagmetti, who he argued had occupied a key role in relation to the unclaimed assets, to be particularly revealing.

72. As far as journalists' ethical responsibilities were concerned, the applicant did not deny that the articles could have been presented in a more balanced manner. At the same time, he made the point that he had not had much time to write the articles and had to comply with certain requirements concerning their length. He had therefore decided to concentrate on the way in which the ambassador had expressed himself rather than on the content of the report. This was, moreover, perfectly in line with the commentary by the newspaper's editor published in the same newspaper.

73. While the articles may have appeared shocking in places, the aim had been precisely to highlight the language used by Mr Jagmetti in his report, which, in the applicant's view, was unfitting for a senior representative of the Swiss Confederation and scarcely compatible with official Swiss foreign policy.

74. In addition, the applicant considered it essential to highlight the nature and functions of the Press Council, which was a private-law body created by four associations of journalists, the aim of which was to supervise the conduct of persons working in the media in the light of the ethical standards it had devised. The Press Council had no powers of investigation or prosecution and, consequently, any negative findings it made were in no way binding on the criminal courts.

75. The applicant also noted that, while the offence for which the fine had been imposed was merely a "minor offence", it was nonetheless punishable by imprisonment. Although the fine he had been ordered to pay might appear to be small, it damaged his reputation as a journalist and might prevent him in the future from performing the vital role of watchdog played by the press in a democratic society.

*(ii) The Government*

76. In the Government's submission, the decisive factors in assessing the respondent State's margin of appreciation were the political context, the fact that the document in question had been written by an official who

had assumed that it would remain confidential, the form in which it had been published, the reasons given by the applicant for the latter, and the nature and severity of the penalty imposed.

77. It also had to be borne in mind that the domestic courts had subjected this delicate and sensitive case to close scrutiny and that the Federal Court, after holding a hearing, had delivered two judgments, including the judgment concerning the appeal on grounds of nullity which had been published in the Federal Court Reports (BGE 126 IV 236-55). When it came to assessing the extent of the authorities' margin of appreciation, the fact that the matter had been examined in depth at the domestic level should also be taken into account. Such examination was vital to the operation of the principle of subsidiarity, a fact which should prompt the Court to show restraint.

78. The Government argued that the crucial factor determining the margin of appreciation of the domestic authorities was not the nature and importance of the position held by the author of the document containing confidential information, but whether the person concerned had knowingly laid himself open to close scrutiny of his every word and deed, as was the case with politicians. In the instant case it was clear that Ambassador Jagmetti had quite reasonably assumed that his report would remain confidential.

79. The Government further pointed out that the confidentiality of all diplomatic correspondence was enshrined in Articles 24 to 27 of the Vienna Convention on Diplomatic Relations of 18 April 1961 as an absolute principle of international customary law. Although the Treaty did not provide for any criminal penalties to be imposed for a breach of its articles, the principle of *pacta sunt servanda* and the rules on States' international liability for unlawful acts meant that the States party to the 1961 Vienna Convention were obliged to honour the undertakings entered into under that instrument.

80. In the Government's view, the applicant had covered only the "deal" option in his two articles. It was vital to ensure that negotiations of that nature, like any negotiations concerning a friendly settlement, could be prepared in a climate of strict confidentiality. In addition, the applicant's articles had been published only five weeks after Mr Jagmetti's report was written, at a time when the talks between the different parties had already begun.

81. The ambassador's remarks had been made against a highly sensitive political background. Their disclosure had jeopardised Switzerland's position and had threatened, in particular, to compromise the negotiations in which it was engaged at the time on the delicate issue of unclaimed assets.

82. Publication of Mr Jagmetti's report had taken place at a particularly delicate juncture. The applicant had, in biased and

incomplete fashion, disclosed one of the options for defending the national interest being proposed in confidence to the Federal Council and the task force. At the time of its publication, the document was already more than a month old and talks had already begun on setting up a fund for Holocaust victims. Publication of the document had therefore been liable to cause serious damage to the country's interests.

83. In the Government's view, the chief intention of the applicant – who had himself described the content of the strategy paper as “unremarkable” – had not been to contribute to a debate of public interest, but to cause a sensation centred first and foremost on Ambassador Jagmetti. Hence, the domestic courts had not accepted the existence of reasons, not prescribed by law, which might have justified disclosure in breach of Article 293 of the Criminal Code on the grounds of “protecting legitimate interests”.

84. The Government pointed out that the editors of the *Sonntags-Zeitung* had themselves acknowledged that it would have been preferable to publish the text of the document in full, but had claimed that it had not been possible for technical reasons, an argument which the Press Council had considered “spurious”. In the Government's view, the Chamber had not explained with sufficient clarity why the principle of publication in full, the importance and value of which were firmly established in the Court's case-law, had not been applied in the instant case.

85. In addition, the effect produced by publishing only certain extracts from the paper in isolation from their context had been heightened by the tone and presentation of the applicant's articles. The Press Council had stated that “the newspaper unnecessarily made the affair appear shocking and, by its use of the headline ‘Ambassador Jagmetti insults the Jews’, misled the reader and made it appear that the remarks had been made the previous day”. The applicant's duties and responsibilities as a journalist meant that he should have made clear that the document was already five weeks old.

86. The Government also considered it revealing that it had been the Press Council, a private, independent body set up by the press, which had criticised the applicant for a lack of professionalism and for acting in breach of the “Declaration on the rights and responsibilities of journalists”. Moreover, other newspapers had distanced themselves from the articles written by the applicant, both in formal terms, by publishing the strategy paper in its near-entirety, and in terms of substance, by criticising vehemently the publication of a confidential document.

87. With regard to the nature and severity of the penalty imposed, the Government pointed to the Chamber's finding that, although the offence had been a minor one and the fine had been small (CHF 800), what mattered was not the mildness of the penalty but the fact that the

applicant had been convicted at all. In the Government's view, these two elements were difficult to reconcile.

**(c) The submissions of the third-party interveners**

*(i) The French Government*

88. The French Government shared the Swiss Government's view and expressed surprise that the case-law developed by the Court in relation to politicians, which was justified by the willingness of the latter to lay themselves open to press criticism, should be applied to an official writing a confidential report. They considered that ambassadors did not inevitably and knowingly lay themselves open to close scrutiny of their every word and deed by both journalists and the population at large, still less so in the context of a confidential report.

89. They shared the view of the Chamber's minority that there was no country in which diplomatic reports were not confidential. They further argued that ambassadors abroad should be able to communicate with their governments and express themselves freely and without constraints, without having to use with their own authorities the "diplomatic language" which was essential in relations between countries.

90. Moreover, if the approach taken by the Chamber judgment were followed, and diplomats were to run the risk of finding the memoranda they had written to their governments printed in the newspapers, they would most likely limit their communications either in substance or in form; this would inevitably distort the information received by States through these channels and hence detract from the quality and relevance of their foreign policies. Consequently, in the French Government's view, disclosures of this kind undoubtedly undermined the authority of diplomats posted abroad and, as a result, affected relations between States.

91. The French Government were not convinced by the Chamber's argument that the question whether the matter was of public interest should be assessed in the context of the "media coverage of the issue concerned" (see paragraph 49 of the Chamber judgment). In their view, this reasoning was flawed on two counts. Firstly, that would mean that the press itself, through its coverage of an issue, would determine the limits of its own freedom of expression; secondly, there were very few reports from ambassadors to their governments which did not deal with subjects of public interest.

92. In the view of the French Government, the Chamber had made a clear finding in the instant case that the requirements of journalistic ethics had not been complied with, as observed by the Press Council, but had not drawn the appropriate conclusions.



93. The French Government contended that the reasons given for the Chamber's decision had rendered nugatory the examination of the proportionality of the interference. This was all the more open to criticism since the aim pursued by States in seeking to protect the confidentiality of certain documents, and in particular diplomatic papers, was to safeguard not individual private interests but the wider interests of the State and the harmony of international relations.

*(ii) The Slovakian Government*

94. In the view of the Slovakian Government, Article 10 § 2 also covered information classified merely as "confidential", and hence of a lesser degree of confidentiality according to the Court's case-law.

95. The Slovakian Government were of the opinion that no legal system allowed journalists access to diplomatic papers. Hence, refusing to grant a request for access could not amount to a violation of Article 10.

96. They further argued that diplomatic correspondence enabled diplomatic services to exchange information on developments occurring in international relations or domestically which had implications for the country's foreign policy.

97. They did not share the Chamber's view that publication of a confidential document should be allowed if it did not jeopardise "national security" or "public safety" or undermine the country's very foundations.

98. The Slovakian Government took the view that the applicant had published only extracts from the paper in which the ambassador had expressed himself in non-neutral terms, thus making the articles shocking and sensational.

99. In the Slovakian Government's view, the applicant had clearly been aware that he had obtained a copy of the confidential document purely as a result of a breach of official secrecy by a third party.

100. They considered that the breach of journalistic rules found by the Chamber needed to be examined more closely by the Grand Chamber. Furthermore, the Chamber judgment, which had given inadequate consideration to the breach of those rules, pushed the boundaries of freedom of expression too far and was liable to have considerable negative repercussions in the future.

**(d) The Court's assessment**

*(i) Principles developed by the Court*

101. The main issue to be determined is whether the interference was "necessary in a democratic society". The fundamental principles in that regard are well established in the Court's case-law and have been summed up as follows (see, for example, *Hertel v. Switzerland*, 25 August

1998, § 46, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-VI, and *Steel and Morris v. the United Kingdom*, no. 68416/01, § 87, ECHR 2005-II):

“(i) 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 ...

(ii) 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.

(iii) The Court’s task, in exercising its supervisory jurisdiction, is not to take the place of the competent national authorities but rather to review under Article 10 the decisions they delivered pursuant to their power of appreciation. This does not mean that the supervision is limited to ascertaining whether the respondent State exercised its discretion reasonably, carefully and in good faith; what the Court has to do is to look at the interference complained of in the light of the case as a whole and determine whether it was ‘proportionate to the legitimate aim pursued’ and whether the reasons adduced by the national authorities to justify it are ‘relevant and sufficient’ ... In doing so, the Court has to satisfy itself that the national authorities applied standards which were in conformity with the principles embodied in Article 10 and, moreover, that they relied on an acceptable assessment of the relevant facts ...”

102. The Court further reiterates that all persons, including journalists, who exercise their freedom of expression undertake “duties and responsibilities”, the scope of which depends on their situation and the technical means they use (see, for example, *Handyside v. the United Kingdom*, 7 December 1976, § 49 *in fine*, Series A no. 24). Thus, notwithstanding the vital role played by the press in a democratic society, journalists cannot, in principle, be released from their duty to obey the ordinary criminal law on the basis that Article 10 affords them protection. Paragraph 2 of Article 10 does not, moreover, guarantee a wholly unrestricted freedom of expression even with respect to press coverage of matters of serious public concern (see, for example, *Bladet Tromsø and Stensaas v. Norway* [GC], no. 21980/93, § 65, ECHR 1999-III, and *Monnat v. Switzerland*, no. 73604/01, § 66, ECHR 2006-X).

103. Hence, the safeguard afforded by Article 10 to journalists in relation to reporting on issues of general interest is subject to the proviso

that they are acting in good faith and on an accurate factual basis and provide “reliable and precise” information in accordance with the ethics of journalism (see, for example, *Fressoz and Roire v. France* [GC], no. 29183/95, § 54, ECHR 1999-I; *Monnat*, cited above, § 67; and *Pedersen and Baadsgaard v. Denmark* [GC], no. 49017/99, § 78, ECHR 2004-XI).

104. These considerations play a particularly important role nowadays, given the influence wielded by the media in contemporary society: not only do they inform, they can also suggest by the way in which they present the information how it is to be assessed. In a world in which the individual is confronted with vast quantities of information circulated via traditional and electronic media and involving an ever-growing number of players, monitoring compliance with journalistic ethics takes on added importance. (As regards the principle, well established in the Court’s case-law, whereby the Convention must be interpreted in the light of present-day conditions, see, for example, *Tyrer v. the United Kingdom*, 25 April 1978, § 31, Series A no. 26; *Airey v. Ireland*, 9 October 1979, § 26, Series A no. 32; *Vo v. France* [GC], no. 53924/00, § 82, ECHR 2004-VIII; and *Mamatkulov and Askarov v. Turkey* [GC], nos. 46827/99 and 46951/99, § 121, ECHR 2005-I.)

105. Where freedom of the “press” is at stake, the authorities have only a limited margin of appreciation to decide whether a “pressing social need” exists (see, by way of example, *Editions Plon v. France*, no. 58148/00, § 44, third sub-paragraph, ECHR 2004-IV).

106. Furthermore, there is little scope under Article 10 § 2 of the Convention for restrictions on political speech or on debate of questions of public interest (see, for example, *Wingrove v. the United Kingdom*, 25 November 1996, § 58, *Reports* 1996-V). The most careful scrutiny on the part of the Court is called for when, as in the present case, the measures taken or sanctions imposed by the national authority are capable of discouraging the participation of the press in debates over matters of legitimate public concern (see, for example, *Bladet Tromsø and Stensaas*, cited above, § 64, and *Jersild v. Denmark*, 23 September 1994, § 35, Series A no. 298).

107. However, while it appears that all the member States of the Council of Europe have adopted rules aimed at preserving the confidential or secret nature of certain sensitive items of information and at prosecuting acts which run counter to that aim, the rules vary considerably not just in terms of how secrecy is defined and how the sensitive areas to which the rules relate are managed, but also in terms of the practical arrangements and conditions for prosecuting persons who disclose information illegally (see the comparative study by Mr Christos Pourgourides, paragraph 44 above). States can therefore claim a certain margin of appreciation in this sphere.

(ii) *Application of those principles to the present case*

- (α) The issue at stake in the present case: dissemination of confidential information

108. In the present case the domestic courts ordered the applicant to pay a fine of CHF 800 for having made public “secret official deliberations” within the meaning of Article 293 of the Criminal Code. In the view of the Swiss courts, the applicant had committed an offence by virtue of having published in a weekly newspaper a confidential report written by Switzerland’s ambassador to the United States. The report had dealt with the strategy to be adopted by the Swiss government in the negotiations between, among others, the World Jewish Congress and Swiss banks concerning compensation due to Holocaust victims for unclaimed assets deposited in Swiss banks.

109. Hence, the issue under consideration is the dissemination of confidential information, a sphere in which the Court and the Commission have already had occasion to rule, albeit in circumstances often different to those in the instant case (see, in particular, *Z. v. Switzerland*, no. 10343/83, Commission decision of 6 October 1983, Decisions and Reports 35, p. 224; *Weber v. Switzerland*, 22 May 1990, Series A no. 177; *Observer and Guardian v. the United Kingdom*, 26 November 1991, Series A no. 216; *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland*, 29 October 1992, Series A no. 246-A; *Hadjianastassiou v. Greece*, 16 December 1992, Series A no. 252; *Vereniging Weekblad Bluf! v. the Netherlands*, 9 February 1995, Series A no. 306-A; *Fressoz and Roire*, cited above; *Editions Plon*, cited above; *Tourancheau and July v. France*, no. 53886/00, 24 November 2005; *Dammann v. Switzerland*, no. 77551/01, 25 April 2006; and *Leempoel & S.A. ED. Ciné Revue v. Belgium*, no. 64772/01, 9 November 2006).

110. The Court confirms at the outset the applicability of the above-mentioned principles to the present case. Press freedom assumes even greater importance in circumstances in which State activities and decisions escape democratic or judicial scrutiny on account of their confidential or secret nature. The conviction of a journalist for disclosing information considered to be confidential or secret may discourage those working in the media from informing the public on matters of public interest. As a result, the press may no longer be able to play its vital role as “public watchdog” and the ability of the press to provide accurate and reliable information may be adversely affected (see, *mutatis mutandis*, *Goodwin v. the United Kingdom*, 27 March 1996, § 39, *Reports* 1996-II).

111. This is confirmed in particular by the principle adopted within the Council of Europe whereby publication of documents is the rule and classification the exception (see paragraph 41 above and Resolution 1551 (2007) of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe on fair-

trial issues in criminal cases concerning espionage or divulging State secrets, paragraph 40 above). Similarly, the Inter-American Commission on Human Rights has taken the view that the disclosure of State-held information should play a very important role in a democratic society because it enables civil society to control the actions of the government to which it has entrusted the protection of its interests (see the submissions to the Inter-American Court of Human Rights in the *Claude Reyes et al. v. Chile* case, 19 September 2006, paragraph 43 above).

112. In order to ascertain whether the impugned measure was none the less necessary in the present case, a number of different aspects must be examined: the interests at stake ( $\beta$ ), the review of the measure by the domestic courts ( $\gamma$ ), the conduct of the applicant ( $\delta$ ) and whether the penalty imposed was proportionate ( $\epsilon$ ).

( $\beta$ ) The interests at stake

*The nature of the interests*

113. The present case differs from other similar cases in particular by virtue of the fact that the content of the paper in question had been completely unknown to the public (see, in particular, *Fressoz and Roire*, cited above, § 53; *Observer and Guardian*, cited above, § 69; *Weber*, cited above, § 49; *Vereniging Weekblad Bluf!*, cited above, §§ 43 et seq.; *Open Door and Dublin Well Woman*, cited above, § 76; and *Editions Plon*, cited above, § 53).

114. In this context the Court shares the opinion of the Swiss and French Governments that the margin of appreciation of the domestic authorities in this case should not be determined by the nature and importance of the position held by the author of the document, in this instance a senior civil servant, given that the ambassador had assumed that the content of his report would remain confidential.

115. In addition, it should be noted that in the instant case, unlike other similar cases, the public's interest in being informed of the ambassador's views had to be weighed not against a private interest – since the report did not relate to the ambassador as a private individual – but against another public interest (see, conversely, *Fressoz and Roire*, cited above, § 53, on the subject of the declared income of a company's managing director and hence involving fiscal confidentiality). Finding a satisfactory solution to the issue of unclaimed funds, in which considerable sums of money were at stake, was not only in the interests of the government and the Swiss banks but, since it related to compensation due to Holocaust victims, also affected the interests of survivors of the Second World War and their families and descendants. In addition to the substantial financial interests involved, therefore, the matter also had a significant moral dimension which meant that it was of interest even to the wider international community.

116. Accordingly, in assessing in the instant case whether the measure taken by the Swiss authorities was necessary, it must be borne in mind that the interests being weighed against each other were both public in nature: the interest of readers in being informed on a topical issue and the interest of the authorities in ensuring a positive and satisfactory outcome to the diplomatic negotiations being conducted.

*The public interest in publication of the articles*

117. In the Court's view, the manner of reporting in question should not be considered solely by reference to the disputed articles in the *Sonntags-Zeitung*, but in the wider context of the media coverage of the issue (see, *mutatis mutandis*, *Bladet Tromsø and Stensaas*, cited above, § 63).

118. In this regard the Court shares the view of the Chamber that the information contained in the Swiss ambassador's paper concerned matters of public interest (see paragraph 49 of the Chamber judgment). The articles were published in the context of a public debate about a matter which had been widely reported in the Swiss media and had deeply divided public opinion in Switzerland, namely the compensation due to Holocaust victims for unclaimed assets deposited in Swiss bank accounts. The discussions on the assets of Holocaust victims and Switzerland's role in the Second World War had, in late 1996 and early 1997, been very heated and had an international dimension (see, *mutatis mutandis*, *Bladet Tromsø and Stensaas*, cited above, §§ 63 and 73).

119. The recent *Monnat* judgment (cited above), moreover, demonstrates the importance of the public debate and the deep divisions in Swiss public opinion on the question of the role actually played by Switzerland during the Second World War (*ibid.*, § 59). The Court notes that, in *Monnat*, the television documentary in question, which provoked such strong feeling and criticism among the Swiss public, was broadcast on 6 and 11 March 1997, that is, less than two months after the articles in the present case had been published on 26 January 1997 (*ibid.*, § 6). It should be pointed out that the Court found the admission of viewers' complaints by the Federal Court to be in breach of Article 10 of the Convention (*ibid.*, § 69).

120. In short, there can be no doubting the public interest in the issue of unclaimed funds, which was the subject of impassioned debate in Switzerland, especially around the time when the applicant's articles were published.

121. It is also important, in the Court's view, to examine whether the articles in question were capable of contributing to the public debate on this issue.

122. Like the Press Council, the Chamber took the view that publication of the document in question had revealed, among other

things, that the persons dealing with the matter had not yet formed a clear idea as to Switzerland's responsibility and what steps the government should take. The Chamber acknowledged that the public had a legitimate interest in receiving information about the officials dealing with such a sensitive matter and their negotiating style and strategy (see paragraph 49 of the Chamber judgment), such information affording the public one of the means of discovering and forming an opinion of the ideas and attitudes of political leaders (see, *mutatis mutandis*, in relation to politicians, *İbrahim Aksoy v. Turkey*, nos. 28635/95, 30171/96 and 34535/97, § 68 *in fine*, 10 October 2000, and *Lingens v. Austria*, 8 July 1986, § 42, Series A no. 103).

123. The Grand Chamber shares this view. In his report, the ambassador analysed the situation with regard to unclaimed assets and proposed some practical solutions. As the report covered a number of aspects, the fact that the applicant chose to concentrate almost exclusively on the personality of the ambassador and his individual style does not mean that his articles were of no relevance in the context of the public debate. In other words, the applicant could argue with some degree of legitimacy that it was important to inform the public of the bellicose language used by Ambassador Jagmetti, a major player in the negotiations, in order to contribute to the debate on the question of unclaimed funds.

124. In the Court's view, the impugned articles were capable of contributing to the public debate on the issue of unclaimed assets.

*The interests the domestic authorities sought to protect*

Confidentiality

125. The report in question was written by a high-ranking diplomat. In that connection, the Chamber explicitly acknowledged the interest in protecting diplomatic activity against outside interference.

126. The Court agrees with the Government and the third-party interveners that it is vital to diplomatic services and the smooth functioning of international relations for diplomats to be able to exchange confidential or secret information (see also paragraph 5 of the opinion of the Press Council, paragraph 24 above). Admittedly, the disclosure in issue is not covered by the provisions on the inviolability of archives and documents contained in the Vienna Convention on Diplomatic Relations (Articles 24 *et seq.*), referred to by the Government (see paragraph 79 above), which are designed to protect the archives and documents of the accredited State against interference from the receiving State or persons or entities under its jurisdiction. Nevertheless, the principles derived from those provisions demonstrate the importance of confidentiality in this sphere.

127. The Court also attaches some importance to the Government's argument, based on the opinion of the Press Council, that the publishing of a report written by an ambassador and classified as "confidential" or "secret" might not only have an adverse and paralysing effect on a country's foreign policy, but might also make the official concerned almost automatically *persona non grata* in the host country (see paragraph 5 of the opinion of the Press Council, paragraph 24 above). The fact that Ambassador Jagmetti resigned following publication of his report attests to this.

128. At the same time the Court would reiterate the principle whereby the Convention is intended to guarantee rights that are not theoretical or illusory, but practical and effective (see, for example, *Artico v. Italy*, 13 May 1980, § 33, Series A no. 37). This principle must also be adhered to when it comes to assessing interference with a right. Consequently, in order to appear legitimate, the arguments relied on by the opposing party must also address in a practical and effective manner the grounds set forth in the second paragraph of Article 10. As exceptions to the exercise of freedom of expression, these must be subjected to close and careful scrutiny by the Court. In other words, while the confidentiality of diplomatic reports is justified in principle, it cannot be protected at any price. Furthermore, like the Press Council, the Court takes the view that the media's role as critic and watchdog also applies to the sphere of foreign policy (see paragraph 5 of the opinion of the Press Council, paragraph 24 above). Accordingly, preventing all public debate on matters relating to foreign affairs by invoking the need to protect diplomatic correspondence is unacceptable.

129. Consequently, in weighing the interests at stake against each other, the content of the diplomatic report in question and the potential threat posed by its publication are of even greater importance than its nature and form.

#### Repercussions in the circumstances of the case

130. The Court notes that the Government did not succeed in demonstrating that the articles in question had actually prevented the Swiss government and Swiss banks from finding a solution to the problem of unclaimed assets which was acceptable to the opposing party. Nevertheless, that fact in itself cannot be a determining factor in the present case. What is important is to ascertain whether the disclosure of the report and/or the impugned articles were, at the time of publication, capable of causing "considerable damage" to the country's interests (see, *mutatis mutandis*, *Hadjianastassiou*, cited above, § 45 *in fine*, for a case concerning military interests and national security in the strict sense).



131. News is a perishable commodity and to delay its publication, even for a short period, may well deprive it of all its value and interest (see, for example, *Observer and Guardian*, cited above, § 60; *The Sunday Times v. the United Kingdom (no. 2)*, 26 November 1991, § 51, Series A no. 217; and *Association Ekin v. France*, no. 39288/98, § 56, ECHR 2001-VIII). Consequently, a journalist cannot in principle be required to defer publishing information on a subject of general interest without compelling reasons relating to the public interest or protection of the rights of others (see, for example, *Editions Plon*, cited above, § 53, with further references). The Court must determine whether this was the case here.

132. In that connection the Court is of the opinion that the disclosure of the extracts in question from the ambassador's report at that point in time could have had negative repercussions on the smooth progress of the negotiations in which Switzerland was engaged on two counts. Here, a distinction must be made between the content of the ambassador's remarks and the way in which they were presented.

133. Firstly, with regard to the content of the report, it should be observed that at the time the applicant's articles were published in the *Sonntags-Zeitung* the Swiss government had been engaged for several weeks in difficult negotiations aimed at finding a solution to the sensitive issue of unclaimed assets. The Court shares the view of the Swiss courts that the content of the document written by the ambassador was of some importance since it amounted to an assessment of the delicate situation which Switzerland would have to deal with at the end of 1997. The document proposed various strategies aimed at helping the respondent State find a way out of its predicament. It was thus intended to help the head of the task force to form his opinion and hence to influence the country's handling of the issue of unclaimed assets. As the Press Council rightly pointed out, reporting on what the ambassador thought and on what he based his opinions was very relevant (see paragraph 6 of the opinion of the Press Council, paragraph 24 above).

134. As to the formal aspect of the report, the language used by its author is clearly a consideration. While this may appear to be of secondary importance, the Court notes its case-law, according to which even factors which appear relatively unimportant may have serious consequences and cause "considerable damage" to a country's interests (see, *mutatis mutandis*, *Hadjianastassiou*, cited above, § 45).

135. In the present case the vocabulary used – which was considered bellicose by, among others, the Press Council – was clearly liable to provoke a negative reaction from the other parties to the negotiations, namely the World Jewish Congress and its American allies, and, in consequence, to compromise the successful outcome of negotiations which were regarded as difficult and which related to a particularly

sensitive subject. Suffice it to note, by way of example, that the ambassador expressed the view in his report that Switzerland's partners in the negotiations were "not to be trusted" but that it was just possible that "an actual deal might be struck" with them. What is more, he described them as "adversaries".

136. In view of the foregoing, the Court is of the opinion that the disclosure – albeit partial – of the content of the ambassador's report was capable of undermining the climate of discretion necessary to the successful conduct of diplomatic relations in general and of having negative repercussions on the negotiations being conducted by Switzerland in particular. Hence, given that they were published at a particularly delicate juncture, the articles written by the applicant were liable to cause considerable damage to the interests of the respondent party in the present case.

(γ) The review of the measure by the domestic courts

137. It is not for the Court to take the place of the States Parties to the Convention in defining their national interests, a sphere which traditionally forms part of the inner core of State sovereignty. However, considerations concerning the fairness of proceedings may need to be taken into account in examining a case of interference with the exercise of Article 10 rights (see, *mutatis mutandis*, *Steel and Morris*, cited above, § 95). Consequently, the Court must determine whether the purely formal notion of secrecy underlying Article 293 of the Criminal Code is compatible with the requirements of the Convention. In other words it must examine whether, in the instant case, this purely formal notion was binding upon the courts to the extent that they were prevented from taking into consideration the substantive content of the secret document in weighing up the interests at stake, as an inability to take that into consideration would act as a bar to their reviewing whether the interference with the rights protected by Article 10 of the Convention had been justified.

138. In its judgment of 5 December 2000 on the applicant's appeal on grounds of nullity, the Federal Court reaffirmed the formal definition of the notion of secrecy. At the same time that judgment makes clear that, since the introduction of paragraph 3 of Article 293 of the Criminal Code in 1997, the court hearing a criminal case must determine in advance whether the "secret" classification appears justified in the light of the purpose and content of the disclosed documents; the cantonal authorities complied with that requirement in the instant case (see, in particular, paragraph 8 of the Federal Court judgment, paragraph 33 above). In that regard the Federal Court explicitly acknowledged that Article 293 of the Criminal Code allowed the court to weigh up the interests at stake, even if

this did not have a bearing on the essential elements of the offence, and also to accept a possible extra-legal justification based on the protection of legitimate interests. In the instant case, however, the Federal Court found that no such justification existed, with the result that it was not required to answer the question whether the interest in maintaining the confidentiality of the strategy paper took precedence over the public interest in being informed of the extracts published in the newspapers. Nevertheless it considered that the substantive conclusions drawn by the cantonal authorities in that regard had been coherent and well-founded (see, in particular, paragraph 9 of the Federal Court judgment, paragraph 33 above).

139. In conclusion, given that the Federal Court verified whether the “confidential” classification of the ambassador’s report had been justified and weighed up the interests at stake, it cannot be said that the formal notion of secrecy on which Article 293 of the Criminal Code is based prevented the Federal Court, as the court of final instance, from determining in the instant case whether the interference in issue was compatible with Article 10.

(δ) The conduct of the applicant

140. As far as the ethics of journalism are concerned, a distinction must be made between two aspects in the instant case: the manner in which the applicant obtained the report in question and the form of the impugned articles.

*The manner in which the applicant obtained the report*

141. The Court considers that the manner in which a person obtains information considered to be confidential or secret may be of some relevance for the balancing of interests to be carried out in the context of Article 10 § 2. In that regard, the applicant submitted that the Swiss authorities had prosecuted and convicted the wrong person, since he had never been accused of having obtained the document in question by means of trickery or threats (see, *mutatis mutandis*, *Dammann*, cited above, § 55 *in fine*) and the officials responsible for the leak were never identified or punished.

142. It should be noted in that regard that the applicant was apparently not the person responsible for leaking the document. In any event, no proceedings were instituted on that basis by the Swiss authorities.

143. Furthermore, it is primarily up to States to organise their services and train staff in such a way as to ensure that no confidential or secret information is disclosed (see *Dammann*, cited above, § 55). In that regard, the authorities could have opened an investigation with a view to

prosecuting those responsible for the leak (see, *mutatis mutandis*, *Craxi v. Italy* (no. 2), no. 25337/94, § 75, 17 July 2003).

144. Nevertheless, the fact that the applicant did not act illegally in that respect is not necessarily a determining factor in assessing whether or not he complied with his duties and responsibilities. In any event, as a journalist, he could not claim in good faith to be unaware that disclosure of the document in question was punishable under Article 293 of the Criminal Code (see, *mutatis mutandis*, *Fressoz and Roire*, cited above, § 52).

*The form of the articles*

145. In the present case, the question whether the form of the articles published by the applicant was in accordance with journalistic ethics carries greater weight. In this regard the opinion of the Press Council, a specialised and independent body, is of particular importance.

146. The Court reiterates at the outset that Article 10 protects not only the substance of the ideas and information expressed, but also the form in which they are conveyed. Consequently, it is not for this Court, nor for the national courts for that matter, to substitute their own views for those of the press as to what technique of reporting should be adopted by journalists (see, for example, *Jersild*, cited above, § 31, and *De Haes and Gijssels v. Belgium*, 24 February 1997, § 48, *Reports* 1997-I).

147. Nevertheless, like the Press Council, the Court observes a number of shortcomings in the form of the published articles. Firstly, the content of the articles was clearly reductive and truncated. The Court has already observed that the applicant was entitled to concentrate in the articles on the ambassador's personality (see paragraphs 122-24 above); however, it cannot overlook the fact that the articles quoted at times isolated extracts from the report in question, taken out of context, and that they focused on only one of the strategies outlined by the ambassador, namely that of a "deal".

It would have been possible to accompany the articles in the *Sonntags-Zeitung* with the full text of the report, as the *Tages-Anzeiger* and the *Nouveau Quotidien* largely did the following day, and thus to allow readers to form their own opinion (see, *mutatis mutandis*, *Lopes Gomes da Silva v. Portugal*, no. 37698/97, § 35, ECHR 2000-X). The Court is not persuaded by the arguments advanced by the editors of the *Sonntags-Zeitung* that, on 25 January 1997, it would have been virtually impossible to add another page to the newspaper and that plans to publish the full text on the Internet were abandoned owing to technical problems.

148. Secondly, the vocabulary used by the applicant tends to suggest that the ambassador's remarks were anti-Semitic. Admittedly, freedom of the press covers possible recourse to a degree of exaggeration, or even provocation (see, for example, *Prager and Oberschlick v. Austria*, 26 April

1995, § 38, Series A no. 313). The fact remains that the applicant, in capricious fashion, started a rumour which related directly to one of the very phenomena at the root of the issue of unclaimed assets, namely the atrocities committed against the Jewish community during the Second World War. The Court reiterates the need to deal firmly with allegations and/or insinuations of that nature (see, *mutatis mutandis*, *Lehideux and Isorni v. France*, 23 September 1998, § 53, *Reports* 1998-VII, and *Garaudy v. France* (dec.), no. 65831/01, ECHR 2003-IX). Moreover, the rumour in question most likely contributed to the ambassador's resignation.

149. Thirdly, the way in which the articles were edited seems hardly fitting for a subject as important and serious as that of the unclaimed funds. The sensationalist style of the headings and sub-headings is particularly striking ("Ambassador Jagmetti insults the Jews – Secret document: Our adversaries are not to be trusted" and "The ambassador in bathrobe and climbing boots puts his foot in it – Swiss Ambassador Carlo Jagmetti's diplomatic blunderings"; for the German titles, see paragraphs 18 and 19 above). In the Court's view, it is of little relevance whether the headings were chosen by the applicant or the newspaper's editors. The picture on page 7 of the *Sonntags-Zeitung* of 26 January 1997 accompanying the second article, which showed the ambassador in a bathrobe (see paragraph 19 above), seems to confirm the trivial nature of the applicant's articles, in clear contrast to the seriousness of the subject matter. Moreover, the headings, sub-headings and picture in question have no obvious link to the subject matter but have the effect of reinforcing the reader's impression of someone ill-fitted to hold diplomatic office.

150. Fourthly, the articles written by the applicant were also inaccurate and likely to mislead the reader by virtue of the fact that they did not make the timing of the events sufficiently clear. In particular, they created the impression that the document had been written on 25 January 1997, whereas in fact it had been written over four weeks earlier on 19 December 1996 (see also the criticism made by the Press Council in paragraph 7 of its opinion, paragraph 24 above).

151. In view of the above considerations, and having regard also to the fact that one of the articles was placed on the front page of a Swiss Sunday newspaper with a large circulation, the Court shares the opinion of the Government and the Press Council that the applicant's chief intention was not to inform the public on a topic of general interest but to make Ambassador Jagmetti's report the subject of needless scandal. It is therefore easy to understand why the Press Council, in its conclusions, criticised the newspaper clearly and firmly for the form of the articles as being in clear breach of the "Declaration on the rights and responsibilities of journalists" (see paragraph 7 of the opinion of the Press Council and point 5 of its findings, paragraph 24 above).

152. Accordingly, the Court considers that the truncated and reductive form of the articles in question, which was liable to mislead the reader as to the ambassador's personality and abilities, considerably detracted from the importance of their contribution to the public debate protected by Article 10 of the Convention.

(e) Whether the penalty imposed was proportionate

153. The Court reiterates that the nature and severity of the penalty imposed are further factors to be taken into account when assessing the proportionality of interference (see, for example, *Sürek v. Turkey (no. 1)* [GC], no. 26682/95, § 64, second sub-paragraph, ECHR 1999-IV, and *Chauvy and Others v. France*, no. 64915/01, § 78, ECHR 2004-VI).

154. Furthermore, the Court must be satisfied that the penalty does not amount to a form of censorship intended to discourage the press from expressing criticism. In the context of a debate on a topic of public interest, such a sanction is likely to deter journalists from contributing to public discussion of issues affecting the life of the community. By the same token, it is liable to hamper the press in performing its task as purveyor of information and public watchdog (see, *mutatis mutandis*, *Barthold v. Germany*, 25 March 1985, § 58, Series A no. 90; *Lingens*, cited above, § 44; and *Monnat*, cited above, § 70). In that connection, the fact of a person's conviction may in some cases be more important than the minor nature of the penalty imposed (see, for example, *Jersild*, cited above, § 35, first sub-paragraph; *Lopes Gomes da Silva*, cited above, § 36; and *Dammann*, cited above, § 57).

155. On the other hand, a consensus appears to exist among the member States of the Council of Europe on the need for appropriate criminal sanctions to prevent the disclosure of certain confidential items of information (see paragraph 44 above).

156. In the instant case it should be observed that the penalty imposed on the applicant could hardly be said to have prevented him from expressing his views, coming as it did after the articles had been published (see, by converse implication, *Observer and Guardian*, cited above, § 60).

157. In addition, the amount of the fine (CHF 800, or approximately EUR 476 at the current exchange rate) was relatively small. Moreover, it was imposed for an offence coming under the head of "minor offences" within the meaning of Article 101 of the Criminal Code as in force at the relevant time, which constituted the lowest category of acts punishable under the Swiss Criminal Code. More severe sanctions, even going as far as a custodial sentence, apply to the same offence both under Article 293 of the Criminal Code and in the laws of other Council of Europe member States (see paragraph 59 of the comparative study by Mr Christos Pourgourides, paragraph 44 above).

158. The Zürich District Court, in its judgment of 22 January 1999, also accepted the existence of extenuating circumstances and took the view that the disclosure of the confidential paper had not undermined the very foundations of the State.

159. It is true that no action was taken to prosecute the journalists who, the day after the applicant's articles appeared, published the report in part and even in full, and therefore, on the face of it, revealed much more information considered to be confidential. However, that fact in itself does not make the sanction imposed on the applicant discriminatory or disproportionate. Firstly, the applicant was the first to disclose the information in question. Secondly, the principle of discretionary prosecution leaves States considerable room for manoeuvre in deciding whether or not to institute proceedings against someone thought to have committed an offence. In a case such as the present one they have the right, in particular, to take account of considerations of professional ethics.

160. Lastly, as regards the possible deterrent effect of the fine, the Court takes the view that, while this danger is inherent in any criminal penalty, the relatively modest amount of the fine must be borne in mind in the instant case.

161. In view of all the above factors, the Court does not consider the fine imposed in the present case to have been disproportionate to the aim pursued.

*(iii) Conclusion*

162. Having regard to the foregoing, the Court is of the view that, in weighing the interests at stake in the present case against each other in the light of all the relevant evidence, the domestic authorities did not overstep their margin of appreciation. Accordingly, the applicant's conviction can be said to have been proportionate to the legitimate aim pursued. It follows that there has been no violation of Article 10 of the Convention.

## FOR THESE REASONS, THE COURT

*Holds* by twelve votes to five that there has been no violation of Article 10 of the Convention.

Done in English and in French, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 10 December 2007.

Vincent Berger  
Jurisconsult

Jean-Paul Costa  
President

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

- (a) concurring opinion of Judge Ziemele;
- (b) dissenting opinion of Judge Zagrebelsky joined by Judges Lorenzen, Fura-Sandström, Jaeger and Popović.

J.-P.C.  
V.B.



## CONCURRING OPINION OF JUDGE ZIEMELE

I voted with the majority in favour of finding that there has been no violation of Article 10 in the circumstances of this case. However, I do not share the reasoning of the majority on one specific point.

Beginning in paragraph 125 of the judgment, the Court looks in great detail at the interests which the domestic authorities sought to protect in this case. The first interest is the protection of the confidentiality of information within diplomatic services so as to ensure the smooth functioning of international relations. The Court takes the opportunity to articulate a very important principle as regards the role that Article 10 plays in international relations and foreign policy decisions of States Parties, namely, that “preventing all public debate on matters relating to foreign affairs by invoking the need to protect diplomatic correspondence is unacceptable” (see paragraph 128). Certain well-known foreign policy decisions of the last few years, for example those which led to complex international events and developments, demonstrate the importance of debate and transparency in this field.

Subsequently, the majority of the Court addresses the question of the repercussions that the published articles concerning Ambassador Jagmetti and his confidential report had on the negotiations between Switzerland and the World Jewish Congress and the other interested parties on the subject of compensation due to Holocaust victims for unclaimed assets deposited in Swiss bank accounts (see paragraphs 130-36). The majority of the Court firstly notes that the Government did not show that the published articles had actually prevented Switzerland and the banks in question from finding a solution to the problem (see paragraph 130). Nevertheless, the majority decides to assess whether, at the moment of their publication, the articles were such as to damage the interests of the State. It comes to the conclusion that “... the disclosure – albeit partial – of the content of the ambassador’s report was capable of undermining the climate of discretion necessary to the successful conduct of diplomatic relations in general and of having negative repercussions on the negotiations being conducted by Switzerland in particular. Hence, given that they were published at a particularly delicate juncture, the articles written by the applicant were liable to cause considerable damage to the interests of the respondent party in the present case” (see paragraph 136).

I disagree that the Court of Human Rights should single out the interests of the respondent party in these negotiations. The negotiations involved several parties but, above all, they related to a particularly difficult and delicate general interest and had implications extending beyond the Swiss public. The judgment points out elsewhere that “[t]he

discussions on the assets of Holocaust victims and Switzerland's role in the Second World War had, in late 1996 and early 1997, been very heated and had an international dimension" (see paragraph 118). Indeed, discussions about the State's responsibilities under international law came up in this context.

The Court should instead have considered whether the partial disclosure of the report at that time was likely to contribute to the resolution of a long-standing, important international issue or, on the contrary and to the detriment of all parties, was likely to make matters even more difficult.

The case under consideration shows that, in today's globalised world, national audiences may not be the only public interests to be served by the media and others.

DISSENTING OPINION OF JUDGE ZAGREBELSKY  
JOINED BY JUDGES LORENZEN, FURA-SANDSTRÖM,  
JAEGER AND POPOVIĆ

*(Translation)*

I regret that I am unable to subscribe to the reasoning and conclusion adopted by the majority in the present case.

Until they reach paragraph 147 of the judgment, readers could easily believe that the Court is heading towards finding a violation of Article 10 of the Convention. It is only from that point on that the majority reveals the real reason for its negative assessment of the articles published by the applicant. But this seems to me to be a dangerous and unjustified departure from the Court's well-established case-law concerning the nature and vital importance of freedom of expression in democratic societies.

My reasons for saying so are as follows. In paragraphs 54 to 62 the Court quite rightly excludes the possibility that, in the present case, the interference with the applicant's exercise of his freedom of expression under Article 10 of the Convention could be justified by any aim other than preventing the disclosure of confidential information. The Court finds the other aims mentioned by the Government, namely protection of national security, public safety and the reputation or rights of others, to be without relevance in the case. The only remaining justification therefore is protection of secret information.

In that connection it should be noted that the protection of confidential information, unlike any other aim mentioned in Article 10 § 2, is functional in nature. If information which falls within the sphere of individual privacy is disregarded, it does not represent a value in itself (I am more inclined to say that the opposite is true, in a democratic society, at least as far as information regarding public authority is concerned). On the contrary, it is taken into consideration only because it serves to protect those values and interests which do merit protection at the expense of freedom of expression. It seems to me therefore that – for the purposes of Article 10 – the legitimacy of classifying a document or information as “confidential” cannot be assessed, nor can the value of such classification be “weighed” against the fundamental freedom of expression, without identifying and “weighing up” the underlying value or interest for the protection of which the information must remain confidential.

But the majority, after stating that “the confidentiality of diplomatic reports is justified in principle, [but] cannot be protected at any price”

(see paragraph 128), and that “the Government did not succeed in demonstrating that the articles in question actually prevented the Swiss government and Swiss banks from finding a solution to the problem of unclaimed assets which was acceptable to the opposing party” (see paragraph 130), ultimately takes into consideration merely the “confidentiality” of the document, publication of which quite obviously undermined “the climate of discretion necessary to the successful conduct of diplomatic relations in general” (see paragraph 136). What follows, in the same paragraph, which states that publication was capable of “having negative repercussions on the negotiations being conducted by Switzerland” and that “given that they were published at a particularly delicate juncture, the articles written by the applicant were liable to cause considerable damage to the interests of the respondent party”, is merely a hypothesis, if not a *petitio principii*. In sum, this reasoning renders meaningless the principle whereby any interference with the right of free expression must be properly justified.

However, even if one follows the majority’s reasoning, it seems clear to me that any damage sustained must have been very minor when judged against everything the Court has said in numerous judgments about the importance of freedom of expression, particularly where it is a question of unmasking and criticising the conduct of the public authorities and those through whom public authority is mediated. It is worth pointing out in this regard that the issue at stake was the publication of a few passages from a letter which the Swiss ambassador in Washington had sent to more than twenty individuals and offices; moreover, no proceedings were instituted against the other newspapers which published the document virtually in full (and obviously knew about it). The criticism of the applicant for having published only a few extracts from the document relating specifically to the way in which the ambassador expressed himself becomes, paradoxically, a factor which counts against him, and the majority goes so far as to suggest that it would have been wiser to publish the document in full (see paragraph 147 of the judgment). In my view, therefore, this interest in discretion could not on its own justify restricting the exercise of journalistic freedom in a public-interest context (see paragraphs 113-24).

I can see no reason to depart from the Court’s case-law to the effect that the criterion for assessing whether interference is necessary in a democratic society must be whether it corresponds to a “pressing social need”, that “the authorities have only a limited margin of appreciation” in this sphere (see paragraph 105) and that “[t]he most careful scrutiny on the part of the Court is called for when, as in the present case, the measures taken ... by the national authority are capable of discouraging the participation of the press in debates over matters of legitimate public concern” (paragraph 106) (see, among other authorities, *Handyside v. the*

*United Kingdom*, 7 December 1976, § 48, Series A no. 24; *The Sunday Times v. the United Kingdom (no. 1)*, 26 April 1979, § 59, Series A no. 30; *Lingens v. Austria*, 8 July 1986, §§ 39-41, Series A no. 103; *Observer and Guardian v. the United Kingdom*, 26 November 1991, § 59, Series A no. 216; *Hertel v. Switzerland*, 25 August 1998, § 46, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-VI; and *Steel and Morris v. the United Kingdom*, no. 68416/01, § 87, ECHR 2005-II).

In its judgment in *Dupuis and Others v. France* (no. 1914/02, 7 June 2007), where the applicants were journalists convicted of breaching the secrecy of a criminal investigation, the Court stated as follows: “Where the press is concerned, as in the present case, the national power of appreciation conflicts with a democratic society’s interest in securing and maintaining freedom of the press. Considerable weight should likewise be attached to that interest when it is a matter of determining, as required by the second paragraph of Article 10, whether the restriction was proportionate to the legitimate aim pursued”. It is regrettable in my opinion that the Grand Chamber, instead of developing and applying these principles, should be tending in the opposite direction, particularly at a time when a series of episodes in the democratic world has shown that, even in the sphere of foreign policy, democratic scrutiny is possible only after confidential documents have been leaked and made public.

However, the judgment does not accept the necessity in a democratic society of the interference in question solely on the basis of the authorities’ interest in discretion. On the contrary, in paragraph 147 of the judgment, the majority addresses what appears to me to be the real reason for its criticism of the journalist, one which, in its view, justifies his conviction, namely the “form of the articles”.

The judgment reiterates that Article 10 protects the substance of the ideas and information expressed and the form in which they are conveyed. “Consequently, it is not for this Court, nor for the national courts for that matter, to substitute their own views for those of the press as to what technique of reporting should be adopted by journalists” (see paragraph 146 of the judgment). Having said that, the majority seems to me to contradict itself by stating in the following paragraph: “Nevertheless, like the Press Council, the Court observes a number of shortcomings in the form of the published articles.” The judgment does not give any reason for this surprising “nevertheless”, which introduces an element of censure regarding the form chosen by the journalist and leads the Court to endorse the wholly different position of a private body concerned with journalistic ethics. Moreover, the majority does not ultimately attach any weight to the purpose of the applicant’s articles, which, as it itself acknowledges in paragraph 123, clearly related to the ambassador’s controversial handling of several episodes, and in particular of the issue of unclaimed assets lodged by Holocaust victims in

Swiss bank accounts. This issue obviously provided the backdrop to the articles; however, the latter clearly targeted the personality, as well as the character and attitudes, of an ambassador who was an important player in the negotiations. And in my opinion, the judgment falls into a trap on account of the fact that, at the domestic level, criminal proceedings for disclosure of a confidential document were brought in place of defamation proceedings, which were not instituted at any point (see paragraph 152 of the judgment).

This case, however, relates solely to a criminal prosecution for publication of official deliberations within the meaning of Article 293 of the Criminal Code.

Let me now turn to my conclusions. In my opinion the authorities' interest in discretion referred to in paragraph 136 of the judgment is not sufficient in this case to outweigh the journalist's freedom. The examination and criticism of the form of the articles seem to me unduly harsh in view of the fact that the journalist focused his remarks on the ambassador (who did not complain as a result). In any event, it is my opinion that the majority's criticism concerning the form of the applicant's articles is not relevant from the Court's perspective.

As to the penalty imposed and its potentially adverse effect on the exercise of journalistic freedom, I subscribe to the conclusions of the Chamber in this case and those of the *Dupuis and Others* judgment, cited above.

The Court has consistently held that freedom must be construed broadly and that any restrictions must, by contrast, be applied restrictively. In the light of this guiding principle, it seems clear to me that the Court should have found a violation of the right to freedom of expression.

ISLAMIC REPUBLIC OF IRAN SHIPPING LINES v. TURKEY  
*(Application no. 40998/98)*

THIRD SECTION

JUDGMENT OF 13 DECEMBER 2007<sup>1</sup>

---

1. English original.





SUMMARY<sup>1</sup>**Victim requirement fulfilled by State-owned company operating with legal and financial independence****Article 34 of the Convention**

*Right of petition – Non-governmental organisation – Victim – Locus standi – Ratione personae – Victim requirement fulfilled by State-owned company operating with legal and financial independence*

**Article 1 of Protocol No. 1**

*Peaceful enjoyment of possessions – Control of the use of property – Arbitrary seizure for over a year of ship and its cargo on suspicion of arms smuggling – Proportionality – Protection from arbitrariness*

\*  
\*   \*

In October 1991 the Turkish authorities seized a Cypriot-owned vessel chartered by the applicant company as they suspected that the weapons it was transporting were intended for smuggling. Criminal proceedings were brought against several crew members. In December 1991, following an investigation, the Turkish Ministry of Foreign Affairs confirmed that the cargo transported by the applicant company belonged to Iran and that its seizure could not be justified by the alleged “state of war” between Turkey and Cyprus. The Turkish courts eventually acquitted the crew members and in December 1992 released the vessel. In subsequent civil proceedings, the applicant company was unable to obtain any compensation for the damage incurred as a result of the seizure of the vessel.

*Held*

(1) Article 34 of the Convention: In its objection the Government argued that the applicant company had no *locus standi* since it was a State-owned corporation, and it could therefore not be distinct from the government of the Islamic Republic of Iran. At the time of the events in issue, the applicant company was wholly owned by the State; a large proportion of its shares still belonged to it today. In addition, a majority of the members of the board of directors were appointed by the State. The Court found, however, that the applicant company was legally and financially independent of the Iranian State, as was understood from its memorandum of association. Furthermore, it was governed essentially by company law, did not enjoy any powers beyond those conferred by ordinary law in the exercise of its activities and was subjected to the jurisdiction of the ordinary rather than the administrative courts. Having regard to the foregoing, the applicant company

---

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

was a commercial business and there was nothing to suggest that the application had effectively been brought by the Islamic Republic of Iran.

*Conclusion:* admissible (unanimously).

(2) Article 1 of Protocol No. 1: The seizure of the vessel amounted to control of the use of property within the meaning of the second paragraph of Article 1 of Protocol No. 1. The parties agreed that the interference had a legal basis, whilst disagreeing on the scope and the meaning of the applicable law. Despite the authorities having been made aware only two months following the seizure that the cargo was not being smuggled and did not pose a threat to Turkish national security, the situation continued for another year. In the Court's view, the vessel should have been released at the latest in March 1992, when the first-instance court gave its decision to that effect. The detention of the vessel following that date had been arbitrary since there was no basis for suspecting an offence of arms smuggling, nor any general power to seize the ship due to a state of war between Turkey and Cyprus. Moreover, given the courts' refusal of the applicant company's compensation claim, the interference with the applicant company's property rights had been disproportionate.

*Conclusion:* violation (unanimously).

Article 41: The Court made an award in respect of costs and expenses.

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

*Sixteen Austrian Communes and some of their Councillors v. Austria*, nos. 5767/72, 5922/72, 5929-5931/72, 5953-5957/72, 5984-5988/73 and 6011/73, Commission decision of 31 May 1974, Yearbook 17

*Ireland v. the United Kingdom*, 18 January 1978, Series A no. 25

*AGOSI v. the United Kingdom*, 24 October 1986, Series A no. 108

*Ayuntamiento de M. v. Spain*, no. 15090/89, Commission decision of 7 January 1991, Decisions and Reports 68

*The Holy Monasteries v. Greece*, 9 December 1994, Series A no. 301-A

*Air Canada v. the United Kingdom*, 5 May 1995, Series A no. 316-A

*Agrotexim and Others v. Greece*, 24 October 1995, Series A no. 330-A

*RENFE v. Spain*, no. 35216/97, Commission decision of 8 September 1997, Decisions and Reports 90-B

*Papachelas v. Greece* [GC], no. 31423/96, ECHR 1999-II

*Société Faugyr Finance S.A. v. Luxembourg* (dec.), no. 38788/97, 23 March 2000

*Tahsin İpek v. Turkey* (dec.), no. 39706/98, 7 November 2000

*Radio France and Others v. France* (dec.), no. 53984/00, ECHR 2003-X

*Österreichischer Rundfunk v. Austria*, 35841/02, 7 December 2006

**In the case of Islamic Republic of Iran Shipping Lines v. Turkey,**

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

Boštjan M. Zupančič, *President*,

Corneliu Bîrsan,

Rıza Türmen,

Alvina Gyulumyan,

Egbert Myjer,

Ineta Ziemele,

Isabelle Berro-Lefèvre, *judges*,

and Stanley Naismith, *Deputy Section Registrar*,

Having deliberated in private on 22 November 2007,

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

## PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 40998/98) against the Republic of Turkey lodged with the European Commission of Human Rights (“the Commission”) under former Article 25 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by an Iranian shipping company registered in Teheran (Iran), the Islamic Republic of Iran Shipping Lines (“the applicant company”), on 18 December 1997. Following the entry into force of Protocol No. 11 to the Convention on 1 November 1998 and in accordance with Article 5 § 2 thereof, the case was examined by the Court.

2. The applicant company was represented by Mr T. Marshall, Mr D. Lloyd Jones and Ms J. Stradford, lawyers practising in London. The Turkish Government (“the Government”) did not designate an Agent for the purposes of the proceedings before the Court.

3. The applicant company alleged that the seizure by the Turkish authorities of the cargo aboard a Cypriot-owned vessel of which it was time charterer had constituted an unjustified control of the use of property within the meaning of Article 1 of Protocol No. 1.

4. On 10 April 2003 the Court declared the application partly inadmissible and decided to communicate to the Government the complaints concerning the allegedly unjustified control of the use of property and the alleged denial of the right to a fair trial. Under the provisions of Article 29 § 3 of the Convention, it decided to examine the merits of the application at the same time as its admissibility.

## THE FACTS

### I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

5. The facts of the case, as submitted by the parties, may be summarised as follows.

#### A. Background to the case

6. By a charter of 12 September 1991, the applicant company chartered a Cypriot-owned vessel called the *Cape Maleas* (“the vessel”). The charter party was on an amended New York Produce Exchange time-charter form, and was for a time-charter voyage to the south Iranian ports. The duration of the voyage was stated to be fifty days and the purpose to carry general cargo, steels and commercial containers.

7. By agreement between the parties, namely the applicant company and the owner of the vessel, Seabeach Shipping Ltd, on 18 September 1991 the charter party became subject to “Addendum No. 1”. This provided that the applicant charterer could load 2,500 cubic metres of “IMCO 1” cargo. “IMCO 1” denotes cargo which falls within the “Class 1 – Explosives” category of the International Maritime Dangerous Goods Code.

8. The applicant company ordered the vessel to proceed to the port of Burgas in Bulgaria and, on 8 October 1991, further cargo commenced loading. This consisted of general cargo but also arms, ammunition and military spare parts which fell within the “IMCO Class 1” category (“the arms cargo”).

9. The applicant company’s agent in Burgas drew up bills of lading in respect of the cargo, including the arms cargo (“the bills of lading”). These bills of lading described the arms cargo as “special equipment”, followed by a reference to a numbered contract. The port of discharge for the “special equipment” was specified as Tartus in the Syrian Arab Republic. The shipper was stated to be “Socotrade” and the consignee as “to order”.

10. The applicant company’s agent in Burgas also prepared a manifest of cargo. Like the bills of lading, this described the arms cargo as “special equipment”, and gave the port of discharge as Tartus. The applicant company at all times intended that the arms cargo should be discharged at the port of Bandar Abbas in Iran. The vessel sailed from Burgas at 7 p.m. on 21 October 1991 and was ordered to proceed to Setúbal in Portugal in order to load further cargo. In order to reach Setúbal from Burgas, the vessel had to transit through the Bosphorus.

## **B. The seizure of the vessel**

11. On 22 October 1991, at about 3.30 p.m., the vessel was about to commence transit through the Bosphorus. Before entering the Straits the master of the vessel requested the assistance of a pilot for navigation through the Bosphorus. The vessel was flying the international signal flag to indicate that it carried dangerous cargo.

12. As a result of information received by the Turkish customs authorities from a Turkish vessel which had recently arrived from Bulgaria, the Turkish authorities believed that the arms cargo on board the vessel was bound for Cyprus, from where it would be smuggled into Turkey.

13. According to the Turkish authorities, the vessel was first sighted when it was ten miles outside the Straits. After the vessel had entered the Straits, a pilot went on board and invited the master to declare any hazardous materials which were on board. The master duly did so, and the vessel proceeded for a few minutes through the Straits before the pilot instructed the master to stop the engines.

14. The Turkish coastguard and other Turkish authorities boarded and seized the vessel. Since the waters were rough at the point where the vessel was stopped, it was towed by a military boat to the Turkish port of Büyükdere. All parties to the case subsequently proceeded on the basis that the seizure of the vessel had taken place in the Straits, governed by the Montreux Convention of 20 July 1936.

15. At Büyükdere the vessel was searched and the bills of lading and manifest of cargo examined. The Turkish authorities discovered the arms cargo and questioned the master of the vessel. The statement entitled "Protocol of Facts", in which the Turkish authorities summarised their allegations and the actions which they had taken in respect of the vessel, was prepared and signed by all the officials who were present at the seizure and search of the vessel. The master, the first officer and the radio operator of the vessel were taken into custody by the Turkish authorities.

16. On 24 October 1991 statements were taken from the master and first officer in the form of affidavits. These formed part of the file which was submitted by the public prosecutor to a single judge of the Istanbul State Security Court.

## **C. The proceedings before the Istanbul State Security Court**

17. On 28 October 1991, having examined the file and citing, *inter alia*, Articles 5 and 6 of the Montreux Convention, a single judge of the Istanbul State Security Court approved the arrest of the vessel and the detention of its crew, namely the master, the first officer and the radio operator. The

judge referred in his decision to “systematic weapon smuggling” and stated that the “evidence confirmed that the above-mentioned smuggled weapons could be used against the security of the Republic of Turkey”.

18. On 30 October 1991 that decision was served on the lawyer instructed on behalf of the vessel and the master. The following day, the lawyer filed an objection against the decision, setting out the relevant provisions of the Montreux Convention and noting that Turkey was not in a state of war with any country within the meaning of the provisions of its Constitution and that there was neither a threat nor a risk of war.

19. On 4 November 1991 the Istanbul State Security Court dismissed that objection.

20. On 5 November the Chief Public Prosecutor at the Istanbul State Security Court indicted the master, the first officer and the radio officer of the vessel, charging them with organised transportation of firearms and ammunition. In the public prosecutor’s view, Turkey was at war with Cyprus. He cited various decrees of the Turkish parliament which had authorised the sending of troops to Cyprus, and stated that:

“... notwithstanding the ceasefire achieved through the efforts of the United Nations putting an end to the armed conflict, no treaty having yet been signed, the state of war is ongoing from a legal point of view. Consequently, it has become necessary to enforce Article 5 of the Montreux Convention. ...

Pursuant to [Article 5 of the Montreux Convention], the commercial vessels of countries at war with Turkey do not enjoy free passage through the Straits. Therefore, there being no right of unrestricted passage through the Straits of a ship flying the Cypriot flag and laden with weapons, the Turkish Government may exercise, for its own security and based on its sovereign rights and Article 5 of the said Convention, control over that ship and the weapons contained therein.”

21. Since the vessel was registered as a Cypriot ship and flew the Cypriot flag, the Turkish authorities concluded that they had been entitled under Article 5 of the Montreux Convention to seize the vessel and to launch proceedings for arms smuggling.

22. During November and December 1991 the government of the Islamic Republic of Iran sought the release of the vessel and its cargo through high-level diplomatic meetings. The issue was raised at presidential level and, on 11 November 1991, the Iranian ambassador to Turkey visited the Deputy Minister for Foreign Affairs to deliver copies of one of the bills of lading and of the Montreux Convention. This was intended to establish that the arms cargo was in fact being carried on behalf of the Iranian State.

23. On 12 November 1991 the Turkish Minister for Foreign Affairs wrote to the Ministry of Justice, giving an account of the meetings which had taken place, enclosing copies of the bill of lading and the Montreux Convention and offering to obtain further information on the “special equipment” listed on the bill of lading.

24. On 13 November 1991 the lawyer acting on behalf of the owners and the master of the vessel pointed out to the Istanbul State Security Court that the assumption that Turkey and Cyprus were at war with each other was the “crucial point” of the case. He requested the Istanbul State Security Court to enquire immediately of the Ministry of Foreign Affairs whether a state of war existed. He also submitted that the Presidency of the Parliament should be asked whether there had been a declaration of war.

25. On 18 November 1991 the lawyer filed another application with the court reiterating that Turkey was not at war with any country (Cyprus included) and seeking the release of the master on bail.

26. On 25 November 1991 the lawyer submitted a petition to the Istanbul State Security Court asking the court to rephrase the question which it had put to the Turkish Ministry of Foreign Affairs. He objected to the question which had been put, namely “whether the peace operations in Cyprus have ended with a treaty of peace ...”, and submitted that the proper question to be asked was “whether the Republic of Turkey is in a state of war or not with the State of Cyprus”.

27. In another communication, dated 29 November 1991, the applicant company’s lawyer sent the Istanbul State Security Court translations of the charter party and the bills of lading. He explained that the nature of a time charter was similar to a lease, and that charterers had control over the cargo and its documentation.

28. The Turkish Ministry of Foreign Affairs responded to the questions posed by the Istanbul State Security Court in two letters of 13 and 26 December 1991. The letters stated:

“... as there is no ‘state of war’ between Turkey and any other country, including the Greek Cypriot Administration, it is obvious that the seizure of the ship cannot be based on Articles 5 and 6 of the Montreux Convention. In fact, ships carrying the flag of the Greek Cypriot Administration have always traversed the Straits freely.

2. In the Note sent to our Ministry by the Iranian embassy in Ankara, it was stated that the arms found on the ship belonged to Iran. This had been certified by the Iranian authorities on several occasions.

On the other hand, the Bulgarian authorities stated that the said arms had officially been sold to Iran by an agreement signed between Bulgaria and Iran in 1989 and that the arms had been loaded in Burgas.

3. Except for the limitations set out in Articles 4 and 5 of the Montreux Convention in ‘time of war’, commercial ships flying foreign flags enjoy full freedom of transit passage at times of peace, whatever their flag and cargo may be. As stated above, it is impossible to invoke the ‘time of war’ provisions of the Montreux Convention in this case because no state of war with the Greek Cypriot Administration exists. Moreover, in accordance with customary international and treaty laws, ships have the ‘right of innocent passage’ through the territorial waters of other countries ...”

29. On 16 December 1991 the Istanbul State Security Court issued a decision for the release of the master on bail, but ordered the seizure and confiscation of the vessel and its cargo on suspicion of their being intended for use for the commission or preparation of a crime.

30. On 10 January 1992 the public prosecutor filed his observations on the merits. He maintained his earlier position, relying upon Article 5 of the Montreux Convention, contending that the vessel and the arms cargo should be seized and the master imprisoned.

31. By January 1992 the applicant company had concluded that attempts to secure the release of the vessel and its cargo through diplomatic negotiations were unlikely to succeed. The applicant company applied through its Turkish lawyer, Mr Aydın, to intervene in the proceedings before the Istanbul State Security Court. In its application, the applicant company set out its interest in the case as the owner of the cargo and stressed that the arms cargo was being carried as part of a normal and legal commercial transaction and that Turkey was not at war with any country. It therefore asked for the unconditional release of the vessel and its cargo. The court ordered that the applicant company be joined as an intervening party in the proceedings.

32. On 22 February 1992 the then Prime Minister of Turkey, Mr Süleyman Demirel, issued a certificate which stated:

“The Republic of Turkey is not in a state of war with any country, Southern Cyprus included ...”

33. By a judgment of 12 March 1992, the Istanbul State Security Court acquitted the first officer and the radio operator, but convicted the master of the vessel of importing arms into Turkey without official permission and sentenced him to five years' imprisonment and a fine of 50,000 Turkish liras (TRL). The court ordered that the arms cargo and the vessel be confiscated pursuant to the final paragraph of section 12 of Law no. 6136, that all the cargo other than the arms be returned to the applicant company and that the master bear the costs of the court hearing. With reference to a judgment of the Court of Cassation in a similar case<sup>1</sup>, the Istanbul State Security Court held that in the present case there was bad faith on the part of the applicant company since the bill of lading gave inaccurate information as to the contents of the cargo and the route of the vessel. It noted that there was no justification for not informing the Turkish authorities of Iranian weapons passing through the Straits. The court further considered the following in relation to the Montreux Convention:

---

1. By a decision of 19 June 1978 (no. 978/8-189-245) in the *Vassoula* case, the General Criminal Panel of the Court of Cassation held that the state of war had not yet ended following the Cyprus Peace Operation which started on 20 July 1974.



“The second question is whether the Turkish authorities were entitled to seize the munitions and weapons. Pursuant to the relevant Article of the Montreux Convention, the passage of ships carrying firearms and owned by any State with which Turkey is in a state of war is forbidden.

The other important issue is whether Turkey is in a state of war with the Greek Cypriot State, or in other words, whether a peace agreement has been reached after the war. It is known that Turkey has engaged in war with the Greek Cypriot State, as a result of which Cyprus has been divided into two sections, that the Turkish Republic of Northern Cyprus has been established, that the Greek Cypriot State has not recognised the Turkish Republic of Northern Cyprus and until now no agreement has been reached, and that inter-State negotiations are in progress.

Therefore, the letter of the Ministry of Foreign Affairs ... and the letter of the Prime Minister ... were disregarded.”

34. The judgment went on to refer to the *Vassoula* case<sup>1</sup>, concerning another vessel, and concluded that “the existence of a state of war has been confirmed”.

35. Following the judgment of the Istanbul State Security Court, the applicant company paid the hire charge and expenses due to the owner and the charter party in the sum of 1,161,374.50 United States dollars (USD). Although the judgment of the Istanbul State Security Court had ordered the return of the non-arms cargo to the applicant company, it was not returned and, by an order of 29 May 1992, the Istanbul Court of Commerce granted an injunction to the owner of the vessel which imposed a lien of TRL 4,111,168,608 over the cargo to secure the unpaid hire. The owner of the vessel, Seabeach Shipping Ltd, then commenced enforcement proceedings for encashment of the lien over the cargo which belonged to the applicant company.

#### **D. The appeal**

36. On 13 March 1992 the applicant company appealed against the judgment of the Istanbul State Security Court. The applicant company disputed the court’s conclusion that a state of war existed between Turkey and Cyprus. The ground of appeal also questioned the legitimacy of the court’s reliance on the earlier *Vassoula* case, and pointed out that the arms cargo had only been in transit through the Straits.

37. By a decision of 3 June 1992, the Court of Cassation quashed the Istanbul State Security Court’s judgment. It held that there was no material evidence in the file indicating that the arms would be discharged from the vessel in Turkey. As regards the applicability of the provisions of the Montreux Convention, the Court of Cassation held:

---

1. Ibid.

“... that the state of war mentioned in Article 4 of the Convention did not exist as also evidenced by the letters of the Ministry of Foreign Affairs and the Prime Minister which explicitly state that ‘Turkey is not at war with any country, including the Southern Greek Cyprus Administration’ ... and that there is no room for application of Article 6 of the Montreux Convention. ...”

38. The case was remitted to the State Security Court for retrial.

39. In an application of 3 September 1992, pending the retrial of the master of the vessel before the Istanbul State Security Court, the applicant company sought removal of the lien which had been imposed by the Istanbul Court of Commerce over the cargo.

40. On 8 September 1992 the Istanbul Court of Commerce refused the applicant company’s request, so on 18 September 1992 the applicant company agreed to pay the owner some of the hire charges, without prejudice as to liability. In return, the owner agreed to relinquish its lien on the non-arms cargo. Under that agreement the applicant company had to pay 80% of the hire charge in respect of the period from 14 March 1992 to 13 September 1992 inclusive (USD 1,118,074.40). The applicant company also agreed to pay 100% of future charges, as and when the payments fell due. The owner provided the applicant company with a guarantee to repay the sum of USD 1,118,074.40. The applicant company considered that it was obliged to pay the hire charges due, otherwise the Istanbul Court of Commerce and the owner would not have released the vessel and its cargo.

41. On 30 September 1992 the Istanbul State Security Court acquitted the master on retrial. An appeal by the public prosecutor against that judgment was dismissed by the Court of Cassation in a decision of 12 November 1992, which was approved on 13 November 1992.

42. On 18 November 1992 the Istanbul State Security Court ordered the release of the vessel and the arms cargo. The vessel left Turkey on 8 December 1992 and was returned to the owner by the applicant company under the terms of the charter party on 9 March 1993.

### **E. The compensation proceedings**

43. In a written application of 22 July 1993, the applicant company brought an action before the Istanbul Court of Commerce claiming TRL 38,087,249,964 (equivalent to USD 3,386,598.98) plus interest against the Ministry of Finance and Customs, with reference to the Ministry of the Interior and the Ministry of Defence. The applicant company based its claim on Article 41 of the Code of Obligations and submitted that the seizure and detention of the vessel and its cargo had been unjustified. It argued in this connection that the arms and

ammunition had belonged to the Islamic Republic of Iran, that the vessel had been wrongfully impounded for 413 days, 2 hours and 30 minutes and, as a result, it had had to pay USD 3,263,522.92 to the owner, USD 81,978.86 in fuel charges and USD 41,097.20 in harbour fees.

44. The application went on to distinguish this case from the *Vassoula* case, and to explain the circumstances in which the applicant company had been forced to pay the hire charges and other expenses to the owner of the vessel.

45. On 28 September 1994 a first expert report was submitted to the Court of Commerce following its interlocutory order of 9 March 1994. The experts advised that the applicant company's claim should be declared inadmissible, principally on the basis that the applicant company had chosen voluntarily and without legal compulsion to pay the hire charges under the charter party.

46. The applicant company objected to the first report and the Court of Commerce ordered the preparation of a second expert report on 11 November 1994.

47. On 3 April 1995 the second expert report was submitted to the court with the conclusion that the applicant company's claim should be dismissed. This second panel of experts considered that the owner of the vessel, but not the applicant company, might in appropriate circumstances claim compensation from the Turkish State. They expressed the opinion that the applicant company's claim might succeed in relation to dock and fuel expenses incurred, as well as supplementary losses under Article 105 of the Code of Obligations, but that the claim in respect of hire charges should fail.

48. On 13 June 1995 the applicant company filed an objection against the second report and requested the court to rule on the case without obtaining a further report, or alternatively to order a third expert report.

49. By a decision of 20 September 1995, the Istanbul Court of Commerce dismissed the applicant company's claim for compensation, holding that the vessel was not a merchant vessel since it was carrying, in part, a cargo of arms. It considered that the security authorities had merely carried out their statutory duty to investigate serious allegations of arms smuggling. The court therefore ruled that there had been no breach of the Montreux Convention or of Turkish law, in particular Article 41 of the Code of Obligations.

50. On 6 November 1995 the applicant company appealed.

51. On 27 December 1996 the Court of Cassation dismissed the appeal and upheld the judgment of the Istanbul Court of Commerce. A request by the applicant company for rectification of that decision was rejected by a new decision of the Court of Cassation of 22 May 1997, served on the applicant company on 22 June 1997.

## **F. The London arbitration**

52. The charter party provided, *inter alia*, that any dispute arising under it should be referred to arbitration in London. As a result of the seizure and subsequent detention of the vessel and its cargo by the respondent government, a dispute arose between the applicant company and the owner of the vessel concerning the hire charges and other expenses paid by the applicant company.

53. Following arbitration proceedings in London, on 20 September 1995 the arbitration panel decided that the charter party had been frustrated by the Istanbul State Security Court's decision of 12 March 1992. The applicant company therefore recovered from the owner of the vessel the hire charges and other expenses which had been paid in respect of the period after 12 March 1992, but was unable to recover USD 1,300,403.83 which it had paid or which it thereupon had to pay to the owner in respect of the period between the seizure on 22 October 1991 and 12 March 1992.

## **G. The proceedings instituted by the owner of the vessel and the cargo receiver**

54. Meanwhile, the owner of the vessel, Seabeach Shipping Ltd, brought an action in the Beyoğlu Commercial Court in Istanbul seeking a lien on the cargo for the hire charges. In a decision of 29 May 1992 the Beyoğlu Commercial Court accepted the owner's claim on the ground that it was owed freight charges.

55. The cargo receiver, the Mobarakeh Steel Complex, also brought an action in the Beyoğlu Commercial Court claiming USD 2,236,208 in damages from the Ministry of Finance on behalf of the Ministry of the Interior and the Ministry of Defence. It submitted that it had lost revenue as a result of the detention of its merchandise carried on the vessel and that new commercial goods had been purchased in order to replace the seized merchandise.

56. In a judgment of 17 January 2000, the Beyoğlu Commercial Court dismissed that claim on the grounds that the seizure of the vessel had been lawful since the arms cargo was not clearly indicated on the bill of lading. On appeal by the plaintiff, the Court of Cassation quashed the judgment. Relying on the outcome of the criminal proceedings, the Court of Cassation noted that the goods in question were not contraband or of a kind requiring them to be confiscated. It accordingly held that the defendant must be liable for the damage resulting from the wrongful confiscation of the goods.

57. In a judgment of 15 December 2000, the Beyoğlu Commercial Court confirmed its earlier judgment and held that the plaintiff's

claim must be dismissed on the grounds that the seizure and detention of the vessel had been in compliance with domestic law and the Montreux Convention governing the Straits. Taking into account the fact that the vessel had been sailing under the Cypriot flag, and the inconsistency between the cargo and the documents, the court considered that the seizure of the vessel had been lawful. The court further noted that the State of Turkey had acted with the aim of preventing activities designed to undermine it. The plaintiff again appealed against that judgment.

58. On 21 November 2000 the Court of Cassation sitting as a full civil court upheld the judgment of the Beyoğlu Commercial Court and dismissed the action. It considered that while under the Montreux Convention merchant ships were entitled to innocent passage, this did not outweigh Turkey's sovereign rights. That being so, any arms trafficking would adversely affect Turkey and would thus mean that the passage was no longer innocent. It further stated the following:

“... On the other hand, the bill of lading described the 2,131 boxes opened as containing ‘Special Equipment’. The Turkish Commercial Code specifies in Articles 1098 and 1114 the points to be included in the bill of lading. The cargo received or loaded onto the vessel for transportation must be described on the bill of lading in order for the acknowledgment of receipt and the delivery contract to be complete ... This description, which is an essential element of the bill of lading, must be such as to allow the cargo to be distinguished at all times from the other cargoes on the vessel and must be complete. The carrier is obliged to indicate on the bill of lading the amount, brand and external appearance as well as the characteristics of the cargo ... Clearly, as is apparent from the bills of lading in the case file, these indications, some of which are mandatory, were not included on the bill of lading and invited suspicion.

A country may purchase the arms it needs for its defence from another country, or may secure them by means such as aid or donations. In other words, arms trading between States is a normal and lawful procedure. Transportation of these arms is also normal and lawful. Arms purchased and transported must be indicated clearly as such on the bill of lading and other documents, in accordance with international rules. There should be no need to conceal them or make use of other channels. The file did not include a sales contract to the effect that the party sending these arms had purchased them lawfully, nor did it include any evidence to the effect that a letter of credit had been opened by banks. Given the manner in which the arms were loaded onto the vessel, it was essential from the point of view of Turkey's security to inspect the vessel. In the matter of innocent passage, the coastal State has the right to impose sanctions on the vessel and cargo in accordance with the rule on the prevention of non-innocent passage which stems from customary law and the Montreux Convention. The Montreux Convention, customary law and the principle of *ex aequo et bono* do not prevent Turkey from exercising this right. For these reasons, the trial court's decision to dismiss the action must be upheld on the grounds that it is in conformity with the law and with statutory procedure.”

## II. RELEVANT LEGAL MATERIALS AND DOMESTIC LAW

### A. The Montreux Convention of 20 July 1936

59. The former signatories to the Treaty of Lausanne (1923), together with Yugoslavia and Australia, met at Montreux, Switzerland, in 1936 and abolished the International Straits Commission, returning the Straits zone to Turkish military control. Turkey was authorised to close the Straits to warships of all countries when it was at war or threatened by aggression. Merchant ships were to be allowed free passage during peacetime and, except for countries at war with Turkey, during wartime. The convention was ratified by Turkey, Great Britain, France, the USSR, Bulgaria, Greece, Germany and Yugoslavia, and – with reservations – by Japan. The preamble to the convention stated that the desire of the parties was “to regulate transit and navigation in the Straits of the Dardanelles, the Sea of Marmara and the Bosphorus, comprised under the general term ‘Straits’, in such manner as to safeguard, within the framework of Turkish security and of the security, in the Black Sea, of the riparian States, the principle enshrined in Article 23 of the Treaty of Peace signed at Lausanne on the 24th July, 1923”.

The relevant provisions of the convention read as follows:

#### Article 1

“The High Contracting Parties recognise and affirm the principle of freedom of transit and navigation by sea in the Straits.

The exercise of this freedom shall henceforth be regulated by the provisions of the present Convention.”

#### Article 2

“In time of peace, merchant vessels shall enjoy complete freedom of transit and navigation in the Straits, by day and by night, under any flag and with any kind of cargo, without any formalities, except as provided in Article 3 below. No taxes or charges other than those authorised by Annex I to the present Convention shall be levied by the Turkish authorities on these vessels when passing in transit without calling at a port in the Straits.

In order to facilitate the collection of these taxes or charges merchant vessels passing through the Straits shall communicate to the officials at the stations referred to in Article 3 their name, nationality, tonnage, destination and last port of call (provenance).

...”

#### Article 3

“All ships entering the Straits by the Aegean Sea or by the Black Sea shall stop at a sanitary station near the entrance to the Straits for the purposes of the sanitary control prescribed by Turkish law within the framework of international sanitary regulations. This control, in the case of ships possessing a clean bill of health or presenting a

declaration of health testifying that they do not fall within the scope of the provisions of the second paragraph of the present Article, shall be carried out by day and by night with all possible speed, and the vessels in question shall not be required to make any other stop during their passage through the Straits.

Vessels which have on board cases of plague, cholera, yellow fever exanthemic typhus or smallpox, or which have had such cases on board during the previous seven days, and vessels which have left an infected port within less than five times twenty-four hours shall stop at the sanitary stations indicated in the preceding paragraph in order to embark such sanitary guards as the Turkish authorities may direct. No tax or charge shall be levied in respect of these sanitary guards and they shall be disembarked at a sanitary station on departure from the Straits.”

#### **Article 4**

“In time of war, Turkey not being belligerent, merchant vessels, under any flag or with any kind of cargo, shall enjoy freedom of transit and navigation in the Straits subject to the provisions of Articles 2 and 3.

...”

#### **Article 5**

“In time of war, Turkey being belligerent, merchant vessels not belonging to a country at war with Turkey shall enjoy freedom of transit and navigation in the Straits on condition that they do not in any way assist the enemy.

...”

#### **Article 6**

“Should Turkey consider herself to be threatened with imminent danger of war, the provisions of Article 2 shall nevertheless continue to be applied except that vessels must enter the Straits by day and their transit must be effected by the route which shall, in each case, be indicated by the Turkish authorities.

...”

#### **Article 24**

“The functions of the International Commission set up under the Convention relating to the regime of the Straits of the 24th July 1923, are hereby transferred to the Turkish Government.

The Turkish Government undertake to collect statistics and to furnish information concerning the application of Articles 11, 12, 14 and 18 of the present Convention.

They will supervise the execution of all the provisions of the present Convention relating to the passage of vessels of war through the Straits.

As soon as they have been notified of the intended passage through the Straits of a foreign naval force the Turkish Government shall inform the representatives at Angora of the High Contracting Parties of the composition of that force, its tonnage, the date fixed for its entry into the Straits, and, if necessary, the probable date of its return.

The Turkish Government shall address to the Secretary-General of the League of Nations and to the High Contracting Parties an annual report giving details regarding

the movements of foreign vessels of war through the Straits and furnishing all information which may be of service to commerce and navigation, both by sea and by air, for which provision is made in the present Convention.”

**Article 25**

“Nothing in the present Convention shall prejudice the rights and obligations of Turkey, or of any of the other High Contracting Parties members of the League of Nations, arising out of the Covenant of the League of Nations.”

**B. The United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982**

60. The relevant provisions provide as follows:

**Article 35**

“Nothing in this Part affects:

- (a) any areas of internal waters within a strait, except where the establishment of a straight baseline in accordance with the method set forth in Article 7 has the effect of enclosing as internal waters areas which had not previously been considered as such;
- (b) the legal status of the waters beyond the territorial seas of States bordering straits as exclusive economic zones or high seas; or
- (c) the legal regime in straits in which passage is regulated in whole or in part by long-standing international conventions in force specifically relating to such straits.”

**Article 37**

“This section applies to straits which are used for international navigation between one part of the high seas or an exclusive economic zone and another part of the high seas or an exclusive economic zone.”

**Article 38**

**Right of transit passage**

“1. In straits referred to in Article 37, all ships and aircraft enjoy the right of transit passage, which shall not be impeded; except that, if the strait is formed by an island of a State bordering the strait and its mainland, transit passage shall not apply if there exists seaward of the island a route through the high seas or through an exclusive economic zone of similar convenience with respect to navigational and hydrographical characteristics.

2. Transit passage means the exercise in accordance with this Part of the freedom of navigation and overflight solely for the purpose of continuous and expeditious transit of the strait between one part of the high seas or an exclusive economic zone and another part of the high seas or an exclusive economic zone. However, the requirement of continuous and expeditious transit does not preclude passage through the strait for the purpose of entering, leaving or returning from a State bordering the strait, subject to the conditions of entry to that State.

3. Any activity which is not an exercise of the right of transit passage through a strait remains subject to the other applicable provisions of this Convention.”



**Article 39**

**Duties of ships and aircraft during transit passage**

“1. Ships and aircraft, while exercising the right of transit passage, shall:

(a) proceed without delay through or over the strait;

(b) refrain from any threat or use of force against the sovereignty, territorial integrity or political independence of States bordering the strait, or in any other manner in violation of the principles of international law embodied in the Charter of the United Nations;

(c) refrain from any activities other than those incident to their normal modes of continuous and expeditious transit unless rendered necessary by force majeure or by distress;

(d) comply with other relevant provisions of this Part.

2. Ships in transit passage shall:

(a) comply with generally accepted international regulations, procedures and practices for safety at sea, including the International Regulations for Preventing Collisions at Sea;

(b) comply with generally accepted international regulations, procedures and practices for the prevention, reduction and control of pollution from ships.

...”

**C. The Turkish Code of Obligations**

61. This provides as relevant:

**Article 41**

“Any person who causes damage to another in an unjust manner, be it intentionally or negligently, shall afford redress for that damage.”

62. The civil courts are not bound by either the findings or the verdict of the criminal court (Article 53).

**D. Law no. 6136 of 15 July 1953 (as amended by Laws nos. 2249 and 2478 of 12 June 1979 and 23 June 1981 respectively)**

63. Section 12 makes it an offence to smuggle, to attempt to smuggle or to assist in smuggling firearms or ammunition into the country.

**E. Article 36 of the former Turkish Criminal Code**

64. Article 36 of the Turkish Criminal Code which was in force at the relevant time prescribed the seizure and confiscation of objects which were used for the commission or preparation of a crime.

## **F. Article 90 § 5 of the Turkish Constitution**

65. The relevant parts of Article 90 § 5 provide:

“International agreements duly put into effect bear the force of law ... In the event of a conflict between international agreements in the area of fundamental rights and freedoms duly put into effect and the domestic laws due to differences in provisions on the same matter, the provisions of international agreements shall prevail.”

## **THE LAW**

### **I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 1 OF PROTOCOL No. 1**

66. The applicant company complained that the seizure by the Turkish authorities of the vessel and its cargo had constituted an unjustified control of the use of property within the meaning of Article 1 of Protocol No. 1, which reads as follows:

“Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.

The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties.”

### **A. Admissibility**

#### *1. The Government's submissions*

67. The Government alleged that the applicant company did not have *locus standi* and that it was therefore not entitled to lodge an application under Article 34 of the Convention. They contended, in the alternative, that the applicant company had failed to comply with the six-month rule in respect of the complaint.

68. The Government submitted that the applicant company was a State-owned corporation which could not be considered to be distinct, *de jure* or *de facto*, from the government of the Islamic Republic of Iran. At the time this application was lodged, all of the applicant company's shares had been owned by the State.

69. However, in January 2000, 51% of the company's shares had been transferred to the Social Security Organisation and the State Pension Fund, which were public-sector organisations under the control of the State. According to Articles 9, 10 and 13 of the memorandum of association of the applicant company, three-fifths of the members of the board of directors were appointed by the State, which owned Class A

shares. Any Class A share conferred the right to vote, equal to two votes of Class B shares (owned by the Social Security Institution and the State Pension Fund), in the extraordinary general meeting held for the modification of the memorandum of association. Furthermore, Article 18 of the memorandum provided that all decisions of the board should be taken by a majority of the members present. Thus, bearing in mind that three members of the board were representatives of the State, it was impossible to pass an adverse resolution against the instructions of the State. Accordingly, the present application had been lodged by a State which was not a party to the Convention.

70. Furthermore, the established case-law of the Convention institutions indicated that public corporations were not entitled to bring an application under Article 34 of the Convention (see *Radio France and Others v. France* (dec.), no. 53984/00, ECHR 2003-X; *Ayuntamiento de M. v. Spain*, no. 15090/89, Commission decision of 7 January 1991, Decisions and Reports (DR) 68, p. 209; and *Sixteen Austrian Communes and some of their Councillors v. Austria*, nos. 5767/72, 5922/72, 5929-5931/72, 5953-5957/72, 5984-5988/73 and 6011/73, Commission decision of 31 May 1974, Yearbook 17, pp. 338-52).

71. The Government lastly asserted that the applicant company had not filed the complaints within six months of the deposition of the final decision with the registry of the Istanbul Court of Commerce. Referring to the Court's decision in *Tahsin İpek v. Turkey* ((dec.), no. 39706/98, 7 November 2000), they claimed that the six-month period had started to run from 12 June 1997, the date on which the Court of Cassation's final decision had been deposited with the registry of the Beyoğlu Commercial Court, and that the application had been lodged on 18 December 1997, which was more than six months later.

72. In sum, the Government argued that, given that the applicant company lacked *locus standi* as it was a government corporation, the application should be declared inadmissible as being incompatible *ratione personae*. Alternatively, it should be declared inadmissible for failure to comply with the six-month rule.

## 2. *The applicant company's arguments*

73. The applicant company disputed the Government's submissions. It claimed that it was a company limited by shares, with a salaried board of directors and articles of association. At all material times it had been registered as an independent entity under the applicable Iranian trade law. It was run as a commercial business and operated in a sector that was open to competition. In no sense did it have a monopoly or a special position in that sector. Thus, just as in the *Radio France and Others* case (cited above), the applicant company was essentially subject to the

legislation on incorporated companies, exercised no powers which were not subject to ordinary law in the exercise of its activities and was subject to the ordinary courts. It was therefore in law and in fact a separate legal entity distinct from the government of Iran, as was provided by Article 3 of the memorandum of association. Since January 2000, 51% of the shares in the applicant company had been owned by private shareholders.

74. Furthermore, the fact that the applicant company was incorporated in Iran, a State which was not a party to the Convention, was of no relevance. There was no requirement that an applicant should be a citizen of the respondent State or indeed of any Council of Europe member State.

75. As regards the Government's reliance on cases concerning the standing of communes and municipalities, the applicant company pointed out that it was in no sense such an organ of local or central government. Rather, it was a separate corporate body at the time of the unlawful and unjustified arrest of the vessel.

76. In view of the above, the applicant company claimed that it was not, at the time of the arrest of the vessel or the subsequent court proceedings, a "governmental organisation" in the relevant sense. It accordingly had *locus standi* to bring an application under Article 34 of the Convention.

77. Finally, the applicant company submitted that the Court of Cassation's final decision had been served on its lawyer on 22 June 1997 and that the application had been lodged on 18 December 1997, that is, within the six-month time-limit.

### 3. *The Court's considerations*

78. As regards the first limb of the Government's objections, the Court observes that a legal entity "claiming to be the victim of a violation by one of the High Contracting Parties of the rights set forth in the Convention and the Protocols thereto" may submit an application to it (see, for example, *Agrotexim and Others v. Greece*, 24 October 1995, Series A no. 330-A, and *Société Faugyr Finance S.A. v. Luxembourg* (dec.), no. 38788/97, 23 March 2000), provided that it is a "non-governmental organisation" within the meaning of Article 34 of the Convention (see *RENFE v. Spain*, no. 35216/97, Commission decision of 8 September 1997, DR 90-B, p. 179).

79. The term "governmental organisations", as opposed to "non-governmental organisations" within the meaning of Article 34, includes legal entities which participate in the exercise of governmental powers or run a public service under government control. In order to determine whether any given legal person other than a territorial authority falls within that category, account must be taken of its legal status and, where

appropriate, the rights that status gives it, the nature of the activity it carries out and the context in which it is carried out, and the degree of its independence from the political authorities (see *Radio France and Others*, cited above).

80. In the light of the above principles, the Court notes that the applicant company is a corporate body which carries out commercial activities subject to the ordinary law of the Republic of Iran. It neither participates in the exercise of governmental powers nor has a public-service role or a monopoly in a competitive sector (see, in this connection, *The Holy Monasteries v. Greece*, 9 December 1994, § 49, Series A no. 301-A, and more recently, *Österreichischer Rundfunk v. Austria*, no. 35841/02, §§ 48-54, 7 December 2006). Although at the time of the events giving rise to the present application the applicant company was wholly owned by the State and currently an important part of its shares still belong to the State and a majority of the members of the board of directors are appointed by the State, it is legally and financially independent of the State, as transpires from Article 3 of the memorandum of association. In this connection the Court notes that in the *Radio France and Others* case, which was relied on by the Government, it found that the national company Radio France was a “non-governmental organisation” within the meaning of Article 34 of the Convention despite the fact that the State held all of the capital in Radio France, its memorandum and articles of association were approved by decree, its resources were to a large extent public, it performed “public-service missions in the general interest”, and it was obliged to comply with terms of reference and to enter into a contract with the State setting out its objectives and means. Therefore, it follows that public-law entities can have the status of a “non-governmental organisation” in so far as they do not exercise “governmental powers”, were not established “for public-administration purposes” and are completely independent of the State (see *The Holy Monasteries*, cited above, § 49).

81. That being so, it is true that governmental bodies or public corporations under the strict control of a State are not entitled to bring an application under Article 34 of the Convention (see *Radio France and Others*; *Ayuntamiento de M.*; *Sixteen Austrian Communes and some of their Councillors*; and *RENFE*, all cited above). However, the idea behind this principle is to prevent a Contracting Party acting as both an applicant and a respondent party before the Court. The circumstances of the present case are therefore different from those cited by the Government and the fact that the applicant company was incorporated in a State which is not party to the Convention makes no difference in this respect. Furthermore, the Court finds that the applicant company is governed essentially by company law, does not enjoy any powers beyond those conferred by ordinary law in the exercise of its activities and is subject to

the jurisdiction of the ordinary rather than the administrative courts. Having regard to the foregoing, the Court considers that the applicant company is run as a commercial business and that therefore there is nothing to suggest that the present application was effectively brought by the Islamic Republic of Iran, which is not a party to the Convention.

82. It follows that the applicant company is entitled to bring an application under Article 34 of the Convention and that therefore the first part of the Government's objection should be dismissed.

83. As regards the second part of the Government's objection, namely the alleged failure of the applicant company to comply with the six-month rule, the Court notes that the Government relied on its decision in the *Tahsin İpek* case, which concerned the failure of the applicant to procure the judgment of the Court of Cassation for more than six months after it had been deposited with the registry of the assize court. In this connection, it observes that its findings in the *Tahsin İpek* case applied solely to criminal proceedings since, according to the established practice of the Court of Cassation, the latter's decisions in criminal cases are not served on the defendants. In civil-law cases, however, the Court of Cassation's decisions are served on the parties when payment of the postage fee has been made in advance. Given that the proceedings in the instant case are of a civil nature and that the applicant company lodged its application within six months of the service of the Court of Cassation's final decision, it must be considered to have complied with the six-month rule laid down in Article 35 § 1 of the Convention.

84. Accordingly, the Government's objection concerning the alleged failure to observe the six-month rule must also be dismissed. The Court finds furthermore that this part of the application is not manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 of the Convention, and that it is not inadmissible on any other grounds. This complaint must therefore be declared admissible.

## **B. Merits**

85. The Court notes that the parties did not contest that the matters complained of constituted an interference with the peaceful enjoyment of the applicant company's possessions. Accordingly, it must next determine the applicable rule in the instant case.

### *1. The applicable rule*

86. The Court reiterates that Article 1 of Protocol No. 1 comprises three distinct rules. The first rule, which is set out in the first sentence of the first paragraph, is of a general nature and enunciates the principle of the peaceful enjoyment of property. The second rule, contained in the

second sentence of the first paragraph, covers deprivation of possessions and subjects it to certain conditions. The third rule, stated in the second paragraph, recognises that the Contracting States are entitled, amongst other things, to control the use of property in accordance with the general interest, by enforcing such laws as they deem necessary for the purpose. However, the rules are not “distinct” in the sense of being unconnected. The second and third rules are concerned with particular instances of interference with the right to peaceful enjoyment of property and should therefore be construed in the light of the general principle enunciated in the first rule (see *AGOSI v. the United Kingdom*, 24 October 1986, § 48, Series A no. 108).

87. The Court notes that the parties did not comment on the rule applicable to the case. It considers that in this case there was neither a confiscation nor a forfeiture as the applicant company regained possession of the cargo following a temporary detention of the vessel. It therefore amounted to control of the use of property. Accordingly, the second paragraph of Article 1 is applicable in the present case (see *Air Canada v. the United Kingdom*, 5 May 1995, § 34, Series A no. 316-A).

## 2. *Compliance with the conditions in the second paragraph*

88. It remains to be decided whether the interference with the applicant company’s property rights was in conformity with the State’s right under the second paragraph of Article 1 of Protocol No. 1 “to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest”.

### (a) **Lawfulness and object of the interference**

#### (i) *The Government’s arguments*

89. The Government submitted that the authorities had searched the vessel on suspicion of organised arms smuggling into Turkey. The arms cargo had thus been seized in accordance with section 12 of Law no. 6136 and Article 36 of the former Turkish Criminal Code as well as Articles 2 and 25 of the Montreux Convention and Article 19 § 2 and Article 39 of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982. The above-mentioned provisions of the Montreux Convention and the Convention on the Law of the Sea empowered the Government to limit the transit passage of commercial vessels through the Straits if the vessels posed a threat to the sovereignty, territorial integrity or political independence of the State or in any other manner violated the principles of international law embodied in the Charter of the United Nations. In this connection, arms smuggling was a threat to international peace and order and in violation of the principles of international law and customs.

Thus, the provisional seizure of the arms cargo was necessary for the prevention of crime and the protection of public safety in accordance with the general interest.

*(ii) The applicant company's arguments*

90. The applicant company contended that the arrest and detention of the vessel and its cargo had been unjustified since there was no evidence indicating that an offence had been committed or would have been committed. Nor were they in accordance with the principles of international law within the meaning of Article 1 of Protocol No. 1. The Montreux Convention, which was a *lex specialis* in the instant case, conferred in its Articles 1 to 3 complete freedom of transit and navigation on merchant vessels in the Straits. In particular, Article 3 made it clear that merchant vessels should not be required to make any stop during their passage through the Straits, with the exception of sanitary control which might be imposed by Turkish law within the framework of international sanitary regulations.

91. As regards the Government's reliance on the Convention on the Law of the Sea, the applicant company pointed out that Turkey was not a party to it and that, in any event, it could not have any application to the Bosphorus or the Dardanelles, passage through which was regulated by the Montreux Convention. The latter convention had been incorporated into the domestic law of Turkey. In view of the Court of Cassation's ruling that there was no evidence to suggest that the arms were to be introduced into Turkey and unloaded there, and that the Turkish authorities' reliance on Articles 5 and 6 of the Montreux Convention was untenable, the seizure of the vessel and its cargo had been contrary to the domestic law of Turkey.

*(iii) The Court's considerations*

92. The Court notes that the parties admitted that there was some legal basis for the interference with the applicant company's property rights; they disagreed, however, on the exact meaning and scope of the applicable law. It further notes that during various stages of the national proceedings their views also differed on the degree of applicability of the Montreux Convention, rules of customary international law governing transit passage through straits and provisions of national law prohibiting arms smuggling. Although in the early stages of the proceedings the national courts relied on Article 5 of the Montreux Convention in justifying Turkey's right to seize the arms cargo because of the continuing state of war with Cyprus, in their observations before the Court the Government's arguments hinged upon the application of the legislation prohibiting arms smuggling, which undermines international peace.



93. The Court accepts that the Montreux Convention is a *lex specialis* as concerns the transit regime through the Bosphorus. In this connection, it notes the points of conflicting interpretation of this convention raised by the parties. The Court considers, however, that it is not its role in the circumstances of this case to pronounce on the interpretation and application of the Montreux regime by Turkey, as there was arbitrary interference with the applicant company's property rights for the following reasons.

**(b) Proportionality of the interference**

94. The Court reiterates that an interference, particularly one falling to be considered under the second paragraph of Article 1 of Protocol No. 1, must strike a "fair balance" between the demands of the general interest and the requirements of the protection of the individual's fundamental rights. The concern to achieve this balance is reflected in the structure of Article 1 as a whole, and therefore also in its second paragraph. There must be a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim pursued. In determining whether this requirement is met, the Court recognises that the State enjoys a wide margin of appreciation with regard both to choosing the means of enforcement and to ascertaining whether the consequences of enforcement are justified in the general interest for the purpose of achieving the object of the law in question (see *Air Canada*, cited above, § 48).

95. The Court notes that neither the applicant company nor the Government commented on the proportionality of the interference. They limited themselves to comments on the lawfulness and purpose of the interference.

96. Be that as it may, in order to assess the proportionality of the interference, the Court has to examine the degree of protection from arbitrariness that is afforded by the proceedings in this case and whether a total lack of compensation can be considered justifiable under Article 1 of Protocol No. 1.

97. In the present case, the vessel carrying the cargo belonging to the applicant company was arrested on 22 October 1991 and detained until 8 December 1992, the date on which the vessel left Turkey by order of the Istanbul State Security Court. As noted above, the authorities' suspicion that the vessel was involved in international arms smuggling provided the justification for the arrest of the vessel. However, that suspicion was dispelled by the Minister for Foreign Affairs' letter of 12 November 1991, which informed the Istanbul State Security Court, via the Ministry of Justice, that the arms cargo belonged to the Islamic Republic of Iran (see paragraphs 22-23 above). The prosecuting authorities, however, also attached fundamental importance to the fact

that there was an ongoing state of war between Turkey and Cyprus and that therefore the vessel was not entitled to free passage through the Straits within the meaning of Article 5 of the Montreux Convention (see paragraph 20 above). Yet that assertion was also disputed by the Ministry of Foreign Affairs, which responded to the Istanbul State Security Court's questions in letters of 13 and 26 December 1991, and by the then Prime Minister's certificate of 22 February 1992 (see paragraphs 28 and 32 above). Despite this information, the Istanbul State Security Court instead relied on an old and isolated precedent, the *Vassoula* case, which had been decided in 1978 and concerned very different circumstances, in concluding that there was a state of war between Turkey and Cyprus and that, therefore, the detention of the vessel and arms cargo should be continued (see paragraphs 33-35 above). It gave no reasons for rejecting the statements and certification from the relevant State officials and representatives that there was no state of war.

98. In view of the above, the Court considers that the vessel and its cargo should have been released, at the latest, on 12 March 1992, when the State Security Court issued its decision, and that their detention from the above-mentioned date onwards was arbitrary since there was no basis for suspecting an arms-smuggling offence or general power to seize the ship on account of a state of war between Turkey and Cyprus.

99. Furthermore, the Court observes that the compensation proceedings are also material in determining whether the contested interference in this case respected the requisite fair balance and, notably, whether it imposed a disproportionate burden on the applicant company. In this connection, the arbitrary control of use of a property for a prolonged period of time without justification will normally constitute a disproportionate interference, and a total lack of compensation can be considered unjustifiable under Article 1 of Protocol No. 1 (see, *mutatis mutandis*, *The Holy Monasteries*, cited above, §§ 70-71, and *Papachelas v. Greece* [GC], no. 31423/96, § 48, ECHR 1999-II).

100. In that regard the Court notes that the applicant company's claim for compensation for the damage it had sustained was dismissed by the Beyoğlu Court of Commerce, which held that the vessel was not a merchant vessel since it was carrying, in part, a cargo of arms and that its passage was therefore not innocent within the meaning of the Montreux Convention (see paragraphs 49 and 58 above).

101. The Court observes that the Court of Cassation had already found that there was no offence of arms smuggling and that Article 6 § 1 of the Montreux Convention did not apply (see paragraph 37 above). Accordingly, even though the civil courts were not bound by the findings of the criminal courts (see paragraph 62 above), the reasons given by the Beyoğlu Commercial Court were not capable of justifying its decision to

deprive the applicant company of its claims for compensation for damage suffered from 12 March 1992 (see paragraph 99 above).

102. The foregoing considerations are sufficient to enable the Court to conclude that the authorities' interference with the applicant company's rights is disproportionate and unable to strike a fair balance between the interests at stake.

103. There has accordingly been a violation of Article 1 of Protocol No. 1.

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

104. The applicant company also complained that the initial seizure and subsequent detention of the vessel the *Cape Maleas* and the exercise of criminal jurisdiction over the officers and the vessel had constituted an infringement of public international law, the Montreux Convention and Turkish law. It relied on Article 6 § 1 of the Convention, which provides:

“In the determination of ... any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair ... hearing ... by [a] ... tribunal ...”

105. The Government contended that this complaint had been brought outside the six-month period since the criminal proceedings had become final by virtue of the Istanbul State Security Court's judgment of 13 November 1992 and the application had been lodged on 18 December 1997.

106. The applicant company contested the Government's submissions. It argued that the harm it had suffered as a result of the initial seizure and subsequent detention of the vessel had potentially entitled it to damages. Accordingly, the applicant company had brought compensation proceedings before the Turkish courts and the Strasbourg application had been lodged only after the conclusion of those proceedings.

107. The Court notes that it is not required to determine whether the applicant company complied with the six-month rule since this part of the application is inadmissible for the following reasons.

108. It reiterates that, according to Article 34 of the Convention, it may receive applications from any person claiming to be the victim of a violation by one of the High Contracting Parties of the rights set forth in the Convention or the Protocols thereto. This provision requires that an individual applicant should claim to have been directly and actually affected by the violation he alleges (see *Ireland v. the United Kingdom*, 18 January 1978, §§ 239-40, Series A no. 25).

109. The Court notes that in the circumstances of the present case, criminal proceedings were brought only against the crew of the vessel.

The applicant company has not demonstrated that any criminal proceedings were brought against it. Furthermore, the applicant company has successfully appealed to the Court of Cassation and secured the release of the cargo, which belonged to it. Accordingly, the applicant company cannot claim to be a victim, within the meaning of Article 34 of the Convention, of a violation of the Convention provision on which it relies.

110. This part of the application is therefore incompatible *ratione personae* with the provisions of the Convention and must be rejected under Article 35 § 3 of the Convention.

### III. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

111. 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

112. The applicant company claimed 1,195,429.17 United States dollars (USD) (approximately 879,270 euros (EUR)) in respect of pecuniary damage. This amount comprised:

- USD 1,043,900 (EUR 766,885) for the hire charge paid to the owners of the vessel during the period of detention between 22 October 1991 and 12 March 1992;
- USD 76,862.50 (EUR 56,470) for the cost of fuel used by the vessel while in detention; and
- USD 74,666.67 (EUR 54,860) paid to the owners of the vessel, following London arbitration, in respect of the agency fees incurred by them for the period between 22 October 1991 and 12 March 1992 (USD 12,166.67) and in respect of the reimbursement of Turkish legal fees incurred by the owners (USD 62,500).

113. The Government submitted that no award should be made under this head since the alleged damage had been caused by the applicant company, which had given untrue information about the nature of the cargo. They further claimed that the amounts claimed were unsubstantiated.

114. The Court reiterates that there must be a clear causal link between the damage claimed and the violation of the Convention (see, among other authorities, *Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain* (Article 50), 13 June 1994, §§ 16-20, Series A no. 285-C).

115. The Court accepts that the applicant company suffered damage as a result of disproportionate interference by the authorities with its rights under Article 1 of Protocol No. 1. However, it notes that the applicant company has already recovered the losses it sustained in respect of the period after 12 March 1992 in the London arbitration proceedings (see paragraph 53 above). The applicant company's claim for damages thus relates only to the period between the date of the vessel's arrest and 12 March 1992. In this connection, the Court refers to its finding that the vessel and its cargo should have been released, at the latest, on 12 March 1992 and that their detention from that date onwards was arbitrary (see paragraph 98 above). It considers therefore that no award should be made under this head for the period before 12 March 1992. It follows that the applicant company's claims in respect of pecuniary damage must be dismissed.

### **B. Costs and expenses**

116. The applicant company also claimed 31,060 pounds sterling (GBP) (approximately EUR 45,870) for the costs and expenses incurred for the preparation and presentation of its case before the Court. This sum included fees for work done by its representatives in the proceedings before the Court.

117. The Government contended that the amount claimed was excessive and unjustified.

118. According to the Court's case-law, an applicant is entitled to reimbursement of his costs and expenses only in so far as it has been shown that these have been actually and necessarily incurred and were reasonable as to quantum. In the present case, the Court is not satisfied that all the costs and expenses were necessarily and actually incurred. It considers that part of the amounts claimed by the legal representatives for consultations between themselves is exaggerated. The Court also considers excessive the total number of hours of legal work and the hourly rate claimed in respect of the applicant company's lawyers. It therefore finds that it has not been proved that all those legal costs were necessarily and reasonably incurred. Having regard to the details of the claims and vouchers submitted by the applicant company, the Court considers it reasonable to award the sum of EUR 35,000 for costs and expenses before the Court.

### **C. Default interest**

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

## FOR THESE REASONS, THE COURT UNANIMOUSLY

1. *Declares* the complaint under Article 1 of Protocol No. 1 admissible and the remainder of the application inadmissible;
2. *Holds* that there has been a violation of Article 1 of Protocol No. 1;
3. *Holds*
  - (a) that the respondent State is to pay the applicant company, within three months from the date on which the judgment becomes final in accordance with Article 44 § 2 of the Convention, EUR 35,000 (thirty-five thousand euros) for costs and expenses, plus any tax that may be chargeable;
  - (b) that from the expiry of the above-mentioned three months until settlement simple interest shall be payable on the above amount at a rate equal to the marginal lending rate of the European Central Bank during the default period plus three percentage points;
4. *Dismisses* the remainder of the applicant company's claim for just satisfaction.

Done in English, and notified in writing on 13 December 2007, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Stanley Naismith  
Deputy Registrar

Boštjan M. Zupančič  
President

COMPAGNIE DE NAVIGATION DE LA RÉPUBLIQUE  
ISLAMIQUE D'IRAN c. TURQUIE  
*(Requête n° 40998/98)*

TROISIÈME SECTION

ARRÊT DU 13 DÉCEMBRE 2007<sup>1</sup>

---

1. Traduction; original anglais.





SOMMAIRE<sup>1</sup>

**Qualité de victime d'une entreprise d'Etat jouissant d'une indépendance légale et financière**

**Article 34 de la Convention**

*Droit de recours – Organisation non gouvernementale – Victime – Qualité pour agir – Incompatibilité ratione personae – Qualité de victime d'une entreprise d'Etat jouissant d'une indépendance légale et financière*

**Article 1 du Protocole n° 1**

*Respect des biens – Réglementation de l'usage des biens – Saisie arbitraire pendant plus d'un an d'un navire et de son chargement par crainte de contrebande d'armes – Proportionnalité – Protection contre l'arbitraire*

\*  
\*   \*

En octobre 1991, les autorités turques capturèrent un navire appartenant à une société chypriote et affrété par la société requérante, car elles craignaient que les armes qu'il transportait ne soient destinées à la contrebande. Des poursuites pénales furent engagées contre plusieurs membres de l'équipage. En décembre 1991, à la suite d'une enquête, le ministère turc des Affaires étrangères confirma que le chargement transporté par la société requérante appartenait à l'Iran et que sa saisie ne pouvait se justifier en alléguant l'existence d'un « état de guerre » entre la Turquie et Chypre. Les tribunaux turcs finirent par acquitter les membres de l'équipage et, en décembre 1992, libérèrent le navire. Au cours d'une procédure civile ultérieure, la société requérante ne put obtenir réparation du dommage consécutif à la capture du navire.

1. Article 34 de la Convention: le Gouvernement excipe de l'absence de qualité pour agir de la société requérante au motif que celle-ci serait une entreprise d'Etat qui ne pourrait donc se distinguer du gouvernement de la République islamique d'Iran. A l'époque des faits, la société requérante était entièrement propriété de l'Etat et à l'heure actuelle une importante proportion de ses actions appartient toujours à l'Etat. En outre, la majorité des membres du conseil d'administration étaient nommés par l'Etat. La Cour constate toutefois que cette société est légalement et financièrement indépendante de l'Etat iranien, comme cela ressort de ses statuts. De plus, celle-ci est essentiellement régie par le droit des sociétés, ne jouit d'aucun pouvoir allant au-delà de ceux conférés par le droit commun dans l'exercice de ses activités et relève de la compétence des juridictions judiciaires et non administratives. Dans ces conditions, la société requérante fonctionne comme

---

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

une société commerciale et rien ne donne à penser que la requête à l'étude a été en réalité soumise par la République islamique d'Iran.

*Conclusion* : recevabilité (unanimité).

2. Article 1 du Protocole n° 1: la saisie du navire s'analyse en une mesure de réglementation de l'usage des biens au sens du second alinéa de l'article 1 du Protocole n° 1. Les parties ont admis que l'ingérence reposait sur une base légale mais avaient des vues divergentes sur le sens et la portée du droit applicable. Bien que les autorités aient appris deux mois seulement après la saisie que le chargement n'avait pas été introduit en contrebande et ne représentait aucune menace pour la sûreté nationale de la Turquie, la situation s'est prolongée pendant encore un an. Pour la Cour, le navire aurait dû être libéré au plus tard en mars 1992, date à laquelle le tribunal de première instance a rendu une décision à cet effet. L'immobilisation du navire après cette date était arbitraire car rien ne permettait de soupçonner une contrebande d'armes ni n'habilitait à saisir le navire à raison de l'existence d'un état de guerre entre la Turquie et Chypre. De plus, eu égard au refus des tribunaux de faire droit à la demande d'indemnisation formulée par la société requérante, l'ingérence dans le droit de propriété de celle-ci a été disproportionnée.

*Conclusion* : violation (unanimité).

Article 41: la Cour alloue une certaine somme pour frais et dépens.

### Jurisprudence citée par la Cour

*Seize communes d'Autriche et certains de leurs conseillers municipaux c. Autriche*, n<sup>os</sup> 5767/72, 5922/72, 5929-5931/72, 5953-5957/72, 5984-5988/73, 6011/73, décision de la Commission du 31 mai 1974, Annuaire 17

*Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, série A n° 25

*AGOSI c. Royaume-Uni*, 24 octobre 1986, série A n° 108

*Ayuntamiento de M. c. Espagne*, n° 15090/89, décision de la Commission du 7 janvier 1991, Décisions et rapports 68

*Les saints monastères c. Grèce*, 9 décembre 1994, série A n° 301-A

*Air Canada c. Royaume-Uni*, 5 mai 1995, série A n° 316-A

*Agrotexim et autres c. Grèce*, 24 octobre 1995, série A n° 330-A

*RENFE c. Espagne*, n° 35216/97, décision de la Commission du 8 septembre 1997, Décisions et rapports 90-A

*Papachelas c. Grèce* [GC], n° 31423/96, CEDH 1999-II

*Société Faugyr Finance S.A. c. Luxembourg* (déc.), n° 38788/97, 23 mars 2000

*Tahsin İpek c. Turquie* (déc.), n° 39706/98, 7 novembre 2000

*Radio France et autres c. France* (déc.), n° 53984/00, CEDH 2003-X

*Österreichischer Rundfunk c. Autriche*, n° 35841/02, 7 décembre 2006

**En l'affaire Compagnie de navigation de la République islamique  
d'Iran c. Turquie,**

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

Boštjan M. Zupančič, *président*,

Corneliu Bîrsan,

Rıza Türmen,

Alvina Gyulumyan,

Egbert Myjer,

Ineta Ziemele,

Isabelle Berro-Lefèvre, *juges*,

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

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 22 novembre 2007,

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

**PROCÉDURE**

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 40998/98) dirigée contre la République de Turquie et dont une compagnie de navigation ayant son siège à Téhéran (Iran), la Compagnie de navigation de la République islamique d'Iran («la société requérante»), avait saisi la Commission européenne des droits de l'homme («la Commission») le 18 décembre 1997 en vertu de l'ancien article 25 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales («la Convention»). A la suite de l'entrée en vigueur du Protocole n° 11 à la Convention le 1<sup>er</sup> novembre 1998, et conformément à l'article 5 § 2 de celui-ci, la requête est examinée par la Cour.

2. La société requérante a été représentée par M<sup>es</sup> T. Marshall, D. Lloyd Jones et J. Stradford, avocats à Londres. Le gouvernement turc («le Gouvernement») n'a pas désigné d'agent pour le représenter devant la Cour.

3. La société requérante alléguait que la saisie par les autorités turques du chargement se trouvant à bord d'un navire appartenant à un propriétaire chypriote, qu'elle avait affrété à temps, avait constitué une mesure injustifiée de réglementation de l'usage des biens au sens de l'article 1 du Protocole n° 1.

4. Le 10 avril 2003, la Cour a déclaré la requête partiellement irrecevable et a décidé de communiquer au Gouvernement les griefs concernant la réglementation injustifiée de l'usage des biens et la privation du droit à un procès équitable. Comme le permet l'article 29 § 3 de la Convention, elle a en outre décidé d'examiner en même temps la recevabilité et le fond de la requête.

## EN FAIT

### I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

5. Les faits de la cause, tels qu'ils ont été soumis par les parties, peuvent se résumer comme suit.

#### A. Le contexte de l'affaire

6. La société requérante affréta un navire appartenant à un propriétaire chypriote, le Cape Maleas (« le navire ») par un contrat daté du 12 septembre 1991. La charte-partie était rédigée à partir d'un formulaire d'affrètement à temps de la bourse des marchandises de New York et consacrait un voyage à temps vers les ports du sud de l'Iran. La durée prévue pour le voyage était de cinquante jours et le but était de transporter des marchandises courantes, des aciers et des conteneurs commerciaux.

7. Aux termes d'un accord entre les parties, à savoir la société requérante et la société propriétaire du navire, Seabeach Shipping Ltd, la charte-partie fut complétée le 18 septembre 1991 par l'addendum n° 1. Ce dernier disposait que l'affréteur, à savoir la société requérante, pouvait charger 2 500 m<sup>3</sup> de marchandises « IMCO 1 », qui sont des marchandises appartenant à la catégorie « Classe 1 – explosifs » du Code maritime international des marchandises dangereuses.

8. La société requérante ordonna que le navire rallie le port de Burgas, en Bulgarie et, le 8 octobre 1991, commença le chargement de marchandises supplémentaires. Il s'agissait de marchandises courantes mais aussi d'armes, de munitions et de pièces de rechange de nature militaire relevant de la catégorie IMCO 1 (« le chargement d'armes »).

9. L'agent de la société requérante à Burgas rédigea les connaissements relatifs au chargement, y compris le chargement d'armes (« les connaissements »). Dans ces documents, le chargement d'armes était qualifié d'« équipements spéciaux », mention suivie de la référence à un contrat numéroté. Le port de déchargement indiqué pour les équipements spéciaux était le port syrien de Tartous. Les documents indiquaient que l'expéditeur était Socotrade et que le destinataire était « à ordre ».

10. L'agent de la requérante à Burgas prépara également un manifeste de cargaison qui, comme les connaissements, indiquait que le chargement d'armes consistait en « équipements spéciaux » et que le port de déchargement était le port de Tartous. La société requérante a toujours eu l'intention de faire décharger le chargement d'armes à Bandar Abbas, en Iran. Le navire quitta le port de Burgas le 21 octobre 1991 à 19 heures avec l'ordre de rallier le port de Setúbal, au Portugal, pour y charger d'autres marchandises. Pour se rendre de Burgas à Setúbal, le navire devait franchir le Bosphore.

## **B. La capture du navire**

11. Le 22 octobre 1991 vers 15 h 30, le navire était sur le point de s'engager dans le Bosphore. Avant de pénétrer dans les Détroits, le capitaine du navire demanda l'assistance d'un pilote pour la navigation dans le Bosphore. Le navire arborait le pavillon international signalant qu'il transportait des marchandises dangereuses.

12. En raison d'informations communiquées aux douanes turques par un navire turc qui venait d'arriver de Bulgarie, les autorités turques pensèrent que le chargement d'armes était destiné à Chypre, d'où il entrerait en contrebande en Turquie.

13. D'après les autorités turques, le navire fut aperçu pour la première fois alors qu'il se trouvait à dix milles des Détroits. Après l'entrée du navire dans les Détroits, un pilote se rendit à son bord et invita le capitaine à déclarer le cas échéant les marchandises dangereuses qu'il transportait. Le capitaine s'exécuta et le navire continua sa route pendant quelques minutes, après quoi le pilote ordonna au capitaine de stopper les machines.

14. Les garde-côtes turcs et d'autres autorités turques montèrent à bord du navire et le capturèrent. La mer étant agitée à l'endroit où le navire avait stoppé les machines, il fut remorqué par un navire militaire jusqu'au port turc de Büyükdere. Toutes les parties à l'affaire partirent par la suite du principe que la capture du navire s'était produite dans les Détroits, zone régie par la Convention de Montreux du 20 juillet 1936.

15. A Büyükdere, on fouilla le navire et on examina les connaissements et le manifeste de cargaison. Les autorités turques découvrirent le chargement d'armes et interrogèrent le capitaine. Les fonctionnaires présents lors de la capture et de la fouille du navire rédigèrent et signèrent tous une déclaration intitulée «Compte rendu des faits» où étaient résumées les allégations des autorités turques et les actions prises par elles à l'égard du navire. Le capitaine, le second et l'opérateur radio du navire furent placés en garde à vue par les autorités turques.

16. Le 24 octobre 1991, le capitaine et le second firent des déclarations sous serment qui furent consignées par écrit. Ces documents furent versés au dossier qui fut transmis par le procureur à un juge unique de la cour de sûreté de l'Etat d'Istanbul.

## **C. La procédure devant la cour de sûreté de l'Etat d'Istanbul**

17. Le 28 octobre 1991, après avoir examiné le dossier et s'être référé notamment aux articles 5 et 6 de la Convention de Montreux, un juge unique de la cour de sûreté de l'Etat d'Istanbul approuva la capture du navire et l'arrestation de membres de son équipage, à savoir le capitaine, le second et l'opérateur radio. Dans sa décision, le juge faisait mention de

«contrebande d'armes généralisée» et déclarait que «les éléments de preuve confirmaient que les armes de contrebande en question pouvaient être utilisées pour porter atteinte à la sûreté de la République de Turquie».

18. Le 30 octobre 1991, cette décision fut notifiée à l'avocat désigné pour représenter le navire et son capitaine. Le lendemain, cet avocat éleva une objection contre ladite décision en mentionnant les dispositions pertinentes de la Convention de Montreux et en faisant observer que la Turquie n'était pas en état de guerre avec quelque pays que ce soit au sens de la Constitution turque et qu'il n'y avait pas non plus de menace ni de risque de guerre.

19. Le 4 novembre 1991, la cour de sûreté de l'Etat d'Istanbul rejeta cette objection.

20. Le 5 novembre, le procureur en chef près la cour de sûreté de l'Etat d'Istanbul mit en accusation le capitaine, le second et l'opérateur radio du navire pour transport organisé d'armes à feu et de munitions. Selon le procureur, la Turquie était en guerre avec Chypre. Il cita divers décrets du Parlement turc qui avaient autorisé l'envoi de troupes à Chypre et déclara :

« (...) en dépit du cessez-le-feu obtenu grâce aux efforts de l'Organisation des Nations unies pour mettre fin au conflit armé, aucun traité n'ayant encore été signé, l'état de guerre se poursuit d'un point de vue juridique. En conséquence, il s'impose de mettre en œuvre l'article 5 de la Convention de Montreux. (...)

Conformément à [l'article 5 de la Convention de Montreux], les navires de commerce de pays en guerre avec la Turquie ne jouissent pas de la liberté de passage dans les Détroits. Dès lors, un navire battant pavillon chypriote, chargé d'armes de surcroît, n'ayant pas un droit de passage sans restriction dans les Détroits, le gouvernement turc peut, pour sa propre sécurité et en se fondant sur ses droits souverains et sur l'article 5 de ladite Convention, exercer un contrôle sur ce navire et les armes qu'il contient. »

21. Etant donné que le navire était enregistré à Chypre et battait pavillon chypriote, les autorités turques conclurent qu'elles étaient habilitées, en vertu de l'article 5 de la Convention de Montreux, à le capturer et à engager une procédure pour contrebande d'armes.

22. Au cours des mois de novembre et décembre 1991, le gouvernement de la République islamique d'Iran chercha à faire libérer le navire et son chargement par le biais de réunions diplomatiques de haut niveau. La question fut portée au niveau présidentiel et, le 11 novembre 1991, l'ambassadeur d'Iran en Turquie rendit visite au ministre adjoint des Affaires étrangères pour lui remettre des copies de l'un des connaissements et de la Convention de Montreux. Cette démarche visait à établir que le chargement d'armes était en fait transporté pour le compte de l'Etat iranien.

23. Le 12 novembre 1991, le ministre turc des Affaires étrangères écrivit au ministre de la Justice pour rendre compte des réunions qui avaient eu lieu; il joignait les copies du connaissement et de la Convention de Montreux et proposait de se procurer des informations

complémentaires sur les «équipements spéciaux» énumérés dans le connaissance.

24. Le 13 novembre 1991, l'avocat agissant pour le compte des propriétaires et du capitaine du navire signala à la cour de sûreté de l'Etat d'Istanbul que l'hypothèse selon laquelle la Turquie et Chypre étaient en guerre constituait le nœud de l'affaire. Il pria la cour de demander sur-le-champ au ministère des Affaires étrangères s'il existait un état de guerre. Il soutint qu'il fallait aussi demander à la présidence du Parlement s'il y avait eu une déclaration de guerre.

25. Le 18 novembre 1991, cet avocat soumit une autre requête à la cour: répétant que la Turquie n'était en guerre avec aucun autre pays (y compris Chypre), il demandait que le capitaine soit libéré sous condition.

26. Le 25 novembre 1991, il présenta une requête à la cour de sûreté de l'Etat d'Istanbul pour l'inviter à reformuler la question qu'elle avait adressée au ministère turc des Affaires étrangères. Il critiquait en effet la question qui avait été posée, à savoir «si les opérations de paix à Chypre se sont conclues par un traité de paix (...)», et considérait qu'il aurait fallu demander «si la République de Turquie est ou non en guerre avec l'Etat chypriote».

27. Dans un autre courrier daté du 29 novembre 1991, l'avocat de la société requérante envoya à la cour de sûreté de l'Etat d'Istanbul la traduction de la charte-partie et des connaissements. Il expliqua qu'un contrat d'affrètement à temps était de même nature qu'un bail et que les affréteurs avaient un contrôle sur le chargement et les documents y afférents.

28. Le ministère turc des Affaires étrangères répondit aux questions posées par la cour de sûreté de l'Etat d'Istanbul par deux lettres datées respectivement du 13 et du 26 décembre 1991, où il était indiqué:

«(...) étant donné qu'il n'y a pas d'«état de guerre» entre la Turquie et quelque autre pays que ce soit, y compris l'administration chypriote grecque, il est évident que la capture du navire ne saurait se fonder sur les articles 5 et 6 de la Convention de Montreux. De fait, les navires arborant le pavillon de l'administration chypriote grecque ont toujours traversé les Détroits librement.

2. Dans la note adressée à notre ministère par l'ambassade d'Iran à Ankara, il est déclaré que les armes trouvées à bord du navire appartiennent à l'Iran. Cela a été certifié par les autorités iraniennes à plusieurs occasions.

Par ailleurs, les autorités bulgares ont déclaré que lesdites armes avaient été vendues officiellement à l'Iran aux termes d'un accord conclu entre la Bulgarie et l'Iran en 1989, et que les armes avaient été chargées à Burgas.

3. En dehors des restrictions exposées dans les articles 4 et 5 de la Convention de Montreux et valables en «temps de guerre», les navires de commerce arborant un pavillon étranger jouissent en temps de paix d'une totale liberté de passage, quels que soient leur pavillon et leur chargement. Comme indiqué plus haut, il est impossible

d'invoquer les dispositions applicables en « temps de guerre » prévues par la Convention de Montreux en l'espèce car il n'y a pas d'état de guerre avec l'administration chypriote grecque. De plus, conformément au droit international coutumier et au droit des traités, les navires ont un « droit de passage inoffensif » dans les eaux territoriales des autres pays (...)

29. Le 16 décembre 1991, la cour de sûreté de l'Etat d'Istanbul rendit une décision prévoyant la libération sous condition du capitaine, mais ordonna de capturer le navire et de saisir son chargement car elle soupçonnait que celui-ci allait être utilisé pour commettre ou préparer une infraction.

30. Le 10 janvier 1992, le procureur déposa ses réquisitions écrites sur le fond. Il n'avait pas modifié sa position : invoquant l'article 5 de la Convention de Montreux, il demandait la capture du navire et la saisie du chargement d'armes ainsi que l'arrestation du capitaine.

31. En janvier 1992, la société requérante était parvenue à la conclusion que les tentatives menées pour obtenir la libération du navire et de sa cargaison par le biais de négociations diplomatiques avaient peu de chances d'aboutir. Elle demanda par l'intermédiaire de son avocat turc, M<sup>c</sup> Aydın, à intervenir dans la procédure devant la cour de sûreté de l'Etat d'Istanbul. Dans sa demande, elle faisait valoir qu'elle avait un intérêt pour agir en sa qualité de propriétaire de la cargaison et soulignait que le chargement d'armes était transporté dans le cadre d'une transaction commerciale normale et légale et que la Turquie n'était en guerre avec aucun autre pays. Elle réclamait donc la libération inconditionnelle du navire et de sa cargaison. La cour autorisa la société requérante à participer à la procédure en qualité de tiers intervenant.

32. Le 22 février 1992, M. Süleyman Demirel, qui était à l'époque premier ministre de Turquie, émit un certificat déclarant :

« La République de Turquie n'est en état de guerre avec aucun autre pays, y compris la partie sud de Chypre (...) »

33. Par un jugement du 12 mars 1992, la cour de sûreté de l'Etat d'Istanbul acquitta le second du navire et l'opérateur radio mais condamna le capitaine, pour importation d'armes en Turquie sans autorisation officielle, à une peine d'emprisonnement de cinq ans et à une amende de 50 000 livres turques (TRL). Elle ordonna la confiscation du chargement d'armes et du navire conformément au dernier paragraphe de l'article 12 de la loi n° 6136, la restitution du restant de la cargaison à la société requérante, et condamna le capitaine aux dépens. S'appuyant sur un arrêt rendu par la Cour de cassation dans une affaire similaire<sup>1</sup>, la cour de sûreté de l'Etat d'Istanbul déclara que la société

---

1. Par une décision du 19 juin 1978 (n° 978/8-189-245) rendue dans l'affaire Vassoula, la chambre pénale générale de la Cour de cassation déclara que l'état de guerre n'avait pas encore pris fin à la suite de l'opération de paix à Chypre qui avait débuté le 20 juillet 1974.



requérante faisait en l'espèce preuve de mauvaise foi car le connaissance contenait des informations inexactes quant au contenu de la cargaison et à la route du navire. Elle releva que rien ne justifiait que les autorités turques n'aient pas été informées que des armes iraniennes devaient passer par les Détroits. De plus, elle déclara ce qui suit au sujet de la Convention de Montreux :

«La seconde question est celle de savoir si les autorités turques étaient habilitées à saisir les armes et munitions. Conformément à l'article pertinent de la Convention de Montreux, le passage de navires transportant des armes à feu et appartenant à un Etat avec lequel la Turquie est en guerre est interdit.

L'autre question importante est celle de savoir si la Turquie est en guerre avec l'Etat chypriote grec ou, autrement dit, si un accord de paix a été conclu après la guerre. Il est notoire que la Turquie a été en guerre avec l'Etat chypriote grec, à la suite de quoi Chypre a été divisée en deux parties, que la République turque de Chypre du Nord a été créée, que l'Etat chypriote grec n'a pas reconnu la République turque de Chypre du Nord et que, jusqu'à présent, aucun accord n'est intervenu, et que des négociations interétatiques sont en cours.

Dès lors, il n'a pas été tenu compte (...) de la lettre du ministère des Affaires étrangères (...) ni de la lettre du Premier ministre.»

34. Se référant à l'affaire Vassoula<sup>1</sup>, qui concernait un autre navire, le jugement concluait que «l'existence d'un état de guerre est confirmée».

35. A la suite du jugement de la cour de sûreté de l'Etat d'Istanbul, la société requérante paya le montant de la location et les frais dus au propriétaire en vertu de la charte-partie, le tout se montant à 1 161 374,50 dollars américains (USD). Alors que le jugement en question ordonnait la restitution de la cargaison autre que les armes à la société requérante, cette restitution ne fut pas effectuée et, par une ordonnance du 29 mai 1992, le tribunal de commerce d'Istanbul émit une injonction en faveur du propriétaire du navire fixant une sûreté de 4 111 168 608 TRL sur la cargaison pour garantir la location non payée. La société propriétaire du navire, Seabeach Shipping Ltd, entama alors une procédure d'exécution pour encaisser la sûreté sur la cargaison appartenant à la société requérante.

## **D. L'appel**

36. Le 13 mars 1992, la société requérante interjeta appel du jugement de la cour de sûreté de l'Etat d'Istanbul. Elle contestait la conclusion de la cour selon laquelle il existait un état de guerre entre la Turquie et Chypre. Dans ses moyens, elle contestait aussi qu'il fût légitime pour la cour de s'appuyer sur l'affaire Vassoula et indiquait que le chargement d'armes n'avait fait que transiter par les Détroits.

---

1. *Ibidem.*

37. Par une décision du 3 juin 1992, la Cour de cassation annula le jugement de la cour de sûreté de l'Etat d'Istanbul, considérant que le dossier ne contenait aucun élément de preuve indiquant que les armes devaient être déchargées du navire en Turquie. Quant à l'applicabilité de la Convention de Montreux, elle déclara :

« (...) que l'état de guerre mentionné à l'article 4 de la Convention n'existe pas, comme le montrent aussi les lettres du ministère des Affaires étrangères et du Premier ministre, qui déclarent explicitement que « la Turquie n'est en guerre avec aucun autre pays, y compris l'administration chypriote grecque du Sud » (...) et qu'il n'y a pas lieu d'appliquer l'article 6 de la Convention de Montreux. (...) »

38. L'affaire fut renvoyée en jugement devant la cour de sûreté de l'Etat.

39. Par une requête du 3 septembre 1992, alors que le capitaine du navire n'avait pas encore été rejugé par la cour de sûreté de l'Etat d'Istanbul, la société requérante demanda la levée de la sûreté imposée sur la cargaison par le tribunal de commerce d'Istanbul.

40. Ce tribunal ayant rejeté la demande de la société requérante le 8 septembre 1992, celle-ci accepta le 18 septembre de verser au propriétaire une partie de la location, sans préjudice de sa responsabilité. En échange, le propriétaire accepta de renoncer à la sûreté sur la cargaison autre que le chargement d'armes. Aux termes de cet accord, la société requérante devait payer 80 % de la location pour la période allant du 14 mars au 13 septembre 1992 inclus (1 118 074,40 USD). Elle devait aussi payer 100 % des frais futurs, au moment où ils arriveraient à échéance. Le propriétaire garantit à la société requérante qu'il lui rembourserait la somme précitée. La société requérante estima qu'elle était tenue de payer la location due, faute de quoi le tribunal de commerce d'Istanbul et le propriétaire ne lèveraient pas la saisie du navire et de sa cargaison.

41. Le 30 septembre 1992, la cour de sûreté de l'Etat d'Istanbul acquitta le capitaine à l'issue d'un nouveau procès. Le procureur fit appel de ce jugement, mais la Cour de cassation le débouta par une décision du 12 novembre 1992, qui fut approuvée le lendemain.

42. Le 18 novembre 1992, la cour de sûreté de l'Etat d'Istanbul ordonna la levée de la saisie du navire et du chargement d'armes. Le navire quitta la Turquie le 8 décembre 1992 et fut rendu par la société requérante au propriétaire conformément aux termes de la charte-partie le 9 mars 1993.

### **E. La procédure d'indemnisation**

43. Par une demande écrite du 22 juillet 1993, la société requérante engagea une action devant le tribunal de commerce d'Istanbul contre le ministère des Finances et des Douanes, en se référant au

ministère de l'Intérieur et au ministère de la Défense, pour réclamer 38 087 249 964 TRL (l'équivalent de 3 386 598,98 USD) plus les intérêts. Elle fondait sa demande sur l'article 41 du code des obligations et faisait valoir que la capture et l'immobilisation du navire et de sa cargaison étaient injustifiées. Elle alléguait à cet égard que les armes et les munitions étaient la propriété de la République islamique d'Iran et que le navire avait été immobilisé abusivement pendant 413 jours, 2 heures et 30 minutes, en conséquence de quoi elle avait dû payer 3 263 522,92 USD au propriétaire, 81 978,86 USD de frais de carburant et 41 097,20 USD de frais de port.

44. Dans sa demande, elle établissait aussi une distinction entre l'espèce et l'affaire Vassoula et expliquait dans quelles circonstances elle avait été contrainte de payer la location et les autres frais au propriétaire du navire.

45. Le 28 septembre 1994, une première expertise fut présentée au tribunal de commerce à la suite de l'ordonnance de référé qu'il avait prononcée le 9 mars 1994. Les experts recommandaient de déclarer la demande de la société requérante irrecevable principalement parce que celle-ci aurait choisi volontairement et en l'absence d'obligation juridique de payer les frais de location au titre de la charte-partie.

46. La société requérante s'opposa à la première expertise ; le tribunal de commerce ordonna une deuxième expertise le 11 novembre 1994.

47. Le 3 avril 1995, la seconde expertise fut remise au tribunal ; elle préconisait le rejet de la demande de la société requérante. Les experts estimaient que le propriétaire du navire, mais non la société requérante, pouvait dans des circonstances appropriées réclamer une indemnisation à l'Etat turc. Ils considéraient que la demande de la société requérante pourrait peut-être aboutir pour ce qui était des frais de port et de carburant et des frais supplémentaires sous l'angle de l'article 105 du code des obligations, mais que sa demande relative aux frais de location était vouée à l'échec.

48. Le 13 juin 1995, la société requérante s'opposa à la seconde expertise et demanda au tribunal de se prononcer sur l'affaire sans nouvelle expertise ou, à titre subsidiaire, d'ordonner une troisième expertise.

49. Par une décision du 20 septembre 1995, le tribunal de commerce d'Istanbul rejeta la demande d'indemnisation émanant de la société requérante au motif que le navire n'était pas un navire de commerce puisqu'il transportait, entre autres marchandises, des armes. Il considéra que les autorités chargées de la sécurité n'avaient fait que leur devoir en enquêtant sur des allégations graves de contrebande d'armes. Le tribunal conclut donc qu'il n'y avait pas eu de violation de la Convention de Montreux ou du droit turc, en particulier de l'article 41 du code des obligations.

50. Le 6 novembre 1995, la société requérante interjeta appel.

51. Le 27 novembre 1996, la Cour de cassation débouta la requérante et confirma le jugement du tribunal de commerce d'Istanbul. Elle rejeta la demande formée par la société requérante en vue de la rectification de sa décision par une nouvelle décision du 22 mai 1997, qui fut notifiée à l'intéressée le 22 juin 1997.

## **F. L'arbitrage de Londres**

52. La charte-partie disposait notamment que tout conflit naissant à son propos devait être soumis à un arbitrage à Londres. En raison de la capture et de l'immobilisation du navire et de son chargement par le gouvernement défendeur, un différend surgit entre la société requérante et le propriétaire du navire au sujet des frais de location et autres dépenses exposés par la société requérante.

53. A l'issue de la procédure d'arbitrage de Londres, l'instance d'arbitrage décida le 20 septembre 1995 que la décision de la cour de sûreté de l'État d'Istanbul du 12 mars 1992 avait porté préjudice à la partie qui avait affrété le navire. La société requérante se vit donc rembourser par le propriétaire du navire les frais de location et les autres frais qu'elle avait payés pour la période postérieure au 12 mars 1992 mais ne put récupérer les 1 300 403,83 USD qu'elle avait versés ou qu'elle devait désormais verser au propriétaire pour la période comprise entre la capture effectuée le 22 octobre 1991 et le 12 mars 1992.

## **G. La procédure engagée par le propriétaire du navire et le destinataire du chargement**

54. Dans l'intervalle, la société propriétaire du navire, Seabeach Shipping Ltd, intenta une action devant le tribunal de commerce de Beyoğlu, à Istanbul, pour demander que soit imposée une sûreté sur le chargement pour garantir le paiement des frais de location. Par une décision du 29 mai 1992, le tribunal de commerce de Beyoğlu accueillit la demande du propriétaire au motif que les frais de port lui étaient dus.

55. Le destinataire de la cargaison, Mobarakeh Steel Complex, engagea aussi une action devant le tribunal de commerce de Beyoğlu pour réclamer 2 236 208 USD de dommages et intérêts au ministère des Finances en se référant au ministère de l'Intérieur et au ministère de la Défense. Il alléguait qu'il avait subi un manque à gagner en raison de la saisie des biens lui appartenant qui étaient transportés sur le navire et qu'il avait dû acheter de nouvelles marchandises pour remplacer celles qui avaient été confisquées.

56. Par un jugement du 17 janvier 2000, le tribunal de commerce de Beyoğlu rejeta la demande au motif que la capture du navire était légale étant donné que le chargement d'armes n'était pas clairement mentionné sur le connaissement. Sur un appel du plaignant, la Cour de cassation annula le jugement. Invoquant l'issue de la procédure pénale, la Cour de cassation observa que les marchandises en question n'étaient pas des marchandises de contrebande et n'appartenaient pas non plus à une catégorie telle qu'il fallait les confisquer. Dès lors, elle conclut que le défendeur devait être tenu pour responsable du préjudice résultant de la confiscation illégale des marchandises.

57. Par un jugement du 15 décembre 2000, le tribunal de commerce de Beyoğlu confirma son jugement précédent et dit qu'il y avait lieu de rejeter la demande du plaignant au motif que la capture et l'immobilisation du navire étaient conformes au droit interne et à la Convention de Montreux régissant la navigation dans les Détroits. Tenant compte de ce que le navire battait pavillon chypriote et que les documents ne reflétaient pas le contenu de la cargaison, le tribunal considéra que la capture du navire était légale. Il releva de plus que l'Etat turc avait agi dans le but de prévenir des activités visant à lui porter atteinte. Le plaignant fit de nouveau appel de ce jugement.

58. Le 21 novembre 2000, la Cour de cassation, réunie en formation plénière en matière civile, confirma le jugement du tribunal de commerce de Beyoğlu et débouta le plaignant. Elle considéra que, si la Convention de Montreux autorisait le passage inoffensif des navires de commerce, cette possibilité ne l'emportait pas sur les droits souverains de la Turquie. En effet, toute forme de trafic d'armes portait préjudice à la Turquie et impliquait que le passage n'était plus inoffensif. Par ailleurs, elle déclara ce qui suit :

« (...) En revanche, le connaissement indique que les 2131 cartons ouverts contiennent des «équipements spéciaux». Le code de commerce turc énonce en ses articles 1098 et 1114 les points à faire figurer dans le connaissement. La cargaison reçue ou chargée sur le navire pour être transportée doit être décrite dans le connaissement pour que l'accusé de réception et le contrat de livraison soient complets. (...) Cette description, qui constitue un élément essentiel du connaissement, doit permettre de distinguer à tout moment la cargaison des autres marchandises du navire et être complète. Le transporteur est tenu d'indiquer sur le connaissement la quantité, la marque et l'aspect extérieur ainsi que les caractéristiques de la cargaison. (...) Or il ressort clairement des documents versés au dossier de l'affaire que ces indications, dont certaines sont obligatoires, ne figuraient pas sur le connaissement, ce qui était louche.

Un pays peut acheter à un autre les armes dont il a besoin pour assurer sa défense ou se les procurer par le biais de l'assistance ou de dons. En d'autres termes, le commerce d'armes entre Etats est une pratique normale et légale. Le transport de telles armes est également normal et légal. Les armes achetées et transportées

doivent figurer clairement en tant que telles sur le connaissement et les autres documents, conformément aux règles internationales. Il ne doit pas être nécessaire de les dissimuler et d'utiliser d'autres méthodes. Or le dossier ne contenait pas de contrat de vente indiquant que l'expéditeur des armes les avait achetées légalement, ni aucun élément de preuve montrant que les banques avaient émis une lettre de crédit. Vu la manière dont les armes étaient chargées sur le navire, il était fondamental pour la sécurité de la Turquie d'inspecter le navire. En matière de passage inoffensif, l'Etat riverain a le droit d'infliger des sanctions frappant le navire et la cargaison conformément à la règle de prévention du passage non inoffensif qui découle du droit coutumier et de la Convention de Montreux. Cette convention, le droit coutumier et le principe *ex aequo et bono* n'empêchent pas la Turquie d'exercer ce droit. C'est pourquoi il y a lieu de confirmer la décision du tribunal du fond de rejeter l'action, et ce au motif qu'elle est conforme à la loi et à la procédure légale.»

## II. INSTRUMENTS JURIDIQUES ET DROIT INTERNE PERTINENTS

### A. La Convention de Montreux du 20 juillet 1936

59. Les pays signataires du traité de Lausanne (1923), plus la Yougoslavie et l'Australie, se réunirent en 1936 à Montreux, en Suisse; ils supprimèrent la commission constituée en vertu de la convention concernant le régime des Détroits et en transfèrent les attributions au gouvernement turc, qui recouvra le contrôle militaire sur les Détroits. La Turquie fut autorisée à fermer les Détroits aux navires de guerre de tous pays lorsqu'elle était en guerre ou menacée par une agression. Les navires de commerce devaient être autorisés à franchir librement les Détroits en temps de paix ainsi que, sauf pour les pays en guerre avec la Turquie, en temps de guerre. La Convention de Montreux fut ratifiée par la Turquie, la Grande-Bretagne, la France, l'URSS, la Bulgarie, la Grèce, l'Allemagne et la Yougoslavie et – avec certaines réserves – par le Japon. Dans le préambule de la convention, les parties déclarent être animées «du désir de régler le passage et la navigation dans le détroit des Dardanelles, la mer de Marmara et le Bosphore, compris sous la dénomination générale de «Détroits», de manière à sauvegarder, dans le cadre de la sécurité de la Turquie et de la sécurité, dans la mer Noire, des Etats riverains, le principe consacré par l'article 23 du Traité de paix signé à Lausanne le 24 juillet 1923».

Les dispositions pertinentes de cette convention sont ainsi libellées :

#### Article 1

«Les Hautes Parties contractantes reconnaissent et affirment le principe de la liberté de passage et de navigation par mer dans les Détroits.

L'usage de ladite liberté est dorénavant réglé par les dispositions de la présente convention.»

### **Article 2**

«En temps de paix, les navires de commerce jouiront de la complète liberté de passage et de navigation dans les Détroits, de jour et de nuit, quels que soient le pavillon et le chargement, sans aucune formalité, sous réserve des dispositions de l'article 3 ci-après. Aucune taxe ou charge autre que celles dont la perception est prévue par l'annexe I à la présente convention ne sera prélevée par les autorités turques sur ces navires lorsqu'ils passeront en transit sans faire escale dans un port des Détroits.

Afin de faciliter la perception de ces taxes ou charges, les navires de commerce qui franchiront les Détroits feront connaître aux agents du poste visé à l'article 3 leurs nom, nationalité, tonnage, destination et provenance.

(...)»

### **Article 3**

«Tout navire qui pénètre dans les Détroits par la mer Egée ou par la mer Noire s'arrêtera à un poste sanitaire près de l'entrée des Détroits aux fins du contrôle sanitaire établi par les règlements turcs dans le cadre des prescriptions sanitaires internationales. Ce contrôle, dans le cas de navires possédant une patente nette de santé ou présentant une déclaration de santé attestant qu'ils ne tombent pas sous le coup des dispositions de l'alinéa 2 du présent article, s'effectuera de jour et de nuit, avec le plus de rapidité possible, et ces navires ne devront être astreints à aucun autre arrêt au cours de leur passage dans les Détroits.

Les navires qui ont à bord des cas de peste, de choléra, de fièvre jaune, de typhus exanthématique ou de variole, ou qui en ont eu moins de sept jours auparavant, ainsi que les navires qui ont quitté un port contaminé depuis moins de cinq fois vingt-quatre heures, s'arrêteront au poste sanitaire indiqué à l'alinéa précédent pour y embarquer les gardes sanitaires que les autorités turques pourraient désigner. Il ne sera, à ce titre, prélevé aucune taxe ou charge et les gardes devront être débarqués à un poste sanitaire à la sortie des Détroits.»

### **Article 4**

«En temps de guerre, la Turquie n'étant pas belligérante, les navires de commerce, quels que soient le pavillon et le chargement, jouiront de la liberté de passage et de navigation dans les Détroits dans les conditions prévues aux articles 2 et 3.

(...)»

### **Article 5**

«En temps de guerre, la Turquie étant belligérante, les navires de commerce n'appartenant pas à un pays en guerre avec la Turquie jouiront de la liberté de passage et de navigation dans les Détroits à condition de n'assister en aucune façon l'ennemi.

(...)»

### **Article 6**

«Au cas où la Turquie s'estimerait menacée d'un danger de guerre imminent, il continuerait néanmoins à être fait application des dispositions de l'article 2, sauf que

les navires devraient entrer de jour dans les Détroits et que le passage devrait s'effectuer par la route indiquée, dans chaque cas, par les autorités turques.

(...)»

#### **Article 24**

«Les attributions de la Commission internationale constituée en vertu de la Convention concernant le régime des Détroits en date du 24 juillet 1923 sont transférées au Gouvernement turc.

Le Gouvernement turc s'engage à réunir les statistiques et à fournir les renseignements relatifs à l'application des articles 11, 12, 14 et 18.

Il doit veiller à l'exécution de toute disposition de la présente convention ayant trait au passage des bâtiments de guerre dans les Détroits.

Dès qu'il aura été avisé du prochain passage dans les Détroits d'une force navale étrangère, le Gouvernement turc fera connaître aux représentants à Ankara des Hautes Parties contractantes la composition de cette force, son tonnage, la date prévue pour son entrée dans les Détroits et, s'il y a lieu, la date probable de son retour.

Le Gouvernement turc adressera au Secrétaire général de la Société des Nations ainsi qu'aux Hautes Parties contractantes un rapport annuel indiquant les mouvements des bâtiments de guerre étrangers dans les Détroits et fournissant tous renseignements utiles pour le commerce et la navigation maritime et aérienne envisagée dans la présente convention.»

#### **Article 25**

«Aucune disposition de la présente convention ne porte atteinte aux droits et obligations découlant du Pacte de la Société des Nations pour la Turquie ou pour toute autre Haute Partie contractante, Membre de la Société des Nations.»

## **B. La Convention des Nations unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982**

60. Cette convention dispose en ses articles pertinents :

#### **Article 35**

«Aucune disposition de la présente partie n'affecte :

a) les eaux intérieures faisant partie d'un détroit, sauf lorsque le tracé d'une ligne de base droite établie conformément à la méthode décrite à l'article 7 inclut dans les eaux intérieures des eaux qui n'étaient pas précédemment considérées comme telles ;

b) le régime juridique des eaux situées au-delà de la mer territoriale des Etats riverains des détroits, qu'elles fassent partie d'une zone économique exclusive ou de la haute mer ;

c) le régime juridique des détroits où le passage est réglementé, en tout ou en partie, par des conventions internationales existant de longue date et toujours en vigueur qui les visent spécifiquement.»



### **Article 37**

«La présente section [section 2 – Passage en transit] s'applique aux détroits qui servent à la navigation internationale entre une partie de la haute mer ou une zone économique exclusive et une autre partie de la haute mer ou une zone économique exclusive.»

### **Article 38**

#### **Droit de passage en transit**

«1. Dans les détroits visés à l'article 37, tous les navires et aéronefs jouissent du droit de passage en transit sans entrave, à cette restriction près que ce droit ne s'étend pas aux détroits formés par le territoire continental d'un Etat et une île appartenant à cet Etat, lorsqu'il existe au large de l'île une route de haute mer, ou une route passant par une zone économique exclusive, de commodité comparable du point de vue de la navigation et des caractéristiques hydrographiques.

2. On entend par «passage en transit» l'exercice, conformément à la présente partie, de la liberté de navigation et de survol à seule fin d'un transit continu et rapide par le détroit entre une partie de la haute mer ou une zone économique exclusive et une autre partie de la haute mer ou une zone économique exclusive. Toutefois, l'exigence de la continuité et de la rapidité du transit n'interdit pas le passage par le détroit pour accéder au territoire d'un Etat riverain, le quitter ou en repartir, sous réserve des conditions d'admission sur le territoire de cet Etat.

3. Toute activité qui ne relève pas de l'exercice du droit de passage en transit par les détroits reste subordonnée aux autres dispositions applicables de la Convention.»

### **Article 39**

#### **Obligations des navires et aéronefs pendant le passage en transit**

«1. Dans l'exercice du droit de passage en transit, les navires et aéronefs:

- a) traversent ou survolent le détroit sans délai;
- b) s'abstiennent de recourir à la menace ou à l'emploi de la force contre la souveraineté, l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique des Etats riverains du détroit ou de toute autre manière contraire aux principes du droit international énoncés dans la Charte des Nations unies;
- c) s'abstiennent de toute activité autre que celles qu'implique un transit continu et rapide, selon leur mode normal de navigation, sauf cas de force majeure ou de détresse;

d) se conforment aux autres dispositions pertinentes de la présente partie.

2. Pendant le passage en transit, les navires se conforment :

a) aux règlements, procédures et pratiques internationaux généralement acceptés en matière de sécurité de la navigation, notamment au Règlement international pour prévenir les abordages en mer;

b) aux règlements, procédures et pratiques internationaux généralement acceptés visant à prévenir, réduire et maîtriser la pollution par les navires.

(...)»

### **C. Le code turc des obligations**

61. L'article pertinent du code des obligations dispose :

#### **Article 41**

«Toute personne qui cause injustement un dommage à autrui, que ce soit délibérément ou par négligence, est tenue de réparer ce dommage.»

62. Les juridictions civiles ne sont tenues ni par les conclusions ni par le verdict des juridictions pénales (article 53 du code).

### **D. La loi n° 6136 du 15 juillet 1953 (amendée par la loi n° 2249 du 12 juin 1979 et la loi n° 2478 du 23 juin 1981)**

63. L'article 12 érige en infraction le fait d'introduire en contrebande, de tenter d'introduire en contrebande ou d'aider à introduire en contrebande des armes à feu ou des munitions dans le pays.

### **E. L'article 36 de l'ancien code pénal turc**

64. L'article 36 du code pénal turc, dans sa version en vigueur à l'époque des faits, prévoyait de saisir et confisquer les objets utilisés pour commettre ou préparer une infraction.

### **F. L'article 90 § 5 de la Constitution turque**

65. L'article 90 § 5 de la Constitution turque dispose en ses passages pertinents :

«Les accords internationaux dûment entrés en vigueur ont force de loi. (...) En cas de conflit entre des accords internationaux dans le domaine des droits fondamentaux et des libertés dûment entrés en vigueur et des dispositions du droit interne et qui résulterait de différences entre des dispositions portant sur le même sujet, les clauses des accords internationaux l'emportent.»

## **EN DROIT**

### **I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 1 DU PROTOCOLE N° 1**

66. La société requérante allègue que la saisie par les autorités turques du navire et de sa cargaison a constitué une mesure injustifiée de réglementation de l'usage des biens au sens de l'article 1 du Protocole n° 1, lequel dispose :

« Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.

Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes. »

## A. Sur la recevabilité

### 1. Arguments du Gouvernement

67. Le Gouvernement allègue que la société requérante n'avait pas qualité pour agir et qu'elle n'était donc pas habilitée à introduire une requête au titre de l'article 34 de la Convention. A titre subsidiaire, il fait valoir qu'elle n'a pas introduit sa requête dans le délai de six mois prévu par la Convention.

68. La société requérante serait une entreprise d'Etat ne pouvant être considérée comme distincte, *de jure* ou *de facto*, du gouvernement de la République islamique d'Iran. A l'époque où la requête a été introduite, toutes les actions de cette société auraient été détenues par l'Etat.

69. Toutefois, en janvier 2000, 51 % de ces actions auraient été transférées à la sécurité sociale et au fonds de pension de l'Etat, à savoir des organismes du secteur public placés sous le contrôle de l'Etat. D'après les articles 9, 10 et 13 des statuts de la société requérante, les trois cinquièmes des membres du conseil d'administration auraient été désignés par l'Etat, qui aurait possédé les actions de catégorie A. Toute action de catégorie A aurait conféré le droit de voter – la voix d'un détenteur d'actions de catégorie A valant deux voix d'un détenteur d'actions de catégorie B (détenues par la sécurité sociale et le fonds de pension de l'Etat) – lors de l'assemblée générale extraordinaire convoquée aux fins de la modification des statuts de la société. De plus, l'article 18 des statuts aurait prévu que toutes les décisions du conseil d'administration soient prises à la majorité des membres présents. Ainsi, étant donné que trois des membres du conseil d'administration auraient été des représentants de l'Etat, il aurait été impossible d'adopter une résolution allant contre les instructions de l'Etat. Dès lors, la présente requête aurait été soumise par un Etat, lequel n'est pas partie à la Convention.

70. De plus, il ressortirait de la jurisprudence constante des institutions de la Convention que les entreprises publiques ne sont pas habilitées à soumettre une requête au titre de l'article 34 de la Convention (*Radio France et autres c. France* (déc.), n° 53984/00, CEDH 2003-X, *Ayuntamiento de M. c. Espagne*, n° 15090/89, décision de la

Commission du 7 janvier 1991, Décisions et rapports (DR) 68, p. 209, et *Seize communes d'Autriche et certains de leurs conseillers municipaux c. Autriche*, n<sup>os</sup> 5767/72, 5922/72, 5929-5931/72, 5953-5957/72, 5984-5988/73 et 6011/73, décision de la Commission du 31 mai 1974, Annuaire 17, pp. 339-353).

71. Enfin, le Gouvernement soutient que la société requérante n'a pas introduit sa requête dans les six mois qui ont suivi le dépôt de la décision définitive au greffe du tribunal de commerce d'Istanbul. S'appuyant sur la décision rendue par la Cour dans l'affaire *Tahsin İpek c. Turquie* (n<sup>o</sup> 39706/98, 7 novembre 2000), il considère que le délai de six mois a commencé à courir le 12 juin 1997, date à laquelle la décision définitive de la Cour de cassation a été déposée au greffe du tribunal de commerce de Beyoğlu, et que la requête a été introduite le 18 décembre 1997, soit plus de six mois plus tard.

72. En bref, le Gouvernement arguë que, la société requérante n'ayant pas qualité pour agir car elle est une entreprise d'Etat, la requête doit être déclarée irrecevable pour incompatibilité *ratione personae*. A titre subsidiaire, il faudrait la déclarer irrecevable pour non-respect de la règle des six mois.

## 2. Arguments de la société requérante

73. La société requérante conteste les arguments du Gouvernement. Elle rappelle qu'elle est une société par actions dotée de statuts et d'un conseil d'administration composé de salariés. Elle ajoute qu'à l'époque des faits elle était enregistrée en tant qu'entité indépendante conformément au droit commercial iranien en vigueur, était gérée comme une société commerciale, opérait dans un secteur ouvert à la concurrence, et ne jouissait nullement d'un monopole ou d'une position spéciale dans ce secteur. Ainsi, tout comme dans l'affaire *Radio France et autres* (précitée), elle aurait été essentiellement subordonnée à la législation sur les sociétés anonymes, n'aurait exercé aucun pouvoir qui ne soit pas soumis au droit commun dans l'exercice de ses activités et aurait relevé des juridictions judiciaires. Elle aurait donc été, en droit comme en fait, une personne morale distincte du gouvernement iranien, ainsi que prévu par l'article 3 de ses statuts. Depuis janvier 2000, 51 % des actions de la société requérante auraient été détenues par des actionnaires privés.

74. De surcroît, le fait que la société requérante ait son siège en Iran, Etat qui n'est pas partie à la Convention, serait dénué de pertinence. Rien n'exigerait qu'un requérant soit ressortissant de l'Etat défendeur, pas plus d'ailleurs que d'un autre Etat membre du Conseil de l'Europe.

75. Par ailleurs, constatant que le Gouvernement invoque des affaires concernant la qualité pour agir de communes et municipalités, elle signale

qu'elle n'est en aucun cas un organe d'une collectivité locale ou du gouvernement central. A l'époque de la capture illégale et injustifiée du navire, elle aurait bien plutôt été une personne morale autonome.

76. Eu égard à ce qui précède, la société requérante soutient qu'à l'époque de la capture du navire et des procédures judiciaires qui ont suivi, elle n'était nullement une «organisation gouvernementale». Elle considère en conséquence qu'elle avait qualité pour introduire une requête au titre de l'article 34 de la Convention.

77. Enfin, la société requérante indique que la décision définitive de la Cour de cassation a été notifiée à son avocat le 22 juin 1997 et que sa requête a été introduite le 18 décembre 1997, soit avant l'expiration du délai de six mois.

### 3. *Appréciation de la Cour*

78. Concernant la première branche de l'exception soulevée par le Gouvernement, la Cour rappelle qu'une personne morale «qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses Protocoles» peut se porter requérante devant elle (voir, par exemple, *Agrotexim et autres c. Grèce*, 24 octobre 1995, série A n° 330-A, et *Société Faugyr Finance S.A. c. Luxembourg* (déc.), n° 38788/97, 23 mars 2000), pour peu qu'elle ait la qualité d'«organisation non gouvernementale» au sens de l'article 34 de la Convention (*RENFE c. Espagne*, n° 35216/97, décision de la Commission du 8 septembre 1997, DR 90-A, p. 179).

79. Les «organisations gouvernementales», au contraire des «organisations non gouvernementales» au sens de l'article 34, englobent les personnes morales qui participent à l'exercice de la puissance publique ou qui gèrent un service public sous le contrôle des autorités. Pour déterminer si tel est le cas d'une personne morale donnée autre qu'une collectivité territoriale, il y a lieu de prendre en considération son statut juridique et, le cas échéant, les prérogatives qu'il lui donne, la nature de l'activité qu'elle exerce et le contexte dans lequel s'inscrit celle-ci, et son degré d'indépendance par rapport aux autorités politiques (*Radio France et autres*, décision précitée).

80. A la lumière des principes précités, la Cour note que la société requérante est une personne morale exerçant des activités commerciales soumises au droit commun de la République d'Iran. Elle ne participe pas à l'exercice de la puissance publique et n'a pas non plus un rôle de service public ni ne détient un monopole dans un secteur concurrentiel (voir, à cet égard, *Les saints monastères c. Grèce*, 9 décembre 1994, § 49, série A n° 301-A et, plus récemment, *Österreichischer Rundfunk c. Autriche*, n° 35841/02, §§ 48-54, 7 décembre 2006). Bien qu'à l'époque des faits se trouvant à l'origine de la requête à l'étude, la société requérante ait été

entièrement propriété de l'Etat et qu'à l'heure actuelle une importante proportion de ses actions appartienne toujours à l'Etat et que la majorité des membres du conseil d'administration soient nommés par l'Etat, elle est légalement et financièrement indépendante de l'Etat, comme cela ressort de l'article 3 de ses statuts. A cet égard, la Cour note que, dans l'affaire *Radio France et autres*, invoquée par le Gouvernement, elle avait jugé que cette société nationale était une «organisation non gouvernementale» au sens de l'article 34 de la Convention alors même que l'Etat détenait la totalité du capital de Radio France, que ses statuts étaient approuvés par décret, que ses ressources étaient essentiellement publiques, qu'elle poursuivait «dans l'intérêt général, des missions de service public», et qu'elle se trouvait astreinte au respect d'un cahier des charges et à la conclusion avec l'Etat d'un contrat d'objectifs et de moyens. Dès lors, les personnes morales de droit public peuvent avoir le statut d'«organisations non gouvernementales» pour autant qu'elles ne participent pas à l'exercice de la «puissance publique» et sont totalement indépendantes de l'Etat (*Les saints monastères*, précité, § 49).

81. Cela étant, il est vrai que les organes gouvernementaux ou sociétés publiques placés sous le contrôle strict de l'Etat ne sont pas autorisés à introduire une requête au titre de l'article 34 de la Convention (voir les décisions précitées *Radio France et autres*, *Ayuntamiento de M.*, *Seize communes d'Autriche et certains de leurs conseillers municipaux*, et *RENFE*). Cependant, l'idée qui sous-tend ce principe est d'empêcher une Partie contractante d'être à la fois requérante et défenderesse devant la Cour. Or les circonstances de l'espèce diffèrent de celles décrites par le Gouvernement et le fait que la société requérante ait son siège dans un Etat qui n'est pas partie à la Convention ne joue aucun rôle à cet égard. De plus, la Cour constate que la société requérante est essentiellement régie par le droit des sociétés, ne jouit d'aucun pouvoir allant au-delà de ceux conférés par le droit commun dans l'exercice de ses activités et relève de la compétence des juridictions judiciaires et non administratives. Dans ces conditions, la Cour estime que la société requérante fonctionne comme une société commerciale et que rien ne donne à penser que la requête à l'étude a été en réalité soumise par la République islamique d'Iran, qui n'est pas partie à la Convention.

82. Il s'ensuit que la société requérante est en droit de soumettre une requête au titre de l'article 34 de la Convention et qu'il y a donc lieu de rejeter la première branche de l'exception du Gouvernement.

83. Pour ce qui est de la deuxième branche de l'exception, à savoir l'inobservation supposée de la règle des six mois par la société requérante, la Cour note que le Gouvernement a invoqué l'affaire *Tahsin İpek*, dans laquelle le requérant n'avait rien fait pour se procurer l'arrêt de la Cour de cassation pendant plus de six mois après qu'il eut été déposé au greffe de la cour d'assises. A cet égard, elle observe que les conclusions

qu'elle a rendues dans la décision *Tahsin İpek* ne s'appliquent qu'en matière pénale car, d'après la jurisprudence constante de la Cour de cassation, les décisions adoptées par celle-ci en matière pénale ne sont pas notifiées aux accusés. Dans les affaires civiles, en revanche, les décisions de la Cour de cassation sont notifiées aux parties lorsque les frais d'affranchissement ont été prépayés. Sachant que la procédure suivie en l'espèce est de nature civile et que la société requérante a introduit sa requête dans les six mois qui ont suivi la notification de la décision définitive de la Cour de cassation, force est de conclure qu'elle a respecté le délai de six mois prévu à l'article 35 § 1 de la Convention.

84. Dès lors, il y a également lieu de rejeter l'exception du Gouvernement relative au non-respect de la règle des six mois. Par ailleurs, la Cour relève que cette partie de la requête n'est pas manifestement mal fondée au sens de l'article 35 § 3 de la Convention et qu'elle ne se heurte à aucun autre motif d'irrecevabilité. Il convient donc de la déclarer recevable.

## **B. Sur le fond**

85. La Cour note que les parties n'ont pas contesté que les mesures incriminées ont constitué une ingérence dans le droit de la société requérante au respect de ses biens. Dès lors, il lui faut déterminer quelle est la règle applicable en l'espèce.

### *1. La règle applicable*

86. La Cour rappelle que l'article 1 du Protocole n° 1 contient trois normes distinctes : la première, qui s'exprime dans la première phrase du premier alinéa et revêt un caractère général, énonce le principe du respect de la propriété ; la deuxième, figurant dans la seconde phrase du même alinéa, vise la privation de propriété et la soumet à certaines conditions ; quant à la troisième, consignée dans le second alinéa, elle reconnaît aux Etats le droit, entre autres, de réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général, en mettant en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour atteindre ce but. Il ne s'agit pas pour autant de règles dépourvues de rapport entre elles : la deuxième et la troisième ont trait à des exemples particuliers d'atteintes au droit de propriété ; dès lors, elles doivent s'interpréter à la lumière du principe consacré par la première (*AGOSI c. Royaume-Uni*, 24 octobre 1986, § 48, série A n° 108).

87. La Cour relève que les parties ne se sont pas prononcées sur la règle applicable en l'occurrence. Pour sa part, elle considère qu'il n'y a eu en l'espèce ni confiscation ni saisie puisque la société requérante a recouvré la possession du chargement après une immobilisation temporaire du navire. Était donc en jeu la réglementation de l'usage de

biens. Dès lors, c'est le second alinéa de l'article 1 qui trouve à s'appliquer (*Air Canada c. Royaume-Uni*, 5 mai 1995, § 34, série A n° 316-A).

2. *Le respect des conditions prévues au second alinéa*

88. Il faut donc déterminer si l'atteinte au droit de propriété de la société requérante était compatible avec le droit que possèdent les Etats, en vertu du second alinéa de l'article 1 du Protocole n° 1, «de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général».

a) **Régularité et objet de l'ingérence**

i. *Arguments du Gouvernement*

89. Le Gouvernement soutient que les autorités ont fouillé le navire car elles redoutaient qu'il n'introduise des armes en contrebande en Turquie dans un cadre organisé. Le chargement d'armes aurait donc été saisi en vertu de l'article 12 de la loi n° 6136 et de l'article 36 de l'ancien code pénal turc ainsi que des articles 2 et 25 de la Convention de Montreux et des articles 19 § 2 et 39 de la Convention des Nations unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982. Selon le Gouvernement, les dispositions précitées de la Convention de Montreux et de la Convention sur le droit de la mer lui conféraient le pouvoir de limiter le passage en transit par les Détroits des navires de commerce qui représentaient une menace pour la souveraineté, l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de l'Etat ou violaient de toute autre manière les principes du droit international consacrés par la Charte des Nations unies. A cet égard, le trafic d'armes constituerait une menace pour la paix et l'ordre internationaux et contreviendrait aux principes du droit international et du droit international coutumier. Dès lors, la saisie provisoire du chargement d'armes aurait été nécessaire à la prévention du crime et à la protection de la sûreté publique, conformément à l'intérêt général.

ii. *Arguments de la société requérante*

90. La société requérante soutient que la capture et l'immobilisation du navire et de sa cargaison étaient injustifiées car rien n'indiquait qu'une infraction avait été commise ou allait l'être. Ces mesures n'auraient pas non plus été conformes aux principes du droit international au sens de l'article 1 du Protocole n° 1. Elle rappelle que la Convention de Montreux, qui constitue en l'espèce la *lex specialis*, confère en ses articles 1 à 3 une complète liberté de passage et de navigation aux navires de commerce dans les Détroits et que l'article 3, en particulier, indique clairement que les navires de commerce ne sont astreints à aucun arrêt au cours de leur passage dans les Détroits, sauf aux fins du contrôle



sanitaire pouvant être établi par la législation turque dans le cadre des prescriptions sanitaires internationales.

91. En ce qui concerne la Convention sur le droit de la mer, invoquée par le Gouvernement, la société requérante fait observer que la Turquie n'est pas partie à cette convention et qu'en tout état de cause elle ne trouve pas à s'appliquer dans les détroits du Bosphore et des Dardanelles, où le trafic est régi par la Convention de Montreux. Cette dernière a été incorporée dans le droit turc. Eu égard à la décision de la Cour de cassation concluant que rien ne donnait à penser que les armes devaient être déchargées en Turquie pour y être introduites et que l'argument tiré par les autorités turques des articles 5 et 6 de la Convention de Montreux ne tenait pas, la saisie du navire et de son chargement aurait été une mesure contraire au droit turc.

*iii. Appréciation de la Cour*

92. La Cour observe que les parties ont reconnu que l'atteinte au droit de propriété de la société requérante reposait sur une certaine base légale mais qu'elles ont des vues divergentes sur le sens et la portée du droit applicable. De plus, au cours des diverses étapes de la procédure interne, elles n'étaient pas non plus du même avis sur le degré d'applicabilité de la Convention de Montreux, des règles du droit international coutumier régissant le passage en transit dans les Détroits et des dispositions du droit interne interdisant la contrebande d'armes. Alors que, au début de la procédure, les juridictions internes se sont appuyées sur l'article 5 de la Convention de Montreux pour justifier le droit de la Turquie de saisir le chargement d'armes en raison d'un état de guerre persistant avec Chypre, dans ses observations à la Cour, le Gouvernement a plutôt tiré argument de la législation interdisant la contrebande d'armes, activité qui porte atteinte à la paix internationale.

93. La Cour admet que la Convention de Montreux constitue une *lex specialis* pour ce qui est du passage en transit dans le Bosphore. A cet égard, elle prend note des points sur lesquels les parties ont des divergences d'interprétation de cette convention. Elle considère toutefois qu'elle n'a pas pour tâche en l'espèce de se prononcer sur l'interprétation et l'application de la Convention de Montreux par la Turquie, car l'atteinte au droit de propriété de la société requérante a revêtu un caractère arbitraire pour les raisons indiquées ci-dessous.

**b) Caractère proportionné de l'ingérence**

94. La Cour rappelle qu'une mesure d'ingérence, notamment celle dont l'examen relève du second alinéa de l'article 1 du Protocole n° 1, doit ménager un «juste équilibre» entre les exigences de l'intérêt général et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu. La recherche de pareil équilibre se reflète dans la structure de

l'article 1 tout entier, donc aussi dans le second alinéa: il doit exister un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. En contrôlant le respect de cette exigence, la Cour reconnaît à l'Etat une grande marge d'appréciation tant pour choisir les modalités de mise en œuvre que pour juger si leurs conséquences se trouvent légitimées, dans l'intérêt général, par le souci d'atteindre l'objectif de la loi en cause (*Air Canada*, précité, § 48).

95. La Cour note que ni la société requérante ni le Gouvernement n'ont formulé de commentaire sur la proportionnalité de l'ingérence. Ils se sont bornés à faire des observations sur la régularité et le but de l'ingérence.

96. En tout état de cause, pour apprécier la proportionnalité de l'ingérence, la Cour doit examiner le degré de protection offert contre l'arbitraire par les procédures mises en œuvre en l'espèce et déterminer si une absence totale d'indemnisation peut passer pour justifiée sur le terrain de l'article 1 du Protocole n° 1.

97. En l'occurrence, le navire qui transportait le chargement appartenant à la société requérante fut capturé le 22 octobre 1991 et immobilisé jusqu'au 8 décembre 1992, date à laquelle il quitta la Turquie sur ordre de la cour de sûreté de l'Etat d'Istanbul. Comme indiqué plus haut, la capture du navire se fondait sur la crainte des autorités qu'il ne soit impliqué dans de la contrebande internationale d'armes. Toutefois, cette crainte a été dissipée par la lettre du ministre des Affaires étrangères du 12 novembre 1991, où celui-ci informait la cour de sûreté de l'Etat d'Istanbul, par l'intermédiaire du ministère de la Justice, que le chargement d'armes appartenait à la République islamique d'Iran (paragraphe 22-23 ci-dessus). Les autorités de poursuite, pour leur part, ont accordé une importance cruciale au fait qu'il continuait à exister un état de guerre entre la Turquie et Chypre et que le navire ne jouissait donc pas de la liberté de passage dans les Détroits au sens de l'article 5 de la Convention de Montreux (paragraphe 20 ci-dessus). Or cette affirmation a elle aussi été démentie par le ministère des Affaires étrangères, qui a répondu aux questions de la cour de sûreté de l'Etat d'Istanbul par des lettres des 13 et 26 décembre 1991, ainsi que par le premier ministre dans un certificat du 22 février 1992 (paragraphe 28 et 32 ci-dessus). Malgré cela, la cour de sûreté de l'Etat d'Istanbul ne s'est pas appuyée sur ces informations mais a invoqué l'affaire Vassoula, un précédent isolé qui remontait à 1978 et concernait des circonstances très différentes, pour conclure qu'il existait un état de guerre entre la Turquie et Chypre et qu'il y avait donc lieu de poursuivre l'immobilisation du navire et du chargement d'armes (paragraphe 33-35 ci-dessus). Cette juridiction n'a donné aucune raison pour justifier son rejet des déclarations et du certificat émanant des autorités compétentes de l'Etat et attestant qu'il n'y avait pas d'état de guerre.

98. Eu égard à ce qui précède, la Cour estime que le navire et son chargement auraient dû être libérés le 12 mars 1992 au plus tard, date à laquelle la cour de sûreté de l'Etat a rendu sa décision, et que leur immobilisation après cette date était arbitraire car rien ne permettait de soupçonner une contrebande d'armes ni n'habilitait à saisir le navire à raison de l'existence d'un état de guerre entre la Turquie et Chypre.

99. De plus, la Cour déclare que les modalités d'indemnisation sont aussi un élément pertinent à prendre en compte lorsqu'il s'agit d'apprécier si l'ingérence litigieuse a en l'espèce respecté le juste équilibre voulu et, notamment, si elle a fait peser sur la société requérante une charge disproportionnée. A cet égard, la réglementation arbitraire de l'usage d'un bien pendant une longue période sans justification doit normalement passer pour une ingérence disproportionnée, et une absence totale d'indemnisation ne saurait se justifier sur le terrain de l'article 1 du Protocole n° 1 (voir, *mutatis mutandis*, *Les saints monastères*, précité, §§ 70-71, et *Papachelas c. Grèce* [GC], n° 31423/96, § 48, CEDH 1999-II).

100. A cet égard, la Cour note que la demande d'indemnisation du dommage soumise par la société requérante a été rejetée par le tribunal de commerce de Beyoğlu, qui a estimé que le navire n'était pas un navire de commerce puisqu'il transportait entre autres des armes, et que son passage dans les Détroits ne pouvait donc pas être inoffensif au sens de la Convention de Montreux (paragraphe 49 et 58 ci-dessus).

101. La Cour relève que la Cour de cassation avait déjà conclu à l'absence d'infraction de contrebande d'armes et que l'article 6 § 1 de la Convention de Montreux n'était pas applicable (paragraphe 37 ci-dessus). Dès lors, même si les juridictions civiles n'étaient pas liées par les conclusions des juridictions pénales (paragraphe 62 ci-dessus), les motifs invoqués par le tribunal de commerce de Beyoğlu n'étaient pas de nature à justifier sa décision de priver la société requérante de toute indemnisation du préjudice subi à compter du 12 mars 1992 (paragraphe 99 ci-dessus).

102. Les considérations qui précèdent suffisent à la Cour pour conclure que l'atteinte des autorités aux droits de la société requérante était disproportionnée et n'a pas ménagé un juste équilibre entre les intérêts en jeu.

103. Dès lors, il y a eu violation de l'article 1 du Protocole n° 1.

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

104. La société requérante se plaint aussi que la capture puis l'immobilisation du Cape Maleas ainsi que l'application de sanctions pénales aux officiers et au navire sont des mesures contraires au droit international public, à la Convention de Montreux et au droit turc. Elle

invoque l'article 6 § 1 de la Convention, ainsi libellé en ses passages pertinents :

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

105. Le Gouvernement soutient que ce grief a été soumis en dehors du délai de six mois étant donné que c'est le jugement de la cour de sûreté de l'Etat d'Istanbul du 13 novembre 1992 qui a clos la procédure pénale et que la requête a été introduite le 18 décembre 1997.

106. La société requérante conteste les arguments du Gouvernement. Elle fait valoir que le dommage qu'elle a subi par suite de la capture et de l'immobilisation du navire l'autorisait à réclamer des dommages et intérêts. C'est pourquoi elle a engagé une procédure en indemnisation devant les tribunaux turcs et n'a introduit sa requête à Strasbourg qu'à l'issue de cette procédure.

107. La Cour note qu'elle n'est pas tenue de déterminer si la société requérante s'est conformée à la règle des six mois étant donné que cette partie de la requête est irrecevable pour les raisons ci-dessous.

108. Elle rappelle que, aux termes de l'article 34 de la Convention, elle peut être saisie d'une requête par toute personne qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses Protocoles. Cette disposition exige qu'un individu requérant se prétende directement et réellement lésé par la violation qu'il allègue (*Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, §§ 239-240, série A n° 25).

109. La Cour observe que, en l'espèce, seul l'équipage du navire a fait l'objet de poursuites pénales. La société requérante n'a pas prouvé qu'elle-même ait fait l'objet de telles poursuites. De plus, la requérante a obtenu gain de cause auprès de la Cour de cassation, qui a ordonné la libération du chargement qui lui appartenait. Dès lors, l'intéressée ne saurait se prétendre victime, au sens de l'article 34 de la Convention, d'une violation de la disposition de la Convention qu'elle invoque.

110. Partant, cette partie de la requête est incompatible *ratione personae* avec les dispositions de la Convention et doit donc être rejetée conformément à l'article 35 § 3 de la Convention.

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

111. 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**

112. La société requérante réclame 1 195 429,17 dollars américains (USD) (environ 879 270 euros (EUR)) pour dommage matériel. Cette somme comprend :

– 1 043 900 USD (766 885 EUR) pour les frais de location payés aux propriétaires du navire pendant l'immobilisation, du 22 octobre 1991 au 12 mars 1992 ;

– 76 862,50 USD (56 470 EUR) pour le coût du carburant utilisé par le navire pendant son immobilisation, et

– 74 666,67 USD (54 860 EUR) versés aux propriétaires du navire après l'arbitrage de Londres, englobant les frais d'agence payés par eux pour la période comprise entre le 22 octobre 1991 et le 12 mars 1992 (12 166,67 USD) et les honoraires d'avocat en Turquie exposés par eux (62 500 USD).

113. Le Gouvernement soutient qu'il n'y a pas lieu d'octroyer une somme à cet égard car le dommage allégué a été provoqué par la société requérante, qui a communiqué des informations erronées sur la nature du chargement. Par ailleurs, les sommes réclamées ne sont selon lui pas étayées par des justificatifs.

114. La Cour rappelle qu'il doit y avoir un lien de causalité manifeste entre le dommage allégué et la violation de la Convention (voir, entre autres, *Barberà, Messegué et Jabardo c. Espagne* (article 50), 13 juin 1994, §§ 16-20, série A n° 285-C).

115. La Cour admet que la société requérante a dû subir un préjudice en raison de l'atteinte disproportionnée aux droits garantis par l'article 1 du Protocole n° 1 commise à son égard par les autorités. Toutefois, elle constate que la société requérante a déjà été indemnisée du dommage subi pour la période postérieure au 12 mars 1992 dans le cadre de la procédure d'arbitrage de Londres (paragraphe 53 ci-dessus). La demande d'indemnisation de la société requérante ne porte donc que sur la période comprise entre la capture du navire et le 12 mars 1992. A cet égard, elle renvoie à sa conclusion selon laquelle le navire et son chargement auraient dû être relâchés au plus tard le 12 mars 1992 et que leur immobilisation après cette date était arbitraire (paragraphe 98 ci-dessus). Elle estime donc qu'il n'y a pas lieu d'octroyer de somme pour la période antérieure au 12 mars 1992. En conséquence, elle rejette la demande de la requérante pour dommage matériel.

### **B. Frais et dépens**

116. La société requérante sollicite également 31 060 livres sterling (GBP – environ 45 870 EUR) pour les frais et dépens exposés pour la

préparation et la présentation de l'affaire devant la Cour. Cette somme englobe les honoraires des avocats qui l'ont représentée devant la Cour.

117. Le Gouvernement trouve la somme réclamée excessive et injustifiée.

118. D'après la jurisprudence de la Cour, un requérant ne peut obtenir le remboursement de ses frais et dépens que dans la mesure où se trouvent établis leur réalité, leur nécessité et le caractère raisonnable de leur montant. En l'espèce, la Cour n'est pas convaincue que tous les frais et dépens ont été réellement et nécessairement exposés. Elle trouve que les sommes réclamées par les avocats pour des consultations entre eux est exagérée. La Cour juge également excessif le nombre total d'heures de travail et le taux horaire indiqués pour les avocats de la requérante. Elle conclut donc qu'il n'est pas prouvé que tous les frais de justice ont été nécessaires et raisonnables. Eu égard au détail des demandes et justificatifs fournis par l'intéressée, la Cour juge raisonnable d'allouer à celle-ci 35 000 EUR au titre des frais et dépens afférents à la procédure devant elle.

### **C. Intérêts moratoires**

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

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

1. *Déclare* le grief tiré de l'article 1 du Protocole n° 1 recevable et le restant de la requête irrecevable;
2. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 1 du Protocole n° 1;
3. *Dit*
  - a) que l'Etat défendeur doit verser à la société requérante, dans les trois mois à compter du jour où l'arrêt sera devenu définitif conformément à l'article 44 § 2 de la Convention, 35 000 EUR (trente-cinq mille euros) pour frais et dépens, plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt;
  - b) qu'à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement, ce montant sera à majorer d'un intérêt simple à un taux égal à celui de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne applicable pendant cette période, augmenté de trois points de pourcentage;

4. *Rejette* la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en anglais, puis communiqué par écrit le 13 décembre 2007, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Stanley Naismith  
Greffier adjoint

Boštjan M. Zupančič  
Président