

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



REPORTS  
OF JUDGMENTS AND DECISIONS

RECUEIL  
DES ARRÊTS ET DÉCISIONS

2009-V



WOLF LEGAL PUBLISHERS

**Reports of Judgments and Decisions/Recueil des arrêts et décisions**  
**Volume 2009-V**

Published by/Publié par

Wolf Legal Publishers (WLP)  
P.O. Box 313  
5061 KA Oisterwijk  
The Netherlands/Pays-Bas  
info@wolfpublishers.nl  
www.wolfpublishers.com/RJD

Printed on demand by CPI Wöhrmann Print Service (Zutphen, the Netherlands)  
on FSC paper ([www.fsc.org](http://www.fsc.org))  
Imprimé sur demande par CPI Wöhrmann Print Service (Zutphen, Pays-Bas)  
sur papier FSC ([www.fsc.org](http://www.fsc.org))

ISBN: 978-9-462-40049-8

© Council of Europe/European Court of Human Rights, 2013

© Conseil de l'Europe/Cour européenne des droits de l'homme, 2013

The *Reports of Judgments and Decisions* is an official publication of the European Court of Human Rights containing a selection of key judgments and decisions of the Court with summaries prepared by the Registry. For the years 2007 and onwards the selection has been made by the Bureau<sup>1</sup> of the Court following a proposal by the Jurisconsult<sup>2</sup>.

With the exception of decisions by single judges, all the Court's judgments and decisions, including those not published in this series, can be consulted online in the HUDOC database at <http://hudoc.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 (for the years 1999 to 2007 inclusive) 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, "(friendly settlement)" for a judgment concerning a friendly settlement. If the judgment or decision has been given by the Grand Chamber of the Court, "[GC]" is added after the name of the case or after the case description that appears in brackets.

### *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 striking the case out delivered by a Chamber

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

Judgment on a friendly settlement delivered by a Chamber

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

For further information on the Court's mode of citation, which is regularly updated, please see the "Note on citation" published on the Court's website ([www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)).

---

1. The Bureau is composed of the President and Vice-Presidents of the Court and of the Section Presidents.

2. The Jurisconsult is responsible for case-law monitoring and plays a key role in preventing case-law conflicts.

Le *Recueil des arrêts et décisions* est la collection officielle de la Cour européenne des droits de l'homme renfermant une sélection des arrêts et décisions les plus importants ainsi que des sommaires rédigés par le greffe. Depuis 2007, la sélection est faite par le Bureau<sup>1</sup> à la suite de la proposition du jurisconsulte<sup>2</sup>.

À l'exception des décisions prises par les juges uniques, tous les arrêts et décisions de la Cour, y compris ceux et celles non publiés dans la présente série, peuvent être consultés dans la base de données HUDOC (<http://hudoc.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 (pour les années 1999 à 2007 incluse) 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. Si l'arrêt ou la décision ont été rendus par la Grande Chambre de la Cour, « [GC] » est ajouté après le nom de l'affaire ou après la description de l'affaire qui apparaît entre parenthèses.

#### *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 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

Pour plus d'information sur le mode de citation des arrêts et décisions, lequel est régulièrement mis à jour, veuillez consulter la « Note concernant la citation des arrêts et décisions » sur le site Internet de la Cour ([www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)).

---

1. Le bureau est composé du président et des vice-présidents de la Cour et des présidents de section.

2. Le jurisconsulte est chargé d'une veille jurisprudentielle et joue un rôle-clé pour la prévention des conflits de jurisprudence.

## Contents/Table des matières

|  | <i>Page</i> |
|--|-------------|
| Subject matter/Objet des affaires .....  | VII         |
| <i>“Blondje” v. the Netherlands</i> , no. 7245/09, decision of 15 September 2009 .....   | 1           |
| <i>« Blondje » c. Pays-Bas</i> , n° 7245/09, décision du 15 septembre 2009 ..  | 7           |
| <i>Varnava and Others v. Turkey</i> [GC], nos. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 and 16073/90, judgment of 18 September 2009 .....        | 13          |
| <i>Varnava et autres c. Turquie</i> [GC], n <sup>os</sup> 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 et 16073/90, arrêt du 18 septembre 2009 ..... | 115         |
| <i>Tebieti Mühafize Cemiyeti and Israfilov v. Azerbaijan</i> , no. 37083/03, judgment of 8 October 2009 .....  | 221         |
| <i>Tebieti Mühafize Cemiyeti et Israfilov c. Azerbaïdjan</i> , n° 37083/03, arrêt du 8 octobre 2009 .....  | 255         |
| <i>Micallef v. Malta</i> [GC], no. 17056/06, judgment of 15 October 2009   | 289         |
| <i>Micallef c. Malte</i> [GC], n° 17056/06, arrêt du 15 octobre 2009 .....   | 331         |
| <i>Gardel c. France</i> , n° 16428/05, arrêt du 17 décembre 2009 .....   | 377         |
| <i>Gardel v. France</i> , no. 16428/05, judgment of 17 December 2009 .....   | 407         |



## Subject matter/Objet des affaires

### Article 2

Failure to conduct effective investigation into fate of Greek Cypriots missing since Turkish military operations in northern Cyprus in 1974

*Varnava and Others v. Turkey* [GC], p. 13

Non-réalisation d'une enquête effective sur le sort de Chypriotes grecs disparus au cours des opérations militaires menées par la Turquie dans le nord de Chypre en 1974

*Varnava et autres c. Turquie* [GC], p. 115

### Article 3

Silence of authorities in face of real concerns about fate of men missing since Turkish military operations in northern Cyprus

*Varnava and Others v. Turkey* [GC], p. 13

Silence des autorités devant les inquiétudes réelles quant au sort des personnes portées disparues depuis les opérations militaires turques dans le nord de Chypre

*Varnava et autres c. Turquie* [GC], p. 115

### Article 5

Failure to conduct effective investigation into arguable claim that missing men had been detained during military operations

*Varnava and Others v. Turkey* [GC], p. 13

Non-réalisation d'une enquête effective sur des allégations défendables selon lesquelles les hommes portés disparus auraient été détenus pendant les opérations militaires

*Varnava et autres c. Turquie* [GC], p. 115

### Article 6

#### Article 6 § 1

Applicability of Article 6 to injunction proceedings

*Micallef v. Malta* [GC], p. 289

Applicabilité de l'article 6 aux procédures d'injonction

*Micallef c. Malte* [GC], p. 331

### Article 7

Placement on national sex offenders register for maximum period of thirty years running from completion of the prison sentence

*Gardel v. France*, p. 407

Inscription au fichier judiciaire national d'auteurs d'infractions sexuelles pour une durée maximale de trente ans à compter de l'expiration de la peine d'emprisonnement

*Gardel c. France*, p. 377

### Article 8

Placement on national sex-offenders register for maximum period of thirty years running from completion of the prison sentence

*Gardel v. France*, p. 407

Inscription au fichier judiciaire national d'auteurs d'infractions sexuelles pour une durée maximale de trente ans à compter de l'expiration de la peine d'emprisonnement

*Gardel c. France*, p. 377

### Article 11

Dissolution of association for alleged managerial irregularities

*Tebieti Mühafize Cemiyyeti and Israfilov v. Azerbaijan*, p. 221

Dissolution d'une association pour des irrégularités alléguées de gestion

*Tebieti Mühafize Cemiyyeti et Israfilov c. Azerbaïdjan*, p. 255

### Article 34

Application introduced on behalf of applicant's sister, who had died while her constitutional claim concerning the alleged breach of her right to a fair trial was pending

*Micallef v. Malta* [GC], p. 289

Requête introduite pour le compte de la sœur du requérant, décédée alors que son recours constitutionnel concernant la violation alléguée de son droit à un procès équitable était pendant

*Micallef c. Malte* [GC], p. 331

## Article 35

### Article 35 § 1

Application lodged more than six months after respondent State's ratification of right of individual petition

*Varnava and Others v. Turkey* [GC], p. 13

Requête introduite plus de six mois après la date de la reconnaissance par l'Etat défendeur du droit de recours individuel

*Varnava et autres c. Turquie* [GC], p. 115

### Article 35 § 2 (a)

Failure to disclose identity in application to European Court

*"Blondje" v. the Netherlands* (dec.), p. 1

Non-divulgence par le requérant de son identité dans sa requête à la Cour

*« Blondje » c. Pays-Bas* (déc.), p. 7

### Article 35 § 2 (b)

Court's jurisdiction where it had already examined substantially same facts in inter-State case

*Varnava and Others v. Turkey* [GC], p. 13

Compétence de la Cour en cas d'examen antérieur de faits essentiellement les mêmes dans le cadre d'une requête interétatique

*Varnava et autres c. Turquie* [GC], p. 115

### Article 35 § 3

Court's temporal jurisdiction in respect of disappearances that had occurred some thirteen years before the respondent State recognised the right of individual petition

*Varnava and Others v. Turkey* [GC], p. 13

Compétence temporelle de la Cour relativement à des disparitions survenues quelque treize ans avant la reconnaissance par l'Etat défendeur du droit de recours individuel

*Varnava et autres c. Turquie* [GC], p. 115



“BLONDJE” v. THE NETHERLANDS  
*(Application no. 7245/09)*

THIRD SECTION<sup>1</sup>

DECISION OF 15 SEPTEMBER 2009<sup>2</sup>

---

1. Sitting as a Chamber composed of Josep Casadevall, *President*, Elisabet Fura, Corneliu Bîrsan, Boštjan M. Zupančič, Alvin Gyulumyan, Egbert Myjer, Ann Power, *judges*, and Santiago Quesada, *Section Registrar*.

2. English original.



SUMMARY<sup>1</sup>**Failure to disclose identity in application to European Court****Article 35 § 2 (a)**

*Anonymous application – Failure to disclose identity in application to European Court*

\*

\* \*

The applicant was arrested on suspicion of various offences. He refused to identify himself and was detained for a period of seven days in total to enable his identity to be established. His appeals against his detention were dismissed. The applicant subsequently complained to the European Court under Articles 5, 6 and 14 of the Convention. The applicant’s representative, who was requested to provide a copy of a valid identity document for his client, informed the Court that no such document was available.

*Held*

Article 35 § 2 (a): The applicant’s identity had not been disclosed. None of the forms or documents submitted contained any mention of his name. He was referred to only as “Blondje”, “NN cel 07” or “Nn.PI09.m.20081101.1100”, and the authority to act that had been submitted was signed “X”. Since the case file did not contain any information enabling the Court to identify the applicant, the application was to be regarded as anonymous: *anonymous application*.

**Case-law cited by the Court**

*X v. Ireland*, no. 361/58, Commission decision of 1 September 1958, unreported

---

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



...

## THE FACTS

The applicant, known variously as “Blondje”, “NN cel 07” and “Nn.PI09.m.20081101.1100”, claims that he is a Dutch national who was born on an unspecified date in the Netherlands. He was represented before the Court by Mr J. Hemelaar, a lawyer practising in Leiden.

### A. The circumstances of the case

The facts of the case, as submitted by the applicant, may be summarised as follows.

On 30 October 2008 the applicant was arrested on suspicion of having committed criminal offences. Because he refused to identify himself he was detained pursuant to Article 61a of the Code of Criminal Procedure (*Wetboek van Strafvordering*) in order for his identity to be established. On 31 October 2008 he was released and handed over to the Aliens Police (*vreemdelingenpolitie*), who held him (*ophouding*) for the same purpose, pursuant to Article 50 §§ 2 and 4 of the Aliens Act 2000 (*Vreemdelingenwet 2000*). After this measure had been extended for forty-eight hours, the applicant was placed in aliens’ detention with a view to his expulsion (*vreemdelingenbewaring*). In the course of an interview with the Aliens Police on 3 November 2008 the applicant stated that he had Dutch nationality but that he was not prepared to show his passport or another identity document – both of which he possessed – in order to prove his nationality. On 5 November 2008 the applicant was released.

The applicant lodged appeals against his detention, which were dismissed by the Regional Court (*rechtbank*) of The Hague, sitting in Utrecht, by a decision of 2 December 2008.

On 15 January 2009 the Administrative Jurisdiction Division (*Afdeling Bestuursrechtspraak*) of the Council of State (*Raad van State*) declared a further appeal (*hoger beroep*) by the applicant inadmissible, holding that he had failed to fulfil the requirements of Article 6 § 5 of the General Administrative Law Act (*Algemene Wet Bestuursrecht*) by not including his name in the notice of appeal.

### B. Events following the introduction of the application

Since neither the application form, the authority to act (which was signed “X”) nor the supporting documents contained any mention of the applicant’s name, the applicant’s representative was requested on 9 March 2009 to

provide the Court with a copy of a valid identity document for his client, as required by domestic law.

In his reply of 30 March 2009, the applicant’s representative informed the Court that no valid identity document was available, pointing out that the case concerned aliens’ detention and that Dutch law did not require the submission of an identity document in such cases. Moreover, in view of the applicant’s youth, there had likewise been no need or obligation for him to possess a document allowing him to cross international borders.

## COMPLAINTS

The applicant complained that his continued detention by the Aliens Police had breached his rights under Article 5 of the Convention. He also complained under Article 6 of the Convention that he had been denied a fair hearing. Lastly, relying on Article 14 of the Convention, the applicant complained that he had been discriminated against.

## THE LAW

The applicant raised complaints under Articles 5, 6 and 14 of the Convention in relation to the decisions to detain him under the Aliens Act 2000.

The Court notes, however, that the applicant’s identity was not disclosed. None of the forms or documents submitted contained any mention of his name; he was referred to only as “Blondje”, “NN cel 07” or “Nn.PI09.m.20081101.1100”. In addition, the authority to act that was submitted was signed “X”.

Hence, since the case file did not contain any information enabling the Court to identify the applicant, the application is to be regarded as anonymous (see *X v. Ireland*, no. 361/58, Commission decision of 1 September 1958, unreported). Consequently, it is inadmissible under Article 35 § 2 (a) of the Convention and must be rejected pursuant to Article 35 § 4.

For these reasons, the Court unanimously

*Declares* the application inadmissible.

« BLONDJE » c. PAYS-BAS  
(Requête n° 7245/09)

TROISIÈME SECTION<sup>1</sup>

DÉCISION DU 15 SEPTEMBRE 2009<sup>2</sup>

---

1. Siégeant en une chambre composée de Josep Casadevall, *président*, Elisabet Fura, Corneliu Bîrsan, Boštjan M. Zupančič, Alvin Gyulumyan, Egbert Myjer, Ann Power-Forde, *juges*, et de Santiago Quesada, *greffier de section*.

2. Traduction ; original anglais.



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Non-divulgarion par le requérant de son identité dans sa requête à la Cour****Article 35 § 2 a)**

*Requête anonyme – Non-divulgarion par le requérant de son identité dans sa requête à la Cour*

\*

\* \*

Le requérant fut arrêté pour diverses infractions. Il refusa de décliner son identité et fut mis en détention pendant sept jours au total afin que son identité puisse être établie. Les recours qu'il introduisit pour contester sa détention furent rejetés. Le requérant saisit par la suite la Cour européenne des droits de l'homme de divers griefs au regard des articles 5, 6 et 14 de la Convention. Le représentant du requérant, qui fut invité à transmettre une copie d'un document d'identité en cours de validité de son client, informa la Cour qu'aucun document de la sorte ne pouvait être fourni.

Article 35 § 2 a) : l'identité du requérant n'a pas été révélée. Aucun des formulaires ou documents soumis à la Cour ne fait mention du nom de l'intéressé, qui est désigné seulement par les termes « Blondje », « NN cel 07 » ou « Nn PI09.m.20081101.1100 ». De plus, le pouvoir qui a été soumis est signé de la lettre « X ». Le dossier de l'affaire ne comportant aucun élément de nature à permettre à la Cour d'identifier le requérant, la requête doit être considérée comme anonyme : *requête anonyme*.

**Jurisprudence citée par la Cour**

*X c. Irlande*, n° 361/58, décision de la Commission du 1<sup>er</sup> septembre 1958, non publiée

---

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



(...)

## EN FAIT

Le requérant, alias «Blondje», «NN cel 07» ou encore «Nn. PI09.m.20081101.1100») déclare être un ressortissant néerlandais né à une date non précisée aux Pays-Bas. Il a été représenté devant la Cour par M<sup>e</sup> J. Hemelaar, avocat à Leiden.

### A. Les circonstances de l'espèce

Les faits de la cause, tels qu'ils ont été exposés par le requérant, peuvent se résumer comme suit.

Soupçonné d'avoir commis plusieurs infractions, le requérant fut arrêté le 30 octobre 2008. Ayant refusé de décliner son identité, il fut incarcéré en vertu de l'article 61a du code de procédure pénale (*Wetboek van Strafvordering*) afin que son identité puisse être établie. Le 31 octobre 2008, il fut libéré et remis à la police des étrangers (*vreemdelingenpolitie*), qui le mit en détention (*ophouding*) dans le même but, en application de l'article 50 §§ 2 et 4 de la loi de 2000 sur les étrangers (*Vreemdelingenwet 2000*). La mesure fut étendue pendant quarante-huit heures, puis le requérant fut placé dans un centre de rétention pour étrangers en vue d'être expulsé. Au cours d'un entretien avec la police des étrangers le 3 novembre 2008, l'intéressé déclara posséder la nationalité néerlandaise, mais n'être pas disposé à présenter son passeport ou un autre document d'identité – qu'il affirmait avoir en sa possession – afin de prouver sa nationalité. Le 5 novembre 2008, il fut relâché.

Le requérant introduisit des recours pour contester sa mise en détention, qui furent rejetés le 2 décembre 2008 par le tribunal d'arrondissement (*rechtbank*) de la Haye, siégeant à Utrecht.

Le 15 janvier 2009, la section du contentieux administratif (*Afdeling Bestuursrechtspraak*) du Conseil d'Etat (*Raad van State*) déclara un autre recours (*hoger beroep*) du requérant irrecevable, estimant qu'il ne remplissait pas les conditions posées par l'article 6 § 5 de la loi générale sur le droit administratif (*Algemene Wet Bestuursrecht*) puisque le nom de l'intéressé ne figurait pas dans la déclaration de recours.

### B. Les faits postérieurs à l'introduction de la requête

Etant donné que ni le formulaire de requête, ni le pouvoir (signé «X») ni les documents à l'appui de la requête ne mentionnaient le nom du requérant, le représentant de celui-ci fut invité le 9 mars 2009 à transmettre

à la Cour une copie d'un document d'identité en cours de validité de son client, conformément au droit interne.

Dans sa réponse du 30 mars 2009, le représentant du requérant indiqua à la Cour qu'aucun document d'identité ne pouvait être fourni, soulignant que l'affaire concernait la détention d'un étranger et que le droit néerlandais ne demandait pas la présentation d'un document d'identité en pareil cas. L'avocat ajoutait que, eu égard au jeune âge du requérant, il n'y avait aucune nécessité ou obligation pour lui d'être en possession d'un document lui permettant de franchir les frontières.

## GRIEFS

Le requérant soutient que son maintien en détention par la police des étrangers a emporté violation de ses droits au titre de l'article 5 de la Convention. Il se plaint également au regard de l'article 6 de la Convention de ne pas avoir bénéficié d'un procès équitable. Enfin, invoquant l'article 14 de la Convention, il dit avoir été victime de discrimination.

## EN DROIT

Le requérant soulève des griefs au regard des articles 5, 6 et 14 de la Convention à raison des décisions de le mettre en détention en vertu de la loi de 2000 sur les étrangers.

La Cour relève que l'identité du requérant n'a pas été communiquée. Aucun des formulaires ou documents produits devant elle ne fait mention du nom de l'intéressé, qui est désigné seulement par les termes «Blondje», «NN cel 07» ou «Nn.PI09.m.20081101.1100». De plus, le pouvoir qui a été soumis est signé de la lettre «X».

Dès lors, étant donné que le dossier de l'affaire ne comporte aucune information de nature à permettre à la Cour d'identifier le requérant, la requête doit être considérée comme anonyme (*X c. Irlande*, n° 361/58, décision de la Commission du 1<sup>er</sup> septembre 1958, non publiée). En conséquence, elle est irrecevable en application de l'article 35 § 2 a) et doit être rejetée conformément à l'article 35 § 4.

Par ces motifs, la Cour, à l'unanimité,

*Déclare* la requête irrecevable.

VARNAVA AND OTHERS v. TURKEY  
*(Applications nos. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90,  
16070/90, 16071/90, 16072/90 and 16073/90)*

GRAND CHAMBER<sup>1</sup>

JUDGMENT OF 18 SEPTEMBER 2009

---

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



SUMMARY<sup>1</sup>**Failure to conduct effective investigation into fate of Greek Cypriots missing since Turkish military operations in northern Cyprus in 1974****Article 2**

*Life – Positive obligations – Obligations of State in zone of international conflict – Failure to conduct effective investigation into fate of Greek Cypriots missing since Turkish military operations in northern Cyprus in 1974 – Subsistence of obligation despite politically sensitive context and limited intervention of supranational body*

**Article 3**

*Inhuman treatment – Silence of authorities in face of real concerns about fate of men missing since Turkish military operations in northern Cyprus*

**Article 5**

*Liberty of person – Failure to conduct effective investigation into arguable claim that missing men had been detained during military operations*

**Article 35 § 1**

*Six-month period – Application lodged more than six months after respondent State's ratification of right of individual petition – Starting-point for six-month period in disappearance cases – Actual or constructive knowledge that there was no immediate, realistic prospect of an effective investigation – Reasonable expedition*

**Article 35 § 2 (b)**

*Substantially the same application – Court's jurisdiction where it had already examined substantially same facts in inter-State case – Applications not introduced by same persons – Differences in remedies available in inter-State case and on individual applications – Legal interest in pursuing examination*

**Article 35 § 3**

*Competence *ratione temporis* – Court's temporal jurisdiction in respect of disappearances that had occurred some thirteen years before the respondent State recognised the right of*

---

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

*individual petition – “Detachable obligation” – Continuing nature of disappearances – Absence of requirement of temporal proximity to found jurisdiction in disappearance cases*

\*

\* \*

The applicants were relatives of nine Cypriot nationals who disappeared during Turkish military operations in northern Cyprus in July and August 1974. The facts were disputed. Eight of the missing men were members of the Greek Cypriot forces and it is alleged by the applicants that they had disappeared after being captured and detained by Turkish military forces. Witnesses had testified to seeing them in Turkish prisons in 1974 and some of the men were identified by their families from photographs of Greek Cypriot prisoners of war that were published in the Greek press. The Turkish Government denied that the men had been taken into captivity by Turkish forces and maintained that they had died in action during the conflict. The ninth missing man, Mr Hadjipanteli, was a bank employee. The applicants alleged that he was one of a group of people taken by Turkish forces for questioning in August 1974 and had been missing ever since. His body was discovered in 2007 in the context of the activity of the United Nations Committee on Missing Persons (“the CMP”) in Cyprus. The CMP was set up in 1981 with the task of drawing up comprehensive lists of missing persons on both sides and specifying whether they were alive or dead. It had no power to attribute responsibility or to make findings as to the cause of death. Mr Hadjipanteli’s remains were exhumed from a mass grave near a Turkish Cypriot village. A medical certificate indicated that he had received bullet wounds to the skull and right arm and a wound to the right thigh. The Turkish Government denied he had been taken prisoner, noting that his name was not on the list of Greek Cypriots held in the alleged place of detention, which had been visited by the International Committee of the Red Cross (“the ICRC”).

*Held*

(1) Preliminary objections: The respondent Government challenged the Court’s jurisdiction to examine the case on several counts. Firstly, they submitted that there was no legal interest in determining the applications as the Court had already decided the question of the disappearances of all missing Greek Cypriots in the fourth inter-State case (*Cyprus v. Turkey* [GC], no. 25781/94, §§ 13-18, ECHR 2001-IV). Secondly, the applications fell outside the Court’s temporal jurisdiction as the missing men had to be presumed to have died long before Turkey’s acceptance of the right of individual petition on 28 January 1987 and there could be no freestanding procedural obligation, divorced from the factual origin of the complaints. In any event, the procedural obligation under Articles 2 and 3 was a recent jurisprudential development and could not be regarded as binding the States retrospectively. Lastly, the applications had been lodged on 25 January 1990, more

than six months after Turkey's acceptance of the right to individual petition, and so were out of time.

(a) *Legal interest* – For the purposes of Article 35 § 2 (b) of the Convention, an application was only “substantially the same” as another which had already been examined if it concerned substantially not only the same facts and complaints but was introduced by the same persons. An inter-State application did not, therefore, deprive individual applicants of the possibility of introducing, or pursuing, their own claims. As to the question whether the applications should be struck from the Court's list under Article 37 § 1 (c), the findings in the fourth inter-State case had not specified in respect of which individual missing persons they were made. Moreover, in individual applications, the Court had the competence to issue just satisfaction awards to individual applicants and to indicate measures under Article 46. A legal interest therefore remained in pursuing the examination of the applications.

*Conclusion:* preliminary objection dismissed (sixteen votes to one).

(b) *Temporal jurisdiction* – The procedural obligation to carry out an investigation into deaths under Article 2 had evolved into a separate and autonomous duty and could be considered a “detachable obligation” capable of binding the State even when the death took place before the entry into force of the Convention. It was immaterial that that procedural obligation had only developed in the Court's case-law after Turkey's acceptance of the right of individual petition as case-law was a means of clarifying pre-existing texts to which the principle of non-retroactivity did not apply in the same manner as to legislative enactments. As to the argument that the missing men had to be presumed dead long before any temporal jurisdiction had arisen in 1987, the Court distinguished between the making of a factual presumption and the legal consequences that flowed from it. The procedural obligation to investigate disappearances in life-threatening circumstances could hardly come to an end on discovery of the body or the presumption of death as an obligation to account for the disappearance and death, and to identify and prosecute any perpetrator of unlawful acts, would generally remain. Accordingly, even though a lapse of over thirty-four years without any news could provide strong circumstantial evidence of intervening death, this did not remove the procedural obligation to investigate. Further, there was an important distinction to be drawn between the obligation to investigate a suspicious death and the obligation to investigate a suspicious disappearance. A disappearance was a distinct phenomenon, characterised by an ongoing situation of uncertainty and unaccountability in which there was a lack of information or even a deliberate concealment and obfuscation of what had occurred. It was not an “instantaneous” act or event; the additional distinctive element of subsequent failure to account for the whereabouts and fate of the missing person gave rise to a continuing situation, with the procedural obligation potentially persisting as long as the fate of the missing person was unaccounted for, even where death was presumed. In that connection, the requirement for proximity

of the death and investigative steps to the date of entry into force of the Convention applied only in the context of killings or suspicious deaths.

*Conclusion:* preliminary objection dismissed (sixteen votes to one).

(c) *Six-month rule* – Applicants in disappearance cases had to make proof of a certain amount of diligence and initiative and introduce their complaints without undue delay. While the standard of expedition expected of relatives should not be too rigorous in view of the serious nature of disappearance offences, applications could be rejected where there had been excessive or unexplained delay by applicants who were, or should have been, aware that no investigation had been instigated or that it had lapsed into inaction or become ineffective and that there was no immediate, realistic prospect of an effective investigation in the future. When that stage was reached depended on the circumstances of the particular case.

In the exceptional circumstances of the instant case, which involved an international conflict with no normal investigative procedures available, it had been reasonable for the applicants to await the outcome of the Government and United Nations initiatives, as these could have resulted in steps being taken to investigate known sites of mass graves and provided the basis for further measures. While it must have been apparent by the end of 1990 that those processes no longer offered any realistic hope of progress in either finding bodies or accounting for the fate of their relatives in the near future, the applicants had applied to the Court in January of that year. Accordingly, they had, in the special circumstances of the case, acted with reasonable expedition.

*Conclusion:* preliminary objection dismissed (fifteen votes to two).

(2) Merits (a) *Article 2* – The Court was satisfied that there was an at least arguable case that the missing men had last been seen in an area under, or about to come under, the control of the Turkish armed forces. Whether they had died or been taken prisoner, those men still had to be accounted for. Article 2 had to be interpreted in so far as possible in the light of the general principles of international law, including the rules of international humanitarian law, which played an indispensable and universally accepted role in mitigating the savagery and inhumanity of armed conflict. In a zone of international conflict Contracting States were under an obligation to protect the lives of those not, or no longer, engaged in hostilities. That obligation also extended to the provision of medical assistance to the wounded, the proper disposal of remains and the provision of information on the identity and fate of those concerned. The respondent Government had not produced any evidence or convincing explanation to counter the applicants' claims that the missing men had disappeared in areas under the respondent Government's exclusive control. As the disappearances had occurred in life-threatening circumstances where the conduct of military operations was accompanied by widespread arrests and killings, Article 2 imposed a continuing obligation on the respondent Government to account for the missing men's whereabouts and fate.

On the question of compliance with that obligation, the Court fully acknowledged the importance of the CMP's ongoing exhumations and identifications of remains and gave full credit to the work being done in providing information and returning remains to relatives. It noted, however, that while the CMP's work was an important first step in the investigative process, it was not sufficient to meet the respondent Government's obligation under Article 2 to carry out effective investigations. From the materials provided in respect of one of the missing men, Mr Hadjipanteli, it appeared that the procedure on identification of remains was to issue a medical certificate of death, briefly indicating the fatal injuries. There was, however, no report analysing the circumstances or even the dating of death and no investigative measures to locate or question witnesses. Thus, even though the location of the body had been established it could not be said that any clear light had been shed on how the victim had met his fate. While recognising the considerable difficulty in assembling evidence and mounting a case so long after the events, the Court reiterated that to be effective an investigation had to be capable of leading to a determination of whether the death was caused unlawfully and, if so, to the identification and punishment of those responsible. There was no indication that the CMP had gone beyond its limited terms of reference and no other body or authority had taken on the role of determining the facts or collecting and assessing evidence with a view to a prosecution. While an investigation might prove inconclusive, such an outcome was not inevitable and the respondent Government could not be absolved from making the requisite efforts. The fact that both sides in the conflict may have preferred a "politically sensitive" approach and that the CMP with its limited remit was the only solution which could be agreed under the brokerage of the United Nations could have no bearing on the application of the Convention. There had thus been a continuing failure to effectively investigate the fate of the nine missing men.

*Conclusion:* continuing procedural violation (sixteen votes to one).

(b) *Article 3* – The Court found no reason to differ from its finding in the fourth inter-State case that the Turkish authorities' silence in the face of the real concerns of the applicants over the fate of their missing relatives could only be categorised as inhuman treatment.

*Conclusion:* continuing violation (sixteen votes to one).

(c) *Article 5* – There was an arguable case that two of the missing men, both of whom had been included on ICRC lists as detainees, had last been seen in circumstances falling within the control of the Turkish or Turkish Cypriot forces. However, the Turkish authorities had not acknowledged their detention, nor had they provided any documentary evidence giving official trace of their movements. While there had been no evidence that any of the missing persons had been in detention in the period under the Court's consideration, the Turkish Government had to show that they had carried out an effective investigation into the arguable claim that the two missing men had been taken into custody and had not been seen subsequently. The

Court's findings above in relation to Article 2 left no doubt that the authorities had also failed to conduct the necessary investigation in that regard.

*Conclusion:* continuing violation in respect of two of the missing men (sixteen votes to one).

Article 41: In making awards in respect of non-pecuniary damage to each of the applicants, the Court took into account the grievous nature of the case and decades of uncertainty the applicants had endured. It explained that it did not apply specific scales of damages to awards in disappearance cases, but was guided by equity, which involved flexibility and an objective consideration of what was just, fair and reasonable in all the circumstances. It also made awards in respect of costs and expenses.

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

- Donnelly and Others v. the United Kingdom*, nos. 5577/72-5583/72, Commission decision of 5 April 1973, Yearbook 16
- Ireland v. the United Kingdom*, 18 January 1978, Series A no. 25
- Agrotexim Hellas S.A. and Others v. Greece*, no. 14807/89, Commission decision of 12 February 1992, Decisions and Reports 72
- Loizidou v. Turkey* (merits), 18 December 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-VI
- Kapan v. Turkey*, no. 22057/93, Commission decision of 13 January 1997, Decisions and Reports 88-A
- Varnava and Others v. Turkey*, nos. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 and 16073/90, Commission decision of 14 April 1998, Decisions and Reports 93-A
- Kurt v. Turkey*, 25 May 1998, *Reports* 1998-III
- Oğur v. Turkey* [GC], no. 21594/93, ECHR 1999-III
- Walker v. the United Kingdom* (dec.), no. 34979/97, ECHR 2000-I
- Salman v. Turkey* [GC], no. 21986/93, ECHR 2000-VII
- Cankoçak v. Turkey*, nos. 25182/94 and 26956/95, 20 February 2001
- Moldovan and Others and Rostaş and Others v. Romania* (dec.), nos. 41138/98 and 64320/01, 13 March 2001
- Hugh Jordan v. the United Kingdom*, no. 24746/94, 4 May 2001
- McKerr v. the United Kingdom*, no. 28883/95, ECHR 2001-III
- Cyprus v. Turkey* [GC], no. 25781/94, ECHR 2001-IV
- Akdeniz and Others v. Turkey*, no. 23954/94, 31 May 2001
- Edwards v. the United Kingdom* (dec.), no. 46477/99, 7 June 2001
- Douglas-Williams v. the United Kingdom* (dec.), no. 56413/00, 8 January 2002
- Bayram and Yıldırım v. Turkey* (dec.), no. 38587/97, ECHR 2002-III
- Bulut and Yavuz v. Turkey* (dec.), no. 73065/01, 28 May 2002
- Orhan v. Turkey*, no. 25656/94, 18 June 2002
- Dennis and Others v. the United Kingdom* (dec.), no. 76573/01, 2 July 2002

*Eren and Others v. Turkey* (dec.), no. 42428/98, 4 July 2002  
*Baybora and Others v. Cyprus* (dec.), no. 77116/01, 22 October 2002  
*Karabardak and Others v. Cyprus* (dec.), no. 76575/01, 22 October 2002  
*Finucane v. the United Kingdom*, no. 29178/95, ECHR 2003-VIII  
*Akkum and Others v. Turkey*, no. 21894/93, ECHR 2005-II  
*Taniş and Others v. Turkey*, no. 65899/01, ECHR 2005-VIII  
*Folgerø and Others v. Norway* (dec.), no. 15472/02, 14 February 2006  
*Blečić v. Croatia* [GC], no. 59532/00, ECHR 2006-III  
*Üçak and Kargili and Others v. Turkey* (dec.), nos. 75527/01 and 11837/02,  
28 March 2006  
*Kholodovy v. Russia* (dec.), no. 30651/05, 14 September 2006  
*Imakayeva v. Russia*, no. 7615/02, 9 November 2006  
*Markovic and Others v. Italy* [GC], no. 1398/03, ECHR 2006-XIV  
*Goygova v. Russia*, no. 74240/01, 4 October 2007  
*Brecknell v. the United Kingdom*, no. 32457/04, 27 November 2007  
*Osmanoğlu v. Turkey*, no. 48804/99, 24 January 2008  
*Malsagova and Others v. Russia* (dec.), no. 27244/03, 6 March 2008  
*Demades v. Turkey* (just satisfaction), no. 16219/90, 22 April 2008  
*Cone v. Romania*, no. 35935/02, 24 June 2008  
*Korbely v. Hungary* [GC], no. 9174/02, ECHR 2008  
*Lyanova and Aliyeva v. Russia*, nos. 12713/02 and 28440/03, 2 October 2008  
*Yusupova and Zaurbekov v. Russia*, no. 22057/02, 9 October 2008  
*Magomed Musayev and Others v. Russia*, no. 8979/02, 23 October 2008  
*Vagapova and Zubirayev v. Russia*, no. 21080/05, 26 February 2009  
*Šilih v. Slovenia* [GC], no. 71463/01, 9 April 2009



**In the case of Varnava and Others v. Turkey,**

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

Jean-Paul Costa, *President*,  
Françoise Tulkens,  
Josep Casadevall,  
Anatoly Kovler,  
Vladimiro Zagrebelsky,  
Lech Garlicki,  
Dean Spielmann,  
Sverre Erik Jebens,  
Ineta Ziemele,  
Mark Villiger,  
Päivi Hirvelä,  
Luis López Guerra,  
Mirjana Lazarova Trajkovska,  
Nona Tsotsoria,  
Ann Power,  
Zdravka Kalaydjieva, *judges*,  
Gönül Erönen, *ad hoc judge*,

and Erik Fribergh, *Registrar*,

Having deliberated in private on 19 November 2008 and on 8 July 2009,

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

**PROCEDURE**

1. The case originated in nine applications (nos. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 and 16073/90) 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 eighteen Cypriot nationals, Andreas and Giorghoulla Varnava (no. 16064/90), Andreas and Loizos Loizides<sup>1</sup> (no. 16065/90), Philippos Constantinou and Demetris K. Peyiotis (no. 16066/90), Demetris Theocharides and Elli Theocharidou<sup>2</sup> (no. 16068/90), Panicos and Chrysoula Charalambous

1. See paragraph 11 below.

2. See paragraph 10 below.

(no. 16069/90), Eleftherios and Christos Thoma<sup>1</sup> (no. 16070/90), Savvas and Androula Hadjipanteli (no. 16071/90), Savvas and Georghios Apostolides<sup>2</sup> (no. 16072/90) and Leontis Demetriou and Yianoulla Leonti Sarma (no. 16073/90), on 25 January 1990. Each of the nine applications contained authorities signed by the second applicants in their own names and on behalf of their nine missing relatives named as the first applicants.

2. The applicants were represented by Mr A. Demetriades and Dr K. Chrystomides respectively, lawyers practising in Nicosia. The Turkish Government (“the respondent Government”) were represented by their Agent.

3. The applicants alleged that the first applicants in the above applications had disappeared after being detained by Turkish military forces from 1974 and that the Turkish authorities had not accounted for them since. They relied on Articles 2, 3, 4, 5, 6, 8, 10, 12, 13 and 14 of the Convention.

4. The applications were joined by the Commission on 2 July 1991 and declared admissible on 14 April 1998. They were transmitted to the Court on 1 November 1999 in accordance with Article 5 § 3, second sentence, of Protocol No. 11 to the Convention, the Commission not having completed its examination of the case by that date.

5. The applications were 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. Mr Türmen, the judge elected in respect of Turkey, withdrew from sitting in the case (Rule 28). The respondent Government accordingly appointed Ms G. Erönen to sit as an *ad hoc* judge in his place (Article 27 § 2 of the Convention and Rule 29 § 1).

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

7. On 17 February 2000 the Cypriot Government informed the Court that they wished to participate in the proceedings. They submitted observations on the merits (Rule 59 § 1).

8. On 1 November 2003 the Court changed the composition of its Sections (Rule 25 § 1). This case was assigned to the newly composed Third Section (Rule 52 § 1).

9. On 17 February 2005, the applicants’ representative informed the Court that the second applicant, Christos Thoma, father of the first applicant in application no. 16070/90, had died on 12 April 1997 and enclosed

---

1. See paragraph 9 below.

2. See paragraph 10 below.

letters of authority from his wife, Chrystalleni Thoma, and his daughter, Maria Chrystalleni Thoma, who stated their intention of continuing the application.

10. On 13 November 2006, the applicants' representative informed the Court that the second applicant, Elli Theocharidou, mother of the first-named applicant in application no. 16068/90, had died on 1 April 2005 and that the latter's heirs (Ourania Symeou, Kaiti Constantinou, Yiannoulla Kari, Eleni Papayianni, Andreas G. Theocharides, Dimitris G. Theocharides and Marios G. Theocharides) wished to continue the application. On the same date, it was communicated that the second applicant, Georghios Apostolides, father of the first applicant in application no. 16072/90 had died on 14 April 1998 and that the latter's heirs (Panayiota Chrysou, Chrystalla Antoniadou, Aggela Georgiou, Avgi Nicolaou and Kostas Apostolides) intended to continue the application.

11. On 11 January 2007, the applicants' representative informed the Court that the second applicant, Loizos Loizides, father of the first-named applicant in application no. 16065/90 had died on 14 September 2001 and that his granddaughter, Athina Hava, intended to continue with the application on behalf of all the heirs of the deceased (Markos Loizou, Despo Demetriou, Anna-Maria Loizou, Elena Loizidou and Loizos Loizides).

12. The Chamber decided, after consulting the parties, that no hearing on the merits was required (Rule 59 § 3 *in fine*). It found that the heirs of the deceased applicants had the requisite interest and standing to continue the applications. In its judgment of 10 January 2008 ("the Chamber judgment"), the Chamber held unanimously that there had been violations of Articles 2, 3 and 5 of the Convention and that no separate issues arose under Articles 4, 6, 8, 10, 12, 13 and 14 of the Convention. It also held that the finding of a violation constituted in itself sufficient just satisfaction for the non-pecuniary damage sustained by the applicants.

13. On 28 March 2008 the respondent Government requested that the case be referred to the Grand Chamber (Article 43 of the Convention).

14. On 7 July 2008 a panel of the Grand Chamber decided to accept the request for a referral (Rule 73).

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

16. On 11 August 2008, the Cypriot Government ("the intervening Government") informed the Court that they wished to participate in the proceedings. They submitted observations on the merits (Rule 59 § 1).

17. On 18 September 2008, the President granted leave to Redress, an international non-governmental organisation, to submit written

observations, which were received on 2 October 2008 (Article 36 § 2 of the Convention and Rule 44 § 2).

18. The applicants, the respondent Government and the intervening Government each filed a memorial.

19. A hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 19 November 2008 (Rule 59 § 3).

There appeared before the Court:

(a) *for the respondent Government*

|                         |                  |
|-------------------------|------------------|
| Mr Z. Necatigil,        | <i>Agent,</i>    |
| Prof. Dr. J.A. Frowein, |                  |
| Mrs S. Karabacak,       |                  |
| Mr T. Bilgiç,           |                  |
| Mrs D. Akçay,           |                  |
| Mrs A. Özdemir,         | <i>Advisers;</i> |

(b) *for the applicants*

|                                |                  |
|--------------------------------|------------------|
| Mr A. Demetriades, Barrister,  |                  |
| Mr L. Christodoulou, Advocate, |                  |
| Mr I. Brownlie QC,             | <i>Counsel,</i>  |
| Mr L. Arakelian,               |                  |
| Mr C. Paraskeva,               | <i>Advisers;</i> |

(c) *for the intervening Government*

|   |                  |
|---|------------------|
| Mr P. Clerides, Attorney-General,                   | <i>Agent,</i>    |
| Mr A.V.R. Lowe, Barrister-at-Law, Professor of Law, |                  |
| Mrs F. Hampson, Barrister-at-Law, Professor of Law, |                  |
| Mrs S.M. Joannides, Barrister-at-Law,               | <i>Advisers.</i> |

The Court heard addresses by Mr Brownlie and Mr Demetriades for the applicants, by Prof. Frowein for the respondent Government and by Mr Lowe for the intervening Government.

## THE FACTS

### I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

#### A. General context

20. The complaints raised in this application arise out of the Turkish military operations in northern Cyprus in July and August 1974 and the

continuing division of the territory of Cyprus. These events gave rise to four applications by the Government of Cyprus against the respondent State, which have led to various findings of violations of the Convention. The history is set out in the Court's judgment in *Cyprus v. Turkey* ([GC], no. 25781/94, §§ 13-18, ECHR 2001-IV; hereinafter "the fourth inter-State case") and the Court sees no reason for repetition.

## **B. The facts of these cases**

21. The facts are disputed by the parties. The Court notes that the summary of their versions of events given in the Chamber judgment have not been; these are in large part reproduced below, with the addition of some new information submitted by the parties and identified as such in the text.

### *1. The applicants' submissions on the facts*

#### **(a) Application no. 16064/90: Andreas Varnava**

22. The first applicant, an ironmonger, was born in 1947; he has been considered missing since 1974. His wife, the second applicant, was born in 1949 and resided in Lymbia.

23. In July 1974 the first applicant, responding to the declared general mobilisation, enlisted as a reservist in the 305 Reservists Battalion which had its headquarters in Dhali village. On 8 to 9 August 1974 the reserve soldiers of the 305 Reservists Battalion, among them the applicant, took up the manning of Cypriot outposts along the front line opposite the Turkish military forces which extended between Mia Milia and Koutsovendis.

24. On the morning of 14 August 1974, Turkish military forces, supported by tanks and air cover, launched an attack against the Cypriot area where the applicant and his battalion were serving. The Cypriot line of defence was broken and the Turkish military forces began advancing towards the area of Mia Milia; the Cypriot forces began retreating and dispersed in all directions. After a while the area was captured by the Turkish military forces and the applicant was trapped within. There has been no trace of the applicant since.

25. Mr Christakis Ioannou of Pano Dhikomo and now of Stavros Refugee Camp Strovolos, who had been a prisoner of the Turkish military forces and/or the Turkish authorities, stated that at Adana Prison in Turkey, where he had been taken on 31 August 1974, there were another forty persons in the same room for three to four days. Among them was the

applicant. After the said period they were split up and he had not seen the applicant since.

**(b) Application no. 16065/90: Andreas Loizides**

26. The first applicant, a student, was born in 1954; he has been considered missing since 1974. His father, the second applicant, was born in 1907 and resided in Nicosia.

27. In July 1974 the first applicant was serving as a second lieutenant in the 1st Company of the 256 Infantry Battalion stationed at Xeros. On about 30 July 1974 the battalion moved to the Lapithos area. The soldiers were split up into various groups; the applicant's group, consisting of ten men, was ordered to take up positions on the Lapithos heights.

28. On 5 August 1974 Turkish forces launched a strong attack from all sides against the Cypriot forces' positions while other Turkish troops managed to encircle Lapithos. Owing to the Turkish superiority in men and weapons the Cypriot forces were ordered to retreat towards the centre of the village to the company base. The applicant arrived there with his men and was informed by the inhabitants that Lapithos was surrounded by Turkish troops. They hid their weapons in an orchard and put on civilian clothing. The same afternoon the applicant and others attempted unsuccessfully to break through the Turkish lines. They then returned to Lapithos where they spent the night. At about 9 a.m. on 6 August 1974 Turkish troops entered Lapithos and started extensive house-to-house searches. The applicant and his comrades were warned by the villagers and they dispersed in order to avoid capture. Since then, none of the members of the group has seen the applicant.

29. Nicos Th. Tampas of the 256 Infantry Battalion, also on the Lapithos heights on 5 August 1974, mentioned in a statement that at approximately 9 p.m. on 6 August 1974 he entered a warehouse in the village where he found the applicant looking after a wounded man. After talking with the applicant, he left. That was the last time that he saw the applicant. He was himself arrested by the Turks on 9 August 1974 in Lapithos, detained in various prisons in Cyprus and Turkey and released on 22 October 1974.

30. Christodoulos Panyi of Vatyli, now of Strovolos, in his statement declared that while he was a prisoner in Adana Prison he saw and recognised the applicant, whom he had previously met.

**(c) Application no. 16066/90: Philippos Constantinou**

31. The first applicant, a student, was born in 1954; he has been considered missing since 1974. His father, the second applicant, was born in 1929 and resided in Nicosia.

32. In July 1973 the first applicant enlisted to do his national service. He was posted to the 70 Engineers Battalion. On 5 August 1974, a section of the battalion, including the applicant, was sent on a mission in the Lapithos and Karavas area (Kyrenia district). The men spent the night at Lapithos and intended to complete the mission the following morning.

33. At about 4.30 a.m. on 6 August 1974 the Turkish Army launched a full-scale attack from all sides in the Karavas and Lapithos area. The applicant's group leader ordered his men to split up into three groups and to withdraw towards Vasilia (also in the Kyrenia district). The applicant was in one of the groups which intended to withdraw by following a route along the coast.

34. The men first reached the main Nicosia-Kyrenia road near the "Airkotissa" restaurant. While resting, they heard shouting and the group leader sent the applicant and another soldier to investigate. As they had not returned after about fifteen minutes the remainder of the group left for Panagra (also in the Kyrenia district). On their way, they were ambushed by Turkish soldiers and the remaining group dispersed.

35. Costas A. Sophocleous, of Nicosia, stated that, when he was a prisoner in Turkey from 30 July until 28 October 1974, he had met the applicant. They were in the same prison in Turkey and were subsequently transferred to Cyprus, at which point he had been released but not the applicant.

36. Alexandros Papamichael, of Limassol, stated that he recognised the first applicant from a photograph that was shown to him by the second applicant and he had been with him in Adana Prison.

37. Finally, the second applicant mentioned in a signed statement that he identified his missing son in a photograph published in *Athinaiki*, a Greek newspaper, on 28 September 1974. In this photograph Greek Cypriot prisoners were shown on a boat en route to Turkey.

**(d) Application no. 16068/90: Demetris Theocharides**

38. The first applicant, a photographer, was born in 1953; he has been considered missing since 1974. His mother, the second applicant, was born in 1914 and resided in Nicosia.

39. On 20 July 1974 the first applicant enlisted as a reservist. He was posted to the 1st Company of the 301 Infantry Battalion. On 22 July the whole battalion was ordered to move on the following day to the area of Ayios Ermolaos. The 1st Company took up defensive positions at a height called "Kalambaki", near the Turkish Cypriot village of Pileri.

40. At about 4.30 a.m. on 26 July 1974 the 1st Company came under attack from the Turkish Cypriot villages of Krini-Pileri. The Turkish military

forces consisted of a paratroop battalion, twenty tanks and high-angle guns. They succeeded in breaking through the Cypriot lines and infiltrated the right flank of the 1st Company in order to encircle it. The commander ordered the company to regroup at the village of Sysklepos; from there they were ordered to regroup at Kontemenos, where they arrived at about 3 p.m. After a roll call they found out that six soldiers of the 1st Company were absent, including the applicant. The area in which the 1st Company had been initially stationed was captured by the Turkish military forces.

41. Mr Nicos Nicolaou of Strovolos, who was a prisoner at Adana in September 1974, stated that one day he heard a Turk calling the applicant's name. He also saw the applicant whom he happened to know previously and noticed that he was lame in one leg. On 11 September 1974 Mr Nicolaou was taken to Antiyama Prison in Turkey and he had not seen the applicant since.

**(e) Application no. 16069/90: Panicos Charalambous**

42. The first applicant, a student, was born in 1955; he has been considered missing since 1974. His mother, the second applicant, was born in 1935 and resided in Limassol.

43. In 1972 the first applicant enlisted in the National Guard to do his military service.

44. On 23 July 1974 the applicant's father was informed by Andreas Komodromos that the applicant had left Synchari with the men of the Headquarters Company and had gone to Aglandjia.

45. On 24 July 1974 Nikiforos Kominis with seventeen soldiers, including the applicant, set out from Aglandjia in two vehicles to reconnoitre the ground of the Koutsovendis-Vounos area. Three buses were seen driving along a street from the direction of Vounos village. An officer by the name of Votas ordered three or four soldiers to search the buses. The buses were full of Turkish soldiers who started firing at the Greek Cypriot men. The applicant was wounded in the right hand and on the left side of his ribs. Mr Andreas Komodromos cleaned his wounds with water, loaded his gun and told him to go back. After that the applicant was not seen again by his unit.

46. According to the statement of Yiannis Melissis, who had been a prisoner of the Turks at Adana and Amasia in September 1974, he happened to meet the applicant during his captivity. They both stayed with others in cell no. 9 until 18 September. They had chatted together every day and became friends. On 18 September Yiannis Melissis was brought back to Cyprus and was released on 21 September 1974. The applicant had given

him a letter to pass on to his father but he left it in his pocket when he changed his clothes. All the clothes belonging to the prisoners were burned.

47. The second applicant in her statement mentioned that she had recognised her son in a photograph that was published in the Greek newspaper *Athinaiki* on 28 September 1974 and showed Cypriot prisoners being transported to Turkey on a Turkish destroyer in July 1974.

**(f) Application no. 16070/90: Eleftherios Thoma**

48. The first applicant, a car mechanic, was born in 1951; he has been considered missing since 1974. His father, the second applicant, was born in 1921 and resided in Strovolos.

49. In July 1974, in response to the general mobilisation, the first applicant enlisted as a reserve sergeant in the Headquarters Company of the 251 Infantry Battalion.

50. On 20 July 1974, all the men of the Headquarters Company, including the applicant, were trying to prevent the Turkish landing which was taking place in the area of “Pikro Nero”, Kyrenia. At around 12 noon on 21 July the Turkish military forces which had landed, supported by tanks and air cover, attacked the Cypriot forces that were defending the area. Owing to the superiority of the Turkish military forces in men and weapons the 251 Infantry Battalion was ordered to retreat towards Trimithi village. The applicant was present during the regrouping of the battalion. Two hours after the regrouping the commander of the battalion led his men out of Trimithi village, reaching a ravine between the villages of Ayios Georghios and Templos where they took up battle positions. A number of commandos of the 33rd Battalion arrived in the same ravine. At around 3 p.m. on 22 July 1974, Turkish military forces surrounded the Cypriot forces in the ravine and opened fire. The commander ordered a counter-attack intending to break the Turkish military forces’ lines and retreat towards Kyrenia. No trace of the applicant was found during the counter-attack and retreat.

51. On 4 September 1974 the *Special News Bulletin* – a daily communication by the Turkish Cypriot administration – published a photograph of Greek Cypriot prisoners of war under the caption “Greek Cypriot prisoners of war having their lunch. Yesterday they were visited by a representative of the Turkish Red Crescent”. In that photograph the first applicant was identified by the second applicant.

52. A former prisoner, Mr Efstathios Selefcou, of Elio, now at Eylenja, in a signed statement to the Cypriot police said that during his transportation from Cyprus to Turkey he saw and talked to the first applicant, whom he knew very well since they had attended the same secondary school.

**(g) Application no. 16071/90: Savvas Hadjipanteli**

53. The first applicant, a bank employee, was born in 1938 and lived at Yialousa; he has been considered missing since 1974. His wife, the second applicant, was born in 1938 and resided in Nicosia.

54. On 18 August 1974 about three or four saloon cars, a bus and two tanks, all full of Turkish and Turkish Cypriot soldiers, turned up at Yialousa and stopped near the police station. The soldiers got out and ordered everyone to assemble at the nearby coffee house. About thirty-five persons gathered there. A Turkish officer told them that from that time they would be under Turkish administration and ordered them to make a census of the Greek Cypriot inhabitants of the village from the age of 7 to 70 and that he would be back on the following day to collect the lists. On the following day, the same civilian and military vehicles (tanks) returned. A number of Turks got out, marched to the coffee house and asked for the lists. Another group of Turkish soldiers was carrying out a house-to-house search. They imposed a curfew and, having taken the lists, they took with them for questioning nine persons, including the first applicant. They put them on a bus and drove them outside the village in the direction of Famagusta.

55. On the same day, Yialousa was visited by United Nations men to whom the arrest of the nine Greek Cypriots was reported by their co-villagers.

56. According to the applicants, representatives of the International Committee of the Red Cross ("the ICRC") in Cyprus visited Pavlides Garage in the Turkish-occupied sector of Nicosia and on 28 August 1974 recorded the names of twenty Greek Cypriots held there, including the nine persons from Yialousa (they cited document EZY284D)<sup>1</sup>. Costas M. Kaniou, Sofronios Mantis and Ioannis D. Constantis also saw the said detainees at the Pavlides Garage, during the same period that they were detained there; they were released later.

57. On 27 August 1974 a group of Turkish Cypriot civilians came to Yialousa looking for Pentelis Pantelides, Loizos Pallaris, Michael Sergides and Christakis Panayides. Having found them, they led them to the Savings Bank. After having emptied two safes they ordered that the third one should be opened, but they were told that the keys were with the applicant. Subsequently they left, having shut and sealed the outside door. After ten to twelve days the same group looked for the same persons and went again to

---

1. The document provided by the applicants listed twenty names, including that of Savvas Kalli which was the name under which this applicant had been recorded (see paragraph 80 below).

the bank building. They had the two keys for the safe, which the applicant always carried with him. Loizos Pallaris opened the safe. The keys were in a leather case which the applicant used to carry, but his personal keys had been removed. The Turkish Cypriots took the contents of the safe, sealed the gate and left.

**(h) Application no. 16072/90: Savvas Apostolidis**

58. The first applicant, a moulder, was born in 1955; he has been considered missing since 1974. His father, the second applicant, was born in 1928 and resided in Strovolos.

59. In 1974 the first applicant was doing his national service in the 70 Engineers Battalion stationed in Nicosia. On 5 August 1974 a section of the battalion, including the applicant, was sent on a mission in the Karavas and Lapithos area. The men spent the night at Lapithos and intended to complete their mission the following morning. At about 4.30 a.m. on 6 August 1974 the Turkish military forces launched a full-scale attack from all sides in the area of Karavas and Lapithos. The commander ordered his men to split up into three groups, withdraw towards Vasilias and meet there. On their way they were ambushed by the Turkish military forces and in the confusion dispersed.

60. Later Mr Costas Themistocleous of Omorphita, now of Nicosia, who was a prisoner at Adana Prison, saw there the applicant, whom he had known from his childhood; this was on or about 17 October 1974, while he was about to return to Cyprus. They did not speak to each other but waved.

**(i) Application no. 16073/90: Leontis Demetriou Sarma**

61. The first applicant was born in 1947; he has been considered missing since 1974. His wife, the second applicant, was born in 1949 and resided in Limassol.

62. On 20 July 1974, following the general mobilisation, the first applicant enlisted as a reservist in the 399 Infantry Battalion. He was put in the Support Company. On 22 July the battalion moved to the Mia Milia area to reinforce the Greek Cypriot forces and to man outposts on the front line.

63. On the morning of 14 August 1974 Turkish military forces, supported by tanks and air cover, launched a heavy attack against the Greek Cypriot forces in the area, where the applicant was with his battalion. Owing to the superiority of the Turkish military forces the Greek Cypriot defence line was broken, the Turkish military forces advanced towards the Mia Milia area, and the Greek Cypriot forces began to retreat. The area was, in a short

period of time, occupied by the Turkish military forces and the applicant was trapped within. No trace of the applicant has been found since.

64. An ex-prisoner of war, Mr Costas Mena of Palaekythro, now at Korakou, stated that during his detention at Antiyama Prison in Turkey he had seen the applicant, who was detained in cell no. 9. On 18 October 1974 all the prisoners at Antiyama Prison were taken to Adana Prison. There they were all lined up in four rows. A Turkish military officer picked out some of the prisoners, including the applicant, who were taken away. Mr Mena had not seen the applicant since.

## *2. The respondent Government's submissions on the facts*

65. The respondent Government disputed that the applicants had been taken into captivity by the Turkish army during the military action in Cyprus in 1974. They considered that the inevitable conclusion from the information provided in the application forms was that all the alleged "missing persons", except Savvas Hadjipanteli, were military personnel who died in action during the period July to August 1974.

66. The respondent Government noted that, since the introduction of these applications, files relating to the same "missing persons" had been submitted by the Government of Cyprus to the United Nations Committee on Missing Persons ("the CMP") in Cyprus during 1994 and 1995. In these files there were no assertions that these people had been seen in any of the prisons in Turkey. The names of the alleged witnesses listed in applications nos. 16064/90 (Christakis Ioannou), 16065/90 (Christodoulos Panyi), 16066/90 (Costas A. Sophocleous), 16068/90 (Nicos Nicolaou), 16069/90 (Yiannis Melissis), 16070/90 (Efstathios Selefco), 16072/90 (Costas Themistocleous) and 16073/90 (Costas Mena) were not cited in support. The alleged sightings were therefore without foundation.

67. As regards Savvas Hadjipanteli (no. 16071/90), who was a civilian, the respondent Government noted that the ICRC had visited the Pavlides Garage where he had allegedly been held but his name, contrary to the applicants' assertion, did not appear in the list of Greek Cypriots held. In any event, it was a transit centre where people were not held for more than a few days before being released or moved elsewhere. In the file submitted to the CMP, there was only a reference to witnesses seeing the key case which he was alleged to always carry on his person. The materials of the ICRC, who paid regular visits to prisoners and internees in Turkey, also showed that none of the alleged missing persons had been brought to Turkey or detained. All prisoners that had been taken to Turkey were repatriated

between 16 September 1974 and 28 October 1974 and lists of those concerned had been handed over to the Greek Cypriot authorities.

68. As concerned the alleged identification of the missing persons in photographs, the Government pointed out that a scientific investigation of certain published photographs and documentary film had been carried out by Professor Pierre A. Margot of the Institute of Forensic Science and Criminology of the Law Faculty of the University of Lausanne at the request of the third member of the CMP. This had shown that it was extremely dubious that anyone could be identified from these documents and that any alleged identification by relatives was unreliable given the quality of the material and their emotional feelings.

### *3. The submissions of the intervening Government*

69. The Government of Cyprus submitted that the first applicants went missing in areas under the control of the Turkish forces.

#### **(a) Varnava, no. 16064/90 and Sarma, no. 16073/90**

70. These two applicants had been brought with their units to the area of Mia Milia to man Cypriot outposts along the front line. On 14 August 1974 Turkish armed forces launched the attack which gained them control over the whole of northern and eastern Cyprus by 16 August 1974. When the Turkish forces broke through the Cypriot line of defence and advanced on Mia Milia, the Cypriot forces retreated and dispersed in all directions. The Turkish forces rapidly gained control of the entire surrounding area. Many Greek Cypriot soldiers, including the two applicants, were hemmed in and completely surrounded. They could not have escaped as the intervening Government would have known of their fate.

#### **(b) Loizides, no. 16065/90**

71. This applicant was in charge of the soldiers who were defending Lapithos. After the Turkish forces encircled Lapithos, the Greek Cypriot forces were ordered to retreat. The applicant's group put on civilian clothing and unsuccessfully tried to break out of the village. When the Turkish forces entered the village the next morning, the applicant's group dispersed to avoid capture. At about 9 p.m. on 6 August 1974, the applicant was seen by Nicos Th. Tampas in a warehouse tending a soldier with a head injury. Mr Tampas was later captured and detained. His was the last reported sighting of the first applicant. It was most likely that the first applicant had remained with the injured man and was taken into detention by the Turkish forces who were in control of the entire area. Only one man was known to

have escaped from the village and he, unlike the first applicant, had local knowledge of the terrain.

**(c) Constantinou, no. 16066/90**

72. Under attack from the Turkish army, the first applicant's unit was ordered to split into three groups and withdraw westwards. The applicant's group reached the Nicosia-Kyrenia road, 200 metres from the "Airkotissa" restaurant. The applicant and another man were sent to investigate shouting coming from the restaurant. After fifteen minutes when they did not return, the group left for Panagra. At the time that the applicant and the other soldier were sent to the restaurant, there were Turkish forces in the area. The most plausible explanation for the two men not returning, in the absence of any sound of fighting or shooting, was that they had been detained, either to prevent them giving away the Turkish positions, for information or as prisoners of war.

**(d) Theocharides, no. 16068/90**

73. On 26 July 1974 the first applicant was discovered to be missing from his unit at roll call after they had broken through encircling Turkish forces. The area in which his unit had been stationed was captured by Turkish forces. Whatever happened to the applicant afterwards occurred in an area controlled by the Turkish forces.

**(e) Charalambous, no. 16069/90**

74. This applicant was seen wounded in his right hand and on the left side of his ribcage after a clash between Greek Cypriot forces and three buses full of Turkish soldiers coming from Vounos village. His wounds were cleaned by a witness named Komodromos and he was told to make his way uphill with two other men, one of whom was also injured, to the monastery where the Greek Cypriot forces were. The other two men were discovered dead two days later when the Turkish forces withdrew. It was clear that the applicant had either been found dead by the Turkish forces or, as was more likely, found and detained in an injured condition.

**(f) Thoma, no. 16070/90**

75. This applicant was among those attempting to prevent the invasion of Kyrenia. Some individuals were identified as killed in the operation; the applicant was not among them. The intervening Government had no evidence that this applicant was dead. It had to be assumed that the applicant had been detained alive.

76. This was further corroborated by the photograph published in the *Special News Bulletin*, issued daily by the Turkish Cypriot administration, on 4 September 1974, of Greek Cypriot prisoners of war having their lunch. The first applicant was identified at the time by his father, the second applicant.

77. In their observations before the Grand Chamber, the intervening Government provided a copy of a statement dated 31 July 1976 by Efstathios Selefcou taken by a police officer which stated that while being carried as a prisoner on a ship from Cyprus to Turkey he had seen and spoken briefly to Eleftherios Thoma, whom he knew from school. They also provided a copy of the ICRC Central Tracing Agency sheet (ref. no. EZG 14023/2) according to which Thoma had been sighted in a Turkish army hospital in Mintzeli in mid-October 1974. The intervening Government explained that they had not provided this information to the CMP as it had no mandate to investigate outside the territory of Cyprus and a policy decision had been taken when submitting documents to the CMP on 7 June 1994 not to antagonise Turkey whose cooperation was necessary if the CMP was to begin effective operation.

**(g) Hadjipanteli, no. 16071/90**

78. By 16 August 1974 Turkish forces were in control of northern and eastern Cyprus, including the Karpas peninsula where the first applicant worked as general cashier in the Savings Bank in Yialousa. On 18 August Turkish and Turkish Cypriot soldiers arrived in the village and a Turkish officer ordered a census of the Greek Cypriots between 7 and 70 years of age. The next day, the lists were handed over and Turkish soldiers carried out searches. They left, taking with them on a bus, nine individuals, including the first applicant. This was reported by fellow villagers.

79. Turkish Cypriots came to the village in the circumstances reported by the applicants (see paragraphs 54-57 above). They had the two keys for a safe, which the first applicant always carried with him. It was highly probable that the Turkish Cypriots had obtained the keys by informing those holding the first applicant, showing that he was alive and in detention for at least nine days. There was some evidence that he was detained after those nine days, at least until 28 August 1974, at Pavlides Garage.

80. The list of persons seen by the ICRC detained at Pavlides Garage on 28 August 1974 included Savvis Kalli, which was the name under which this first applicant had been recorded (the first name being misspelled and the surname of his father (Kallis), as appearing on the first applicant's identity card, also being misspelled).

81. An affidavit dated 6 November 2007 by Lakis N. Christolou, a lawyer of the firm representing the applicants in this application, was submitted to the Grand Chamber. It stated that the son of the missing man, Mr Georgios Hadjipanteli, recounted that at the end of 2005 he had met a Turkish Cypriot writer who had informed him that, while investigating disappearances, she had discovered evidence indicating that the nine missing persons from Yialousa had been buried near the Turkish Cypriot village of Galatia. When the son conveyed this information to the CMP he was informed that the inhabitants of Galatia had already given information to the CMP about the execution and burial of Greek Cypriot prisoners near their village.

**(h) Apostolides, no. 16072/90**

82. This first applicant withdrew with his section from Lapithos towards Vasilia. They were ambushed by Turkish military forces and dispersed. There has been no news of the applicant since. The intervening Government had no knowledge of the first applicant, which meant that he had not escaped. Nor was there any evidence that he was killed in the ambush. It was more than likely that he had been detained by the Turkish armed forces.

*4. Recent developments*

83. In 2007, in the context of the activity of the CMP (see paragraphs 86-88 below), human remains were exhumed from a mass grave near the Turkish Cypriot village of Galatia in the Karpas area. After anthropological and genetic analyses, the remains of Savvas Hadjipanteli (named as the first applicant in application no. 16071/90) were identified, along with the remains of the other eight missing persons from Yialousa village and two other missing Greek Cypriots. The bodies of the nine missing persons from Yialousa were lined up next to each other in the grave, with two other bodies on top close to the ground surface. The forensic report dated 13 November 2007 detailed the process of exhumation and noted that it appeared to be a primary and synchronous burial site as the condition of the bodies indicated that they were buried while soft tissue was still present and placed in direct contact with each other. According to the report, the main object of the analysis of the human remains was their identification.

84. Several bullets from firearms were found in the grave. In regard to Savvas Hadjipanteli, the medical certificate for the cause of death, signed by a doctor on 12 July 2007, indicated bullet wounds to the skull and right

arm and a wound to the right thigh. His family was notified and a religious funeral took place on 14 July 2007.

## II. RELEVANT INTERNATIONAL LAW AND PRACTICE

### A. The United Nations Committee on Missing Persons (“the CMP”)

#### 1. Background

85. The CMP was officially set up in 1981. The following paragraphs are taken from the Commission’s Report in the fourth inter-State case (paragraphs 181-91):

“181. ... According to its terms of reference, it ‘shall only look into cases of persons reported missing in the intercommunal fighting as well as in the events of July 1974 and afterwards’. Its tasks have been circumscribed as follows: ‘to draw up comprehensive lists of missing persons of both communities, specifying as appropriate whether they are alive or dead, and in the latter case approximate time of the deaths’. It was further specified that ‘the committee will not attempt to attribute responsibility for the deaths of any missing persons or make findings as to the cause of such deaths’ and that ‘no disinterment will take place under the aegis of this committee. The committee may refer requests for disinterment to the ICRC for processing under its customary procedures’. ‘All parties concerned’ are required to cooperate with the committee to ensure access throughout the island for its investigative work. Nothing is provided as regards investigations in mainland Turkey or concerning the Turkish armed forces in Cyprus.

182. The CMP consists of three members, one ‘humanitarian person’ being appointed by the Greek Cypriot side and one by the Turkish Cypriot side and the third member being an ‘official selected by the ICRC ... with the agreement of both sides and appointed by the Secretary-General of the United Nations’.

183. The CMP has no permanent chairman, the presidency rotating on a monthly basis between all three members. Decisions are to be taken by consensus to the extent possible. According to the procedural rules agreed upon in 1984, the procedure is to be conducted as follows:

‘1. Individual or collective cases will be presented to the CMP with all possible information. The CMP will refer each case to the side on whose territory the missing person disappeared; this side will undertake a complete research and present to the CMP a written report. It is the duty of the CMP members appointed by each side, or their assistants, to follow the enquiries undertaken on the territory of their side; the third member and/or his assistants will be fully admitted to participate in the enquiries.

2. The CMP will make case decisions on the basis of the elements furnished by both sides and by the Central Tracing Agency of the ICRC: presumed alive, dead, disappeared without visible or other traceable signs.

3. If the CMP is unable to reach a conclusion on the basis of the information presented, a supplementary investigation will be undertaken at the request of a CMP member. The third CMP member and/or his assistants will participate in each supplementary investigation, or, as the case may be, investigators recruited by the CMP with the agreement of both sides.'

184. The 1984 rules state as 'guiding principles' that 'investigations will be conducted in the sole interest of the families concerned and must therefore convince them. Every possible means will be used to trace the fate of the missing persons'. The families of missing persons may address communications to the committee which will be passed on to its appropriate member. That member will eventually provide the family with 'final information as to the fate of a particular missing person', but no interim information must be given by any member of the committee to the family of a missing person during the discussion of a particular case.

185. The committee's entire proceedings and findings are strictly confidential, but it can issue public statements or reports without prejudice to this rule. According to the 1984 procedural rules, a press release will be issued at the close of a meeting or series of meetings and occasional progress reports will also be published. Individual members may make additional statements to the press or the media, provided they comply with the rule of confidentiality, avoid criticism or contradiction to the joint statement and any kind of propaganda.

186. Due to the strict confidentiality of the CMP's procedure, no detailed information about the progress and results of its work is available. However, from the relevant sections of the regular progress reports on the UN Operation in Cyprus submitted by the UN Secretary-General to the Security Council it appears that the committee's work started in May 1984 with a limited, equal number of cases on both sides (Doc. S/16596, of 1.6.1984, para. 51); that by 1986 an advanced stage had been reached in the investigation of the initial 168 individual cases, supplementary investigations being started in 40 cases in which reports had been submitted (Doc. S/18102/Add. 1, of 11 June 1986, para. 15); and that, while no difficulties were encountered as regards the organisation of interviews or visits in the field, real difficulties then arose by the lapse of time and, even more importantly, lack of cooperation by the witnesses.

187. This prompted the committee to issue a lengthy press release on 11 April 1990 (Doc. S/21340/Annex). There the committee stated that it considered the cooperation of the witnesses as absolutely fundamental, but that the witnesses were often reluctant, unwilling or unable to give full information as to their knowledge about the disappearance of a missing person. However, the committee could not compel a witness to talk. The explanation of the witnesses' reluctance to testify was that they were afraid of incriminating themselves or others in disappearances, and this despite the witnesses being told by the committee that the information given would be kept strictly confidential and being reassured that they would 'not be subject to any form of police or judicial prosecution'. The committee appealed to the parties concerned to encourage the witnesses to give the very fullest information in their knowledge. It further stated:

‘In order to further allay the fears of the witnesses, the committee, so as to give the strongest guarantees to the witnesses, is examining measures that could be taken to ensure that they would be immune from possible judicial and/or police proceedings solely in connection with the issue of missing persons and for any statement, written or oral, made for the committee in the pursuit of activities within its mandate.’

188. In the same press release, the committee pointed out that it considered as legitimate the desire of the families to obtain identifiable remains of missing persons. However, despite systematic enquiries on burial places of missing persons, on both sides, it had not been successful in this respect. It recalled that according to its terms of reference it could not itself order disinterments. Moreover, while there was access to all evidence available, the committee had not reached the stage of finding a common denominator for the appreciation of the value of this evidence. Finally, the committee stated that it was considering the possibility of requesting that the two sides furnish it with basic information concerning the files of all missing persons, so as to allow it to have a global view of the whole problem.

189. In December 1990, the UN Secretary-General wrote a letter to the leaders of both sides observing that so far the committee had been given details on only about 15% of the cases and urging them to submit all cases. He further emphasised the importance of reaching consensus on the criteria that both sides would be ready to apply in their respective investigations. Moreover, the committee should consider modalities for sharing with affected families any meaningful information available (Doc. S/24050, of 31 May 1992, para. 38). On 4 October 1993, in a further letter to the leaders of both communities the UN Secretary-General noted that no improvement had been made and that the international community would not understand that the committee, nine years after it had become operational, remained unable to function effectively. Only 210 cases had been submitted by the Greek Cypriot side and only 318 by the Turkish Cypriot side. He again urged both sides to submit all cases without further delay and the committee to reach a consensus on the criteria for concluding its investigations (Doc. S/26777, of 22 November 1993, paras. 88-90).

190. On 17 May 1995 the UN Secretary-General, on the basis of a report of the CMP’s third member and proposals by both sides, put forward compromise proposals on criteria for concluding the investigations (Doc. S/1995/488, of 15 June 1995, para. 47), which were subsequently accepted by both sides (Doc. S/1995/1020, of 10 December 1995, para. 33). By December 1995, the Greek Cypriot side submitted all their case files (1493). However, the committee’s third member withdrew in March 1996 and the UN Secretary-General made it a condition for appointing a new one that certain outstanding questions, including classification of cases, sequence of investigations, priorities and expeditious collection of information on cases without known witnesses, be settled beforehand (Doc. S/1996/411, of 7 June 1996, para. 31). After being repeatedly urged to resolve these issues (Doc. S/1997/437, of 5 June 1997, paras. 24-25), both parties eventually came to an agreement on 31 July 1997 on the exchange of information on the location of graves of missing persons and return of their remains. They also requested the appointment of a new third member of the CMP (Doc. S/1997/962, of 4 December 1997, paras. 21 and 29-31). However, by June 1998, no progress had been made towards the implementation of this agreement.

The UN Secretary-General noted in this context that the Turkish Cypriot side had claimed that victims of the *coup d'état* against Archbishop Makarios in 1974 were among the persons listed as missing and that this position deviated from the agreement (Doc. S/1998/488, of 10 June 1998, para. 23).

191. A new third member of the CMP had, by the time of the Commission's report, been appointed (*ibid.* para. 24). The committee has not completed its investigations and accordingly the families of the missing persons have not been informed of the latter's fate."

### 2. *Exhumations and identification of remains*

86. From August 2006 the CMP began a substantial exhumation project on identified burial sites with a view to identifying the remains of bodies and ensuring their return to their families. A special unit to provide information to families was also set up.

87. According to the information provided by the respondent Government, 430 sets of remains had been located; 275 remains had been submitted for analysis and identification by the anthropological laboratory; since June 2007, 105 bodies had been identified (76 Greek Cypriots, 29 Turkish Cypriots); by 13 March 2008, 84 files of missing persons had been closed; by the date of the hearing, 5% of missing persons had been identified and their remains returned to their relatives for burial; by 10 September 2008, 180 sites had been visited by bi-communal teams (155 in the north, 25 in the south)<sup>1</sup>.

### 3. *Decision of the Committee of Ministers of the Council of Europe of 19 March 2009*

88. In the ongoing monitoring process concerning *Cyprus v. Turkey* ([GC], no. 25781/94, ECHR 2001-IV), the Committee of Ministers looked at the question of missing persons and, *inter alia*:

"2. considered that it was crucial that the current work of the CMP be carried out under the best possible conditions and without delay;

3. in consequence, while reaffirming that the execution of the judgment requires effective investigations, notes that these should not jeopardise the CMP's mission;

4. considered that the sequence of measures to be taken within the framework of the effective investigations, and carrying out of the work of the CMP should take into consideration these two essential aims;

---

1. The first group of remains identified consisted of thirteen Turkish Cypriots at Aleminyo; subsequent identifications were made of twenty-two Greek Cypriots at Kazaphani, Livadhia and Sandallaris, and six Turkish Cypriots in the Famagusta district. Their names have since been removed from the list of missing persons.

5. underlined in any event the urgent need for Turkish authorities to take concrete measures having in mind the effective investigations required by the judgment, in particular relating to the CMP's access to all relevant information and places;

6. in that context, underlined, moreover the importance of preserving all the information obtained during the Programme of Exhumation and Identification carried out by the CMP; ...”

## **B. International law documents on enforced disappearances**

### *1. United Nations Declaration on the Protection of all Persons from Enforced Disappearance (1/Res/47/133, 18 December 1992)*

89. The Declaration provides, *inter alia*:

#### **Article 1**

“1. An act of enforced disappearance is an offence to human dignity. It is condemned as a denial of the purposes of the Charter of the United Nations and as a grave and flagrant violation of the human rights and fundamental freedoms proclaimed in the Universal Declaration of Human Rights and reaffirmed and developed in international instruments in this field.

2. Any act of enforced disappearance places the persons subjected thereto outside the protection of the law and inflicts severe suffering on them and their families. It constitutes a violation of the rules of international law guaranteeing, *inter alia*, the right to recognition as a person before the law, the right to liberty and security of the person and the right not to be subjected to torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. It also violates or constitutes a grave threat to the right to life.”

#### **Article 2**

“1. No State shall practise, permit or tolerate enforced disappearances.

2. States shall act at the national and regional levels and in cooperation with the United Nations to contribute by all means to the prevention and eradication of enforced disappearance.”

#### **Article 3**

“Each State shall take effective legislative, administrative, judicial or other measures to prevent and terminate acts of enforced disappearance in any territory under its jurisdiction.”

#### **Article 17**

“1. Acts constituting enforced disappearance shall be considered a continuing offence as long as the perpetrators continue to conceal the fate and the whereabouts of persons who have disappeared and these facts remained unclarified.

2. When the remedies provided for in Article 2 of the International Covenant on Civil and Political Rights are no longer effective, the statute of limitations relating to acts of enforced disappearance shall be suspended until these remedies are re-established.

3. Statutes of limitations, where they exist, relating to acts of disappearance shall be substantial and commensurate with the extreme seriousness of the offence.”

### Article 19

“The victims of acts of enforced disappearance and their family shall obtain redress and shall have the right to adequate compensation, including the means for as complete a rehabilitation as possible. In the event of the death of the victim as a result of an act of enforced disappearance, their dependents shall also be entitled to compensation.”

90. The United Nations Working Group on Enforced or Involuntary Disappearance has issued, *inter alia*, the following General Comments on the above Declaration:

“General Comment on Article 17 of the Declaration (E/CN.4/2001/68/18 December 2000)

...

27. Article 17 establishes fundamental principles intended to clarify the nature of enforced disappearances and their criminal consequences. The sense and general purpose of the Article is to ensure conditions such that those responsible for acts constituting enforced disappearance are brought to justice within a restrictive approach to statutory limitations. ...

28. The definition of ‘continuing offence’ (para. 1) is of crucial importance for establishing the responsibilities of the State authorities. Moreover, this Article imposes very restrictive conditions. The Article is intended to prevent perpetrators of those criminal acts from taking advantage of statutes of limitations. ...”

“General Comment on Article 19 of the Declaration (5/CN.4/1998/43, 12 January 1998)

72. Article 19 also explicitly mentions the right of victims and their family to ‘adequate compensation’. States are, therefore, under an obligation to adopt legislative and other measures in order to enable the victims to claim compensation before the courts or special administrative bodies empowered to grant compensation. In addition to the victims who survived the disappearance, their families are also entitled to compensation for the suffering during the time of disappearance and in the event of the death of the victim, his or her dependants are entitled to compensation.

73. Compensation shall be ‘adequate’ i.e. proportionate to the gravity of the human rights violation (e.g. the period of disappearance, the conditions of detention, etc.) and to the suffering of the victim and the family. Monetary compensation shall be granted for any damage resulting from an enforced disappearance such as physical or mental harm, lost opportunities, material damages and loss of earnings, harm to reputation and costs required for legal or expert assistance. Civil claims for compensation shall not

be limited by amnesty laws, made subject to statutes of limitation or made dependent on penal sanctions imposed on the perpetrators.

74. The right to adequate compensation for acts of enforced disappearance under Article 19 shall be distinguished from the right to compensation for arbitrary executions. In other words, the right of compensation in relation to an act of enforced disappearance shall not be made conditional on the death of the victim. ‘In the event of the death of the victim as a result of an act of enforced disappearance’, the dependants are, however, entitled to additional compensation by virtue of the last sentence of Article 19. If the death of the victim cannot be established by means of exhumation or similar forms of evidence, States have an obligation to provide for appropriate legal procedures leading to the presumption of death or a similar legal status of the victim which entitles the dependants to exercise their right to compensation. ... As a general principle, no victim of enforced disappearance shall be presumed dead over the objections of the family.”

2. *International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance (2006)*<sup>1</sup>

91. This Convention provides, *inter alia*:

**Article 1**

“1. No one shall be subjected to enforced disappearance.

2. No exceptional circumstances whatsoever, whether a state of war or a threat of war, internal political instability or any other public emergency, may be invoked as a justification for enforced disappearance.”

**Article 2**

“For the purposes of this Convention, ‘enforced disappearance’ is considered to be the arrest, detention, abduction or any other form of deprivation of liberty by agents of the State or by persons or groups of persons acting with the authorisation, support or acquiescence of the State, followed by a refusal to acknowledge the deprivation of liberty or by concealment of the fate or whereabouts of the disappeared person, which place such a person outside the protection of the law.”

**Article 3**

“Each State Party shall take appropriate measures to investigate acts defined in Article 2 committed by persons or groups of persons acting without the authorisation, support or acquiescence of the State and to bring those responsible to justice.”

1. This Convention was opened for signature in February 2007. It will enter into force “on the thirtieth day after the date of deposit with the Secretary-General of the United Nations of the twentieth instrument of ratification or accession”. Only five States have ratified the Convention (Albania, Argentina, France, Honduras and Mexico).

#### Article 4

“Each State Party shall take the necessary measures to ensure that enforced disappearance constitutes an offence under its criminal law.”

#### Article 5

“The widespread or systematic practice of enforced disappearance constitutes a crime against humanity as defined in applicable international law and shall attract the consequences provided for under such applicable international law.”

#### Article 8

“Without prejudice to Article 5,

1. A State Party which applies a statute of limitations in respect of enforced disappearance shall take the necessary measures to ensure that the term of limitation for criminal proceedings:

- (a) Is of long duration and is proportionate to the extreme seriousness of this offence;
- (b) Commences from the moment when the offence of enforced disappearance ceases, taking into account its continuous nature.

2. Each State Party shall guarantee the right of victims of enforced disappearance to an effective remedy during the term of limitation.”

#### 3. *Inter-American Convention on Forced Disappearance of Persons (1994)*

92. This Convention provides, *inter alia*:

#### Article 1

“The States Parties to this Convention undertake:

- a. Not to practice, permit, or tolerate the forced disappearance of persons, even in states of emergency or suspension of individual guarantees;
- b. To punish within their jurisdictions, those persons who commit or attempt to commit the crime of forced disappearance of persons and their accomplices and accessories;
- c. To cooperate with one another in helping to prevent, punish, and eliminate the forced disappearance of persons;
- d. To take legislative, administrative, judicial, and any other measures necessary to comply with the commitments undertaken in this Convention.”

#### Article 2

“For the purposes of this Convention, forced disappearance is considered to be the act of depriving a person or persons of his or their freedom, in whatever way, perpetrated by agents of the State or by persons or groups of persons acting with the authorisation, support, or acquiescence of the State, followed by an absence of information or a

refusal to acknowledge that deprivation of freedom or to give information on the whereabouts of that person, thereby impeding his or her recourse to the applicable legal remedies and procedural guarantees.”

### Article 3

“The States Parties undertake to adopt, in accordance with their constitutional procedures, the legislative measures that may be needed to define the forced disappearance of persons as an offense and to impose an appropriate punishment commensurate with its extreme gravity. This offense shall be deemed continuous or permanent as long as the fate or whereabouts of the victim has not been determined ...”

## C. Case-law concerning *ratione temporis* jurisdiction in disappearance cases before other international bodies

### 1. *The Inter-American Court of Human Rights (“the IACHR”)*

93. The IACHR has established that procedural obligations arise in respect of killings and disappearances under several provisions of the American Convention on Human Rights (“the American Convention”). In many cases, in particular those where the substantive limb of Article 4 (right to life) had not been breached, the IACHR has examined such procedural complaints autonomously under Article 8, which, unlike the Convention, guarantees the right to a fair trial for determination of rights and obligations of any nature, and Article 25, which protects the right to judicial protection, taken in conjunction with Article 1 § 1 (obligation to respect rights). The IACHR has followed the latter approach in cases where the killing or disappearance took place before the recognition of its jurisdiction by a respondent State.

94. In *Blake v. Guatemala*, the IACHR had to deal with the *ratione temporis* exception raised by the government in that case, since the disappearance itself had taken place before the critical date (acceptance of the compulsory jurisdiction in 1987). The court considered that forced disappearances implied the violation of various human rights and that the effects of such infringements – even though some may have been completed – “may be prolonged continuously or permanently until such time as the victim’s fate or whereabouts are established” (see *Blake*, 2 July 1996, preliminary objections, § 39).

95. Mr Blake’s fate or whereabouts were not known to his family until 14 June 1992, after the date on which Guatemala accepted the jurisdiction of the court. This led to the IACHR declaring itself competent *ratione temporis* to examine the “effects and actions” subsequent to the critical date. However, it accepted the government’s preliminary objection as regards the

deprivation of Mr Blake's liberty and his murder, which had been completed before the critical date and could not be considered *per se* to be continuous.

96. In its judgment on the merits (24 January 1998, p. 54), the IACHR considered the disappearance as marking the beginning of a "continuing situation". It proceeded to examine the complaint under Article 8 in relation to Article 1 § 1 and declared that Guatemala had violated the right of Mr Blake's relatives to have his disappearance and death effectively investigated, to have those responsible prosecuted and punished where appropriate, and to be compensated, notwithstanding the lack of temporal competence to deal with the substantive complaints.

97. The IACHR came to a similar conclusion in cases of disappearances in which the victim's whereabouts had never been established. In *Serrano-Cruz Sisters v. El Salvador* (judgment of 23 November 2004, preliminary objections), the court found that it had no competence to examine, under Articles 4, 5 and 7 (right to personal liberty), the disappearances of the sisters as such, since they had allegedly taken place thirteen years before El Salvador had accepted the contentious jurisdiction of the court. It came to the same conclusion as regards the procedural violations invoked under Article 4 by the Inter-American Commission, since they were linked to the alleged forced disappearance (§ 95). However, the IACHR considered that all the facts that occurred following the critical date and which referred to Articles 8 and 25 of the Convention (filing of a petition for *habeas corpus*, criminal proceedings), were not excluded by the temporal limitation established by the State, since they constituted "independent facts" or "specific and autonomous violations concerning denial of justice" (§ 85). On the merits, it declared that the State had violated Articles 8 and 25 of the Convention, to the detriment of both sisters and their next of kin (judgment of 1 March 2005).

98. In a more recent judgment, *Heliodoro Portugal v. Panama* of 12 August 2008, the San José Court made a clear distinction between forced disappearances and extrajudicial killings for the purposes of its jurisdiction *ratione temporis*. The case concerned the forced disappearance in 1970 (twenty years before Panama accepted the compulsory jurisdiction of the court) of Heliodoro Portugal, whose remains were found in 2000. It considered that the victim should be presumed dead before the date of acceptance of the court's jurisdiction (9 May 1990), with regard to the fact that twenty years had elapsed since his disappearance. It characterised the extrajudicial killing as an instantaneous act and accepted the government's preliminary exception as regards the right to life (Article 4). However, with regard to the forced disappearance as such, it applied its previous case-law and found that it was a permanent or continuous violation, since it had

been prolonged after the critical date until the victim's remains were found in 2000. It was competent to examine the following violations arising out of the disappearance: the deprivation of liberty of the victim (Article 7), the violation of the relatives' right to humane treatment (Article 5), the non-compliance with the obligation to investigate into the alleged disappearance, the failure to incriminate forced disappearances and tortures in domestic law and the failure to investigate and punish acts of torture<sup>1</sup>. On the merits, the IACHR went on to find a violation of the right to liberty (Article 7) and a violation of Articles 1 and 2 of the Inter-American Convention on Forced Disappearance of Persons with regard to the deceased. It further found a breach of Articles 5 (right to humane treatment), 8 and 25 in respect of his relatives.

## 2. *The United Nations Human Rights Committee ("the HRC")*

99. As regards forced disappearances, the HRC recognised "the degree of suffering involved in being held indefinitely without contact with the outside world" and held that they constituted "cruel and inhuman treatment" contrary to Article 7 of the International Covenant on Civil and Political Rights ("the Covenant") with regard to the disappeared<sup>2</sup>. Disappearances often resulted in breaches of the right to life, embodied in Article 6 of the Covenant. In General Comment No. 6 on the right to life, the HRC stated:

"States Parties should also take specific and effective measures to prevent the disappearance of individuals, something which unfortunately has become all too frequent and leads too often to arbitrary deprivation of life. Furthermore, States should establish effective facilities and procedures to investigate thoroughly cases of missing and disappeared persons in circumstances which may involve a violation of the right to life."<sup>3</sup>

100. In a number of cases, the HRC has found that a breach of Article 6 of the Covenant has occurred, but has been unable to make a final decision in that regard in the absence of confirmation of death<sup>4</sup>. Disappearances may also lead to violations of Articles 9 (right to liberty and security of person), 10 (right of all persons deprived of their liberty to be treated with humanity and with respect for the inherent dignity of the human person) and 7 with

1. The last two obligations are not only derived from the Inter-American Convention, but also from the Inter-American Convention on Forced Disappearance of Persons (1994) and the Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture (1985), which may be invoked before the Court pursuant to Article 29 (d) of the Inter-American Convention.

2. See *Sarma v. Sri Lanka*, 16 July 2003, § 9.5. See also *Edriss El Hassy v. the Libyan Arab Jamahiriya*, 24 October 2007, § 6.8.

3. General Comment No. 6 (1982), § 4.

4. See *Bleier v. Uruguay*, 29 March 1982, § 14.

regard to the relatives of the disappeared, in view of the stress, anguish and uncertainty caused by the disappearance<sup>1</sup>.

101. The positive obligation to investigate disappearances (mentioned in the General Comment on the right to life) may also be breached in this type of case; in these situations there may be a breach of Article 2 § 3 (which enshrines the right to an effective remedy) in conjunction with Article 6. The HRC, in General Comment No. 31 on Article 2 §§ 2 and 3 of the Covenant, emphasised that the failure to investigate in respect of grave violations such as enforced disappearances or torture, as well as the failure to bring to justice perpetrators of such violations, could give rise to a separate breach of the Covenant. The Committee was thus empowered to find a violation of Articles 6, 7 and 9 read in conjunction with Article 2 § 3 of the Covenant<sup>2</sup>.

102. However, when the disappearance occurred before the date that the Covenant or the Optional Protocol entered into force for a State, the approach of the HRC to whether it has temporal jurisdiction has evolved over recent years.

103. In the cases of missing persons in Argentina (*S.E. v. Argentina*, 4 April 1990), the Committee had found that Article 2 § 3 of the Covenant could not be violated by a State Party in the absence of jurisdiction over a substantive violation. In *Maria Otilia Vargas v. Chile*, 26 July 1999, the HRC declared the communication inadmissible *ratione temporis* in respect of the author's son, whose body had never been recovered since his death in 1973. The Committee held that the Supreme Court's judgment of 1995 rejecting the author's complaint as regards the application of the 1978 amnesty decree could not be regarded as a new event that could affect the rights of a person who was killed in 1973, prior to the international entry into force of the Covenant and the entry into force of the Optional Protocol for Chile.

104. In *Sarma v. Sri Lanka*, 16 July 2003, the author alleged that his son had been removed by members of the military in June 1990 and was last seen in October 1991. Sri Lanka became a party to the Optional Protocol in October 1997 with a declaration limiting the Committee's competence to facts arising after this date. The Committee found that although the initial abduction occurred outside their temporal jurisdiction "the alleged violations of the Covenant, if confirmed on the merits, may have occurred

---

1. See *Edriss El Hassy v. the Libyan Arab Jamahiriya*, § 7.

2. See *Mr. Farag Mohammed El Alwani v. Libya*, 11 July 2006. The HRC found a violation of Article 2 § 3 in conjunction with Articles 6, 7 and 9 with regard to the disappeared person and of Article 2 § 3 in conjunction with Article 7 with regard to the relative.

or continued after the entry into force of the Optional Protocol”<sup>1</sup>. The Committee went on to find a violation of Articles 7 and 9 with regard to the son and Article 7 with regard to the author and his wife due to their anguish and stress at not knowing their son’s whereabouts. The HRC also emphasised that the State had a duty under Article 2 § 3 “to provide the author and his family with an effective remedy, including a thorough and effective investigation into the disappearance and fate of the author’s son ...”<sup>2</sup> which implied that the State might have an obligation to investigate matters which had occurred before the entry into force of the Optional Protocol. Finally, it refrained from finding a violation of Article 6, since the author had not abandoned hope for his son’s reappearance.

105. However, in *Yurich v. Chile*, 2 November 2005, the Committee, although describing enforced disappearance as a continuing act, noted that the original acts of arrest and abduction, as well as the refusal to give information about the deprivation of freedom, had occurred before the entry into force of the Covenant for Chile. The HRC further considered that the author had made no reference to any action of the State after the crucial date (entry into force of the Optional Protocol) that would constitute “a confirmation of the enforced disappearance”. For these reasons, it declared the application inadmissible.

106. More recently in *Mariam Sankara et al. v. Burkina Faso*, 28 March 2006 (see Appendix III, p. 52), the HRC applied this act of confirmation approach, and also changed its analysis in considering a failure to investigate a death which had taken place prior to the critical date. Although it found that it had no jurisdiction *ratione temporis* over the death of Mr Sankara, it went on to consider the subsequent proceedings and failure to correct his death warrant (which stated the cause of death as natural) and their effect on Mr Sankara’s wife and two children. It found that there had been a failure to conduct an inquiry into Mr Sankara’s death, to prosecute those responsible and to conclude legal proceedings begun by the author to remedy this situation. It concluded that the proceedings had been prolonged at the fault of the authorities, the delay continuing after the entry into force of the Covenant and Optional Protocol. The authors were therefore affected by the authorities’ failures after this entry into force, and that gave the Committee with jurisdiction *ratione temporis* over the Article 7 claim.

107. On the merits, the Committee went on to find that “the refusal to conduct an investigation into the death of Thomas Sankara, the lack of official recognition of his place of burial and the failure to correct the death

---

1. See § 6.2.

2. See § 11.

certificate constitute inhuman treatment of Ms. Sankara and her sons, in breach of Article 7 of the Covenant”<sup>1</sup>.

## THE LAW

### I. THE STATUS OF THE MISSING MEN AS NAMED FIRST APPLICANTS

#### A. Submissions to the Court

108. The respondent Government submitted that the established case-law on disappearances showed that after a certain lapse of time there was a presumption of death (see, for example, *Timurtaş v. Turkey*, no. 23531/94, § 83, ECHR 2000-VI – presumption of death after six and a half years). Given the situation of armed conflict at the time, the absence of any credible evidence that the missing persons had been seen after the end of hostilities and the lapse of time, a presumption of death accorded with the Court’s constant case-law, as well as national practice, in which context Cypriot law provided that a person could be declared dead if there had been no news of them for ten years.

109. The applicants submitted that there was no basis for presuming that the missing men were dead, or had died in 1974. Cypriot domestic law only permitted the finding of a presumption of death on the application of persons with requisite standing, while in the Strasbourg cases cited by the respondent Government the applicants themselves had asked the Court to make findings of presumption of death in order to support allegations of substantive violations.

110. The intervening Cypriot Government refuted the assertion that the missing men should be presumed dead. Such a presumption could only be made at the request of the applicants.

#### B. The Court’s findings

111. The Court observes that the parties’ submissions on whether the missing men may be presumed dead were made in the context of its competence *ratione temporis* but notes that they also have relevance to the issue of the standing of the first applicants. According to the Court’s practice, and consonant with Article 34 of the Convention, applications can only be introduced by, or in the name of, individuals who are alive. Where a person dies after introduction of an application, his or her heirs may seek to continue the application without the name of the application changing.

---

1. See § 12.2.

If the alleged victim of a violation has died before the introduction of the application, it may be possible for the person with requisite legal interest as next of kin to introduce an application raising complaints related to the death; however, the application is registered in the relative's own name (see, concerning standing to introduce applications, *Fairfield v. the United Kingdom* (dec.), no. 24790/04, ECHR 2005-VI). The Court notes that in its previous judgments concerning disappearances the practice has been to name only the relatives of the disappeared person as applicants.

112. As regards the missing men in these applications, it must, firstly, be noted that the remains of Savvas Hadjipanteli were discovered in 2007 in a mass grave near Galatia within the area of the "Turkish Republic of Northern Cyprus". No indication of the approximate date and time of death has been included in the forensic or medical certificates, although the few details given support the hypothesis of an extrajudicial execution of prisoners at or about the time of hostilities in 1974. Secondly, there has been no sighting or news of the other eight missing men since late 1974. The Court does not however consider it necessary to rule on whether the missing men should or should not be admitted to the status of applicants since, in any event, there is no question but that the close relatives of the missing men may introduce applications raising complaints concerning their disappearance, to the extent that such complaints fall within the Court's competence (see, for example, *Kurt v. Turkey*, 25 May 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-III, and *Imakayeva v. Russia*, no. 7615/02, 9 November 2006).

113. The Court is satisfied that it can continue to examine these applications on the basis that the relatives of the missing persons, who introduced these complaints, are the applicants for the purposes of Article 34 of the Convention.

## II. THE RESPONDENT GOVERNMENT'S PRELIMINARY OBJECTIONS

### A. Lack of legal interest

114. The respondent Government submitted at the hearing that there was no legal interest in determining these applications. Pointing out that the disappearances of all the missing Greek Cypriots had been subject to examination and findings of violations in the fourth inter-State case, they referred to Article 35 § 2 (b) which barred examination of applications which were "substantially the same". They also referred to Article 37 § 1 (c) which allowed the Court to strike a case from the list where "for any other reason the Court finds it no longer justified to pursue the examination of the application".

115. The applicants replied that the inter-State case had not subsumed their claims which were individual and distinct and that there was no basis for applying Article 37 § 1 (c).

116. The intervening Government considered that the cause, object and parties were not identical and that there was no basis for rejecting the applications on these grounds.

117. The Court notes that in its decision on admissibility in these applications the Commission left open the general question whether it was precluded under the former Article 27 § 1 (b) from examining in the context of an individual application a “matter” which had already been examined in an inter-State case (see *Varnava and Others v. Turkey*, nos. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 and 16073/90, Commission decision of 14 April 1998, Decisions and Reports (DR) 93-A, p. 5, referring to *Donnelly and Others v. the United Kingdom*, nos. 5577/72-5583/72, Commission decision of 5 April 1973, Yearbook 16, p. 212). It considered in any event that it had not been established that its previous findings in the third inter-State application concerned the missing men in the present applications and that as the examination of the merits remained to be carried out in the pending fourth inter-State application, the matter could not be regarded as having already been examined in that context either.

118. A judgment has since been delivered in the fourth inter-State case (*Cyprus v. Turkey* [GC], no. 25781/94, ECHR 2001-IV) and it is true that this included findings of violations under Articles 2, 3 and 5 of the Convention concerning missing Greek Cypriots and their families. However, for an application to be substantially the same as another which has already been examined by the Court or other procedure of international investigation or settlement for the purposes of Article 34 § 2 (b), it must concern substantially not only the same facts and complaints but be introduced by the same persons (see *Folgerø and Others v. Norway* (dec.), no. 15472/02, 14 February 2006, and *Malsagova and Others v. Russia* (dec.), no. 27244/03, 6 March 2008). It is therefore not the case that by introducing an inter-State application an applicant Government thereby deprives individual applicants of the possibility of introducing, or pursuing, their own claims.

119. In so far as the respondent Government have, at a very late stage, challenged the applicants’ legal interest in pursuing this application and relied on Article 37 § 1 (c), the Court would note that the findings in the fourth inter-State case did not specify in respect of which individual missing persons they were made (see *Cyprus v. Turkey*, cited above, § 133, where the evidence was found to bear out the assertion that “many persons now

missing” had been detained by the respondent Government or forces for which they were responsible). That judgment cannot therefore be regarded as determining the issues and claims arising in the present applications. In that regard, it should also be noted that in individual applications the Court has the competence to issue just satisfaction awards for pecuniary and non-pecuniary damage suffered by individual applicants and to give indications under Article 46 as to any general or individual measures that might be taken. It cannot be said therefore that the present applications are incapable of giving rise to issues or outcomes different to those of the fourth inter-State case, or that the individual applicants’ interests have somehow been subsumed by the judgment in that case such that it is no longer justified to continue the examination of their applications. The Court is accordingly satisfied that a legal interest remains in pursuing the examination of these applications.

120. These objections are therefore rejected.

## **B. Objection *ratione temporis***

### *1. The Chamber judgment*

121. The Chamber excluded from its examination any allegations of violations based on facts occurring before the crucial date of ratification of the right of individual petition by Turkey on 28 January 1987. It noted that the Grand Chamber in the fourth inter-State case had found that the disappearance of some 1,485 Greek Cypriots disclosed a situation of continuing violation under Article 2 in so far as the authorities of the respondent State had failed to conduct an effective investigation aimed at clarifying the whereabouts and fate of the persons who had gone missing in life-threatening circumstances. It found no reason to differ as concerned the nine missing men in this case and concluded that to the extent that there was a continuing obligation under Article 2 it had competence *ratione temporis*.

### *2. Submissions to the Court*

#### **(a) The respondent Government**

122. The respondent Government submitted that temporal jurisdiction was a vital precondition to the examination of these cases. They argued that the Chamber had failed to apply the principles laid down in the Grand Chamber judgment in *Blečić v. Croatia* ([GC], no. 59532/00, ECHR 2006-III) with due regard to international practice. They stated that the

assertion of a continuing situation was not sufficient or decisive, since the determining question was whether an obligation bound the State at the moment of the facts giving rise to the dispute. Issues of continuing situation or violation only came into play after the establishment of a norm binding the State from that moment and for the future, as shown by the terms of Article 6 of Protocol No. 11 itself. Turkey had only recognised the competence of the Commission to receive individual petitions as from 28 January 1987; this only concerned matters raised in respect of facts which occurred subsequent to the Turkish declaration.

123. Thus, in the present cases, the respondent Government stressed that the allegations of disappearances rested on facts occurring during the period July to August 1974; none of the purported sightings of the missing men had occurred after October 1974. The respondent Government, however, had only recognised the right of individual petition on 28 January 1987 as concerned complaints about facts arising after that date. Thus, the Court had no temporal jurisdiction over the events in issue. While the Chamber judgment purported to apply the approach of the fourth inter-State case to this issue, the respondent Government pointed out that temporal jurisdiction was not in issue in that case, the Chamber confusing this aspect with issues on the merits concerning the existence of a continuing situation. Further, neither *Blečić* nor the Turkish declaration made any exception concerning continuing situations. They noted that the *Blečić* judgment referred to *Moldovan and Others and Rostaş and Others v. Romania* ((dec.), nos. 41138/98 and 64320/01, 13 March 2001) which found, as regarded complaints under Article 2 about ineffective investigations into killings, that there was no temporal jurisdiction where the killings had taken place before ratification. This showed that the consequences flowing from the initial facts could not be examined either, excluding so-called continuing situations, as shown by subsequent cases such as *Kholodov v. Russia* ((dec.), no. 30651/05, 14 September 2006) in which the Court had found that the subsequent failure of remedies aimed at redressing an earlier interference could not bring the matter within temporal jurisdiction (the respondent Government also cited *Dinchev v. Bulgaria* (dec.), no. 23057/03, 6 March 2007; *Meriakri v. Moldova* (dec.), no. 53487/99, 16 January 2001; *Mrkić v. Croatia* (dec.), no. 7118/03, 8 June 2006; and *Cakir v. Cyprus* (dec.), no. 7864/06, 11 January 2008, where complaints about a killing in 1974 were rejected due to a temporal bar). The Chamber should therefore not only have refrained from examining the facts in 1974 but also the procedures and facts which flowed from or were linked with those facts. Its contrary approach was inconsistent with constant practice. Rejecting the preliminary

objection on the basis of a finding of the existence of a continuing obligation effectively prejudged the merits.

124. In so far as the applicants argued that the obligation to investigate was autonomous, this issue had been settled in *Blečić* which made it clear that procedures which concerned the failure to provide a remedy did not affect temporal jurisdiction for events and facts before ratification. There could be no freestanding procedural obligation, divorced from the factual origin of the complaints. The respondent Government further argued that the procedural obligation to investigate under Articles 2 and 3 was recent and could not be regarded as binding the States retrospectively. They relied in this respect on the Court's judgments in *Marković and Others v. Italy* ([GC], no. 1398/03, § 111, ECHR 2006-XIV) and *Korbely v. Hungary* ([GC], no. 9174/02, § 84, ECHR 2008).

125. As concerned the alleged continuing situation, the respondent Government submitted that the Chamber had omitted to take into account the established case-law on disappearances, which showed that after a certain lapse of time there was a presumption of death (see also their argument set out at paragraph 108 above). These applicants must therefore be presumed to have died before temporal jurisdiction came into play.

**(b) The applicants**

126. The applicants submitted that the Court had jurisdiction to examine continuing violations which, although tracing their historical starting-point to a moment in the past, continued on or after Turkey's recognition of the right of individual petition (they cited *Loizidou v. Turkey* (merits), 18 December 1996, §§ 41 and 47, *Reports* 1996-VI). Although the first applicants did disappear in 1974, the violations arising from and/or in connection with these disappearances had continued since then. They denied that their complaints were based on instantaneous acts in 1974 but argued that they concerned violations of a continuing nature which survived any temporal restriction and carried on to the present day. They relied on the Court's reasoning as regards the continuing nature of the violations arising out of disappearances in 1974 set out in the fourth inter-State case which was, in their view, correctly followed in the Chamber judgment.

127. The applicants submitted that there was no basis for presuming that the missing men were dead, or had died in 1974. The reference to Cypriot domestic law was of no relevance since this only permitted the finding of a presumption of death where the Attorney-General or a person with legal standing (claiming rights that flowed from the death of the missing person) made such application. Nor was the Court's case-law on Article 2 relevant, since these were cases in which the applicants themselves

had asked the Court to make findings of presumption of death in order to support allegations of substantive violations. Allowing the Government to have the missing men presumed dead might also be regarded as tantamount to a *de jure* violation or execution contrary to Article 2.

**(c) The Government of Cyprus**

128. The intervening Government submitted that the present applications did not concern Turkey's responsibility for acts or omissions which took place at a time when Turkey had not accepted the Convention. Turkey had adhered to the Convention in 1954 and could have been subject from that time to proceedings initiated by other Contracting Parties. The cases relied on by the respondent Government, such as *Blečić*, did not assist since the violations had occurred before the respondent State ratified the Convention while the present complaints concerned continuing violations occurring more than fifty years after Turkey became bound by the substantive provisions of the Convention. The present claims were also based upon the facts concerning Turkey's conduct after 28 January 1987 in failing to provide an investigation into the disappearances. This failure was not an aspect of any unlawful killing or detention or a consequence of a violation of Articles 2 or 5 but triggered separately. The temporal objection was thus misconceived.

129. The intervening Government rejected the assertion that the missing men should be presumed dead. Such a presumption could only be made at the request of the applicants and in any event did not put an end to any obligation to investigate, which obligation was not limited to the question of whether the person was dead but also covered the circumstances in which they died and, in the case of unlawful killing, the identification and prosecution of any perpetrator.

*3. The Court's assessment*

**(a) General principles**

130. It is beyond dispute that in accordance with the general rules of international law (see, in particular Article 28 of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 23 May 1969) the provisions of the Convention do not bind a Contracting Party in relation to any act or fact which took place or any situation which ceased to exist before the date of the entry into force of the Convention with respect to that Party (see *Blečić*, cited above, § 70, and *Šilih v. Slovenia* [GC], no. 71463/01, § 140, 9 April 2009). Furthermore, where there are proceedings instituted by an applicant to obtain redress for an act, omission or decision alleged to violate the Convention and

which occur or continue after the entry into force of the Convention, these procedures cannot be regarded as part of the facts constitutive of the alleged violation and do not bring the case within the Court's temporal jurisdiction (see *Blečić*, cited above, §§ 77-79).

131. In order to establish the Court's temporal jurisdiction it is therefore essential to identify, in each specific case, the exact time of the alleged interference. In doing so the Court must take into account both the facts of which the applicant complains and the scope of the Convention right alleged to have been violated (*ibid.*, § 82).

**(b) Application in the present case**

132. Turkey ratified the Convention on 18 May 1954; it accepted the right of individual petition on 28 January 1987 and the jurisdiction of the old Court on 22 January 1990. Protocol No. 11, which brought the new Court into existence, came into force on 11 January 1998.

133. Turkey was accordingly bound by the provisions of the Convention from 18 May 1954. However, its acceptance of the right of individual petition was limited to facts taking place after the date of the declaration to that effect on 28 January 1987. When the old Court ceased to function in 1998, this Court's jurisdiction became obligatory and ran from the acceptance by a Contracting State of the right of individual petition. It follows that the Court is not competent to examine any complaints raised by these applicants against Turkey in so far as the alleged violations are based on facts having occurred before 28 January 1987 (see *Cankoçak v. Turkey*, nos. 25182/94 and 26956/95, § 26, 20 February 2001, and *Demades v. Turkey* (just satisfaction), no. 16219/90, § 21, 22 April 2008).

134. On that basis, any complaints by the applicants asserting the responsibility of the Contracting State for factual events in 1974 are outside the Court's temporal jurisdiction. In so far as any complaints are raised concerning acts or omissions of the Contracting State after 28 January 1987, the Court may take cognisance of them. It notes in this respect that the applicants specified that their claims related only to the situation pertaining after January 1987, namely the continuing failure to account for the fate and whereabouts of the missing men by providing an effective investigation.

135. The Court notes that the respondent Government raised two principal strands of argument against the applicants' claims that a procedural obligation could exist after the critical date. The first concerns the nature of the procedural obligation under Article 2 and the second relies on a presumption that the missing men in fact died in or about 1974. The Court will also consider, lastly, the nature and scope of the procedural obligation to investigate disappearances in particular.

(i) *Temporal jurisdiction and the procedural obligation under Article 2*

## (α) Procedures linked to facts outside temporal jurisdiction

136. The respondent Government argued, relying on *Blečić*, that complaints concerning such investigations, or lack of them, fell foul of the principle that procedures aimed at redressing violations do not affect the lack of temporal jurisdiction for facts occurring beforehand. However, this argument fails since the procedural obligation to investigate under Article 2 is not a procedure of redress within the meaning of Article 35 § 1. The lack of an effective investigation itself is the heart of the alleged violation. It has its own distinct scope of application which can operate independently from the substantive limb of Article 2, which is concerned with State responsibility for any unlawful death or life-threatening disappearance, as shown by the numerous cases decided by the Court where a procedural violation has been found in the absence of any finding that State agents were responsible for the use of lethal force (see, among many examples, *Finucane v. the United Kingdom*, no. 29178/95, ECHR 2003-VIII). Indeed, the procedural obligation to provide some form of effective official investigation arises when individuals have gone missing in life-threatening circumstances and is not confined to cases where it is apparent that the disappearance was caused by an agent of the State (see *Osmanoğlu v. Turkey*, no. 48804/99, § 7, 24 January 2008).

137. For these reasons, therefore, the respondent Government's reliance on the reasoning in *Blečić* concerning procedures for redress is misconceived.

(β) Reliance on earlier Court decisions rejecting procedural complaints as incompatible *ratione temporis*

138. In so far as the respondent Government relied on cases such as *Moldovan and Others and Rostaş and Others* and *Kholodovy* (see paragraph 123 above), the Court notes that these did not concern disappearances but killings. The Court has recently delivered its judgment in *Šilih* (cited above), which reviewed the jurisprudence on the question whether a procedural violation could be found where a death occurred before the date of acceptance of the right of individual petition and the alleged deficiencies or omissions in investigative measures took place afterwards (§§ 148-52). The Grand Chamber judgment set out in detail international law materials, in particular from the Inter-American Court of Human Rights ("the IACHR") and the United Nations Human Rights Committee ("the HRC"), which indicated that these bodies accepted jurisdiction *ratione temporis* over the procedural complaints concerning investigations into deaths even where

the lethal acts had taken place before the critical date (*ibid.*, §§ 111-18 and 160). It then proceeded to clarify that the procedural obligation to carry out an investigation into deaths under Article 2 had evolved in its own case-law into a separate and autonomous duty; it could be considered to be a “detachable obligation” capable of binding the State even when the death took place before the entry into force of the Convention (*ibid.*, §§ 153-63).

139. The precedents relied on by the respondent Government are therefore not of any assistance as regards killings. Nor did they have any bearing on the phenomenon of disappearances, the continuing nature of which has implications for the *ratione temporis* jurisdiction of the Court, as examined below.

(γ) Purported retrospective application of the procedural obligation

140. In so far as the respondent Government also argued that the procedural obligation under Article 2 could not apply at the time of their acceptance of the right of individual petition as it was only developed in the Court’s case-law at a later date, the Court would note that the references relied on in *Markovic and Others* and *Korbely* (cited above) related respectively to whether a right had existed in domestic law at the relevant time for the purposes of Article 6 and to the principles set out in Article 7 against the retroactive imposition of criminal penalties. Neither has any relevance to the way in which the Court itself interprets the content of the obligations binding Contracting States under the Convention, which interpretation cannot be equated to a retroactive imposition of liability. The Court would observe that case-law is a means of clarifying pre-existing texts to which the principle of non-retroactivity does not apply in the same manner as to legislative enactments.

(ii) *Presumption of death*

141. The respondent Government asserted that the missing men had to be presumed dead long before any temporal jurisdiction arose in 1987; thus, there was no “disappearance” to be investigated after that date.

142. Domestically, as pointed out by the applicants and intervening Government, it is commonplace that after a period of some years (seven to ten on average) the relatives of the missing person or a designated State official may take proceedings to establish a presumption of death. This has the purpose of promoting legal certainty and allowing those affected by the disappearance to deal with matters of property and family status. It benefits the next of kin or those with due legal standing. The fact that there is a ten-

year threshold which may be invoked by the relatives of missing persons in the Cyprus legal system does not, however, render that provision applicable by analogy in the proceedings before this Court.

143. In Convention case-law, as pointed out by the respondent Government, the Court has on numerous occasions made findings of fact to the effect that a missing person can be presumed dead (see, among many judgments, *Lyanova and Aliyeva v. Russia*, nos. 12713/02 and 28440/03, §§ 94-95, 2 October 2008). Generally, this finding of fact has been reached in response to claims made by the respondent Government that the person is still alive or has not been shown to have died at the hands of State agents. This presumption of death is not automatic and is only reached on examination of the circumstances of the case, in which the lapse of time since the person was seen alive or heard from is a relevant element (see, for example, *Vagapova and Zubirayev v. Russia*, no. 21080/05, §§ 85-86, 26 February 2009, concerning a presumption of death reached where a young man, who disappeared in life-threatening circumstances, had been missing for over four years).

144. The Court would here distinguish between the making of a factual presumption and the legal consequences that may flow from such a presumption. Even if there was an evidential basis which might justify finding that the nine missing men died in or closely after the events in 1974, this would not dispose of the applicants' complaints concerning the lack of an effective investigation.

145. The Court would note that the procedural obligation to investigate under Article 2 where there has been an unlawful or suspicious death is triggered by, in most cases, the discovery of the body or the occurrence of death. Where disappearances in life-threatening circumstances are concerned, the procedural obligation to investigate can hardly come to an end on discovery of the body or the presumption of death; this merely casts light on one aspect of the fate of the missing person. An obligation to account for the disappearance and death, and to identify and prosecute any perpetrator of unlawful acts in that connection, will generally remain.

146. The Court therefore concludes that even though a lapse of over thirty-four years without any news of the missing persons may provide strong circumstantial evidence that they have died meanwhile, this does not remove the procedural obligation to investigate.

(iii) *The nature of the procedural obligation to investigate disappearances*

147. The Court would emphasise that, as found in *Šilih* (cited above) concerning the procedural obligation under Article 2 to investigate unlawful

or suspicious deaths, the procedural obligation under Article 2 arising from disappearances operates independently of the substantive obligation. It notes that the IACHR, and to some extent the HRC, apply the same approach to the procedural aspect of disappearances (see paragraphs 93-107 above), examining allegations of denial of justice or judicial protection even where the disappearance occurred before recognition of its jurisdiction.

148. There is, however, an important distinction to be drawn in the Court's case-law between the obligation to investigate a suspicious death and the obligation to investigate a suspicious disappearance. A disappearance is a distinct phenomenon, characterised by an ongoing situation of uncertainty and unaccountability in which there is a lack of information or even a deliberate concealment and obfuscation of what has occurred (see also the definitions of disappearance set out above in part II B. "International law documents on enforced disappearances"). This situation is very often drawn out over time, prolonging the torment of the victim's relatives. It cannot therefore be said that a disappearance is, simply, an "instantaneous" act or event; the additional distinctive element of subsequent failure to account for the whereabouts and fate of the missing person gives rise to a continuing situation. Thus, the procedural obligation will, potentially, persist as long as the fate of the person is unaccounted for; the ongoing failure to provide the requisite investigation will be regarded as a continuing violation (see *Cyprus v. Turkey*, cited above, § 136). This is so, even where death may, eventually, be presumed.

149. It may be noted that the approach applied in *Şilih* (cited above, § 163) concerning the requirement of proximity of the death and investigative steps to the date of entry into force of the Convention applies only in the context of killings or suspicious deaths, where the anchoring factual element, the loss of life of the victim, is known for a certainty, even if the exact cause or ultimate responsibility is not. The procedural obligation in that context is not of a continuing nature in the sense described above.

(iv) *Conclusion*

150. The Court rejects the respondent Government's objections as to lack of temporal jurisdiction. Nevertheless, the question whether there was a continuing procedural obligation to investigate the fate and whereabouts of the missing men at the time of the introduction of these applications remains to be examined.

## C. Six-month rule (Article 35 § 1 of the Convention)

### 1. *The Chamber judgment*

151. The Chamber considered that, even in continuing situations there might arise a time, having regard to the purpose of legal certainty enshrined in the six-month rule and considerations of the practical and effective functioning of the Convention mechanism, when it could reasonably be expected that an applicant should not wait any longer in bringing an application to Strasbourg. Thus, applicants in disappearance cases could be required to show reasonable expedition in lodging complaints. In these applications however, introduced some three years after the ratification by Turkey of the right of individual petition and some three days after Turkey's acceptance of the jurisdiction of the old Court, against a background of consecutive inter-State applications the results of which had still not been made public, there had been no unreasonable delay by these applicants in introducing their complaints.

### 2. *Submissions to the Court*

#### (a) **The respondent Government**

152. The respondent Government submitted that there was inexplicable inconsistency between the approach taken in *Karabardak and Others v. Cyprus* and *Baybora and Others v. Cyprus* ((decs.), nos. 76575/01 and 77116/01, 22 October 2002) and the Chamber judgment in the present case. In the former, the Court had found that the lapse of time between the facts and the introduction of the applications by Turkish Cypriot applicants was too long, without mention of any apparent continuing violation. On that basis, the present applications should also have been rejected as out of time. The fact that the applications were introduced three years after ratification in this particular case, while thirteen years had elapsed in the cases against Cyprus, had no logical bearing on the different approaches applied in regard to the six-month rule. Furthermore, in *Baybora and Others* and *Karabardak and Others* the applicants were seemingly reproached for not taking their cases to the United Nations Committee on Missing Persons ("the CMP") although that had already been found by the Court to be an ineffective remedy.

153. The respondent Government concluded that if the CMP was indeed an ineffective remedy as claimed by the present applicants they should have brought their applications to the Commission at the latest six months after the date of ratification on 28 January 1987. They noted that the decisions

in *Baybora and Others* and *Karabardak and Others* were completely silent on when time began to run. This difference in treatment between applicants in Turkish Cypriot and Greek Cypriot cases, which concerned the same allegations in the same historical and geographical context, aggravated the suffering of the Turkish Cypriot applicants.

**(b) The applicants**

154. The applicants submitted that the six-month rule did not apply to continuing violations. As concerned the *Baybora and Others* and *Karabardak and Others* cases, they considered that these could be distinguished from their own applications as, firstly, Turkey had been notified about their missing relatives by the end of September 1974 and the nine men had also been included in the group of missing persons listed by the Cypriot Government in the four inter-State cases between 1974 and 1994; secondly, their applications had been lodged on 25 January 1990, three days after Turkey's acceptance of the Court's jurisdiction (whereas the Turkish Cypriot applications had been lodged over a decade later); and the Turkish Cypriot applications had been introduced in the absence of any effort by the families to exhaust domestic remedies available since 1964 in the domestic system of Cyprus whereas Greek Cypriots had had no access to any domestic remedy in Turkey.

**(c) The intervening Government**

155. The Cypriot Government submitted that there had been no inordinate delay by the applicants in lodging their complaints; this distinguished their cases from the Turkish Cypriot cases where the applicants had not acted for over twenty years after the investigation into the disappearances had been terminated by the International Committee of the Red Cross ("the ICRC") and United Nations civilian police in 1968 and thirteen years after Cyprus had accepted the right of individual petition.

*3. The Court's assessment*

**(a) General principles**

156. The object of the six-month time-limit under Article 35 § 1 is to promote legal certainty, by ensuring that cases raising issues under the Convention are dealt with in a reasonable time and that past decisions are not continually open to challenge. It marks out the temporal limits of supervision carried out by the organs of the Convention and signals to both individuals and State authorities the period beyond which such supervision

is no longer possible (see, among other authorities, *Walker v. the United Kingdom* (dec.), no. 34979/97, ECHR 2000-I).

157. As a rule, the six-month period runs from the date of the final decision in the process of exhaustion of domestic remedies. Where it is clear from the outset however that no effective remedy is available to the applicant, the period runs from the date of the acts or measures complained of, or from the date of knowledge of that act or its effect on or prejudice to the applicant (see *Dennis and Others v. the United Kingdom* (dec.), no. 76573/01, 2 July 2002). Nor can Article 35 § 1 be interpreted in a manner which would require an applicant to seize the Court of his complaint before his position in connection with the matter has been finally settled at the domestic level. Where, therefore, an applicant avails himself of an apparently existing remedy and only subsequently becomes aware of circumstances which render the remedy ineffective, it may be appropriate for the purposes of Article 35 § 1 to take the start of the six-month period from the date when the applicant first became or ought to have become aware of those circumstances (see *Edwards v. the United Kingdom* (dec.), no. 46477/99, 7 June 2001).

158. Consequently, where a death has occurred, applicant relatives are expected to take steps to keep track of the investigation's progress, or lack thereof, and to lodge their applications with due expedition once they are, or should have become, aware of the lack of any effective criminal investigation (see *Bulut and Yavuz v. Turkey* (dec.), no. 73065/01, 28 May 2002, and *Bayram and Yıldırım v. Turkey* (dec.), no. 38587/97, ECHR 2002-III). The same principles have been applied, *mutatis mutandis*, to disappearance cases (see *Eren and Others v. Turkey* (dec.), no. 42428/98, 4 July 2002, and *Üçak and Kargılı and Others v. Turkey* (dec.), nos. 75527/01 and 11837/02, 28 March 2006).

159. Nonetheless, it has been said that the six-month time-limit does not apply as such to continuing situations (see, for example, *Agrotexim Hellas S.A. and Others v. Greece*, no. 14807/89, Commission decision of 12 February 1992, DR 72, p. 148, and *Cone v. Romania*, no. 35935/02, § 22, 24 June 2008); this is because, if there is a situation of ongoing breach, the time-limit in effect starts afresh each day and it is only once the situation ceases that the final period of six months will run to its end. In the fourth inter-State case, where it was implicit that a similar approach was applicable to a continuing practice – and in that case it was a continuous failure to comply with the obligation to investigate disappearances – the Court notes that the issue of the six-month rule had been joined to the merits by the Commission and neither Government had since made any submissions on the point (see *Cyprus v. Turkey*, cited above, §§ 103-04). The issue was thus

not addressed expressly by the Court in that judgment. It therefore falls to the Court to resolve the point in the present case.

**(b) Applicability of time constraints to procedural obligations under Article 2 of the Convention**

160. The Court cannot emphasise enough that the Convention is a system for the protection of human rights and that it is of crucial importance that it is interpreted and applied in a manner that renders these rights practical and effective, not theoretical and illusory. This concerns not only the interpretation of substantive provisions of the Convention, but also procedural provisions; it impacts on the obligations imposed on respondent Governments, but also has effects on the position of applicants. For example, while it is essential for the efficacy of the system that Contracting States comply with their obligation not to hinder the applicant in the exercise of the right of individual petition, individuals nonetheless bear the responsibility of cooperating with procedures flowing from the introduction of their complaints, assisting in clarifying any factual issues where such lie within their knowledge and in maintaining and supporting the applications introduced on their behalf (see *Kapan v. Turkey*, no. 22057/93, Commission decision of 13 January 1997, DR 88-A, p. 17). On the same basis, where time is of the essence in resolving the issues in a case, there is a burden on the applicant to ensure that his or her claims are raised before the Court with the necessary expedition to ensure that they may be properly, and fairly, resolved.

161. In that context, the Court would confirm the approach adopted by the Chamber in the present applications. Not all continuing situations are the same; the nature of the situation may be such that the passage of time affects what is at stake. In cases of disappearances, just as it is imperative that the relevant domestic authorities launch an investigation and take measures as soon as a person has disappeared in life-threatening circumstances, it is indispensable that the applicants, who are the relatives of missing persons, do not delay unduly in bringing a complaint about the ineffectiveness or lack of such investigation before the Court. With the lapse of time, memories of witnesses fade, witnesses may die or become untraceable, evidence deteriorates or ceases to exist, and the prospects that any effective investigation can be undertaken will increasingly diminish; and the Court's own examination and judgment may be deprived of meaningfulness and effectiveness. Accordingly, where disappearances are concerned, applicants cannot wait indefinitely before coming to Strasbourg. They must make proof of a certain amount of diligence and initiative and introduce their complaints without undue delay. What this involves is examined below.

**(c) Undue delay in disappearance cases**

162. The Court would comment, firstly, that a distinction must be drawn with cases of unlawful or violent death. In those cases, there is generally a precise point in time at which death is known to have occurred and some basic facts are in the public domain. The lack of progress or ineffectiveness of an investigation will generally be more readily apparent. Accordingly, the requirements of expedition may require an applicant to bring such a case before Strasbourg within a matter of months, or at most, depending on the circumstances, a very few years after events. In disappearance cases, where there is a state of ignorance and uncertainty and, by definition, a failure to account for what has happened, if not an appearance of deliberate concealment and obstruction on the part of some authorities, the situation is less clear cut. It is more difficult for the relatives of the missing to assess what is happening, or what can be expected to happen. Allowances must be made for the uncertainty and confusion which frequently mark the aftermath of a disappearance.

163. Secondly, the Court would take cognisance of the international materials on enforced disappearances. The International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance stipulates that any time-limit on the prosecution of disappearance offences should be of long duration proportionate to the seriousness of the offence, while the Rome Statute of the International Criminal Court excludes any statute of limitations as regards the prosecution of international crimes against humanity, which includes enforced disappearances. Bearing in mind therefore the consensus that it should be possible to prosecute the perpetrators of such crimes even many years after the events, the Court considers that the serious nature of disappearances is such that the standard of expedition expected of the relatives cannot be rendered too rigorous in the context of Convention protection.

164. Thirdly, in line with the principle of subsidiarity, it is best for the facts of cases to be investigated and issues to be resolved in so far as possible at the domestic level. It is in the interests of the applicant, and the efficacy of the Convention system, that the domestic authorities, who are best placed to do so, act to put right any alleged breaches of the Convention.

165. Nonetheless, the Court considers that applications can be rejected as out of time in disappearance cases where there has been excessive or unexplained delay on the part of applicants once they have, or should have, become aware that no investigation has been instigated or that the investigation has lapsed into inaction or become ineffective and, in any of those eventualities, there is no immediate, realistic prospect of an effective

investigation being provided in the future. Where there are initiatives being pursued in regard to a disappearance situation, applicants may reasonably await developments which could resolve crucial factual or legal issues. Indeed, as long as there is some meaningful contact between families and authorities concerning complaints and requests for information, or some indication, or realistic possibility, of progress in investigative measures, considerations of undue delay will not generally arise. However, where there has been a considerable lapse of time, and there have been significant delays and lulls in investigative activity, there will come a moment when the relatives must realise that no effective investigation has been, or will be provided. When this stage is reached will depend, unavoidably, on the circumstances of the particular case.

166. In a complex disappearance situation such as the present, arising in a situation of international conflict, where it is alleged that there is a complete absence of any investigation or meaningful contact with the authorities, it may be expected that the relatives bring the case within, at most, several years of the incident. If there is an investigation of sorts, even if sporadic and plagued by problems, the relatives may reasonably wait some years longer until hope of progress being made has effectively evaporated. Where more than ten years have elapsed, the applicants would generally have to show convincingly that there was some ongoing, and concrete, advance being achieved to justify further delay in coming to Strasbourg. Stricter expectations would apply in cases where the applicants have direct domestic access to the investigative authorities.

**(d) Application in the present case**

167. These applicants introduced their applications on 25 January 1990, some fifteen years after their relatives went missing in 1974. The Court notes that the disappearances were brought to the attention of the respondent Government in or about 1974 by the intervening Government and the ICRC. The intervening Government also introduced a series of applications from 1974 which brought complaints arising out of the events, including the missing persons problem, before the Commission in Strasbourg. Throughout the 1980s, there were ongoing procedures on these issues. However, only the fourth inter-State case, lodged much later in 1994, was able to be brought before this Court, after Turkey accepted the Court's jurisdiction; the previous three applications which were before the Commission ended in reports which went to the Committee of Ministers, none of which were made available publicly before 1992, many years after their adoption (see *Cyprus v. Turkey*, cited above, § 17).

168. The post-conflict situation in Cyprus meanwhile fell under the competence of the United Nations which took over supervision of the Buffer Zone between the two opposing sides. From the beginning, efforts were also made to set up a mechanism to deal with the problem of disappearances, leading in 1981 to the setting up of the CMP. The Court notes that the functioning of the CMP was plagued from inception by disagreements of the parties, lack of cooperation and obstruction. However, information about the progress of the CMP's work was limited due to the strict confidentiality of its procedure. It is apparent that actual work on cases started in 1984 and concrete investigative steps were being taken in the following years. In April 1990 the CMP issued a lengthy press release highlighting fundamental difficulties with hearing witnesses, locating bodies and obtaining disinterments. This was followed by further efforts by the United Nations Secretary-General to revitalise the CMP. It was not until 2006 that, finally, the CMP launched exhumations and began to locate and identify remains.

169. Against that background, the question arises at what point the applicants should have come to Strasbourg. It would not have been possible prior to 1987. The respondent Government submitted that they should have brought their applications within six months of the date of acceptance of the right of individual petition on 28 January 1987; in their view, 25 January 1990 was too late.

170. The Court considers that the applicants, who were among a large group of persons affected by the disappearances, could, in the exceptional situation of international conflict where no normal investigative procedures were available, reasonably await the outcome of the initiatives taken by their government and the United Nations. These procedures could have resulted in steps being taken to investigate known sites of mass graves and provided the basis for further measures. The Court is satisfied, however, that by the end of 1990 it must have become apparent that the problematic, non-binding, confidential nature of these processes no longer offered any realistic hope of progress in either finding bodies or accounting for the fate of their relatives in the near future. Accordingly, by applying to the Court in January 1990, these applicants acted, in the special circumstances of their cases, with reasonable expedition for the purposes of Article 35 § 1 of the Convention.

171. The Court has, in reaching this conclusion, given careful consideration to the respondent Government's submissions concerning the applications introduced by the families of Turkish Cypriots who went missing during inter-communal strife in the 1960s (see *Baybora and Others* and *Karabardak and Others*, both cited above). It is particularly sensitive

to any appearance that differing, and inconsistent, approaches have been taken in these cases. Nonetheless, it is not persuaded that this is so. The Chamber decisions in the above-mentioned cases are very concise; and in the absence of arguments from the parties, there is no explanatory reasoning. Their conclusion, however, that the applications were introduced out of time is in line with the principles and case-law outlined above. It is not disputed that the applicants' relatives disappeared or were killed in 1964, that there was no ongoing process of exhaustion of domestic remedies or other relevant procedures in the following years and that the matter was eventually brought before the CMP in 1989. However, in accordance with the Court's approach above, it must have been apparent by the end of 1990 that this body could not realistically be expected to bring about any positive results in the near future. By waiting therefore until 2001, a further period of eleven years, during which there were no intervening events capable of suspending the running of time, the applicants in those cases had unduly delayed in introducing their complaints before the Court.

172. The Court rejects the preliminary objection under this head.

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

173. Article 2 of the Convention provides:

“1. Everyone's right to life shall be protected by law. No one shall be deprived of his life intentionally save in the execution of a sentence of a court following his conviction of a crime for which this penalty is provided by law.

2. Deprivation of life shall not be regarded as inflicted in contravention of this Article when it results from the use of force which is no more than absolutely necessary:

- (a) in defence of any person from unlawful violence;
- (b) in order to effect a lawful arrest or to prevent the escape of a person lawfully detained;
- (c) in action lawfully taken for the purpose of quelling a riot or insurrection.”

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

174. The Chamber found no reason to differ from the conclusion of the Grand Chamber in the fourth inter-State case, holding that the nine men had disappeared against the same life-threatening background and that while there might not have been an evidential basis to substantiate that all nine men had been last seen in the custody of agents of the respondent State, there was an obligation under Article 2 to take due measures to protect the lives of the wounded, prisoners of war or civilians in zones of international conflict and this extended to providing an effective investigation for those

who disappeared in such circumstances. No effective investigation had been provided by the CMP or other body.

## **B. Submissions to the Court**

### *1. The applicants*

175. The applicants submitted that the Chamber had correctly applied the findings of the fourth inter-State case in their own applications. There had been a pressing obligation on the respondent Government to conduct a prompt, independent, effective and thorough investigation into the fate of the missing men who had disappeared in life-threatening circumstances during the military operations in which they were last seen and which had been initiated by the respondent Government. They did not consider that any recent developments as regards the CMP were relevant, since the exhumations had not concerned them, save very recently in one case, and there was still no possibility of the CMP investigating effectively the circumstances of any death or disappearance. In so far as the remains of Savvas Hadjipanteli (application no. 16071/90) had been discovered, they maintained their arguments that there had been a violation.

### *2. The respondent Government*

176. The respondent Government submitted that it had not been established that the applicants had been detained by Turkish authorities and that no liability arose under Article 2. They argued that inter-State applications should be distinguished from individual applications, being based on different Convention provisions. In the latter, the notion of victim status was essential, whereas in the former, the applicant State did not have to establish a *prima facie* case. The respondent Government considered that the Chamber had failed to apply the burden of proof applicable in individual cases, that of proof beyond reasonable doubt, but erred in relying on the findings in an inter-State case. The Commission in its decision on admissibility in these cases had expressed doubt that the first applicants were covered by the findings in the inter-State case.

177. Even if Article 2 was applicable, the respondent Government considered that they had not failed to comply with its requirements. They emphasised that the CMP had evolved considerably since the findings in the inter-State case. It stressed the importance of the project on the exhumation and return of remains, which was giving concrete results, with financial and practical assistance from both sides, international non-governmental organisations and the international community. They pointed out that,

given the Chamber's reliance on the international context of the conflict as relevant to the nature of the obligations arising under Article 2, it was only logical that the CMP be regarded as an appropriate remedy against such a historical and political background. It should not be forgotten, in their view, that Turkish Cypriots had already disappeared in 1963 and the international community had considered the CMP as the appropriate response to the complex, sensitive and painful situation. This had the advantage of treating the families on both sides in an equal manner.

### 3. *The intervening Government*

178. The Cypriot Government submitted that the burden of proof was the same in inter-State and individual applications but merely appeared different due to the context. The applicants had provided sufficient evidence that the missing men were last seen in territory which at the time or immediately afterwards was under the *de facto* control of the invading Turkish forces or forces for whom they were responsible. At a time of international armed conflict, this meant that those men were in a life-threatening situation and it was the responsibility of the government in charge of those forces to determine what happened to them. Such responsibility was also imposed by international humanitarian law, which could be used to clarify the scope of existing Convention obligations. Given that the men did not make it back to their own lines, they were wounded, sick, dead or detained. The respondent Government had been under the obligation to seek them out, provide treatment if sick or, in the case of the dead, to bury them; and in all cases, to provide information about their fate.

179. While they welcomed any improvement in the functioning of the CMP, the limitations on its terms of reference, mandate and authority were unchanged; in particular the exclusion of jurisdiction to make findings on cause of death and responsibility, the confinement of territorial jurisdiction to Cyprus with the exclusion of Turkey, the promises of impunity to persons who might be responsible and the doubt whether it would investigate Turkish army or official actions on Cypriot territory.

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

180. The Court observes that in the fourth inter-State case the Grand Chamber had to address the issue of the missing Greek Cypriots as a whole. It found as follows:

“132. The Court recalls that there is no proof that any of the missing persons have been unlawfully killed. However, in its opinion, and of relevance to the instant case, the above-mentioned procedural obligation also arises upon proof of an arguable claim

that an individual, who was last seen in the custody of agents of the State, subsequently disappeared in a context which may be considered life-threatening.

133. Against this background, the Court observes that the evidence bears out the applicant Government's claim that many persons now missing were detained either by Turkish or Turkish Cypriot forces. Their detention occurred at a time when the conduct of military operations was accompanied by arrests and killings on a large scale. The Commission correctly described the situation as life-threatening. The above-mentioned broadcast statement of Mr Denктаş and the later report of Professor Küçük, if not conclusive of the respondent State's liability for the death of missing persons are, at the very least, clear indications of the climate of risk and fear obtaining at the material time and of the real dangers to which detainees were exposed."

### *1. The burden of proof*

181. The Court notes that the procedural obligation was stated as arising where individuals, last seen in the custody of agents of the State, subsequently disappeared in a life-threatening context. In the context of the inter-State case it was not necessary to specify which individuals were included in the "many persons" shown by the evidence to have been detained by Turkish or Turkish Cypriot forces at the time of their disappearance. There is no basis on which it can be assumed that the missing men in the present case were included in the Court's findings. It must therefore be determined in this case whether the conditions for a procedural obligation arose.

182. In response to the respondent Government's argument about the burden of proof, the Court would concur that the standard of proof generally applicable in individual applications is that of beyond reasonable doubt – though this also applies equally in inter-State cases (see *Ireland v. the United Kingdom*, 18 January 1978, § 161, Series A no. 25). The burden of proof may be easier to satisfy in practical terms in the inter-State context where the facts of many incidents and numerous events may be taken into account. But, even in individual cases, the Court's case-law has identified situations in which the rigour of this rule may be mitigated.

183. Such proof may follow from the coexistence of sufficiently strong, clear and concordant inferences or of similar unrebutted presumptions of fact (*loc. cit.*). Thus, where the events in issue lie wholly, or in large part, within the exclusive knowledge of the authorities, as in the case of persons within their control in custody, strong presumptions of fact will arise in respect of injuries, death or disappearances occurring during such detention. The burden of proof may then be regarded as resting on the authorities to provide a satisfactory and convincing explanation (see *Salman v. Turkey* [GC], no. 21896/93, § 100, ECHR 2000-VII, and *Akdeniz and*

*Others v. Turkey*, no. 23954/94, §§ 85-89, 31 May 2001); see also cases short of custody, where it is possible to establish that an individual entered a place under those authorities' control and has not been seen since, in which circumstances, the onus is on the Government to provide a plausible explanation of what happened on the premises and to show that the person concerned was not detained by the authorities, but left the premises without subsequently being deprived of his or her liberty (see, for example, *Taniş and Others v. Turkey*, no. 65899/01, § 160, ECHR 2005-VIII, and *Yusupova and Zaurbekov v. Russia*, no. 22057/02, §§ 50-55, 9 October 2008).

184. As a logical development of this approach, in the situation where persons are found injured or dead, or who have disappeared, in an area within the exclusive control of the authorities of the State and there is prima facie evidence that the State may be involved, the burden of proof may also shift to the Government since the events in issue may lie wholly, or in large part, within the exclusive knowledge of the authorities. If they then fail to disclose crucial documents to enable the Court to establish the facts or otherwise provide a satisfactory and convincing explanation, strong inferences may be drawn (see *Akkum and Others v. Turkey*, no. 21894/93, § 211, ECHR 2005-II; and, among many cases concerning the situation in Chechnya, *Goygova v. Russia*, no. 74240/01, §§ 88-96, 4 October 2007, and *Magomed Musayev and Others v. Russia*, no. 8979/02, §§ 85-86, 23 October 2008).

185. Turning to the present case, the Court would note that the respondent Government did not accept that the missing men had been taken into custody under their responsibility. Nor is it for the Court to seek to establish what occurred in 1974, which is outside its temporal jurisdiction. However, it is satisfied that there is a strongly arguable case that two men were last seen in circumstances falling within the control of the Turkish or Turkish Cypriots forces, namely, Eleftherios Thoma and Savvas Hadjipanteli who were included on an ICRC list as detainees (see paragraphs 77 and 80 above). As concerns the other seven men, no such documentary evidence of actual detention has been forthcoming. There is nonetheless an arguable case that the other seven men were last seen in an area under, or about to come under, the control of the Turkish armed forces. Whether they died, in the fighting or of their wounds, or whether they were captured as prisoners, they must still be accounted for. Article 2 must be interpreted in so far as possible in light of the general principles of international law, including the rules of international humanitarian law which play an indispensable and universally accepted role in mitigating

the savagery and inhumanity of armed conflict<sup>1</sup> (see *Loizidou*, cited above, § 43). The Court therefore concurs with the reasoning of the Chamber in holding that in a zone of international conflict Contracting States are under obligation to protect the lives of those not, or no longer, engaged in hostilities. This would also extend to the provision of medical assistance to the wounded; where combatants have died, or succumbed to wounds, the need for accountability would necessitate proper disposal of remains and require the authorities to collect and provide information about the identity and fate of those concerned, or permit bodies such as the ICRC to do so.

186. In the present case, the respondent Government have not put forward any materials or concrete information that would show that any of the missing men were found dead or were killed in the conflict zone under their control. Nor is there any other convincing explanation as to what might have happened to them that might counter the applicants' claims that the men disappeared in areas under the respondent Government's exclusive control. In the light of the findings in the fourth inter-State case, which have not been controverted, these disappearances occurred in life-threatening circumstances where the conduct of military operations was accompanied by widespread arrests and killings. Article 2 therefore imposes a continuing obligation on the respondent Government to account for the whereabouts and fate of the missing men in the present case; if warranted, consequent measures for redress could then be effectively adopted.

## *2. Compliance with the procedural obligation*

187. The Court notes that in the fourth inter-State case the Grand Chamber found as follows:

"134. ... The Court cannot but note that the authorities of the respondent State have never undertaken any investigation into the claims made by the relatives of the missing persons that the latter had disappeared after being detained in circumstances in which there was real cause to fear for their welfare. It must be noted in this connection that there was no official follow-up to Mr Denktaş's alarming statement. No attempt was made to identify the names of the persons who were reportedly released from Turkish custody into the hands of Turkish Cypriot paramilitaries or to inquire into the whereabouts of the places where the bodies were disposed of. It does not appear either that any official inquiry was made into the claim that Greek Cypriot prisoners were transferred to Turkey.

---

1. See the First Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field (first adopted in 1864, last revised in 1949); the Second Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea (first adopted in 1949); the Third Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War (first adopted in 1929, last revised in 1949); and the Fourth Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War (first adopted in 1949), together with three additional amendment protocols, Protocol I (1977), Protocol II (1977) and Protocol III (2005).

135. The Court agrees with the applicant Government that the respondent State's procedural obligation at issue cannot be discharged through its contribution to the investigatory work of the CMP. Like the Commission, the Court notes that, although the CMP's procedures are undoubtedly useful for the humanitarian purpose for which they were established, they are not of themselves sufficient to meet the standard of an effective investigation required by Article 2 of the Convention, especially in view of the narrow scope of that body's investigations (see paragraph 27 above).

136. Having regard to the above considerations, the Court concludes that there has been a continuing violation of Article 2 on account of the failure of the authorities of the respondent State to conduct an effective investigation aimed at clarifying the whereabouts and fate of Greek Cypriot missing persons who disappeared in life-threatening circumstances."

188. The respondent Government's arguments effectively invited the Court to reconsider the above finding as to the ineffectiveness of the CMP in providing a proper investigation into the fate of the missing men. They asserted that due account should be taken of the extremely sensitive and painful context in which the international community have considered it appropriate to provide for a bi-communal mechanism. They also argued that the terms of reference of the CMP should not be regarded as decisive but that the spectacular reactivation of its activities and its recent achievements in locating and identifying remains should be given overriding weight.

189. The Court considers, firstly, that the Grand Chamber in the fourth inter-State case was fully aware of the background and sensitivity of the situation when it found the CMP's procedures did not meet the standard of investigation required by Article 2. As concerns the second strand of the argument, it fully acknowledges the importance of the CMP's ongoing exhumations and identifications of remains and gives full credit to the work being done in providing information and returning remains to relatives (see also the Committee of Ministers' decision at paragraph 88 above). But important though these measures are as a first step in the investigative process, they do not exhaust the obligation under Article 2.

190. From the materials provided as regards Savvas Hadjipanteli, it appears that on identification of remains the procedure is to issue a medical certificate of death, which in brief terms indicates the injuries noted as causing death – in his case the presence of various bullet wounds. There is however no report analysing the circumstances or even the dating of death. Nor have any investigative measures been taken to locate or question any witnesses in the area who could give information as to how Savvas Hadjipanteli and the others found with him in the mass grave came to meet their end and at whose hands. Thus, even though the location of the body of Savvas Hadjipanteli has been established it cannot be said, putting

supposition and speculation aside, that any clear light has been shed as to how he met his fate.

191. The Court does not doubt that many years after the events there would be considerable difficulty in assembling eyewitness evidence or in identifying and mounting a case against any alleged perpetrators. However, the Court's case-law on the ambit of the procedural obligation is unambiguous. The essential purpose of such investigation is to secure the effective implementation of the domestic laws which protect the right to life and, in those cases involving State agents or bodies, to ensure their accountability for deaths occurring under their responsibility. Even where there may be obstacles which prevent progress in an investigation in a particular situation, a prompt response by the authorities is vital in maintaining public confidence in their adherence to the rule of law and in preventing any appearance of collusion in or tolerance of unlawful acts (see *McKerr v. the United Kingdom*, no. 28883/95, §§ 111 and 114, ECHR 2001-III, and *Brecknell v. the United Kingdom*, no. 32457/04, § 65, 27 November 2007). Besides being independent, accessible to the victim's family, carried out with reasonable promptness and expedition and affording a sufficient element of public scrutiny of the investigation or its results, the investigation must also be effective in the sense that it is capable of leading to a determination of whether the death was caused unlawfully and if so, to the identification and punishment of those responsible (see *Oğur v. Turkey* [GC], no. 21594/93, § 88, ECHR 1999-III; *Hugh Jordan v. the United Kingdom*, no. 24746/94, §§ 105-09, 4 May 2001; and *Douglas-Williams v. the United Kingdom* (dec.), no. 56413/00, 8 January 2002).

192. The Court finds no indication that the CMP is going beyond its limited terms of reference to play any role in determining the facts surrounding the deaths of the missing persons who have been identified or in collecting or assessing evidence with a view to holding any perpetrators of unlawful violence to account in a criminal prosecution. Nor is any other body or authority taking on that role. It may be that investigations would prove inconclusive, or insufficient evidence would be available. However, that outcome is not inevitable even at this late stage and the respondent Government cannot be absolved from making the requisite efforts. By way of example, the Court notes that in the context of Northern Ireland the authorities have provided for investigative bodies (variously, the Serious Crimes Review Team and Historical Enquiry Team) to review the files on past sectarian murders and unsolved killings and to assess the availability of any new evidence and the feasibility of further investigative measures; in cases before the Court, these measures were found, given the time that had

elapsed, to have been adequate in the particular circumstances (see *Brecknell*, cited above, §§ 71, 75 and 79-81). It cannot therefore be said that there is nothing further that could be done.

193. It may be that both sides in this conflict prefer not to attempt to bring out to the light of day the reprisals, extrajudicial killings and massacres that took place or to identify those among their own forces and citizens who were implicated. It may be that they prefer a “politically sensitive” approach to the missing persons problem and that the CMP with its limited remit was the only solution which could be agreed under the brokerage of the United Nations. That can have no bearing on the application of the provisions of the Convention.

194. The Court concludes that there has been a continuing violation of Article 2 on account of the failure of the respondent State to provide for an effective investigation aimed at clarifying the fate of the nine men who went missing in 1974.

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

195. Article 3 provides:

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

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

196. Referring to the fourth inter-State case, the Chamber found also a violation of Article 3 as regards the inhuman treatment suffered by the applicant relatives due to the years of silence concerning the missing men.

##### **B. Submissions to the Court**

###### *1. The applicants*

197. The applicants adopted the reasoning of the Chamber, emphasising that the second applicants had been without news of their loved ones for thirty-four years, suffering daily anguish and distress, exacerbated by recent newspaper reports that some missing persons had been used as guinea pigs in Turkish army biochemical laboratories.

###### *2. The respondent Government*

198. The respondent Government submitted that none of the missing men had been subjected to forcible detention and that no issue arose.

### 3. *The Government of Cyprus*

199. The Cypriot Government submitted that the applicants had been victims of continuing inhuman treatment. They had all been wives or parents of the missing men; in three cases, following the death of the parent, the sister or brother of the missing person had taken over the application. They had never given up trying to find out what had happened and their anguish was worsened by the fact that there were people with information who were not revealing what they knew.

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

200. The phenomenon of disappearances imposes a particular burden on the relatives of missing persons who are kept in ignorance of the fate of their loved ones and suffer the anguish of uncertainty. Thus the Court's case-law recognised from very early on that the situation of the relatives may disclose inhuman and degrading treatment contrary to Article 3. The essence of the violation is not that there has been a serious human rights violation concerning the missing person; it lies in the authorities' reactions and attitudes to the situation when it has been brought to their attention (see, among many authorities, *Orhan v. Turkey*, no. 25656/94, § 358, 18 June 2002, and *Imakayeva*, cited above, § 164). Other relevant factors include the proximity of the family tie, the particular circumstances of the relationship, the extent to which the family member witnessed the events in question, and the involvement of the family member in the attempts to obtain information about the disappeared person (see *Taniş and Others*, cited above, § 219). The finding of such a violation is not limited to cases where the respondent State has been held responsible for the disappearance (see *Osmanoğlu*, cited above, § 96) but can arise where the failure of the authorities to respond to the quest for information by the relatives or the obstacles placed in their way, leaving them to bear the brunt of the efforts to uncover any facts, may be regarded as disclosing a flagrant, continuous and callous disregard of an obligation to account for the whereabouts and fate of a missing person.

201. The Court notes that in the fourth inter-State case the Grand Chamber found that in the context of the disappearances in 1974, where the military operation resulted in considerable loss of life, large-scale arrests and detentions and enforced separations of families, the relatives of the missing men had suffered the agony of not knowing whether their family member had been killed in the conflict or had been taken into detention and, due to the continuing division of Cyprus, had been faced with very serious obstacles in their search for information. The silence of the authorities of the

respondent State in face of the real concerns of the relatives could only be categorised as inhuman treatment (see *Cyprus v. Turkey*, cited above, § 157).

202. The Court finds no basis on which it can differ from this finding in the present case. The length of time over which the ordeal of the relatives has been dragged out and the attitude of official indifference in face of their acute anxiety to know the fate of their close family members discloses a situation attaining the requisite level of severity. There has, accordingly, been a breach of Article 3 in respect of the applicants.

## V. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 5 OF THE CONVENTION

203. Article 5 of the Convention provides, as relevant:

“1. Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be deprived of his liberty save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law:

- (a) the lawful detention of a person after conviction by a competent court;
- (b) the lawful arrest or detention of a person for non-compliance with the lawful order of a court or in order to secure the fulfilment of any obligation prescribed by law;
- (c) the lawful arrest or detention of a person effected for the purpose of bringing him before the competent legal authority on reasonable suspicion of having committed an offence or when it is reasonably considered necessary to prevent his committing an offence or fleeing after having done so; ...

2. Everyone who is arrested shall be informed promptly, in a language which he understands, of the reasons for his arrest and of any charge against him.

3. Everyone arrested or detained in accordance with the provisions of paragraph 1 (c) of this Article shall be brought promptly before a judge or other officer authorised by law to exercise judicial power and shall be entitled to trial within a reasonable time or to release pending trial. Release may be conditioned by guarantees to appear for trial.

4. Everyone who is deprived of his liberty by arrest or detention shall be entitled to take proceedings by which the lawfulness of his detention shall be decided speedily by a court and his release ordered if the detention is not lawful.

5. Everyone who has been the victim of arrest or detention in contravention of the provisions of this Article shall have an enforceable right to compensation.”

### A. The Chamber judgment

204. The Chamber, citing the fourth inter-State case, found a breach of Article 5 by virtue of the failure of the authorities to provide an effective investigation into the whereabouts of the nine missing men in respect of whom there was an arguable claim that they had been deprived of their liberty at the time of their disappearance.

## **B. Submissions to the Court**

205. The applicants claimed that a procedural violation arose as all the missing men were last seen alive in an area which, upon their disappearance, or immediately thereafter, came under the control of the respondent Government. A presumption had been created that the men had been detained or come under the control of the Turkish army or forces for which they were responsible, rendering the respondent Government responsible for their fate and putting them under an obligation to account for them and carry out a prompt, effective, independent and thorough investigation.

206. The respondent Government submitted that none of the missing men had been taken or remained in custody, and that the allegations of the applicants were purely hypothetical. There was nothing to suggest, and it was extremely illogical to assume, that any missing Greek Cypriot was still detained by Turkish or Turkish Cypriot authorities.

207. The Cypriot Government contended that there was proof beyond reasonable doubt that two of the missing men, Thoma and Hadjipanteli, were detained by Turkey. The Turkish authorities had, however, failed to provide a credible and convincing account of what had happened to them; there had been no proper official records or system in place for such, nor any prompt or effective investigation. This disclosed numerous continuing violations of Article 5; and in their submission the failure of the Turkish authorities to acknowledge the detention rendered them in breach of Article 5 notwithstanding the inability of any applicant to raise the issue before the Court.

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

208. The Court notes that it has found above that there was a *prima facie* or arguable case that two of the men were last seen in circumstances falling within the control of the Turkish or Turkish Cypriot forces, namely, Eleftherios Thoma and Savvas Hadjipanteli who were included on ICRC lists as detainees (see paragraphs 77 and 80 above). They have not been seen since. However, the Turkish authorities have not acknowledged their detention; they have not provided any documentary evidence giving official trace of their movements. The Court notes the patent disregard of the procedural safeguards applicable to the detention of persons. While there is no evidence that any of the missing persons were still in detention in the period under the Court's consideration, it remains incumbent on the Turkish Government to show that they have since carried out an effective investigation into the arguable claim that the two missing men had been taken into custody and not seen subsequently (see, among many authorities,

*Kurt*, cited above, § 124). The Court's findings above in relation to Article 2 leave no doubt that the authorities have also failed to conduct the requisite investigation in that regard. This discloses a continuing violation of Article 5.

209. No sufficient evidential basis arising in respect of the other seven missing men, no violation of Article 5 is disclosed in that connection.

## VI. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLES 4, 6, 8, 10, 12, 13 AND 14 OF THE CONVENTION

210. The applicants originally relied on Articles 4 (prohibition of slavery and forced labour), 6 (right to fair trial), 8 (right to respect for family and private life), 10 (freedom of expression), 12 (the right to marry and found a family), 13 (effective remedy for arguable Convention breaches) and 14 (prohibition of discrimination in enjoyment of Convention rights). In their most recent submissions, they have maintained their complaints on the above, save for Article 4.

211. Having regard to the facts of the case, the submissions of the parties and its findings under Articles 2, 3 and 5 of the Convention, the Court considers that it has examined the main legal questions raised in the present application and that there is no need to give a separate ruling on the applicants' remaining complaints.

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

212. Article 46 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.”

213. Article 41 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

#### 1. *The Chamber judgment*

214. The Chamber found no basis for an award of pecuniary damage. It declined to grant the applicants' very high claims in respect of non-pecuniary damage, emphasising that Article 41 did not provide for imposing punitive

sanctions on respondent Governments. It gave weight to the context in which some 1,400 Greek Cypriots and 500 Turkish Cypriots had gone missing and to the fact that the Committee of Ministers was in the process of monitoring the execution of the judgment in the fourth inter-State case, in which respect the crucial element would be the provision, finally, of measures to cast light on the fate of as many of the missing men, women and children as possible. It concluded that in these unique circumstances it would be neither appropriate nor constructive, nor even just, to make additional specific awards or recommendations in regard to individual applicants. The finding of violations was thus considered to constitute in itself sufficient just satisfaction.

## *2. Submissions to the Court*

### **(a) The applicants' claims**

215. The applicants submitted that Turkey's continued unwillingness to abide by its obligations was in breach of Article 46; this affected hundreds of Greek Cypriot families and threatened the effectiveness of the Convention system; they urged the Court to direct the respondent Government to conform with their legal obligations under Articles 2, 3, 5, 8, 10, 13 and 14 of the Convention towards the applicants by conducting a prompt and effective investigation into the fate and whereabouts of the missing men, publicising the results, immediately and unconditionally releasing and repatriating any still in Turkish custody and returning the remains of those who were proved to be dead. In default of such steps, as incentive, the respondent Government should pay each applicant 24 Cypriot pounds (CYP) per day, such rate doubling for every twelve-month period that elapsed.

216. For non-pecuniary damage, the applicants claimed under this head 407,550 euros (EUR) in respect of the violations suffered by each of the missing men, such sums to be held by the applicants on their behalf and the behalf of their heirs, and EUR 543,400 for each of the applicants or their successors (namely EUR 6,175 for every year of violation between 1987 and 2009 in respect of each violation). Such compensation was essential, in their submission, as the violations were numerous and grave, had continued for over thirty-four years, were massive and systemic and were aggravated by blatant disregard of the findings of the Convention organs. The Chamber, in not making an award, was, they respectfully submitted, in error, and acting in a discriminatory manner inconsistent with the Court's practice.

**(b) The respondent Government's response**

217. Concerning non-pecuniary damage, the respondent Government considered that it was inappropriate to make any award as the allegations were basically presumptive, there being no corroboration in the United Nations Committee on Missing Persons in Cyprus ("the CMP") files that the men were taken into custody and all but one of them had gone missing in a situation of conflict which inevitably entailed a certain risk to life. They also submitted that there had been substantial progress in the activities of the CMP and that as the issue of disappearances concerned both communities, awards to Greek Cypriot families would deepen the wounds of Turkish Cypriot families with missing relatives and not help in the process of conciliation. Further, the damages claimed were excessively and unprecedentedly high.

**(c) The intervening Government's comments**

218. The intervening Government argued that the Court should identify the measures to be taken to put an end to the continuing violations, which goal could not be met merely by reparation. Reparation should be made available in the form of compensation. In not awarding such damages, the Chamber had departed from constant practice in disappearance cases. The fourth inter-State case was not relevant as it was not known if compensation could, or would, be awarded. Awards should take into account previous awards and the length of time over which the violations have lasted.

219. They requested that the Court require the Turkish Government to conduct an effective investigation into the fate of the missing persons, specifying what was required, and to take measures to prevent the occurrence of disappearances and threats to the right to life contrary to Articles 2 and 5.

**(d) Submissions by Redress**

220. Redress, an international non-governmental organisation, submitted that as a matter of general public international law the finding of a breach gives rise to an obligation to make reparation. In disappearance cases, the goal was *restitutio in integrum* and, where that was not possible, compensation and other adequate and appropriate forms of reparation were considered. Compensation should be proportional to the gravity of the violation and the circumstances of the case. They also submitted that, in line with this Court's case-law, an effective remedy required an effective investigation into the matter, while the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance provided that measures be taken to enable victims to know the truth regarding

the circumstances of the disappearance. In disappearance cases, the Inter-American Court of Human Rights had ordered the exhumation and return of the body, as well as damages for moral suffering, an investigation into the circumstances and publication of the facts of the case. The right to know the truth was also recognised by the United Nations Human Rights Committee. A number of treaty texts and judgments referred to the need for special steps to end ongoing and continuing violations and to guarantee against non-recurrence.

221. They noted that the Court had awarded compensation in most, if not all, disappearance cases and had held under Article 13 that in the case of breaches of Articles 2 and 3 compensation should in principle be available. The duration of breaches was relevant to assessing damages. The prospect of general measures being ordered did not remove the obligation to give individual reparation. It was also open to the Court in an individual case to specify additional forms of just satisfaction to put an end to existing violations and prevent recurrence.

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

#### (a) **Article 46 of the Convention**

222. As regards the applicants' views concerning the provision of an effective investigation, the Court reiterates the general principle that the respondent State remains free to choose the means by which it will discharge its legal obligation under Article 46 of the Convention, provided that such means are compatible with the conclusions set out in the Court's judgment (see *Scozzari and Giunta v. Italy* [GC], nos. 39221/98 and 41963/98, § 249, ECHR 2000-VIII, and *Andrejeva v. Latvia* [GC], no. 55707/00, § 110, ECHR 2009). Consequently, it considers that in these applications it falls to the Committee of Ministers acting under Article 46 of the Convention to address the issues as to what may be required in practical terms by way of compliance (see, *mutatis mutandis*, *Akdivar and Others v. Turkey* (Article 50), 1 April 1998, § 47, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-II).

223. In so far as the applicants suggested that daily fines be imposed on the respondent Government until they finally comply with the Court's judgments, the Court has consistently rejected claims for punitive damages (see *Akdivar and Others*, cited above, § 38, and *Orhan v. Turkey*, no. 25656/94, § 448, 18 June 2002). It considers there to be little, if any, scope under the Convention for directing governments to pay penalties to applicants which are unconnected with damage shown to be actually incurred in respect of past violations of the Convention; in so far as such

sums would purport to compensate for future suffering of the applicants, this would be speculative in the extreme.

**(b) Article 41 of the Convention**

224. The Court would observe that there is no express provision for non-pecuniary or moral damage. Evolving case by case, the Court's approach in awarding just satisfaction has distinguished situations where the applicant has suffered evident trauma, whether physical or psychological, pain and suffering, distress, anxiety, frustration, feelings of injustice or humiliation, prolonged uncertainty, disruption to life, or real loss of opportunity (see, for example, *Elsholz v. Germany* [GC], no. 25735/94, § 70, ECHR 2000-VIII; *Selmouni v. France* [GC], no. 25803/94, § 123, ECHR 1999-V; and *Smith and Grady v. the United Kingdom* (just satisfaction), nos. 33985/96 and 33986/96, § 12, ECHR 2000-IX) and those situations where the public vindication of the wrong suffered by the applicant, in a judgment binding on the Contracting State, is a powerful form of redress in itself. In many cases where a law, procedure or practice has been found to fall short of Convention standards this is enough to put matters right (see, for example, *Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC], no. 28957/95, § 120, ECHR 2002-VI; *Saadi v. Italy* [GC], no. 37201/06, § 188, ECHR 2008; and *S. and Marper v. the United Kingdom* [GC], nos. 30562/04 and 30566/04, § 134, ECHR 2008). In some situations, however, the impact of the violation may be regarded as being of a nature and degree as to have impinged so significantly on the moral well-being of the applicant as to require something further. Such elements do not lend themselves to a process of calculation or precise quantification. Nor is it the Court's role to function akin to a domestic tort mechanism court in apportioning fault and compensatory damages between civil parties. Its guiding principle is equity, which above all involves flexibility and an objective consideration of what is just, fair and reasonable in all the circumstances of the case, including not only the position of the applicant but the overall context in which the breach occurred. Its non-pecuniary awards serve to give recognition to the fact that moral damage occurred as a result of a breach of a fundamental human right and reflect in the broadest of terms the severity of the damage; they are not, nor should they be, intended to give financial comfort or sympathetic enrichment at the expense of the Contracting Party concerned.

225. It is therefore not the case that there are specific scales of damages that should be awarded in disappearance cases as the applicants have sought to deduce from the past cases involving disappearances in Russia and Turkey. Neither can the Court agree that the Chamber erred in taking into account the background of the case and the ongoing executions process before the

Committee of Ministers. As the applicants' own submissions make plain, their principal concern is for the uncertainty to be brought to an end by the provision of information about what happened to their relatives so long ago. That said, the applicants have endured decades of not knowing, which must have marked them profoundly. Given the grievous nature of the case and making an assessment on an equitable basis, the Court awards the sum of EUR 12,000 for non-pecuniary damage to each of the nine applicants, to be held by the heirs where the applicant has deceased.

## **B. Costs and expenses**

### *1. The parties' submissions*

226. The representatives for the applicants Andreas and Giorghoulla Varnava (no. 16064/90), Demetris Theocharides and the heirs of Elli Theocharidou (no. 16068/90), Eleftherios and the heirs of Christos Thoma (no. 16070/90), Savvas and Georghios Apostolides (no. 16072/90) and Leontis Demetriou and Yianoulla Leonti Sarma (no. 16073/90) claimed CYP 5,778.41 inclusive of value-added tax (VAT) for each of the applications for costs and expenses prior to referral to the Grand Chamber, plus EUR 6,299.58, inclusive of VAT for costs before the Grand Chamber. This made a total per application of EUR 16,172.58.

227. The representatives for Andreas Loizides and the heirs of Loizos Loizides (no. 16065/90), Philippos Constantinou and Demetris K. Peyiotis (no. 16066/90) Panicos and Chrysoula Charalambous (no. 16069/90) and Savvas and Androula Hadjipanteli (no. 16071/90) provided bills of costs in the amounts of CYP 5,186.16 inclusive of VAT per application for costs and expenses prior to referral to the Grand Chamber and EUR 6,299.58 inclusive of VAT per application for costs before the Grand Chamber. This made a total per application of EUR 14,960.66.

228. The respondent Government stated that these claims were exaggerated and excessive. The applications were all of a similar nature and the submissions contained profuse citations and reproduction of earlier material.

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

229. The Court notes that costs and expenses will not be awarded under Article 41 unless it is established that they were actually incurred, were necessarily incurred and were also reasonable as to quantum. Furthermore, legal costs are only recoverable in so far as they relate to the violation found (see, for example, *Beyeler v. Italy* (just satisfaction) [GC], no. 33202/96,

§ 27, 28 May 2002, and *Sahin v. Germany* [GC], no. 30943/96, § 105, ECHR 2003-VIII).

230. Noting that the applicants' submissions were almost entirely identical and that not all the claimed violations were upheld, but taking into account the length of time over which the applications have been pending before the Convention organs and the multiple rounds of written submissions, the Court awards EUR 8,000 per application for costs and expenses, plus any tax that may be chargeable to the applicants on such amount.

### C. Default interest

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

## FOR THESE REASONS, THE COURT

1. *Dismisses* by sixteen votes to one the respondent Government's preliminary objections as to lack of legal interest;
2. *Dismisses* by sixteen votes to one the respondent Government's preliminary objection as to lack of temporal jurisdiction;
3. *Dismisses* by fifteen votes to two the respondent Government's preliminary objection as to the six-month rule;
4. *Holds* by sixteen votes to one that there has been a continuing violation of Article 2 of the Convention on account of the failure of the authorities of the respondent State to conduct an effective investigation into the fate of the nine men who disappeared in life-threatening circumstances;
5. *Holds* by sixteen votes to one that there has been a continuing violation of Article 3 of the Convention in respect of the applicants;
6. *Holds* by sixteen votes to one that there has been a continuing violation of Article 5 of the Convention by virtue of the failure of the authorities of the respondent State to conduct an effective investigation into the fate of Eleftherios Thoma and Savvas Hadjipanteli;
7. *Holds* unanimously that there has been no continuing violation of Article 5 of the Convention by virtue of the failure of the authorities of the respondent State to conduct an effective investigation into the fate of the other seven missing men;
8. *Holds* unanimously that it is not necessary to examine the complaints under Articles 4, 6, 8, 10, 12, 13 and 14 of the Convention;

9. *Holds* by sixteen votes to one
- (a) that the respondent State is to pay, within three months, the following amounts:
    - (i) EUR 12,000 (twelve thousand euros) per application, plus any tax that may be chargeable, in respect of non-pecuniary damage;
    - (ii) EUR 8,000 (eight thousand euros) per application, plus any tax that may be chargeable to the applicants or their heirs, in respect of costs and expenses;
  - (b) that from the expiry of the above-mentioned three months until settlement simple interest shall be payable on the above amounts at a rate equal to the marginal lending rate of the European Central Bank during the default period plus three percentage points;
10. *Dismisses* unanimously the remainder of the applicants' claims for just satisfaction.

Done in English and in French, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 18 September 2009.

Erik Fribergh  
Registrar

Jean-Paul Costa  
President

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

- (a) concurring opinion of Judge Spielmann joined by Judges Ziemele and Kalaydjieva;
- (b) joint concurring opinion of Judges Spielmann and Power;
- (c) concurring opinion of Judge Ziemele;
- (d) concurring opinion of Judge Villiger;
- (e) dissenting opinion of Judge Erönen.

J.-P.C.  
E.F.

## CONCURRING OPINION OF JUDGE SPIELMANN JOINED BY JUDGES ZIEMELE AND KALAYDJIEVA

1. The Court has decided that there has been a continuing violation of Article 2 of the Convention on account of the failure of the authorities of the respondent State to conduct an effective investigation into the fate of the nine men who disappeared in life-threatening circumstances. I regret that in the judgment and the operative part the Court declined to indicate explicitly that the respondent State should conduct an effective investigation.

2. It is in my view regrettable that the Court decided that it falls to the Committee of Ministers to indicate what may be required in practical terms by way of compliance.

3. In consistency with the principle of *restitutio in integrum*, spelled out eloquently in the submissions by Redress (paragraph 220 of the judgment), and by emphasising the obligation, for the State found in breach of the Convention, to re-establish the situation which existed before the wrongful act was committed, the Court should have indicated, in the reasoning and the operative part of the judgment, that an effective investigation into the matter should be held. Accountability for the fate of the missing men includes carrying out an investigation into the events and those responsible and offering the possibility of claiming redress to the victims and the relatives.

4. In paragraph 191 of the judgment, the Court emphasises that the Court's case-law on the ambit of the procedural obligation is unambiguous and that the essential purpose of such investigation is to secure the effective implementation of the domestic laws which protect the right to life and, in those cases involving State agents or bodies, to ensure their accountability for deaths occurring under their responsibility. This general principle, drawn from the Court's case-law, should have been reflected in paragraph 222 and in the operative part of the judgment.

5. By virtue of Article 46 § 2 of the Convention, supervision of the execution of the Court's judgments is the responsibility of the Committee of Ministers. That does not mean, however, that the Court should not play any part in the matter and should not take measures designed to facilitate the Committee of Ministers' task in discharging these functions.

6. Indeed, the Court has held in the past that a violation of Article 2 cannot be remedied exclusively through an award of damages to the relatives of the victim (see *Kaya v. Turkey*, 19 February 1998, § 105, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-I). As Redress eloquently emphasised in its observations, given the fundamental importance of the right to protection of life, in addition to any compensatory award, there is an obligation on States to carry out a thorough and effective investigation likely to lead

to those responsible being identified and punished, and in which the complainant has effective access to the investigation proceedings (see *Çakıcı v. Turkey* [GC], no. 23657/94, §§ 112-13, ECHR 1999-IV). An effective remedy entails the duty to conduct an effective official investigation into the incident(s), which must be, *inter alia*, “thorough, impartial and careful” (see *Velikova v. Bulgaria*, no. 41488/98, § 80, ECHR 2000-VI).

7. To that end, it is essential that in its judgments the Court should not merely give as precise a description as possible of the nature of the Convention violation found but should also indicate to the State concerned in the reasoning under Article 46 of the Convention and in the operative provisions, if the circumstances of the case so require, the measures it considers most appropriate in order to secure redress for the violation.

## JOINT CONCURRING OPINION OF JUDGES SPIELMANN AND POWER

1. We share the opinion of the majority that there has been a continuing violation of Article 2 of the Convention on account of the failure of the authorities of the respondent State to conduct an effective investigation into the fate of the nine men who disappeared in life-threatening circumstances. However, we would like to express our disagreement as to the reasoning concerning the question of the six-month rule. We agree in this respect with the analysis presented by Judge Ziemele and, in particular, the reference to the general principles of international law as set out in Article 14 § 2 of the International Law Commission’s Draft Articles on Responsibility of States for International Wrongful Acts.

2. Admittedly, it is quite understandable that the Court wants to uphold some legal certainty when it comes to the time frames within which complaints can be lodged. Even though we agree as a matter of principle that “where disappearances are concerned, applicants cannot wait indefinitely before coming to Strasbourg” and that they “must make proof of a certain amount of diligence and initiative and introduce their complaints without delay” (paragraph 161 of the judgment), we should still not forget that we are dealing with a continuing violation of an international obligation and that the respondent State has never accounted for the fate of the missing men, carried out an investigation into the events and those responsible and offered the possibility of claiming redress to the victims and the relatives. As the Court rightly points out in paragraph 148:

“... the procedural obligation will, potentially, persist as long as the fate of the person is unaccounted for; the ongoing failure to provide the requisite investigation will be regarded as a continuing violation (see *Cyprus v. Turkey*, cited above, § 136).”

3. To justify the reasoning as to the six-month rule, the majority relies heavily on the fact that the United Nations Committee on Missing Persons (“the CMP”) was not effective. We are unable to accept the consequences of that ineffectiveness as regards the application of the six-month rule. In this respect we agree with Judge Ziemele’s observations concerning the limited mandate of the CMP and we share her view that the fact that the CMP was not effective is only one of a number of criteria (and far from the most relevant one) in deciding on the application or not of the six-month rule in the proceedings before the Court.

4. We would like to add the following. As the Grand Chamber is not bound by the precedents of *Baybora and Others v. Cyprus* and *Karabardak and Others v. Cyprus* ((decs.), nos. 77116/01 and 76575/01, 22 October 2002),

we fail to see why the majority felt obliged to distinguish the present case from the ones decided in 2002 by saying that the applicants in those two cases “had unduly delayed in introducing their complaints before the Court”. We believe that it was unnecessary to elaborate a specific reasoning emphasising distinguishing features of the *Baybora and Others* and *Karabardak and Others* cases, which concerned applications introduced by the families of Turkish Cypriots who had gone missing during inter-communal strife in the 1960s. In paragraph 171, the majority concedes that “[t]he Chamber decisions in the above-mentioned cases are very concise; and in the absence of arguments from the parties, there is no explanatory reasoning”. In such circumstances, we are unable to subscribe to the finding that in *Baybora and Others* and *Karabardak and Others* the applicants “had unduly delayed in introducing their complaints before the Court”.

5. In the absence of detailed arguments submitted by the parties, we regret that the *Baybora and Others* and *Karabardak and Others* applications were rejected under Article 35 for being introduced out of time and that the Court held in those two cases that “even assuming that the applicants had no effective remedies as alleged, they must be considered to have been aware of this long before 30 October 2001, the date on which they introduced their application”. We cannot agree to the justification of those two inadmissibility decisions set out in paragraph 171 by taking as the critical moment “the end of 1990”. In this respect, we are convinced – even if we come to a different conclusion – by the reasoning of Judge Erönen that “[l]egally there is no difference between the delays of the *Karabardak and Others* applicants and the present applicants in their applications to the Court and the Commission respectively”.

6. A continuing violation such as occurs when a State fails to investigate or account for enforced disappearances does not cease by the passage of time to be a continuing violation. In our view, Judge Ziemele is correct in observing that the non-application of the six-month rule to breaches of international obligations that have a continuing character, such as in the context of enforced disappearance, serves the important purpose of preventing the perpetrators from enjoying impunity for such acts.

## CONCURRING OPINION OF JUDGE ZIEMELE

1. I agree with all the Court's findings in this case. However, there are a few questions that the Court leaves open in its reasoning or where I take a different line of reasoning. The first concerns the standing of the missing men in the proceedings before the Court (paragraphs 111 to 113 of the judgment). The second concerns the presumption of death (paragraphs 142 to 146 of the judgment). The third and last is the question of the application of the six-month rule to continuing violations, especially where enforced disappearances are concerned. It should be stated at the beginning that all these questions are interlinked. I shall now accordingly address the three issues.

### **The status of the missing men**

2. With reference to the existing case-law the Court points out that normally the relatives of the disappeared person are named as applicants in cases before the Court (see paragraph 111 of the judgment). In the instant case the applications are lodged in the name of the disappeared persons and their relatives and *there is an explicit refusal of the relatives to accept that a presumption of death may apply* to the disappeared persons. Furthermore, the applicants do not allege a violation of the substantive aspect of Article 2 of the Convention (see, *a contrario*, the case-law regarding disappearances in Chechnya (Russia)).

3. In its judgment, the Court establishes that the obligation to account for the fate of the missing men and bring to justice the person or persons responsible is of a continuing character (see, for example, paragraph 148 of the judgment). In my view, from that it follows that for as long as the fate of the missing men is not known it would be contrary to the very nature of a particular continuing obligation if the Court were to accept that they could be presumed dead, in which case the relevant legal consequences would include their lack of standing before the Court.

4. Moreover, enforced disappearances are a particular phenomenon which can only be fully addressed if it is recognised that it violates at the same time several human rights (for definition of the phenomenon, see, for example, the United Nations Declaration on the Protection of all Persons from Enforced Disappearance, paragraph 89 of the judgment). These rights are perhaps not all specifically spelled out in the Convention but they may be implied in other concepts contained therein. Among the rights violated in situations of enforced disappearances is the right to be recognised as a person before the law. By not accepting the applicant status of the missing

men, the Court itself may appear to refuse to recognise these individuals as persons before the law and to limit their right of access to justice. It is clear to me that the Court should not only have left the question of the standing of missing men open but it should have clearly recognised them as applicants in the case.

### **Presumption of death**

5. It is also important to note that international recognition of the acts of enforced disappearance as a continuing offence for as long as the perpetrators continue to conceal the fate and whereabouts of the missing persons is aimed at deterring States from engaging in such practices. Within this broader aim it has been recognised at the United Nations level that the presumption of death cannot be applied over the objections of the family (paragraph 90 of the judgment). History shows that missing persons are being found decades after international conflicts and that the families have continued to hope and search for their loved ones.

6. It has to be noted that in the instant case, unlike the position in many cases arising from the conflict in Chechnya (Russia) and that the Court uses as the main source for the principles to be applied in the instant case, the relatives have not asked either domestic authorities or the Court to rule one way or another on whether the missing men are dead (for comparison, see *Askharova v. Russia*, no. 13566/02, § 59, 4 December 2008, and *Magomadova v. Russia*, no. 2393/05, 18 June 2009). It is the respondent Government, again unlike the position in the Russian cases, who invoke the presumption of death so as to argue that the events fall outside the scope of the Court's temporal jurisdiction. The Russian cases very clearly differ from the instant case in that even the date of the presumed death falls within the temporal jurisdiction of the Court and the question of a substantive violation of Article 2 arises. Typically in these cases there is relatively much more, and more recent, evidence as to the actual event of abduction.

7. I therefore do not share the Court's reasoning in the instant case that the lapse of over thirty-four years may provide strong circumstantial evidence that the missing men have died in the meantime (paragraph 146 of the judgment). Certainly the Russian case-law does not constitute authority for such a statement of principle. In our case, the applicants refuse to accept any presumption of death while the respondent Government invokes this argument. At the same time, the applicants do not raise the claim under the substantive aspect of Article 2 in the context of which, in my view, this disagreement is more logically situated. The language of paragraph 146 may give a wrong idea of the Court's approach regarding long-term enforced

disappearances typically associated with complex international conflicts. The Court arrived at the conclusion that, even though the missing men may be presumed dead, a continuing obligation to investigate their fate and account for their whereabouts persists. I find it difficult to see how one can meaningfully separate the obligation from those in whom the right is vested, i.e. the missing men. Therefore, given what enforced disappearances represent on the day of lodging the application with the Court, the missing men could not be presumed dead since there were no national decisions or relatives' requests to that effect. The missing men are the applicants and there are rights under the Convention owed to them by the respondent State.

### **Six-month rule**

8. Lastly, I should address the question of the six-month rule. It is quite understandable that the Court wants to uphold some legal certainty when it comes to the time frames within which complaints can be lodged. Cut-off dates serve their legitimate purpose in judicial proceedings. However, the question in our case is whether the same approach applies where a continuing violation of an international obligation is concerned. For the purposes of this question, it is important to remind ourselves of the very character of a continuing violation of an international obligation. Article 14 § 2 of the International Law Commission's Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts defines the phenomenon as follows:

“The breach of an international obligation by an act of a State having a continuing character extends over the entire period during which the act continues and remains not in conformity with the international obligation.”

9. In our case, the respondent State has not to date accounted for the fate of the missing men, conducted an investigation into the events and those responsible and offered the possibility of claiming redress to the victims and the relatives. The fact that the United Nations Committee on Missing Persons (“the CMP”) was not effective is only one, and far from the most relevant, criterion for the decision whether or not to apply the six-month rule in the current proceedings before the Court. The CMP's mandate is limited to ascertaining whether the disappeared persons are dead or alive. It cannot attribute responsibility or state the cause of death (paragraph 85 of the judgment). In other words, it is not the CMP which will discharge the full scope of Turkish obligations with respect to the missing persons. This was a known fact when the CMP was set up. It was confirmed in the fourth inter-State case (paragraph 187 of the judgment).

10. The Court took a false route in its reasoning on the six-month rule when it stated that from the moment when it became clear that the CMP would not offer hope for progress (paragraph 170 of the judgment) the sixth-month count should have begun for the individuals concerned for the purposes of lodging a complaint with the Court. As the judgment shows (see the submissions of the parties under Article 2), and in view of the findings of the Court with respect to a continuing breach of a procedural obligation by Turkey under Article 2 (paragraphs 191 to 194 of the judgment), we are still in the presence of an ongoing breach of a Convention obligation. The Court should therefore have followed its own case-law on non-application of the six-month rule to continuing situations (paragraph 159 of the judgment). Non-application of the six-month rule to breaches of international obligations having a continuing character, especially when we deal with such crimes as enforced disappearance, serves the important purpose of preventing the perpetrators from enjoying impunity for such acts.

11. However, the non-applicability presumption is a rebuttable one. The Court will in any case examine each situation, as indeed the Court states in paragraph 165. As noted by the International Court of Justice in the *Certain Phosphate Lands in Nauru Case*, “[i]t is therefore for the Court to determine in the light of the circumstances of each case whether the passage of time renders an application inadmissible” (*Phosphate Lands in Nauru Case*, ICJ Reports 1992, § 32). The test for the application of the six-month rule to continuing situations is therefore different from what is set out in the reasoning in paragraphs 166 to 171. It should be asked instead whether there was any event or act which could be seen as triggering the running of time for the submission of the complaint, because for as long as there are no meaningful actions taken to address the problem of disappearances the problem persists, and the right to complain about it accordingly also persists. In other words, the issue is not whether there is an event suspending the running of time (see, *a contrario*, paragraph 171 of the judgment); it is whether there is an event which triggers the start of the six-month period. If the CMP was intended to be a proper remedy in the disappearance cases, it indeed could be properly examined in the light of the six-month rule. But this is clearly not the case.

## CONCURRING OPINION OF JUDGE VILLIGER

I voted with the majority in finding violations of Articles 2, 3 and 5 of the Convention.

Nevertheless, I disagree with the majority's conclusion in which the respondent Government's preliminary objection as to the application of the six-month rule under Article 35 § 1 of the Convention is rejected (paragraph 172 of the judgment).

There can be no doubt that the disappearances amounted to a continuing situation. However, the relatives of the missing persons claiming to suffer from the continuing violation cannot wait indefinitely until they undertake a particular form of action. At some stage, the continuing situation will come to an end, and the six-month rule has to be applied. The question arises as to when this moment will be.

In the present case, this moment arose when the relatives of the missing persons had remedies at their disposal and employed them, or failed to employ them as they realised that the remedies were ineffective. The institution providing for the remedy, if I may call it this, would have been the United Nations Committee on Missing Persons ("the CMP"). It raised high hopes in 1981 when it was set up. But after a certain time, it could be seen by everyone that it was not effective, and the relatives could no longer have been expected to apply to it.

Thus, by 1984 delays had become apparent, in particular as it was only then, i.e. three years after the CMP was set up, that the rules of procedure were prepared. In the years that followed, the relatives should have realised, if necessary assisted by competent legal advice, that the CMP was not at all a body which could afford relief and which they could be expected to seize.

For me the cut-off date of the continuing period falls in the year 1987. This view, therefore, coincides with the respondent Government's objection that the six-month rule started running in the year when Turkey accepted the right of individual application before the former European Human Rights Commission.

As the relatives failed to raise their complaints then, they have not, in my view, complied with the six-month rule according to Article 35 § 1 of the Convention.

## DISSENTING OPINION OF JUDGE ERÖNEN

1. Following the decision of the Grand Chamber in *Šilih v. Slovenia* ([GC], no. 71463/01, 9 April 2009), the majority in the present case set out to establish a consistency of jurisprudence in matters relating to *ratione temporis* and the six-month rule in relation to disappearance cases, granting jurisdiction over the matter to the Court in order to end the anomalies present in the variety of rulings on the matter to date.

I have been unable to agree with the majority decision that the Court has jurisdiction to decide in the present case for the reasons I will expound on below and because I found no reason to change my views on the matter which I gave in the Chamber's judgment. On the whole I have found that, rather than clarifying the situation and the case-law on the subject as I believe was intended, the case-law precedents on the issue have become even more untenable and confusing as a result of the majority decision in this case, so that there is now a jurisprudence which is relatively prejudicial to the efficacy and consistency expected of the European Court of Human Rights.

This I found to be so in both the majority's assessment of *ratione temporis* in disappearance cases and to the application of the six-month rule, both of which I feel have been eroded and dispensed with as a result of this decision. I will devote my opinion to these two aspects of the decision and to related issues. Since I do not agree that the Court has jurisdiction in this case I do not consider it ethical or correct to voice any opinion on any of the substantive issues involved in the alleged violations of the Convention.

2. I voted against the finding of the majority rejecting the respondent Government's two preliminary objections that the Court did not have jurisdiction *ratione temporis* to entertain the case and that the application had been filed out of time under the six-month rule. It is my view that the Court does not have competence to adjudicate on the merits of the present case. I shall expand further on this opinion below. I also voted against the majority judgment to the effect that a legal interest remains in pursuing the examination of these applications for the very reason that the majority in this judgment (paragraphs 185, 186, 201, 202 and 208) have concluded that the first-named applicants in each application were among those who went missing in 1974. I do not feel it necessary to go into further detail on the lack of legal interest issue in consideration of the fact that I do not find that the Court has jurisdiction to entertain the case in view of the other two preliminary objections.

3. In conformity with my opinion that the Court does not have temporal jurisdiction, I voted against the finding that there has been a continuing violation of Article 2 on account of the failure of the authorities of the respondent State to conduct effective investigations into the fate of the nine missing men, who disappeared in life-threatening circumstances. As a result, I again do not feel it correct or ethical to express any comments on the merits of these allegations or on the majority view stated in the judgment.

4. It follows therefore that for the very same reason I did not consider it in accordance with my opinion on the lack of competence *ratione temporis* and the six-month rule to commit myself to voicing any views on or making findings of a continuing violation under Article 3 in respect of the applicants, and of a continuing violation of Article 5, by virtue of the failure of the authorities of the respondent State to conduct an effective investigation into the fate of Eleftherios Thoma and Savvas Hadjipanteli.

5. I voted with my colleagues with regard to the alleged violation of Article 5, to the effect that there has been no continuing violation by virtue of the failure of the authorities of the respondent State to conduct an effective investigation into the fate of the seven missing men, for the sake of consistency. I do not deem this to contradict in any way my opinion on the preliminary objections.

6. Similarly, the reason I voted with my colleagues (despite my opinion that the Court does not have temporal jurisdiction to deal with the merits of this application) in finding that it was not necessary to examine the complaints relating to alleged violations under Articles 4, 6, 8, 10, 12, 13 and 14 of the Convention, was simply because the Court found no reason to adjudicate on the complaints and not because I concur with the majority findings of violations under Articles 2, 3 and 5 (paragraph 211 of the judgment).

7. For the same reason, in view of my opinion that the Court does not have temporal jurisdiction and since I do not find that there is a continuing obligation, I voted against any conclusion relating to the question whether an award should be made in respect of non-pecuniary damage.

8. I voted with my colleagues with regard to the remainder of the applicants' claim for just satisfaction, with the same motive and belief as stated in point 5 above.

At this stage, I would reiterate the observations I made in the case before the Chamber. Any view I may express in this opinion is made with a view to expanding on and confirming the observations I made at that stage of the proceedings. The Grand Chamber decision in *Şilih* has not altered my

views. I will also express my humble views on why I could not agree with the majority views in this particular case.

The majority accepts that under general principles applied to this case it does not have competence to examine factual events in 1974, considering them outside the Court's temporal jurisdiction.

However, the majority view notes (a) that the duty to provide an effective investigation is itself an independent violation operating separately from the substantive limb of Article 2; (b) that even if a presumption of death could be found, this would not remove the procedural obligation to investigate; and (c) that disappearances are an "instantaneous act" which nevertheless gives rise to a continuing obligation to investigate, and that the Court therefore has jurisdiction to try the case *ratione temporis*.

While deciding on the *ratione temporis* principle I found some confusion in the assessment of the two recent cases on *ratione temporis*, *Blečić (v. Croatia)* [GC], no. 59532/00, ECHR 2006-III) and *Šilih*.

As noted by the majority, the principles in *Blečić* state, *inter alia*:

"77. ... the Court's temporal jurisdiction is to be determined in relation to the *facts constitutive of the alleged interference*. The subsequent failure of remedies aimed at redressing that interference cannot bring it within the Court's temporal jurisdiction." (emphasis added)

The Court, further clarifying the principle in the *Blečić* judgment, emphasised as follows:

"81. In conclusion, while it is true that from the ratification date onwards all of the State's acts and omissions must conform to the Convention (see *Yağcı and Sargin v. Turkey*, 8 June 1995, § 40, Series A no. 319-A), the Convention imposes no specific obligation on the Contracting States to provide redress for wrongs or damage caused prior to that date (see *Kopecký v. Slovakia* [GC], no. 44912/98, § 38, ECHR 2004-IX). Any other approach would undermine both the principle of non-retroactivity in the law of treaties and the fundamental distinction between violation and reparation that underlies the law of State responsibility.

82. In order to establish the Court's temporal jurisdiction it is therefore essential to identify, *in each specific case, the exact time of the alleged interference*. In doing so the Court must take into account both the facts of which the applicant complains and the scope of the Convention right alleged to have been violated." (emphasis added)

In *Šilih*, the approach on whether a procedural obligation under Article 2 exists involved the question of the detachability of the procedural obligation. For there to be a procedural duty existing under Article 2, *Šilih* states as follows (§§ 162-63):

"... where death occurred before the critical date, only procedural acts and/or omissions occurring after that date can fall within the Court's temporal jurisdiction.

... there must exist a genuine connection between the death and the entry into force of the Convention in respect of the respondent State for the procedural obligations imposed by Article 2 to come into effect.

Thus a significant proportion of the procedural steps required by this provision – which include not only an effective investigation into the death of the person concerned but also the institution of appropriate proceedings for the purpose of determining the cause of the death and holding those responsible to account (see [*Vo v. France*], § 89) – will have been or ought to have been carried out after the critical date.

However, the Court would not exclude that in certain circumstances the connection could also be based on the need to ensure that the guarantees and the underlying values of the Convention are protected in a real and effective manner.”

While it is true that Turkey ratified the Convention in May 1954, it only recognised the right of individual petition regarding events occurring after 22 January 1987 and the Court’s jurisdiction only in 1990. In order for *Şilih* to apply, it is also not established in the majority’s decision what the “genuine connection between the death and entry into force of the Convention” is for Turkey.

In my respectful opinion, while Turkey could be bound by the Convention from 1954, the Court does not have the competence to examine any facts that occurred prior to 1987 even where the procedural obligation under Article 2 is “detachable”, since according to *Şilih* (cited above) such jurisdiction to examine did not arise from any kind of *procedural acts and/or omissions occurring after the “critical date” of 1987*, which the majority has already accepted as being the operative date. Article 6 of Protocol No. 11 confirms this view. In other words the Court only has jurisdiction to examine a continuing procedural obligation occurring after 1987, since the continuing obligation would move *forwards* after the critical date, not *backwards*. Article 6 of Protocol No. 11 did not change Turkey’s restrictions regarding acceptance of the Court’s compulsory jurisdiction over any of its acts or omissions before 1987.

Protocol No. 11 entered into force on 1 November 1998. Article 6 of Protocol No. 11 provides:

“Where a High Contracting Party has made a declaration recognising the competence of the Commission or the jurisdiction of the Court under former Article 25 or 46 of the Convention with respect to matters arising after or based on facts occurring subsequent to any such declaration, this limitation shall remain valid for the jurisdiction of the Court under this Protocol.”

Article 6 of Protocol No. 11 in effect clearly states that the present-day Court is only competent to examine “matters arising after or based on facts occurring subsequent to” any declaration recognising the competence of the Court. Hence, in line with my views on the *ratione temporis* question,

Article 6 of Protocol No. 11 clearly prohibits the Court from entertaining any case which relates to any facts occurring prior to the “critical date” of 1987.

In this respect I found the majority judgment confusing in that despite Article 6 of Protocol No. 11 binding Turkey in respect of violations occurring after 1987, the majority prefers to take 1954 as the operative date for its temporal competence to examine the alleged violations when in fact Turkey did not agree to be compulsorily bound by them or be accountable for them until the critical date of 1987. In effect, the majority accepts that while the Court does not have jurisdiction to examine complaints raised in so far as the alleged violations are based on facts having occurred before that “critical date” (paragraphs 133 to 134 of the judgment), that is before 1987, it nonetheless proceeds from its finding that Turkey was bound by the provisions of the Convention from its date of ratification of the Convention, 18 May 1954. As a result, I find that it mistakenly brings the events of 1974 and the disappearances and subsequent deaths during that time within its jurisdiction.

This is hard to reconcile with the *Xenides-Arestis v. Turkey* case ((just satisfaction), no. 46347/99, 7 December 2006), as regards *ratione temporis*, where the Court, in assessing compensation in its judgment on just satisfaction, took the operative date as the date when Turkey recognised the compulsory jurisdiction of the Court in 1990, ruling as follows (§ 38):

“The Court will therefore proceed to determine the compensation the applicant is entitled to in respect of losses emanating from the denial of access and loss of control, use, and enjoyment of her property between 22 January 1990, the date of Turkey’s acceptance of the compulsory jurisdiction of the Court, and the present time (*Loizidou* (Article 50), judgment of 29 July 1998, cited above, p. 1817, § 31).”

In my view, the majority judgment adds even more confusion to already complex *ratione temporis* issues as my comments below will further elaborate.

### **Presumption of death**

My views in relation to this aspect remain the same as in the Chamber judgment (*Varnava and Others v. Turkey*, nos. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 and 16073/90, 10 January 2008), in that:

“ ... I perceive no justifiable reason why a presumption of death (in the light of the most recent development in the Court’s case-law), unless for reasons of sensitivity on the issue, could not have been adjudicated and acted upon accordingly. The *Blečić* principle as applied to the present case, relieves, to a certain extent, the findings on the presumption of being alive and continuing violation as expressed in the *Cyprus v. Turkey* decision on missing persons, thereby excluding the presence of an obligation

of a continuing nature. I find that the disappearances and the presumption of the applicants' being dead existed as a fact before Turkey recognised the right of individual application to the Commission. That is to say, the facts constitutive of the alleged interference, and as proven, had taken place before ratification and therefore this Court is not competent *ratione temporis* to examine the effective investigation issue or any other issues pertinent to the actual *merits* of this case.

In short, I feel that there is no violation of a 'continuing nature', and hence no obligation of a continuing nature. The findings of the *Cyprus v. Turkey* judgment with regard to a 'continuing violation of Article 2 on account of the failure of the authorities of the respondent State to conduct an effective investigation' need to be interpreted in line with recent case-law, which necessitates that such a 'continuing obligation' and all consequent requirements of such an obligation, if an obligation does exist, *only exist* if the case falls within the competence of this Court *ratione temporis* – and, in my view, the present case does not.

Given that the facts constitutive of the alleged interference (disappearance and subsequent presumed deaths) occurred before 28 January 1987, I do not feel that the Court can examine the complaints concerning the ineffectiveness of the investigation into the disappearance of the Greek Cypriots, for lack of jurisdiction *ratione temporis*."

It is not clear whether the majority decision in the present case is presuming the death of the missing persons or not, though it does appear to make obscure assumptions on this issue. Further, while the presumption of death is "not automatic" the majority notes that there is a possibility that the missing are dead and it also does this through examples of case-law where such presumptions of death were actually made (paragraph 143 of the judgment),

"[e]ven if there was an evidential basis which might justify finding that the nine missing men died in or closely after the events in 1974 ..." (paragraph 144).

In paragraph 146 of the majority decision the Court therefore concludes:

"... that even though a lapse of over thirty-four years without any news of the missing persons may provide strong circumstantial evidence that they have died meanwhile, this does not remove the procedural obligation to investigate."

There appears to be a contradiction when, having made a finding based on "strong circumstantial evidence" that the men may in fact be dead, the Court states in paragraph 148:

"A disappearance is a distinct phenomenon, characterised by an ongoing situation of uncertainty and unaccountability in which there is a lack of information or even a deliberate concealment and obfuscation of what has occurred ..."

I agree with the majority findings in the present case in paragraph 146 and with paragraph 147 to the following effect:

“... as found in *Šilih* concerning the procedural obligation under Article 2 to investigate unlawful or suspicious deaths, the procedural obligation under Article 2 arising from disappearances operates independently of the substantive obligation.”

Yet, while it is sought to distinguish the approach of *Šilih* – to the effect that the requirement of proximity of the death and investigative steps to the date of entry into force of the Convention – “*applies only in the context of killings or suspicious deaths, where the anchoring factual element, the loss of life of the victim, is known for a certainty, even if the exact cause or ultimate responsibility is not*” from the continuing nature of the procedural obligation as found in the phenomenon of disappearance cases (paragraphs 148 to 149 of the judgment), the majority have nonetheless implicitly accepted that the men are more than likely *dead*. I consider that the majority in presenting their views should have arrived at and expounded a more concrete and explicit finding on the fate of the “missing” rather than simply implicitly doing so.

Bearing the principles set out in *Šilih* in mind, even if the distinct procedural obligation, “operating independently from the substantive limb”, is of a continuing nature, it is related to the facts occurring prior to the critical date and such an obligation cannot be “detached” from the events which occurred prior to it. Conversely, even if detachable, the obligation is a part of events occurring before the critical date, and is therefore not within the Court’s temporal jurisdiction.

Therefore, I feel that the observations found in paragraphs 147 to 149 in effect eliminate the reliance placed by the majority on *Šilih* and *Blečić* when arriving at its conclusions.

In line with my views that a presumption of death should be made, I also agree therefore with the majority that there is “strong circumstantial evidence that they have died” and that this itself does not prevent a procedural obligation from arising. However, where I differ is that this duty’s existence depends on whether the Court does have temporal jurisdiction regarding the procedural obligation in the first place, which in line with the principles set down in the recent Grand Chamber judgment of *Šilih*, it does not.

I also concur wholeheartedly with the reasoning of Judges Bratza and Türmen in the *Šilih* case, looking beyond the “detachable” obligations of Article 2’s procedural aspect:

“Divorcing the procedural obligation from the death which gave rise to it in this manner would, in our view, be tantamount to giving retroactive effect to the Convention and rendering nugatory the State’s declaration recognising the Court’s competence to receive individual applications.”

Even if noted (in paragraph 134) that “the applicants specified that their claims related only to the situation pertaining after January 1987, namely

the continuing failure to account for the fate and whereabouts of the missing men by providing an effective investigation”, in the present case the obligation to carry out investigative measures was not triggered by “relevant new evidence or information” before this Court, since the majority position on this issue is, as I see it, still based on the fourth inter-State case findings.

Again, to reiterate, I hold the belief that, following the reasoning in *Şilih*, if a duty existed it also existed *before* January 1987. This being so, and since the duty to investigate existed *long before* the date of recognition of the jurisdiction of both the Commission and the Court (at least thirteen years), then according to Article 6 of Protocol No. 11 the obligation to investigate said to exist cannot be detached from the events prior to 1987. Even where such an obligation is accepted as “detachable”, it is still outside this Court’s temporal jurisdiction.

If the duty to investigate existed, it existed from 1974 and continued until and after the critical date. The *Şilih* conditions are therefore not satisfied. It is equally true that such facts are not separate or “detachable” from the events that occurred prior to 1987. Hence, in both respects, the Court has no jurisdiction to try this case.

This is what the *principle of legal certainty* requires. Difficulties and anomalies existing behind the judicial reasoning (paragraphs 132 to 150 of the judgment) found in the present applications, result in what I consider to be an effort to bring the procedural obligation of an investigation within the jurisdiction of this Court.

I could not help but ask myself the question whether one is to assume therefore that disappearance cases like the case before us, where a presumption of death is a natural consequence of the facts before the Court, do not have a place within or are excluded from the fundamental principle of the Convention found in the *ratione temporis* rule. Another question: does the finding of the majority in paragraphs 147 to 149 mean that the *ratione temporis* principle is no longer applicable to disappearance cases?

The *ratione temporis* principle is, as is the procedural aspect of Article 2, enshrined in the Convention. It is not one that can be overridden and the findings of the majority again leave the Court open to *inconsistency in jurisprudence*. This judgment raises serious issues of legal certainty and creates further uncertainties, if the Court’s temporal jurisdiction concerning compliance with the procedural obligation of Article 2 in respect of deaths that occurred before the critical date were to be regarded as open-ended. As such, these inconsistencies will not be easily remedied if, in an effort to resolve the differences between various Court decisions on this issue as concerns the Court’s jurisdiction *ratione temporis* over procedural complaints

under Article 2, one does not remain true to the principles and aspects of “detachability” enunciated in *Şilih* (§§ 153-63, and especially §§ 161-65).

That means, in conclusion, that the majority approach in the present case is, in my opinion “tantamount to giving retroactive effect to the Convention and rendering nugatory the State’s declaration recognising the Court’s competence to receive individual applications” (see the separate opinion of Judges Bratza and Türmen in *Şilih*).

In view of the above and Article 6 of Protocol No. 11, I find that the alleged interference referred to in this case, whether procedural or substantive, does not fall within the Court’s temporal jurisdiction and that it is therefore not competent to examine these applications.

### **The six-month rule**

As regards whether there was a “procedural obligation to investigate the fate and whereabouts of the missing men at the time of the introduction of these applications” the majority concurs with the Chamber judgment that there was no “unreasonable delay by these applicants in introducing their complaints”.

In my view, here too in reality the six-month rule becomes eroded by bringing to the rule a different interpretation from the one which is already clear cut. While I accept the majority’s interpretation of “reasonable expedition” this is entirely a relative issue pertaining to the present case and has no bearing on the *Baybora and Others (v. Cyprus)* (dec.), no. 77116/01, 22 October 2002) applications. While accepting that there were difficulties for the applicants in realising the ineffectiveness of the United Nations Committee on Missing Persons (“the CMP”), the Court appears to disregard the possibly even more serious difficulties and “special circumstances” occurring during the intervening years for the Turkish Cypriot applicants on account of “the uncertainty and confusion which frequently mark the aftermath of a disappearance” (paragraphs 162 to 166 of the judgment). No allowances appear to have been made for Turkish Cypriot “*disappearance cases, where there is a state of ignorance and uncertainty and, by definition, a failure to account for what has happened, if not an appearance of deliberate concealment and obstruction on the part of some authorities, [and where] the situation is less clear cut.*”

Whereas a date is given – “the end of 1990” – when the applicants were bound to know that the CMP was ineffective, the majority fail, with all due respect to my colleagues, to give the same understanding to Turkish Cypriot applicants, who in fact waited for an official confirmation through the Court judgment, that is the judgment of 10 May 2001 in the fourth inter-

State case. Here I find it necessary to reiterate my opinion in the Chamber judgment on this issue:

“(a) The intervening Government of Cyprus recognised the right to individual petition to the Commission on 1 January 1989. The Turkish Cypriot applicants could not have applied earlier for redress in respect of their claims. Similarly Greek Cypriot applicants could not have applied, until Turkey’s ratification in 1987, to the Commission and, in January 1990, to the Court.

(b) The applicants in the present case, as well as those in the *Karabardak and Others* case, could not have known of the decisions taken in the inter-State cases. The first, second or third inter-State cases did not really deal with the issues of continuing violation. It was in 2001, in the fourth inter-State case, that the notion of continuing violation in disappearance cases was first expounded. In any event, no applicant could have applied until 1989 or 1990, respectively. The present applicants lodged their application in 1990. The *Karabardak* applicants made their application in 2001, probably after obtaining legal advice on the issue. The legal positions, in both cases, are the same.

(c) As pointed out in the *Akdivar case (Akdivar and Others v. Turkey, judgment of 16 September 1996, Reports 1996-IV, p. 1210)* prevailing ‘special circumstances’ need to be taken into account when considering whether remedies are actually available. Considering the climate in Cyprus in both 1963-4 and 1974, one cannot say with certainty that such redress was readily available to trace the disappearances (see also *Cyprus v. Turkey, § 99*).

(d) The CMP did not start functioning until 1981. The CMP was concerned with collecting files on both Greek and Turkish missing persons’ families, so reliance was probably placed on the outcome of the CMP investigations and no other redress claimed. Understandably, such families of missing persons were not aware of the mandate of the CMP as it stood at the time and perhaps only became aware of its functions and views on its work following the fourth inter-State judgment in May 2001. It follows then that the fact that the applicants in the present case applied to the Commission three days after Turkey recognised the Court’s jurisdiction is, with all due respect to my colleagues, immaterial. *Legally* there is no difference between the delays of the *Karabardak* applicants and the present applicants in their applications to the Court and the Commission respectively. If the *Karabardak* and *Baybora* applications were rejected for being introduced out of time under Article 35, so too should the present applications have been. The fact that the events they complained of took place during the inter-communal strife of the 1960s and not in 1974 makes no difference to the *legal* situation.”

While the majority claim to have given “careful consideration” to the families of the Turkish Cypriots missing in inter-communal strife in the 1960s, stating, in paragraph 171:

“[The Court] is particularly sensitive to any appearance that differing, and inconsistent, approaches have been taken in these cases. Nonetheless, it is not persuaded that this is so. The Chamber decisions in the above-mentioned cases are

very concise; and in the absence of arguments from the parties, there is no explanatory reasoning. Their conclusion, however, that the applications were introduced out of time is in line with the principles and case-law outlined above.”

I do not have the impression that this is so. I consider that there is a clear contradiction in adding that the conclusion “is in line with the principles and case-law”. Either there is no “explanatory reasoning” or the “conclusion is in line with the principles and case-law”. It cannot be both since the *Baybora and Others* decisions are described as “concise”. In effect, therefore, the majority’s assessment here of the *Baybora and Others* case (paragraph 171 of the judgment) sadly closes the door on Turkish Cypriot applications.

For the sake of clarity and conformity of case-law, the date of the fourth inter-State judgment of this Court, when the CMP’s ineffectiveness was actually discussed and addressed, would have been the more appropriate date, not “the end of 1990”.

The six-month rule is a principle of law, *a legal fact*, and to be abided by whether three years or thirteen years have passed. It makes no difference. If there is “undue delay” in three years, then there is also “undue delay” in thirteen years. The reasoning given by the majority to justify both the present application and the *Baybora and Others* rulings is in my opinion not in conformity with *Šilih*, since as was found in *Baybora and Others*, so too the present applications should have been lodged within the six-month period. Or, taken vice versa, a decision should have been given in *Baybora and Others* in conformity with the present views.

As stated above, the *Šilih* judgment (cited above, § 165) attaches importance (a) to the fact that the events giving rise to the procedural obligation had occurred a short time before the critical date of ratification and (b) to the fact that the investigations had begun after ratification. In this respect, in *Šilih* the Court notes that the death of the applicants’ son had occurred “only a little more than a year before the entry into force of the Convention in respect of Slovenia” and also to the fact that all investigations had begun within a *short time* after the critical date. Therefore, since the procedural duty to investigate occurred *shortly after* ratification by Slovenia, the Court there found it had jurisdiction. It should be noted that unlike the respondent Government in the present case, Slovenia had recognised the compulsory jurisdiction of the European Human Rights Commission and the European Court of Human Rights from the date when it deposited the instrument of ratification of the Convention, that is on 28 June 1994.

For the reasons I have stated, the present applications were not filed in conformity with the six-month rule. Regrettably therefore, I cannot agree with the majority view, and conclude that the judgment on this issue also

creates a serious contradiction in European Convention law and precedents by stating:

“Accordingly, by applying to the Court in January 1990, these applicants acted, in the special circumstances of their cases, with reasonable expedition for the purposes of Article 35 § 1 of the Convention.” (paragraph 170)

Without committing myself to comments on the merits of this case and without prejudice to my above views, I find it important to make some reference to the views expressed with regard to the CMP and the burden of proof.

### **The United Nations Committee on Missing Persons**

In my view, relevant information regarding the functions of the United Nations Committee on Missing Persons (“the CMP”) which was not available to the Grand Chamber in the inter-State case has been presented in these applications. Yet a simple reference (paragraph 85 of the judgment), perfectly understandable for establishing exactly what the CMP is and noting its functions, is merely taken from the inter-State case judgment delivered in 2001 and is insufficient to note the important developments since that date (paragraphs 86 to 87 of the judgment). It does an injustice to the large quantity of information provided by the respondent Government since that judgment was delivered.

Even if the CMP is still considered ineffective to meet the purposes of Article 2, I find it is inconceivable that there is nothing more to say about it in the light of all the material provided since the 2001 decision. The majority judgment itself makes no *new finding* on any aspect of its work. I do not find that the development of the CMP’s functions and its relevance as part of an “effective investigation”, even after the receipt of new information and evidence, have been sufficiently reassessed. This is made more evident by the fact that while the Court has made extensive use of facts, information and case-law, etc. relating to *ratione temporis* jurisdiction in disappearance cases before other international bodies especially (paragraphs 88 to 102 of the judgment), it has not done the same with regard to the CMP information provided.

My views are supported by the recent important developments which have shown the role and activities of the CMP as an imperative and indispensable factor towards the implementation of effective investigations as required by Article 2. This fact was emphasised in a decision taken at the 1051st human rights meeting of the Committee of Ministers on 19 March 2009 (see paragraph 88 above).

The Committee of Ministers, supervising the execution of the judgment in the fourth inter-State case, noted that the “sequence of measures within the framework of the effective investigations” necessitated that any other form of effective investigation should not jeopardise the CMP’s mission and considered it crucial that the current work of the CMP be carried out under the best possible conditions and without further delay. In doing so it especially underlined the importance of preserving all information obtained during the Programme of Exhumation and Identification. It noted, in effect, that the CMP’s mission is *part of* and *not separate* from any other required investigation and must take precedence over any other “effective investigation”. In my understanding, the Committee of Ministers’ decision emphasises that the CMP’s work on the missing would need to be completed before any other kind of additional investigation can be initiated.

### **The burden of proof**

I would like to comment briefly too on the references to the burden of proof in the present applications:

The majority have found that “the Court would concur that the standard of proof generally applicable in individual applications is that of beyond reasonable doubt – though this also applies equally in inter-State cases” (paragraph 182 of the judgment).

However, I consider that this view fails to give a reasoning as to why this is so, resulting in a situation where any differences between the two degrees of proof are not dealt with, and therefore fails to comment on whether the burden of proof has been discharged in these particular individual cases.

In inter-State cases, States do not have to prove grievance or injury. In individual cases however, such issues have to be proved. Equating individual applications with inter-State applications on the same level is, I feel, an *error in law* which has in effect eliminated the *standard of proof* necessary to establish a violation in individual applications.

As to the shifting of the burden of proof (paragraph 184 of the judgment), in individual applications the burden of proof only shifts to the respondent Government if the applicants have, in the first place, discharged their burden and initially *proven* the facts relied upon to establish their claim for redress. This, in my opinion, is not the case in the present applications. In effect the inter-State case findings have been taken as part and parcel of the proof of these applications and have been applied without separately examining and making separate findings of fact in these individual applications.

While stating that “[t]here is no basis on which it can be assumed that the missing men in the present case were included in the Court’s [inter-State case] findings” (paragraph 181), the judgment then goes on to say:

“In the light of the findings in the fourth inter-State case, which have not been controverted, these disappearances occurred in life-threatening circumstances where the conduct of military operations was accompanied by widespread arrests and killings. Article 2 therefore imposes a continuing obligation on the respondent Government to account for the whereabouts and fate of the missing men in the present case ...” (paragraph 186)

This is a discrepancy clearly showing that the burden of proof incumbent on the applicants in the present case has not been assessed, the Court having merely adopted the inter-State case judgment on this issue. In this part of the majority judgment (paragraphs 181-86), and especially in paragraph 185, there is an indirect finding of fact as regards what occurred in 1974, which the majority have already accepted as being outside its temporal jurisdiction. With respect, this I sense is due to the fact that while it is sought to establish a “detachable” obligation under the procedural aspect of Article 2, the judgment nonetheless relies on facts *outside* of the Court’s temporal jurisdiction, considering them already established as existing, when this is not so.

### **Damages and costs**

On a final note, I have found the respondent Government justified in their preliminary objections and that this Court lacks jurisdiction, *ratione temporis*, to entertain this case. Therefore, I do not see any purpose in giving my opinion as to whether an “impact of the violation ... regarded as being of a nature and degree as to have impinged so significantly on the moral well-being” of the second applicants can be attributable to acts or omissions of the respondent Government in violation of the Convention.

Since I do not concur with the findings that the facts of the applications can be a subject for assessment by the Court, I cannot possibly agree with the majority’s assessment under Article 41 on the issue of just satisfaction claims, whether in whole or in part.

In consideration of all of the above, I find also that there should be no award as to costs since this Court lacks jurisdiction and the applications are time-barred by the six-month rule.



VARNAVA ET AUTRES c. TURQUIE  
*(Requêtes n<sup>os</sup> 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90,  
16071/90, 16072/90 et 16073/90)*

GRANDE CHAMBRE<sup>1</sup>

ARRÊT DU 18 SEPTEMBRE 2009

---

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>**Non-réalisation d'une enquête effective sur le sort de Chypriotes grecs disparus au cours des opérations militaires menées par la Turquie dans le nord de Chypre en 1974****Article 2**

*Vie – Obligations positives – Obligations de l'Etat dans une zone de conflit international – Non-réalisation d'une enquête effective sur le sort de Chypriotes grecs disparus au cours des opérations militaires menées par la Turquie dans le nord de Chypre en 1974 – Subsistance de l'obligation malgré le contexte politiquement délicat et l'intervention restreinte d'un organe supranational*

**Article 3**

*Traitement inhumain – Silence des autorités devant les inquiétudes réelles quant au sort des personnes portées disparues depuis les opérations militaires turques dans le nord de Chypre*

**Article 5**

*Liberté physique – Non-réalisation d'une enquête effective sur des allégations défendables selon lesquelles les hommes portés disparus auraient été détenus pendant les opérations militaires*

**Article 35 § 1**

*Délai de six mois – Requête introduite plus de six mois après la date de la reconnaissance par l'Etat défendeur du droit de recours individuel – Point de départ du délai de six mois dans les affaires de disparition – Connaissance réelle ou théorique de l'absence de chance réaliste et immédiate de voir mener une enquête effective – Célérité raisonnable*

**Article 35 § 2 b)**

*Essentiellement la même requête – Compétence de la Cour en cas d'examen antérieur de faits essentiellement les mêmes dans le cadre d'une requête interétatique – Requêtes non introduites par les mêmes personnes – Différence des recours disponibles en cas d'affaire interétatique et de requêtes individuelles – Intérêt juridique à la poursuite de l'examen*

---

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

**Article 35 § 3**

*Compétence ratione temporis – Compétence temporelle de la Cour relativement à des disparitions survenues quelque treize ans avant la reconnaissance par l'Etat défendeur du droit de recours individuel – « Obligation détachable » – Caractère continu des disparitions – Proximité temporelle non exigée pour fonder la compétence dans les affaires de disparition*

\*

\* \*

Les requérants sont des proches de neuf ressortissants chypriotes disparus au cours d'opérations militaires menées par l'armée turque dans le nord de Chypre en juillet et août 1974. Il y a controverse sur les faits entre les parties. Parmi les neuf disparus, huit faisaient partie des forces chypriotes grecques et auraient disparu, d'après les requérants, après avoir été capturés et placés en détention par des militaires turcs. Des témoins ont déclaré avoir vu les hommes portés disparus dans des prisons en Turquie en 1974 et certains d'entre eux furent identifiés par leurs familles sur des photographies de prisonniers de guerre chypriotes grecs publiées par la presse grecque. Le gouvernement turc conteste que ces hommes aient été capturés par les troupes turques et soutient qu'ils sont tombés pendant les combats. Le neuvième homme porté disparu, M. Hadjipanteli, était employé de banque. D'après les requérants, il fut appréhendé, avec un groupe de personnes, pour interrogatoire par des soldats turcs en août 1974, et n'avait pas été revu depuis lors. Son corps fut retrouvé en 2007 dans le cadre d'une mission menée par le Comité des personnes disparues à Chypre (« le CMP »), créé par les Nations unies. Le CMP a été établi en 1981 avec pour mandat de dresser des listes exhaustives des personnes portées disparues appartenant aux deux communautés, et de préciser selon le cas si elles étaient en vie ou décédées. Il n'avait pas le pouvoir de déterminer les responsabilités quant aux décès de personnes portées disparues ou de rendre des conclusions sur la cause de tels décès. La dépouille de Savvas Hadjipanteli a été découverte dans un charnier près d'un village chypriote turc. Un certificat médical indique que l'intéressé a été touché d'une balle à la tête et au bras droit et qu'il était blessé à la cuisse droite. Le gouvernement défendeur conteste que Savvas Hadjipanteli ait été placé en détention, faisant observer que le nom de celui-ci ne figure pas sur la liste des chypriotes grecs maintenus dans le lieu de détention allégué que le Comité international de la Croix-Rouge (« le CICR ») avait inspecté.

1. Exceptions préliminaires: le gouvernement défendeur conteste la compétence de la Cour pour examiner la requête à plusieurs égards. Premièrement, il plaide l'absence d'intérêt juridique à statuer sur ces requêtes, soulignant que la question de l'ensemble des Chypriotes grecs portés disparus a déjà fait l'objet de l'examen de la Cour dans la quatrième requête interétatique (*Chypre c. Turquie* [GC], n° 25781/94,

§§ 13-18, CEDH 2001-IV). Deuxièmement, il soutient que les requêtes échappent à la compétence temporelle de la Cour, étant donné qu'il y a lieu de présumer que les requérants sont décédés bien avant le 28 janvier 1987, date de reconnaissance par la Turquie du droit de recours individuel, et qu'il ne peut y avoir d'obligation procédurale autonome, séparée de l'origine factuelle des griefs. Le gouvernement défendeur ajoute que l'obligation procédurale d'enquêter découlant des articles 2 et 3 est récente et ne peut lier les États rétroactivement. Enfin, il souligne que ces requêtes ont été introduites le 25 janvier 1990, soit plus de six mois après la date d'acceptation par la Turquie du droit de recours individuel, et qu'elles sont donc tardives.

a) *Intérêt juridique* – Pour qu'une requête puisse être réputée « essentiellement la même » qu'une autre précédemment examinée par la Cour aux fins de l'article 35 § 2 b), elle doit non seulement soulever essentiellement les mêmes faits et griefs mais également avoir été introduite par les mêmes personnes. Dès lors, on ne saurait dire qu'une requête interétatique prive des particuliers de la possibilité d'introduire ou de faire valoir leurs propres griefs. Quant au point de savoir si les requêtes doivent être rayées de son rôle en vertu de l'article 37 § 1 c), la Cour note que les conclusions formulées dans la quatrième requête interétatique ne précisaient pas quels individus portés disparus elles visaient. En outre, dans le cadre de requêtes individuelles, la Cour est compétente pour allouer des indemnités à titre de satisfaction équitable pour le préjudice subi par les requérants individuels et pour indiquer, en vertu de l'article 46, toute mesure pouvant être prise. Aussi subsiste-t-il un intérêt juridique à continuer l'examen des présentes requêtes.

*Conclusion*: exception préliminaire rejetée (seize voix contre une).

b) *Compétence temporelle* – L'obligation procédurale que recèle l'article 2 de mener une enquête sur des décès est devenue une obligation distincte et indépendante et peut être considérée comme une « obligation détachable » pouvant s'imposer à l'Etat même lorsque le décès est survenu avant l'entrée en vigueur de la Convention. Peu importe que l'obligation procédurale n'était pas applicable à la date de l'acceptation par la Turquie du droit de recours individuel dès lors qu'elle n'a été développée qu'ultérieurement dans la jurisprudence, celle-ci étant un moyen de clarifier des textes existants et le principe de non-rétroactivité ne s'y appliquant pas de la même façon qu'en matière législative. Quant à l'argument selon lequel il y a lieu de présumer que les individus concernés sont décédés bien avant le début de la compétence temporelle de la Cour en 1987, la Cour établit une distinction entre la formulation d'une présomption factuelle et les conséquences juridiques qui en découlent. S'agissant des disparitions dans des circonstances mettant la vie en danger, l'obligation procédurale d'enquêter peut difficilement prendre fin avec la découverte du corps ou la présomption de décès, car il subsiste en général une obligation d'expliquer la disparition et le décès, et d'identifier et de poursuivre le ou les auteurs éventuels d'actes illégaux à cet égard. Par conséquent, même si l'écoulement d'un laps de temps de plus de trente-quatre ans sans nouvelles des

personnes disparues peut constituer un indice solide que les intéressés sont décédés dans l'intervalle, cela ne fait pas disparaître l'obligation procédurale d'enquêter. En outre, il importe de différencier l'obligation d'enquêter sur un décès suspect et celle d'enquêter sur une disparition suspecte. Une disparition est un phénomène distinct, qui se caractérise par une situation où les proches sont confrontés de manière continue à l'incertitude et au manque d'explications et d'informations sur ce qui s'est passé, les éléments pertinents à cet égard pouvant parfois même être délibérément dissimulés ou obscurcis. Une disparition n'est pas un acte ou un événement « instantané » ; l'élément distinctif supplémentaire que constitue le défaut ultérieur d'explications sur ce qu'il est advenu de la personne disparue et sur le lieu où elle se trouve engendre une situation continue. Par conséquent, l'obligation procédurale subsiste potentiellement tant que le sort de la personne concernée n'a pas été éclairci, même lorsque l'on peut présumer que la victime est décédée. A cet égard, l'exigence d'un lien entre le décès et les mesures d'instruction, d'une part, et la date d'entrée en vigueur de la Convention, d'autre part, vaut uniquement en cas d'homicide ou de décès suspect.

*Conclusion*: exception préliminaire rejetée (seize voix contre une).

c) *Délai de six mois* – En matière de disparitions, les requérants doivent faire preuve de diligence et d'initiative et introduire leurs griefs sans délai excessif. Si l'on ne saurait être trop exigeant envers les proches quant à la célérité dont ils doivent faire preuve eu égard à la gravité des disparitions, des requêtes peuvent néanmoins être rejetées lorsque les requérants ont trop attendu, ou attendu sans raison apparente, pour saisir la Cour, après s'être rendu compte, ou avoir dû se rendre compte, de l'absence d'ouverture d'une enquête ou de l'enlèvement ou de la perte d'effectivité de l'enquête menée, ainsi que de l'absence, dans l'immédiat, de la moindre chance réaliste de voir une enquête effective être menée à l'avenir. Le point de savoir quand ce stade est atteint tient forcément aux circonstances de l'affaire. Eu égard à la situation exceptionnelle de conflit international en l'espèce, dans laquelle aucune procédure d'enquête normale n'était disponible, les requérants pouvaient raisonnablement attendre l'issue des initiatives prises par leur gouvernement et par les Nations unies. Ces initiatives auraient pu aboutir à la conduite d'investigations sur des sites connus de charniers et constituer la base d'autres mesures. Vers la fin de 1990 les requérants ont dû s'apercevoir que ces procédures ne leur permettaient plus aucun espoir réaliste de voir dans un avenir proche des progrès être accomplis dans la recherche de dépouilles ou des explications être livrées quant au sort de leurs parents. Par conséquent, en saisissant la Cour en janvier 1990, ils ont agi, eu égard aux circonstances particulières de leurs affaires, avec une célérité raisonnable.

*Conclusion*: exception préliminaire rejetée (seize voix contre deux).

2. Fond: a) *Article 2* – La Cour considère que des arguments défendables permettent d'affirmer que les disparus ont été vus pour la dernière fois dans un secteur sous le contrôle ou sur le point de tomber sous le contrôle de l'armée turque. Que ces hommes aient été tués au combat ou qu'ils aient été faits prisonniers, l'obligation

de rendre des comptes à leur sujet subsiste. L'article 2 doit être interprété dans la mesure du possible à la lumière des principes du droit international, notamment des règles du droit international humanitaire, qui jouent un rôle indispensable et universellement reconnu dans l'atténuation de la sauvagerie et de l'inhumanité des conflits armés. Dans une zone de conflit international, les Etats contractants doivent protéger la vie de ceux qui ne sont pas ou plus engagés dans les hostilités, ce qui requiert notamment de fournir une assistance médicale aux blessés et, quant à ceux qui meurent, l'obligation de rendre des comptes implique que leurs corps soient correctement inhumés et que les autorités collectent et communiquent des informations sur l'identité et le sort des intéressés. Le gouvernement défendeur n'a soumis aucun élément ni aucune explication convaincante qui serait de nature à contrer les allégations des requérants selon lesquelles les intéressés ont disparu dans des secteurs sous son contrôle exclusif. Les disparitions litigieuses sont survenues dans des circonstances mettant la vie des intéressés en danger, la conduite des opérations militaires s'étant accompagnée d'arrestations et d'homicides en grand nombre. L'article 2 impose donc à l'Etat défendeur une obligation continue de rechercher les personnes disparues et de rendre des comptes sur ce qu'il est advenu d'elles.

Concernant le respect de cette obligation, la Cour reconnaît pleinement l'importance des activités d'exhumation et d'identification en cours et rend hommage au travail accompli pour informer les familles et leur restituer les dépouilles. Toutefois, aussi importantes que soient ces mesures en tant que première étape du processus d'enquête, elles n'épuisent pas l'obligation de mener une enquête effective imposée au gouvernement défendeur par l'article 2. Il ressort des éléments fournis au sujet de M. Hadjipanteli, l'un des disparus, qu'une fois une dépouille identifiée la procédure consiste à établir un certificat médical de décès, qui indique brièvement les blessures ayant causé la mort. Aucun rapport analysant les circonstances du décès ou cherchant à le dater n'est toutefois rédigé et aucune mesure d'enquête n'est prise pour tenter de retrouver et d'interroger des témoins. Par conséquent, même si la dépouille a été retrouvée, on ne saurait dire que la lumière a été faite sur le sort de l'intéressé. Tout en reconnaissant l'extrême difficulté, plusieurs années après les événements, de retrouver des témoins et de réunir des preuves contre les auteurs présumés, la Cour rappelle que pour être effective une enquête doit permettre de déterminer si le décès a ou non été causé illégalement et, le cas échéant, de conduire à l'identification et au châtement des responsables. Rien ne donne à penser que le CMP dépasse les limites de son mandat restreint pour chercher à établir les faits ou à collecter et apprécier des preuves en vue d'engager des poursuites et aucun autre organe ou autorité ne remplit ces fonctions par ailleurs. Certes, les enquêtes pourraient se révéler peu concluantes. Cependant, cette issue n'est pas inéluctable et le gouvernement défendeur ne saurait être dispensé des efforts requis. Il se peut que les deux parties au conflit souhaitent privilégier une méthode « politique » et que le CMP, avec son mandat limité, soit la seule solution acceptable par tous dans

le cadre de la mission de bons offices des Nations unies. Cela ne peut toutefois avoir d'incidence sur l'application des dispositions de la Convention. Il y a donc eu un manquement continu de l'Etat défendeur à mener des investigations effectives visant à faire la lumière sur le sort des neuf hommes disparus.

*Conclusion*: violation procédurale continue (seize voix contre une).

b) *Article 3* – La Cour ne voit rien qui puisse l'amener à s'écarter en l'espèce du constat formulé dans la quatrième affaire interétatique selon lequel il y avait lieu de qualifier de traitement inhumain le silence des autorités de l'Etat défendeur devant les inquiétudes réelles des familles des disparus.

*Conclusion*: violation continue (seize voix contre une).

c) *Article 5* – Des arguments solides militent en faveur de la thèse selon laquelle deux hommes, dont le nom figure sur la liste des détenus dressée par le CICR, ont été vus pour la dernière fois dans une situation relevant du contrôle des forces turques ou chypriotes turques. Pourtant, les autorités turques ne reconnaissent pas leur détention et n'ont fourni aucune preuve documentaire constituant une trace officielle des déplacements des intéressés. Si rien ne permet de dire que l'un quelconque des deux hommes se trouvait toujours détenu au cours de la période examinée par la Cour, il incombe au gouvernement turc de montrer que les autorités ont enquêté de manière effective sur le grief défendable selon lequel les intéressés ont été arrêtés et n'ont pas été revus depuis. Or les conclusions formulées par la Cour ci-dessus sous l'angle de l'article 2 ne laissent aucun doute que les autorités sont également restées en défaut de mener les investigations requises à cet égard.

*Conclusion*: violation continue dans le chef de deux disparus (seize voix contre une).

*Article 41*: en ce qui concerne l'octroi d'une indemnité pour préjudice moral, la Cour tient compte de la gravité de l'affaire et du fait que les requérants sont restés dans l'ignorance pendant des décennies. Elle explique qu'il n'existe pas de barème spécifique concernant les indemnités à allouer dans les affaires de disparition, mais qu'elle est guidée par le principe de l'équité, qui implique une certaine souplesse et un examen objectif de ce qui est juste, équitable et raisonnable, compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'affaire. Elle accorde également une indemnité pour frais et dépens.

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

*Donnelly et autres c. Royaume-Uni*, n<sup>os</sup> 5577/72-5583/72, décision de la Commission du 5 avril 1973, Annuaire 16

*Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, série A n<sup>o</sup> 25

*Agrotexim Hellas S.A. et autres c. Grèce*, n<sup>o</sup> 14807/89, décision de la Commission du 12 février 1992, Décisions et rapports 72

*Loizidou c. Turquie* (fond), 18 décembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-VI

*Kapan c. Turquie*, n<sup>o</sup> 22057/93, décision de la Commission du 13 janvier 1997, Décisions et rapports 88-B

*Varnava et autres c. Turquie*, n<sup>os</sup> 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90, 16073/90, décision de la Commission du 14 avril 1998, Décisions et rapports 93-B

*Kurt c. Turquie*, 25 mai 1998, *Recueil* 1998-III

*Oğur c. Turquie* [GC], n<sup>o</sup> 21594/93, CEDH 1999-III

*Walker c. Royaume-Uni* (déc.), n<sup>o</sup> 34979/97, CEDH 2000-I

*Salman c. Turquie* [GC], n<sup>o</sup> 21986/93, CEDH 2000-VII

*Cankoçak c. Turquie*, n<sup>os</sup> 25182/94 et 26956/95, 20 février 2001

*Moldovan et autres et Rostas et autres c. Roumanie* (déc.), n<sup>os</sup> 41138/98 et 64320/01, 13 mars 2001

*Hugh Jordan c. Royaume-Uni*, n<sup>o</sup> 24746/94, 4 mai 2001

*McKerr c. Royaume-Uni*, n<sup>o</sup> 28883/95, CEDH 2001-III

*Chypre c. Turquie* [GC], n<sup>o</sup> 25781/94, CEDH 2001-IV

*Akdeniz et autres c. Turquie*, n<sup>o</sup> 23954/94, 31 mai 2001

*Edwards c. Royaume-Uni* (déc.), n<sup>o</sup> 46477/99, 7 juin 2001

*Douglas-Williams c. Royaume-Uni* (déc.), n<sup>o</sup> 56413/00, 8 janvier 2002

*Bayram et Yıldırım c. Turquie* (déc.), n<sup>o</sup> 38587/97, CEDH 2002-III

*Bulut et Yavuz c. Turquie* (déc.), n<sup>o</sup> 73065/01, 28 mai 2002

*Orhan c. Turquie*, n<sup>o</sup> 25656/94, 18 juin 2002

*Dennis et autres c. Royaume-Uni* (déc.), n<sup>o</sup> 76573/01, 2 juillet 2002

*Eren et autres c. Turquie* (déc.), n<sup>o</sup> 42428/98, 4 juillet 2002

*Baybora et autres c. Chypre* (déc.), n<sup>o</sup> 77116/01, 22 octobre 2002

*Karabardak et autres c. Chypre* (déc.), n<sup>o</sup> 76575/01, 22 octobre 2002

*Finucane c. Royaume-Uni*, n<sup>o</sup> 29178/95, CEDH 2003-VIII

*Akkum et autres c. Turquie*, n<sup>o</sup> 21894/93, CEDH 2005-II

*Taniş et autres c. Turquie*, n<sup>o</sup> 65899/01, CEDH 2005-VIII

*Folgerø et autres c. Norvège* (déc.), n<sup>o</sup> 15472/02, 14 février 2006

*Blečić c. Croatie* [GC], n<sup>o</sup> 59532/00, CEDH 2006-III

*Üçak et Kargili et autres c. Turquie* (déc.), n<sup>os</sup> 75527/01 et 11837/02, 28 mars 2006

*Kholodovy c. Russie* (déc.), n<sup>o</sup> 30651/05, 14 septembre 2006

*Imakaïeva c. Russie*, n<sup>o</sup> 7615/02, 9 novembre 2006

*Markovic et autres c. Italie* [GC], n<sup>o</sup> 1398/03, CEDH 2006-XIV

*Goïgova c. Russie*, n<sup>o</sup> 74240/01, 4 octobre 2007

*Brecknell c. Royaume-Uni*, n<sup>o</sup> 32457/04, 27 novembre 2007

*Osmanoğlu c. Turquie*, n<sup>o</sup> 48804/99, 24 janvier 2008

*Malsagova et autres c. Russie* (déc.), n<sup>o</sup> 27244/03, 6 mars 2008

*Demades c. Turquie* (satisfaction équitable), n<sup>o</sup> 16219/90, 22 avril 2008

*Cone c. Roumanie*, n<sup>o</sup> 35935/02, 24 juin 2008

*Korbely c. Hongrie* [GC], n<sup>o</sup> 9174/02, CEDH 2008

*Lyanova et Aliyeva c. Russie*, n<sup>os</sup> 12713/02 et 28440/03, 2 octobre 2008

*Yousoupova et Zaourbekov c. Russie*, n<sup>o</sup> 22057/02, 9 octobre 2008

*Magomed Moussaïev et autres c. Russie*, n<sup>o</sup> 8979/02, 23 octobre 2008

*Vagapova et Zoubiraïev c. Russie*, n° 21080/05, 26 février 2009  
*Šilih c. Slovénie* [GC], n° 71463/01, 9 avril 2009

**En l'affaire Varnava et autres c. Turquie,**

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

Jean-Paul Costa, *président*,  
Françoise Tulkens,  
Josep Casadevall,  
Anatoly Kovler,  
Vladimiro Zagrebelsky,  
Lech Garlicki,  
Dean Spielmann,  
Sverre Erik Jebens,  
Ineta Ziemele,  
Mark Villiger,  
Päivi Hirvelä,  
Luis López Guerra,  
Mirjana Lazarova Trajkovska,  
Nona Tsotsoria,  
Ann Power,  
Zdravka Kalaydjieva, *juges*,  
Gönül Erönen, *juge ad hoc*,

et de Erik Fribergh, *greffier*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 19 novembre et le 8 juillet 2009,

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

**PROCÉDURE**

1. A l'origine de l'affaire se trouvent neuf requêtes (n<sup>os</sup> 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 et 16073/90) dirigées contre la République de Turquie et dont dix-huit ressortissants chypriotes, Andreas et Giorghoulla Varnava (n<sup>o</sup> 16064/90), Andreas et Loizos Loizides<sup>1</sup> (n<sup>o</sup> 16065/90), Philippos Constantinou et Demetris K. Peyiotis (n<sup>o</sup> 16066/90), Demetris Theocharides et Elli Theocharidou<sup>2</sup> (n<sup>o</sup> 16068/90), Panicos et Chrysoula Charalambous (n<sup>o</sup> 16069/90), Eleftherios et Christos Thoma<sup>3</sup> (n<sup>o</sup> 16070/90), Savvas et Androula Hadjipanteli (n<sup>o</sup> 16071/90), Savvas et Georghios Apostolidis<sup>4</sup>

1. Voir le paragraphe 11.

2. Voir le paragraphe 10.

3. Voir le paragraphe 9.

4. Voir le paragraphe 10.

(n° 16072/90) et Leontis Demetriou et Yianoulla Leonti Sarma (n° 16073/90), avaient saisi la Commission européenne des droits de l'homme («la Commission») le 25 janvier 1990 en vertu de l'ancien article 25 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales («la Convention»). Les requêtes renfermaient des mandats signés par les seconds requérants en leur nom et en celui de neuf de leurs parents portés disparus et ici désignés comme premiers requérants.

2. Les requérants ont été représentés respectivement par M<sup>e</sup> A. Demetriades et M<sup>e</sup> K. Chrystomides, avocats à Nicosie. Le gouvernement turc («le gouvernement défendeur») a été représenté par son agent.

3. Il était allégué dans les requêtes que les premiers requérants avaient disparu après avoir été appréhendés par les forces militaires turques en 1974 et que les autorités turques n'avaient donné aucune indication de ce qu'il était advenu d'eux depuis lors. Les requérants invoquaient les articles 2, 3, 4, 5, 6, 8, 10, 12, 13 et 14 de la Convention.

4. Après les avoir jointes le 2 juillet 1991, la Commission a déclaré les requêtes recevables le 14 avril 1998. Conformément à l'article 5 § 3, seconde phrase, du Protocole n° 11 à la Convention, les requêtes ont été transmises à la Cour le 1<sup>er</sup> novembre 1999, la Commission n'ayant pas terminé son examen de la cause à cette date.

5. Les requêtes ont été attribuées à la quatrième section de la Cour (article 52 § 1 du règlement), au sein de laquelle a alors été constituée, conformément à l'article 26 § 1 du règlement, la chambre chargée d'examiner l'affaire (article 27 § 1 de la Convention). M. Türmen, juge élu au titre de la Turquie, s'est ensuite déporté (article 28 du règlement). En conséquence, le gouvernement défendeur a désigné M<sup>me</sup> G. Erönen pour siéger en qualité de juge *ad hoc* (articles 27 § 2 de la Convention et 29 § 1 du règlement).

6. Tant les requérants que le gouvernement défendeur ont déposé des observations sur le fond (article 59 § 1 du règlement).

7. Le 17 février 2000, le gouvernement chypriote a informé la Cour de son souhait de participer à la procédure. Il a soumis des observations sur le fond (article 59 § 1 du règlement).

8. Le 1<sup>er</sup> novembre 2003, la Cour a modifié la composition de ses sections (article 25 § 1 du règlement). La présente requête est ainsi échue à la troisième section telle que remaniée (article 52 § 1 du règlement).

9. Le 17 février 2005, le représentant des requérants a informé la Cour que Christos Thoma, père du premier requérant dans la requête n° 16070/90, était décédé le 12 avril 1997 et il a produit des procurations signées par la veuve du défunt, Chrystalleni Thoma, et par sa fille,

Maria Chrystalleni Thoma, dans lesquelles les intéressées exprimaient leur intention de poursuivre la procédure.

10. Le 13 novembre 2006, le représentant des requérants a fait part à la Cour du décès, le 1<sup>er</sup> avril 2005, d'Elli Theocharidou, mère du premier requérant dans la requête n° 16068/90, et de la volonté des héritiers de ce dernier (Ourania Symeou, Kaiti Constantinou, Yiannoulla Kari, Eleni Papayianni, Andreas G. Theocharides, Dimitris G. Theocharides et Marios G. Theocharides) de poursuivre la procédure. A la même date, la Cour a appris que Georghios Apostolides, père du premier requérant dans la requête n° 16072/90, était décédé le 14 avril 1998 et que les héritiers de ce dernier (Panayiota Chrysou, Chrystalla Antoniadou, Aggela Georgiou, Avgi Nicolaou et Kostas Apostolides) entendaient poursuivre la procédure.

11. Le 11 janvier 2007, le représentant des requérants a informé la Cour que Loizos Loizides, père du premier requérant dans la requête n° 16065/90, était décédé le 14 septembre 2001 et que sa petite-fille, Athina Hava, entendait continuer la procédure au nom de l'ensemble des héritiers du défunt (Markos Loizou, Despo Demetriou, Anna-Maria Loizou, Elena Loizidou et Loizos Loizides).

12. Après avoir consulté les parties, la chambre a décidé qu'il n'y avait pas lieu de tenir une audience sur le fond (article 59 § 3 *in fine* du règlement). Elle a estimé que les héritiers des requérants défunts avaient la qualité et l'intérêt requis pour continuer la procédure. Le 10 janvier 2008, la chambre a rendu son arrêt («l'arrêt de la chambre»). Elle y concluait, à l'unanimité, à la violation des articles 2, 3 et 5 de la Convention et à l'absence de question distincte au regard des articles 4, 6, 8, 10, 12, 13 et 14 de la Convention. Elle y déclarait en outre que le constat d'une violation représentait en soi une satisfaction équitable suffisante pour le préjudice moral subi par les requérants.

13. Le 28 mars 2008, le gouvernement défendeur a sollicité le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre (article 43 de la Convention).

14. Le 7 juillet 2008, un collège de la Grande Chambre a fait droit à cette demande (article 73 du règlement).

15. La composition de la Grande Chambre a été arrêtée conformément aux articles 27 §§ 2 et 3 de la Convention et 24 du règlement.

16. Le 11 août 2008, le gouvernement chypriote («le gouvernement intervenant») a informé la Cour de son souhait de participer à la procédure. Il a ensuite été invité à soumettre des observations sur le fond (article 59 § 1 du règlement).

17. Le 18 septembre 2008, le président a autorisé l'organisation internationale non gouvernementale Redress à soumettre des observations écrites

sur l'affaire, que la Cour a reçues le 2 octobre 2008 (articles 36 § 2 de la Convention et 44 § 2 du règlement).

18. Les requérants, le gouvernement défendeur et le gouvernement intervenant ont chacun déposé un mémoire.

19. Une audience s'est déroulée en public au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 19 novembre 2008 (article 59 § 3 du règlement).

Ont comparu :

– *pour le gouvernement défendeur*

MM. Z. Necatigil, *agent*,  
 J. A. Frowein,  
 M<sup>me</sup> S. Karabacak,  
 M. T. Bilgiç,  
 M<sup>mes</sup> D. Akçay,  
 A. Özdemir, *conseillers*;

– *pour les requérants*

M<sup>es</sup> A. Demetriades, *Barrister*,  
 L. Christodoulou, *avocat*,  
 MM. I. Brownlie *QC*, *conseils*,  
 L. Arakelian,  
 C. Paraskeva, *conseillers*;

– *pour le gouvernement intervenant*

MM. P. Clerides, *procureur général*, *agent*,  
 A.V.R. Lowe, *Barrister-at-Law*, *professeur de droit*,  
 M<sup>mes</sup> F. Hampson, *Barrister-at-Law*, *professeur de droit*,  
 S. M. Joannides, *Barrister-at-Law*, *conseillers*.

La Cour a entendu en leurs déclarations M. Brownlie et M<sup>e</sup> Demetriades pour les requérants, M. Frowein pour le gouvernement défendeur et M. Lowe pour le gouvernement intervenant.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

**A. Le contexte général**

20. Les griefs soulevés par les requérants se rapportent aux opérations militaires menées par la Turquie dans le nord de Chypre en juillet et août

1974 ainsi qu'à la division toujours actuelle du territoire de Chypre. Ces événements ont donné lieu à l'introduction par le gouvernement chypriote de quatre requêtes dirigées contre l'Etat défendeur, qui ont abouti à divers constats de violation de la Convention. La Cour en ayant dressé l'historique dans l'affaire *Chypre c. Turquie* ([GC], n° 25781/94, §§ 13-18, CEDH 2001-IV, ci-après « la quatrième requête interétatique »), elle ne voit aucune raison de se répéter en l'espèce.

## **B. Les faits des présentes affaires**

21. Il y a controverse sur les faits entre les parties. La Cour note que les résumés des versions antagonistes qui figurent dans l'arrêt de la chambre n'ont pas été contestés ; ils sont largement reproduits ci-après, avec quelques éléments nouveaux soumis par les parties et identifiés comme tels dans le texte.

### *1. La version des requérants*

#### **a) La requête n° 16064/90 : Andreas Varnava**

22. Le premier requérant, quincailleur à l'époque, est né en 1947. Il est porté disparu depuis 1974. Son épouse, la seconde requérante, est née en 1949 et réside à Lymbia.

23. En juillet 1974, répondant à la mobilisation générale qui avait été décrétée, le premier requérant s'enrôla dans le 305<sup>e</sup> bataillon de réservistes, dont le quartier général se trouvait dans le village de Dhali. Les 8 et 9 août 1974, les soldats de réserve de ce bataillon, dont le requérant, furent envoyés aux avant-postes chypriotes, le long de la ligne de front avec les forces militaires turques, qui s'étendait de Mia Milia à Koutsovendis.

24. Dans la matinée du 14 août 1974, l'armée turque, appuyée par des tanks et des avions, lança une offensive contre la zone chypriote où le requérant et son bataillon étaient postés. Elle enfonça la ligne de défense chypriote et progressa vers la région de Mia Milia. Les forces chypriotes se replièrent et se dispersèrent alors. Au bout d'un moment, le secteur tomba aux mains des troupes turques et le requérant s'y trouva enclavé. On perdit toute trace de lui.

25. M. Christakis Ioannou, qui séjourne actuellement dans le camp de réfugiés Strovolos de Stavros mais qui résidait alors à Pano Dhikomo, déclara qu'il avait été fait prisonnier par les forces turques et/ou les autorités turques, qu'il avait été emmené le 31 août 1974 à la prison d'Adana en Turquie, et qu'il y avait été détenu pendant 3-4 jours dans la même pièce avec quarante autres personnes, dont le requérant. Après ces quelques

jours, tous les détenus avaient été dispersés et il n'avait plus jamais revu le requérant.

**b) La requête n° 16065/90 : Andreas Loizides**

26. Le premier requérant, étudiant à l'époque, est né en 1954. Il est porté disparu depuis 1974. Son père, le second requérant, est né en 1907 et réside à Nicosie.

27. En juillet 1974, le premier requérant servait avec le grade de sous-lieutenant dans la 1<sup>ère</sup> compagnie du 256<sup>e</sup> bataillon d'infanterie stationné à Xeros. Vers le 30 juillet 1974, le bataillon gagna les environs de Lapithos. Les soldats furent répartis en plusieurs groupes. Celui du requérant, composé de dix hommes, reçut l'ordre de prendre position sur les hauteurs de Lapithos.

28. Le 5 août 1974, l'armée turque lança de toutes parts une attaque massive contre les positions chypriotes grecques et réussit à encercler Lapithos. Compte tenu de la supériorité turque en hommes et en blindés, les forces chypriotes reçurent l'ordre de se retirer vers le centre du village, où la compagnie était basée. Arrivé à destination avec son groupe, le requérant apprit par les habitants que le village était encerclé par les troupes turques. Ses hommes et lui-même cachèrent alors leurs armes dans un verger et revêtirent des tenues civiles. Dans l'après-midi, le requérant et quelques-uns de ses camarades tentèrent en vain de franchir les lignes turques. Ils retournèrent alors à Lapithos, où ils passèrent la nuit. Le 6 août 1974 vers 9 heures, les troupes turques entrèrent dans le village et entreprirent des fouilles approfondies de toutes les maisons. Avertis par les villageois, le requérant et ses camarades se dispersèrent pour éviter de se faire capturer. Aucun membre du groupe n'a revu le requérant depuis.

29. Nicos Th. Tampas, du 256<sup>e</sup> bataillon d'infanterie, qui était également présent sur les hauteurs de Lapithos le 5 août 1974, précisa dans une déclaration que le 6 août 1974 vers 21 heures il était entré dans un entrepôt dans le village. Il y avait trouvé le requérant qui s'occupait d'un blessé. Après avoir échangé quelques mots avec lui, il était reparti. C'était la dernière fois qu'il avait vu le requérant. Lui-même avait été arrêté par les Turcs à Lapithos le 9 août 1974. Il avait été libéré le 22 octobre 1974, après avoir été détenu dans diverses prisons à Chypre et en Turquie.

30. Christodoulos Panyi, qui réside actuellement à Strovolos mais qui résidait à l'époque à Vatyli, indiqua dans une déclaration qu'alors qu'il était détenu à la prison d'Adana il avait vu et reconnu le requérant, qu'il avait déjà rencontré.

**c) La requête n° 16066/90 : Philippos Constantinou**

31. Le premier requérant, étudiant à l'époque, est né en 1954. Il est porté disparu depuis 1974. Son père, le second requérant, est né en 1929 et réside à Nicosie.

32. En juillet 1973, le premier requérant s'engagea pour effectuer son service militaire. Il fut affecté au 70<sup>e</sup> bataillon du génie. Le 5 août 1974, une section du bataillon, dont faisait partie le requérant, fut envoyée en mission dans le secteur de Lapithos et Karavas (district de Kyrenia). Les hommes passèrent la nuit à Lapithos, dans l'intention d'exécuter leur mission le lendemain.

33. Le 6 août 1974 vers 4 h 30, l'armée turque lança de toutes parts une attaque massive dans le secteur de Karavas et Lapithos. Le chef de l'escouade du requérant ordonna à ses hommes de se répartir en trois groupes et de se retirer à Vasilia (également dans le district de Kyrenia). Le requérant se retrouva dans un groupe qui entendait se replier en suivant une route le long de la côte.

34. Les hommes atteignirent d'abord la route principale reliant Nicosie à Kyrenia, à proximité du restaurant « Airkotissa ». Alors qu'ils se reposaient, ils entendirent des cris et le chef du groupe envoya le requérant et un autre soldat voir ce qui se passait. Les deux soldats n'étant pas revenus au bout d'un quart d'heure, le restant des hommes partirent pour Panagra (également dans le district de Kyrenia). En chemin, ils furent pris dans une embuscade tendue par des soldats turcs et le groupe se dispersa.

35. Costas A. Sophocleous, de Nicosie, déclara que, pendant sa détention en Turquie du 30 juillet au 28 octobre 1974, il avait rencontré le requérant. Tous deux s'étaient trouvés dans la même prison en Turquie et avaient été par la suite transférés à Chypre, après quoi lui-même avait été libéré, mais non le requérant.

36. Alexandros Papamichael, de Limassol, déclara qu'il avait été incarcéré à Adana dans la même prison que le premier requérant, qu'il avait reconnu sur une photographie que lui avait montrée le second requérant.

37. Enfin, le second requérant indiqua dans une déclaration signée qu'il avait reconnu son fils disparu sur une photographie publiée dans *Athinaiki*, un journal grec, le 28 septembre 1974. Cette photographie montrait des prisonniers chypriotes grecs sur un bateau faisant route vers la Turquie.

**d) La requête n° 16068/90 : Demetris Theocharides**

38. Le premier requérant, photographe à l'époque, est né en 1953. Il est porté disparu depuis 1974. Sa mère, la seconde requérante, est née en 1914 et réside à Nicosie.

39. Le 20 juillet 1974, le premier requérant s'engagea en tant que réserviste. Il fut affecté à la 1<sup>ère</sup> compagnie du 301<sup>e</sup> bataillon d'infanterie. Le 22 juillet, tout le bataillon reçut l'ordre de se rendre le lendemain dans le secteur d'Ayios Ermolaos. La première compagnie se mit en position de défense sur une colline appelée « Kalambaki », près du village chypriote turc de Pileri.

40. Le 26 juillet 1974 vers 4 h 30, la 1<sup>ère</sup> compagnie fut attaquée depuis les villages chypriotes turcs de Krini-Pileri. Les forces militaires turques étaient composées d'un bataillon de parachutistes, appuyé par vingt tanks et des pièces d'artillerie. Elles réussirent à enfoncer les lignes chypriotes et infiltrèrent la 1<sup>ère</sup> compagnie dans son flanc droit pour l'encercler. Le commandant ordonna à la compagnie de se regrouper au village de Sysklepos. Là, les hommes reçurent l'ordre de se rendre à Kontemenos, où ils arrivèrent vers 15 heures. Six soldats de la 1<sup>ère</sup> compagnie, dont le requérant, manquèrent à l'appel. Le secteur dans lequel la 1<sup>ère</sup> compagnie avait été initialement stationnée fut pris par les forces militaires turques.

41. M. Nicos Nicolaou, de Strovolos, qui avait été détenu à la prison d'Adana (Turquie) en septembre 1974, déclara qu'un jour il avait entendu un Turc prononcer le nom du requérant. Il avait vu l'intéressé, qu'il connaissait déjà, et constaté qu'il boitait. Le 11 septembre 1974, M. Nicolaou avait été transféré à la prison d'Antiyama (Turquie) ; il n'avait plus jamais revu le requérant.

**e) La requête n° 16069/90 : Panicos Charalambous**

42. Le premier requérant, étudiant à l'époque, est né en 1955. Il est porté disparu depuis 1974. Sa mère, la seconde requérante, est née en 1935 et réside à Limassol.

43. En 1972, le premier requérant s'engagea dans la garde nationale pour y effectuer son service militaire.

44. Le 23 juillet 1974, son père fut informé par Andreas Komodromos que son fils avait quitté Synchari avec les hommes de la compagnie de commandement pour se rendre à Aglandjia.

45. Le 24 juillet 1974, Nikiforos Kominis et dix-sept soldats, dont le requérant, quittèrent Aglandjia dans deux véhicules pour une mission de reconnaissance dans le secteur de Koutsovendis-Vounos. Ils rencontrèrent trois autobus venant de la direction du village de Vounos. Un officier du nom de Votas ordonna à trois ou quatre soldats de fouiller les autobus. Ceux-ci étaient remplis de soldats turcs, qui ouvrirent le feu sur les Chypriotes grecs. Le requérant fut blessé à la main droite et au côté gauche de la cage thoracique. M. Andreas Komodromos nettoya ses plaies avec de

l'eau, chargea son arme et lui dit de se replier. Le requérant ne fut plus revu par son unité.

46. Yiannis Melissis, qui avait été détenu par les Turcs à Adana et Amasia en septembre 1974, déclara qu'il avait rencontré le requérant durant sa captivité. Tous deux, avec d'autres détenus, avaient été incarcérés dans la cellule n°9 jusqu'au 18 septembre. Ils avaient bavardé tous les jours et s'étaient liés d'amitié. Yiannis Melissis avait été ramené à Chypre le 18 septembre et libéré le 21 septembre 1974. Le requérant lui avait donné une lettre pour son père, mais il l'avait oubliée dans une poche lorsqu'il s'était changé. Tous les vêtements appartenant aux détenus avaient été brûlés.

47. Dans sa déclaration, la seconde requérante mentionna qu'elle avait reconnu son fils sur une photographie publiée dans le journal grec *Athinaiki* le 28 septembre 1974. Cette photographie montrait des détenus chypriotes qui étaient emmenés en Turquie sur un destroyer turc en juillet 1974.

**f) La requête n° 16070/90: Eleftherios Thoma**

48. Le premier requérant, mécanicien à l'époque, est né en 1951. Il est porté disparu depuis 1974. Son père, le second requérant, est né en 1921 et réside à Strovolos.

49. En juillet 1974, à la suite de la mobilisation générale, le premier requérant s'engagea comme sergent de réserve dans la compagnie de commandement du 251<sup>e</sup> bataillon d'infanterie.

50. Le 20 juillet 1974, tous les hommes de la compagnie de commandement, y compris le requérant, tentèrent d'empêcher les troupes turques de prendre pied dans un lieu appelé «Pikro Nero» (localité de Kyrenia). Le lendemain vers midi, l'armée turque, qui, appuyée par des tanks et une couverture aérienne, avait réussi à se déployer, attaqua les positions défensives des forces chypriotes. Devant la supériorité des forces turques, tant en hommes qu'en armes, le 251<sup>e</sup> bataillon d'infanterie reçut l'ordre de se replier dans le village de Trimithi. Le requérant était présent lors du regroupement du bataillon. Deux heures plus tard, le commandant du bataillon fit sortir ses hommes de Trimithi et les mit en position de combat dans un ravin entre les villages de Ayios Georghios et Templos. Un certain nombre de commandos du 33<sup>e</sup> bataillon arrivèrent dans le même ravin. Le 22 juillet 1974 vers 15 heures, les forces turques encerclèrent les troupes chypriotes dans le ravin et ouvrirent le feu. Le commandant ordonna alors à ses hommes de contre-attaquer, dans l'intention d'enfoncer les lignes turques et de battre en retraite vers Kyrenia. La trace du requérant fut perdue durant la contre-attaque et le repli.

51. Le 4 septembre 1974, le *Bulletin d'information spécial* – publication quotidienne de l'administration chypriote turque – fit paraître une photo-

graphie de prisonniers de guerre chypriotes grecs dont la légende était la suivante : « Prisonniers de guerre chypriotes grecs en train de déjeuner. Hier ils ont reçu la visite d'un représentant du Croissant-Rouge turc. » Quatre prisonniers furent identifiés. Le second requérant reconnut son fils sur cette photographie.

52. Un ancien prisonnier, M. Efstathios Selefco, qui réside actuellement à Eylenja mais qui vivait alors à Elio, indiqua dans une déclaration signée remise à la police chypriote que, durant son transfert de Chypre en Turquie, il avait vu le premier requérant, qu'il connaissait très bien du fait qu'ils avaient effectué leurs études secondaires ensemble, et lui avait parlé.

**g) La requête n° 16071/90 : Savvas Hadjipanteli**

53. Le premier requérant est né en 1938. Employé de banque, il résidait à l'époque à Yialousa. Il est porté disparu depuis 1974. Son épouse, la deuxième requérante, est née en 1938 et réside à Nicosie.

54. Le 18 août 1974, trois ou quatre berlines, un autobus et deux tanks remplis de soldats turcs et chypriotes turcs arrivèrent à Yialousa et s'arrêtèrent près du poste de police. Les soldats sortirent de leurs véhicules et ordonnèrent à la population de se rassembler non loin, près du café. Quelque trente-cinq personnes s'y regroupèrent. Un officier turc les informa qu'elles étaient désormais sous administration turque, leur donna l'ordre de recenser les habitants chypriotes grecs du village âgés de sept à soixante-dix ans et leur dit qu'il récupérerait les listes le lendemain. Les mêmes véhicules civils et militaires (tanks) revinrent le lendemain. Un certain nombre de Turcs en descendirent, se dirigèrent vers le café et demandèrent les listes. Des soldats turcs entreprirent une fouille de toutes les maisons. Ils imposèrent un couvre-feu et, après avoir pris les listes, emmenèrent neuf personnes, dont le premier requérant, pour les interroger. Ils les firent monter dans un autobus et les conduisirent à l'extérieur du village, en direction de Famagouste.

55. Le même jour, des agents des Nations unies se rendirent à Yialousa, où des villageois leur relatèrent l'arrestation des neuf Chypriotes grecs.

56. Selon les requérants, lors d'une visite effectuée le 28 août 1974 au garage Pavlides, sis dans la partie de Nicosie sous occupation turque, des représentants de la Croix-Rouge internationale présents à Chypre relevèrent les noms de vingt Chypriotes grecs qui s'y trouvaient détenus, parmi lesquels les neuf personnes de Yialousa (les requérants citent le document EZY284D<sup>1</sup>). Costas M. Kaniou, Sofronios Mantis et Ioannis D. Constantis avaient également vu ces détenus au garage Pavlides durant cette

1. Le document fourni par les requérants énumère vingt noms, dont celui de Savvas Kalli qui est le nom sous lequel ce requérant avait été recensé (paragraphe 80).

même période, alors qu'ils étaient eux-mêmes détenus; ils avaient été libérés ultérieurement.

57. Le 27 août 1974, des civils chypriotes turcs vinrent chercher Pentelis Pantelides, Loizos Pallaris, Michael Sergides et Christakis Panayides à Yialousa. Une fois qu'ils les eurent trouvés, ils les emmenèrent à la banque. Après avoir vidé deux coffres, ils ordonnèrent qu'on leur ouvrît le troisième, mais on leur répondit que c'était le requérant qui en détenait les clefs. Ils partirent alors, après avoir fermé la porte extérieure et y avoir apposé des scellés. Dix à douze jours plus tard, les mêmes Chypriotes turcs revinrent chercher les mêmes personnes et retournèrent à la banque. Ils étaient en possession des deux clefs du coffre, dont le requérant ne se séparait jamais. Loizos Pallaris ouvrit le coffre. Les clefs se trouvaient dans un étui en cuir que le requérant avait toujours sur lui, mais ses clefs personnelles avaient été retirées. Les Chypriotes turcs s'emparèrent du contenu du coffre, apposèrent des scellés sur la porte et s'en allèrent.

**h) La requête n° 16072/90: Savvas Apostolides**

58. Le premier requérant, mouleur à l'époque, est né en 1955. Il est porté disparu depuis 1974. Son père, le deuxième requérant, est né en 1928 et réside à Strovolos.

59. En 1974, le premier requérant effectuait son service militaire dans le 70<sup>e</sup> bataillon du génie, stationné à Nicosie. Le 5 août 1974, une section de celui-ci composée de quarante-huit hommes, dont le requérant, fut envoyée en mission dans la région de Karavas et Lapithos. Les hommes passèrent la nuit à Lapithos, dans l'intention d'exécuter leur mission le lendemain matin. Le 6 août 1974 vers 4 h 30, les forces militaires turques lancèrent une attaque massive de toutes parts dans le secteur de Karavas et Lapithos. Le commandant ordonna à ses hommes de se répartir en trois groupes et de se replier à Vasilia, où ils devaient se retrouver. En chemin, les soldats furent victimes d'une embuscade des forces militaires turques et, dans la confusion, se dispersèrent.

60. Par la suite, vers le 17 octobre 1974, alors qu'il était sur le point de retourner à Chypre, M. Costas Themistocleous, qui réside actuellement à Nicosie mais qui vivait alors à Omorphita et avait été détenu dans la prison d'Adana, avait vu le requérant, qu'il connaissait depuis son enfance. Les deux hommes ne s'étaient pas parlé mais s'étaient fait signe.

**i) La requête n° 16073/90: Leontis Demetriou Sarma**

61. Le premier requérant, ouvrier à l'époque, est né en 1947. Il est porté disparu depuis 1974. Sa femme, la seconde requérante, est née en 1949 et réside à Limassol.

62. Le 20 juillet 1974, à la suite de la mobilisation générale, le premier requérant s'engagea en tant que réserviste dans le 399<sup>e</sup> bataillon d'infanterie. Il fut affecté à la compagnie de soutien. Le 22 juillet, le bataillon se rendit à Mia Milia pour renforcer les troupes chypriotes grecques qui y étaient déployées et pour tenir les avant-postes chypriotes grecs sur la ligne de front.

63. Le 14 août 1974 au matin, l'armée turque, appuyée par des chars et des avions, lança une attaque massive contre les forces chypriotes grecques dans le secteur où le requérant était stationné avec son bataillon. Les troupes turques, eu égard à leur supériorité, réussirent à percer la ligne de défense chypriote grecque et s'avancèrent vers le secteur de Mia Milia, et les forces chypriotes grecques commencèrent à se replier. En un laps de temps très court, le secteur fut occupé par les troupes turques; le requérant s'y trouva enclavé et l'on perdit sa trace.

64. Un ancien prisonnier de guerre, M. Costas Mena, qui vivait alors à Palaekythro et qui réside actuellement à Korakou, déclara que durant sa détention à Antiyama, en Turquie, il avait vu le requérant, détenu dans le bloc n° 9. Le 18 octobre 1974, tous les détenus d'Antiyama avaient été emmenés à Adana. Ils y avaient reçu l'ordre de se répartir en quatre rangs. Un officier militaire avait choisi certains d'entre eux, dont le requérant, qui avaient été emmenés. M. Mena n'a plus revu le requérant depuis.

## *2. La version du gouvernement défendeur*

65. Le gouvernement défendeur conteste que les requérants aient été capturés par l'armée turque au cours des opérations militaires menées à Chypre en 1974. Les informations fournies dans les formules de requête amènent inévitablement à conclure que les personnes prétendument « disparues », à l'exception de Savvas Hadjipanteli, sont des militaires morts au combat en juillet et août 1974.

66. Le gouvernement défendeur relève qu'en 1994 et 1995, après l'introduction des présentes requêtes, le gouvernement intervenant a soumis les dossiers concernant les mêmes « personnes portées disparues » au Comité des personnes disparues à Chypre (« le CMP »), créé par les Nations unies. Ces dossiers ne renferment aucune affirmation selon laquelle ces personnes auraient été vues dans l'une des prisons de Turquie. Les déclarations des témoins présumés énumérés dans les requêtes n<sup>os</sup> 16064/90 (Christakis Ioannou), 16065/90 (Christodoulos Panyi), 16066/90 (Costas Sophocleous), 16068/90 (Nicos Nicolaou), 16069/90 (Yiannis Melissis), 16070/90 (Efstathios Selefco), 16072/90 (Costas Themistocleous) et 16073/90 (Costas Mena) n'y sont pas invoquées. Les allégations selon lesquelles les personnes portées disparues ont été vues sont donc dépourvues de fondement.

67. En ce qui concerne Savvas Hadjipanteli (requête n° 16071/90), qui n'était pas militaire, le gouvernement défendeur souligne que, contrairement aux allégations des requérants, son nom ne figurait pas sur la liste des Chypriotes grecs détenus au garage Pavlides que le Comité international de la Croix-Rouge («le CICR») avait inspecté. Quoi qu'il en soit, ce garage était un centre de transit où les personnes arrêtées n'étaient pas détenues plus de quelques jours avant d'être libérées ou transférées. Le dossier soumis au CMP ne comporte qu'une référence aux témoins ayant déclaré avoir vu l'étui de clefs dont l'intéressé ne se serait jamais séparé. Il ressort également des documents du CICR, qui rend régulièrement visite aux détenus et personnes internées en Turquie, qu'aucun des individus prétendument disparus n'a été transféré en Turquie ou incarcéré. Tous les prisonniers emmenés en Turquie furent rapatriés entre le 16 septembre 1974 et le 28 octobre 1974, et les listes des personnes concernées furent remises aux autorités chypriotes grecques.

68. Quant à l'allégation selon laquelle des personnes portées disparues ont été identifiées sur des photographies, le Gouvernement souligne que le professeur Pierre A. Margot, de l'Institut de science médico-légale et de criminologie de la faculté de droit de l'université de Lausanne, a effectué, à la demande du troisième membre du CMP, un examen scientifique de certaines photographies qui avaient été publiées et d'un film documentaire. Il en ressort que la possibilité de procéder à une identification à partir de ces documents est extrêmement douteuse et que les identifications censées avoir été faites par des proches ne sont pas fiables, vu la qualité des documents et l'émotion à laquelle les intéressés devaient être en proie.

### *3. La version du gouvernement intervenant*

69. Le gouvernement intervenant soutient que les premiers requérants ont disparu dans des zones qui se trouvaient sous le contrôle de l'armée turque.

#### **a) Varnava (requête n° 16064/90) et Sarma (requête n° 16073/90)**

70. Ces deux requérants furent envoyés avec leurs unités dans la région de Mia Milia pour renforcer les avant-postes le long de la ligne de front. Le 14 août 1974, l'armée turque lança l'offensive qui en deux jours lui permit de prendre le contrôle de tout le nord et l'est de Chypre. Lorsque les troupes turques enfoncèrent la ligne de défense chypriote et avancèrent sur Mia Milia, les forces chypriotes se retirèrent et se dispersèrent. L'armée turque s'assura rapidement le contrôle de l'ensemble de la région. De nombreux soldats chypriotes grecs, dont les deux requérants, se trouvèrent enclavés et totalement encerclés. Le gouvernement intervenant soutient que les intéressés n'ont pas pu s'enfuir, car il aurait su alors ce qu'il était advenu d'eux.

**b) Loizides (requête n° 16065/90)**

71. Ce requérant commandait des soldats qui défendaient Lapithos. Après l'encercllement du village par les troupes turques, les forces chypriotes grecques reçurent l'ordre de se replier. Les hommes du groupe du requérant revêtirent des tenues civiles et tentèrent en vain de s'échapper du village. Lorsque les soldats turcs entrèrent dans le village le lendemain, les hommes du groupe du requérant se dispersèrent pour éviter de se faire capturer. Le 6 août vers 21 heures, le requérant fut aperçu dans un entrepôt par Nicos Th. Tampas, alors qu'il soutenait un soldat blessé à la tête. Tampas fut capturé et détenu par la suite. C'est la dernière fois que le premier requérant aurait été vu. Il est fort probable qu'il resta avec le blessé et qu'il fut placé en détention par les forces turques qui contrôlaient toute la région. D'après les informations disponibles, un seul homme réussit à s'enfuir du village, mais, contrairement au requérant, il connaissait bien le secteur.

**c) Constantinou (requête n° 16066/90)**

72. Attaquée par l'armée turque, l'unité du premier requérant reçut l'ordre de se répartir en trois groupes et de se replier à l'ouest. Le groupe du requérant atteignit la route reliant Nicosie à Kyrenia, à 200 mètres du restaurant «Airkotissa». Des cris en provenance du restaurant ayant été entendus, le requérant et un autre homme furent envoyés voir ce qui se passait. Au bout d'un quart d'heure, les deux hommes n'étant pas revenus, le groupe partit pour Panagra. Au moment où le requérant et l'autre soldat furent envoyés au restaurant, des forces turques se trouvaient dans le secteur. Vu l'absence de tout bruit de lutte ou de coups de feu, l'explication la plus plausible du non-retour des deux hommes est que les forces turques les ont arrêtés, soit pour éviter qu'ils révèlent les positions turques, soit pour les amener à donner des renseignements, soit encore pour en faire des prisonniers de guerre.

**d) Theocharides (requête n° 16068/90)**

73. Le 26 juillet 1974, le premier requérant manqua à l'appel de son unité après que celle-ci eut réussi à passer les lignes des troupes turques qui l'encerclaient. Le secteur dans lequel son unité était stationnée avait été pris par les forces turques. Quel qu'ait été le sort du requérant, ce qui lui est arrivé par la suite a eu lieu dans un secteur contrôlé par les forces turques.

**e) Charalambous (requête n° 16069/90)**

74. Le requérant fut blessé à la main droite et au côté gauche de la cage thoracique après un affrontement entre les forces chypriotes grecques et des

soldats turcs qui se trouvaient dans trois autocars venant du village de Vounos. Ses blessures furent nettoyées par un témoin du nom de Komodromos, et on lui dit de monter, avec deux autres hommes, dont l'un était également blessé, au monastère, où étaient stationnées les forces chypriotes grecques. Les deux autres hommes furent découverts morts deux jours plus tard, après le repli des troupes turques. Il est clair que soit les soldats turcs ont trouvé le requérant mort, soit, ce qui est plus probable, elles l'ont découvert blessé et l'ont placé en détention.

**f) Thoma (requête n° 16070/90)**

75. Ce requérant se trouvait parmi les hommes qui tentèrent d'empêcher l'invasion de Kyrenia. Certains d'entre eux furent déclarés morts au cours de l'opération, mais non le requérant. Le gouvernement intervenant ne dispose d'aucun élément indiquant que ce requérant soit décédé. Il y a lieu de présumer que l'intéressé a été arrêté vivant.

76. Cette hypothèse se trouve également corroborée par la photographie parue le 4 septembre 1974 dans le *Bulletin d'information spécial* – publication quotidienne de l'administration chypriote turque – montrant des prisonniers de guerre chypriotes grecs en train de déjeuner. Le premier requérant y fut reconnu à l'époque par son père, le second requérant.

77. Le gouvernement intervenant a annexé aux observations qu'il a soumises à la Grande Chambre la copie d'une déclaration faite par Efsthathios Selefcou à un policier le 31 juillet 1976. D'après ce document, lors de son transfert en bateau de Chypre vers la Turquie M. Selefcou avait vu Eleftherios Thoma, qu'il connaissait depuis sa scolarité, et lui avait brièvement parlé. Le gouvernement intervenant a également communiqué la copie d'une fiche de l'agence centrale de recherches du CICR (réf. n° EZG 14023/2) selon laquelle Eleftherios Thoma avait été vu mi-octobre 1974 dans un hôpital militaire turc, à Mintzeli. Il explique que ces informations n'ont pas été communiquées au CMP, celui-ci n'ayant pas mandat pour enquêter hors du territoire chypriote et la décision politique ayant été prise, lors de la présentation de documents au CMP le 7 juin 1994, de ne pas heurter la Turquie, dont la coopération s'imposait pour que le CMP puisse commencer à fonctionner effectivement.

**g) Hadjipanteli (requête n° 16071/90)**

78. A la date du 16 août 1974, les forces turques contrôlaient le nord et l'est de Chypre, notamment la péninsule du Karpas, où le premier requérant travaillait en tant que caissier général dans une banque, à Yialousa. Le 18 août, des soldats turcs et chypriotes turcs arrivèrent au village et un officier turc ordonna le recensement des Chypriotes grecs âgés de sept à

soixante-dix ans. Le lendemain, les listes furent remises aux Turcs et des soldats turcs procédèrent à des fouilles. Ils partirent en emmenant neuf personnes, dont le premier requérant, dans un bus. Ces faits furent relatés par des villageois.

79. Des Chypriotes turcs vinrent au village dans les circonstances décrites par les requérants (paragraphe 54-57 ci-dessus). Ils étaient en possession des deux clefs d'un coffre dont le requérant ne se séparait jamais. Ils se les étaient très probablement procurées auprès de ceux qui détenaient le premier requérant, ce qui montre que celui-ci était encore en vie, et détenu depuis neuf jours au moins. Certains éléments indiquent que le requérant demeura détenu après ces neuf jours, au moins jusqu'au 28 août, au garage de Pavlides.

80. La liste des personnes que le CICR a vues alors qu'elles étaient détenues au garage Pavlides le 28 août 1974 comporte le nom de Savvis Kalli, qui est le nom sous lequel ce premier requérant avait été recensé (tant le prénom de l'intéressé que le patronyme de son père (Kallis), tel qu'il figure sur la carte d'identité du premier requérant, ayant été mal orthographiés).

81. Une déclaration sous serment faite le 6 novembre 2007 par Lakis N. Christolou, avocat du cabinet représentant les requérants dans la présente requête, a été soumise à la Grande Chambre. D'après ce document, le fils du disparu, M. Georgios Hadjipanteli, a rapporté que fin 2005 il avait rencontré une femme écrivain chypriote turque qui lui avait dit que, lors de ses recherches sur les disparitions, elle avait découvert des éléments indiquant que les neuf personnes disparues de Yialousa avaient été inhumées près du village chypriote turc de Galatia. Lorsque le fils communiqua ces renseignements au CMP, il apprit que les habitants de Galatia avaient déjà fourni au CMP des renseignements sur l'exécution et l'inhumation de prisonniers chypriotes grecs à proximité de leur village.

#### **h) Apostolides (requête n° 16072/90)**

82. Lorsque ce premier requérant et sa section se replièrent de Lapithos vers Vasilias, ils tombèrent dans une embuscade des troupes turques et se dispersèrent. On est sans nouvelles du requérant depuis lors. Le gouvernement intervenant n'a aucun renseignement concernant le premier requérant, ce qui signifie que celui-ci n'a pas réussi à s'enfuir. Par ailleurs, rien n'indique qu'il ait été tué au cours de l'embuscade. Il est plus que probable que l'intéressé a été arrêté par les forces armées turques.

#### *4. Événements récents*

83. En 2007, dans le cadre de l'activité du CMP (paragraphe 86-88 ci-dessous), des restes humains furent exhumés d'un charnier découvert à

proximité de Galatia, village chypriote turc situé dans la région du Karpas. Des analyses anthropologiques et génétiques permirent d'identifier la dépouille de Savvas Hadjipanteli (désigné comme premier requérant dans la requête n° 16071/90), ainsi que les dépouilles des huit autres personnes du village de Yialousa et de deux autres Chypriotes grecs portés disparus. Les cadavres des neuf personnes de Yialousa étaient alignés l'un à côté de l'autre dans le charnier, et deux autres dépouilles reposaient sur eux non loin de la surface du sol. Le rapport médico-légal daté du 13 novembre 2007 décrit de façon détaillée l'exhumation et précise qu'il est vraisemblable que la fosse a été creusée pour recevoir les corps en question et que ceux-ci ont été enterrés en même temps, leur état indiquant qu'ils ont été inhumés alors qu'il restait des tissus mous et qu'ils ont été placés au contact l'un de l'autre. Il précise que l'examen des dépouilles mortelles avait principalement pour objet l'identification des cadavres.

84. Plusieurs balles provenant d'armes à feu furent découvertes dans le charnier. En ce qui concerne Savvas Hadjipanteli, le certificat médical relatif à la cause de son décès, signé par un médecin le 12 juillet 2007, indique que l'intéressé a été touché d'une balle à la tête et au bras droit et qu'il était blessé à la cuisse droite. Sa famille fut informée et des funérailles religieuses eurent lieu le 14 juillet 2007.

## II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNATIONAUX PERTINENTS

### **A. Le Comité des personnes disparues à Chypre («le CMP») créé par les Nations unies**

#### *1. Le contexte*

85. Le CMP a été officiellement créé en 1981. Les paragraphes suivants (§§ 181-191) sont extraits du rapport établi par la Commission dans la quatrième requête interétatique.

« 181. (...) Aux termes de son mandat, il ne « doit enquêter que sur le cas des personnes portées disparues lors de combats intercommunautaires et pendant les événements de 1974 et postérieurs ». Son mandat a été défini comme suit : « dresser des listes exhaustives des personnes portées disparues appartenant aux deux communautés, précisant selon le cas si elles sont en vie ou décédées et, dans ce dernier cas, la date approximative de leur décès ». Il est en outre précisé que « le comité ne tentera pas de déterminer les responsabilités quant aux décès de personnes portées disparues ou de rendre des conclusions sur la cause de tels décès » et que « il ne sera procédé à aucune exhumation sous l'égide du comité. Celui-ci peut renvoyer les demandes d'exhumation au CICR qui les traitera selon sa procédure habituelle ». « Toutes les parties concernées » doivent coopérer avec le comité pour que celui-ci puisse accéder à

l'ensemble de l'île en vue de mener à bien ses investigations. Rien n'est prévu pour les enquêtes en Turquie même ou concernant les forces armées turques à Chypre.

182. Le CMP comprend trois membres, une «personne appartenant à une organisation humanitaire» devant être désignée par la partie chypriote grecque, une autre par la partie chypriote turque et le troisième étant «un fonctionnaire choisi par le CICR (...) avec l'accord des deux parties et nommé par le Secrétaire général des Nations unies».

183. Le CMP n'a pas de président fixe, les membres assurant la présidence par roulement pour une période d'un mois. Les décisions doivent dans la mesure du possible être prises par consensus. Selon le règlement adopté en 1984, la procédure doit être menée comme suit :

1. Les cas individuels ou collectifs doivent être présentés au comité des personnes disparues avec toutes les informations possibles. Le comité assignera chaque affaire à la partie sur le territoire de laquelle la personne a disparu ; cette partie procédera à des recherches exhaustives et présentera au comité un rapport écrit. Il incombe à chacun des membres du comité, ou à leurs collaborateurs, de suivre les enquêtes menées sur le territoire de la partie qui l'a désigné. Le troisième membre et/ou ses collaborateurs pourront participer pleinement aux enquêtes.

2. Le comité des personnes disparues rendra des décisions à la lumière des éléments fournis par les deux parties et par l'agence centrale de recherches du CICR : présumé en vie, décédé, disparu sans laisser de traces ou d'indices.

3. Si le comité des personnes disparues n'est pas en mesure de rendre une conclusion à la lumière des informations présentées, une enquête complémentaire est effectuée à la demande d'un membre du comité. Le troisième membre du comité et/ou ses collaborateurs ou, le cas échéant, des enquêteurs recrutés par le comité avec l'accord des deux parties participeront à chaque enquête complémentaire.

184. Parmi ses «principes directeurs», le règlement de 1984 énonce que «les investigations seront menées dans le seul intérêt des familles concernées, qui doivent les juger concluantes. Tout sera mis en œuvre pour connaître le sort des personnes portées disparues». Les familles des personnes portées disparues peuvent adresser des communications au comité, lesquelles seront transmises au membre concerné. Celui-ci fournira à la famille des «informations à caractère définitif sur le sort d'une personne portée disparue en particulier», mais aucune information à caractère provisoire ne sera communiquée par le comité à la famille de la personne disparue au cours de l'examen d'un cas particulier.

185. La procédure et les conclusions du comité sont entièrement confidentielles mais celui-ci peut malgré tout émettre des déclarations ou rapports publics. Le règlement de 1984 prévoit la publication d'un communiqué de presse à l'issue d'une réunion ou d'une série de réunions ainsi que la parution occasionnelle de rapports d'activité. Les membres du comité peuvent communiquer des déclarations complémentaires à la presse ou aux médias, à condition de se conformer à leur devoir de réserve, de ne pas critiquer ou contredire la déclaration commune et d'éviter tout type de propagande.

186. De par la stricte confidentialité qui caractérise la procédure du CMP, aucune information détaillée sur les progrès et résultats obtenus par lui n'est disponible. Il ressort toutefois des parties pertinentes des rapports d'activité régulièrement établis sur l'opération menée par l'ONU à Chypre, remis par le Secrétaire général de l'ONU au Conseil de sécurité, que le comité a commencé ses travaux en mai 1984 avec un nombre égal et peu élevé de cas pour chacune des parties (Doc. S/16596 du 1<sup>er</sup> juin 1984, § 51), que l'enquête sur les 168 premiers cas individuels avait bien avancé dès 1986, avec le lancement de compléments d'enquêtes pour 40 cas ayant déjà fait l'objet de rapports (Doc. S/18102/add. 1 du 11 juin 1986, § 15) et que, bien que l'organisation d'entretiens ou de visites sur place n'ait posé aucun problème, le temps écoulé causait des difficultés réelles de même que, à un degré plus élevé, l'absence de coopération des témoins.

187. Cette situation a conduit le comité à émettre le 11 avril 1990 un long communiqué de presse (Doc. S/21340/annexe). Il y déclarait qu'il considérait la coopération des témoins comme absolument fondamentale, mais que ceux-ci étaient souvent réticents, peu enclins, voire incapables de donner des informations détaillées sur ce qu'ils savaient quant à la disparition d'une personne portée disparue. Toutefois, le comité ne pouvait obliger un témoin à parler. La réticence des témoins s'expliquait par leur peur d'accuser eux-mêmes ou autrui dans le cadre de ces disparitions, alors même que le comité leur avait expliqué que les informations communiquées seraient considérées comme strictement confidentielles et les avait assurés qu'ils ne seraient « soumis à aucune forme de poursuites policières ou judiciaires ». Le comité appelait les parties concernées à encourager les témoins à faire part de toutes les informations dont ils avaient connaissance, ajoutant :

« Afin d'apaiser encore les craintes des témoins, le comité, cherchant à donner à ceux-ci les garanties les plus solides, examine les mesures qui pourraient être prises pour les soustraire à toutes poursuites judiciaires et/ou policières, uniquement en ce qui concerne la question des personnes disparues et toute déclaration, écrite ou orale, faite devant le comité dans l'exercice d'activités entrant dans le cadre de son mandat. »

188. Toujours dans ce communiqué de presse, le comité indiquait qu'il jugeait légitime le souhait des familles d'obtenir des restes identifiables des personnes portées disparues. Toutefois, les enquêtes systématiques menées auprès des deux parties pour savoir où étaient enterrées les personnes portées disparues n'avaient pas abouti. Il rappelait que son mandat ne l'autorisait pas à ordonner des exhumations. En outre, alors que tous les éléments de preuve étaient accessibles, il n'était pas encore parvenu à trouver un dénominateur commun pour en apprécier la valeur. Enfin, le comité déclarait qu'il envisageait de demander aux deux parties de lui fournir les informations essentielles concernant les dossiers de toutes les personnes portées disparues, afin d'acquiescer une vue d'ensemble de la question.

189. En décembre 1990, le Secrétaire général de l'ONU a écrit une lettre aux chefs des deux parties pour leur indiquer que, jusque-là, le comité n'avait reçu des informations qu'au sujet de 15 % environ des cas et pour les prier instamment de

signaler tous les cas. Il soulignait de plus qu'il importait de parvenir à un consensus sur les critères que les deux parties seraient prêtes à appliquer dans leurs enquêtes respectives. Le comité devait étudier les modalités à suivre pour partager avec les familles touchées les informations intéressantes dont il disposait (Doc. S/24050 du 31 mai 1992, § 38). Le 4 octobre 1993, dans une nouvelle lettre adressée aux chefs des deux communautés, le Secrétaire général de l'ONU constatait qu'aucun progrès n'avait été accompli et que la communauté internationale ne comprendrait pas que le comité, neuf ans après son entrée en fonction, ne soit toujours pas en mesure de fonctionner de manière effective. La partie chypriote grecque n'avait transmis que 210 cas, et la partie chypriote turque 318. Il pria de nouveau instamment les deux communautés de soumettre tous les cas sans délai, et le comité de parvenir à un accord sur les critères à suivre pour mener ses enquêtes (Doc. S/26777 du 22 novembre 1993, §§ 88-90).

190. Le 17 mai 1995, sur la base d'un rapport du troisième membre du CMP et de propositions des deux parties, le Secrétaire général de l'ONU a présenté des propositions de compromis au sujet des critères à suivre pour conclure les enquêtes (Doc. S/1995/488 du 15 juin 1995, § 47), qui ont ensuite été approuvées par les deux parties (Doc. S/1995/1020 du 10 décembre 1995, § 33). En décembre 1995, la partie chypriote grecque avait soumis tous ses dossiers (1 493). Cependant, le troisième membre du comité se retira en mars 1996 et le Secrétaire général de l'ONU décida qu'il ne nommerait pas son remplaçant tant que n'auraient pas été résolues certaines questions en suspens, comme le classement des cas, l'ordre des enquêtes et des priorités, et la collecte à bref délai d'informations sur les affaires pour lesquelles il n'existait pas de témoin connu (Doc. S/1996/411 du 7 juin 1996, § 31). Après s'être plusieurs fois faites prier de résoudre ces questions (Doc. S/1997/437 du 5 juin 1997, §§ 24-25), les deux parties sont parvenues à un accord le 31 juillet 1997 quant aux échanges d'informations sur l'emplacement des tombes des personnes portées disparues et le retour de leurs restes. Elles ont également demandé la nomination d'un troisième membre pour le CMP (Doc. S/1997/962 du 4 décembre 1997, §§ 21 et 29-31). En juin 1998, toutefois, aucun progrès n'avait été accompli dans la réalisation de cet accord. Le Secrétaire général de l'ONU releva à cet égard que la partie chypriote turque affirmait que des victimes du coup d'état perpétré contre l'archevêque Makarios en 1974 se trouvaient parmi les personnes portées disparues, position qui n'était pas conforme à l'accord (Doc. S/1998/488 du 10 juin 1998, § 23).

191. Le troisième membre du CMP a depuis été nommé (*ibidem*, § 24). Le comité n'a toutefois pas encore terminé ses enquêtes et les familles des personnes portées disparues n'ont donc pas été informées du sort de celles-ci.»

## 2. Exhumations et identification des dépouilles

86. En août 2006, le CMP entreprit un important projet d'exhumation sur des sites d'inhumation connus en vue de l'identification des dépouilles et de leur restitution aux familles. Une unité spéciale chargée de fournir des informations aux familles fut également créée.

87. D'après les informations fournies par le gouvernement défendeur, 430 dépouilles ont été retrouvées, 275 ont été transférées à des fins d'analyse et d'identification au laboratoire anthropologique; depuis juin 2007, 105 cadavres ont été identifiés (76 Chypriotes grecs, 29 Chypriotes turcs); au 13 mars 2008, 84 dossiers de personnes portées disparues étaient clôturés; à la date de l'audience, 5 % des personnes portées disparues avaient été identifiées et leurs dépouilles remises à leurs familles pour être inhumées; au 10 septembre 2008, 180 sites avaient été visités par les équipes bicommunautaires (155 dans le nord, 25 dans le sud<sup>1</sup>).

*3. La décision du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe du 19 mars 2009*

88. Dans le cadre de la surveillance continue de l'exécution de l'arrêt *Chypre c. Turquie* ([GC], n° 25781/94, CEDH 2001-IV), le Comité des Ministres s'est penché sur la question des personnes disparues. Le passage pertinent de sa décision se lit ainsi :

« Les Délégués

(...)

2. estiment qu'il est crucial que les travaux actuels du CMP soient menés à bien dans les meilleures conditions et dans les meilleurs délais;

3. par conséquent, tout en réaffirmant que l'exécution de l'arrêt exige des enquêtes effectives, relèvent que celles-ci ne devraient pas mettre en péril la mission du CMP;

4. estiment donc que la séquence entre les mesures à prendre dans le cadre des enquêtes effectives et la poursuite des travaux du CMP devrait tenir compte de ces deux objectifs essentiels;

5. soulignent, en toute hypothèse, l'urgence pour les autorités turques de prendre des mesures concrètes dans la perspective des enquêtes effectives telles qu'exigées par l'arrêt, en particulier s'agissant de l'accès du CMP à toutes informations et tous lieux pertinents;

6. dans le même contexte, soulignent, en outre, l'importance de la préservation de toutes les données obtenues au cours du Programme Exhumations et Identifications du CMP;

(...)

1. Les premiers examens ont permis l'identification de treize Chypriotes turcs à Aleminyo; l'identification de vingt-deux Chypriotes grecs à Kazaphani, Livadhia et Sandallaris, et celle de six Chypriotes turcs dans le district de Famagouste ont été effectuées ultérieurement. Les noms des intéressés ont depuis lors été supprimés de la liste des personnes portées disparues.

## **B. Textes juridiques internationaux sur les disparitions forcées**

### *1. La Déclaration des Nations unies sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (A/Res/47/133, 18 décembre 1992)*

89. Ce texte énonce notamment :

#### **Article 1**

« 1. Tout acte conduisant à une disparition forcée constitue un outrage à la dignité humaine. Il est condamné comme étant contraire aux buts de la Charte des Nations unies et comme constituant une violation grave et flagrante des droits de l'homme et des libertés fondamentales proclamés dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, et réaffirmés et développés dans d'autres instruments internationaux pertinents.

2. Tout acte conduisant à une disparition forcée soustrait la victime de cet acte à la protection de la loi et cause de graves souffrances à la victime elle-même, et à sa famille. Il constitue une violation des règles du droit international, notamment celles qui garantissent à chacun le droit à la reconnaissance de sa personnalité juridique, le droit à la liberté et à la sécurité de sa personne et le droit de ne pas être soumis à la torture ni à d'autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Il viole en outre le droit à la vie ou le met gravement en danger. »

#### **Article 2**

« 1. Aucun Etat ne doit commettre, autoriser ou tolérer des actes conduisant à des disparitions forcées.

2. Les Etats agissent aux niveaux national et régional et en coopération avec l'Organisation des Nations unies pour contribuer par tous les moyens à prévenir et éliminer les disparitions forcées. »

#### **Article 3**

« Tout Etat prend des mesures législatives, administratives, judiciaires et autres mesures efficaces pour prévenir et éliminer les actes conduisant à des disparitions forcées, sur tout territoire relevant de sa juridiction. »

#### **Article 17**

« 1. Tout acte conduisant à une disparition forcée continue d'être considéré comme un crime aussi longtemps que ses auteurs dissimulent le sort réservé à la personne disparue et le lieu où elle se trouve et que les faits n'ont pas été élucidés.

2. Lorsque les recours prévus à l'article 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ne peuvent plus être utilisés, la prescription relative aux actes conduisant à des disparitions forcées est suspendue jusqu'au moment où ces recours peuvent être utilisés à nouveau.

3. S'il y a prescription des actes conduisant à des disparitions forcées, le délai de prescription doit être de longue durée et en rapport avec l'extrême gravité du crime.»

### Article 19

«Les victimes d'actes ayant entraîné une disparition forcée et leur famille doivent obtenir réparation et ont le droit d'être indemnisées de manière adéquate, notamment de disposer des moyens qui leur permettent de se réadapter de manière aussi complète que possible. En cas de décès de la victime du fait de sa disparition forcée, sa famille a également droit à indemnisation.»

90. Le Groupe de travail des Nations unies sur les disparitions forcées ou involontaires a formulé, entre autres, les observations générales suivantes sur la déclaration précitée :

«Observations générales sur l'article 17 de la Déclaration (E/CN.4/2001/68, 18 décembre 2000)

(...)

27. L'article 17 énonce des principes fondamentaux visant à définir les disparitions forcées et leurs conséquences au niveau pénal. Le contenu et l'objet général de l'article visent à instaurer des conditions propres à garantir que les responsables d'une disparition forcée soient traduits en justice selon une approche restrictive de la prescription. (...)

28. La définition de la disparition forcée en tant qu'infraction continue (par. 1) revêt une importance capitale pour ce qui est d'établir les responsabilités de l'Etat. En outre, l'article 17 fixe des règles très restrictives. Il vise à empêcher les responsables de disparitions forcées de bénéficier de la prescription. (...)

«Observations générales sur l'article 19 de la déclaration (E/CN.4/1998/43, 12 janvier 1998)

(...)

72. L'article 19 mentionne en outre explicitement le droit des victimes et de leurs familles «d'être indemnisés de manière adéquate». Il incombe par conséquent aux Etats d'adopter des mesures législatives et autres en vue de permettre aux victimes de demander réparation devant les tribunaux ou des organes administratifs spéciaux habilités à accorder une indemnisation. Tout comme les victimes qui ont survécu à une disparition, leurs familles ont le droit d'être dédommagées des souffrances endurées pendant la disparition, et, en cas de décès, les personnes qui étaient à la charge de la victime ont droit à une indemnisation.

73. L'indemnisation sera «adéquate», c'est-à-dire à la mesure de la gravité de la violation des droits de l'homme (durée de la disparition, conditions de détention, etc.) et des souffrances de la victime et de la famille. Une réparation pécuniaire sera accordée pour tout dommage (préjudice physique ou mental, occasions perdues, préjudice matériel et perte de revenu, atteintes à la réputation et frais encourus pour obtenir une assistance juridique ou l'aide d'un expert) résultant d'une disparition forcée. Les actions civiles en dommage et intérêt ne doivent pas être entravées par des

lois d'amnistie, des règles de prescription ou subordonnées à l'imposition de sanctions pénales aux auteurs.

74. Le droit d'être indemnisé d'une manière adéquate d'actes ayant entraîné une disparition forcée visé à l'article 19 de la Déclaration ne doit pas être confondu avec le droit à réparation en cas d'exécution arbitraire. En d'autres termes, la jouissance du droit à réparation en cas de disparition forcée ne doit pas être tributaire du décès de la victime. « En cas de décès de la victime du fait de sa disparition forcée », sa famille a toutefois droit à une indemnisation additionnelle en vertu de la dernière phrase de l'article 19. Si l'exhumation ou des moyens de preuve similaires ne permettent pas d'établir le décès de la victime, les Etats ont l'obligation de mettre en place la procédure judiciaire nécessaire pour que la déclaration de décès soit faite ou de conférer à la victime un statut juridique similaire qui permette aux familles d'exercer leur droit à réparation. Les lois des différents pays fixeront les modalités juridiques d'une telle procédure, telles que la période pendant laquelle une personne doit avoir été portée disparue, la qualité de la personne habilitée à entamer une telle procédure, etc. En règle générale, aucune personne victime d'une disparition forcée ne sera présumée morte contre l'avis de sa famille. »

*2. La Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (2006)*<sup>1</sup>

91. Ce texte dispose notamment :

**Article 1**

« 1. Nul ne sera soumis à une disparition forcée.

2. Aucune circonstance exceptionnelle, quelle qu'elle soit, qu'il s'agisse de l'état de guerre ou de menace de guerre, d'instabilité politique intérieure ou de tout autre état d'exception, ne peut être invoquée pour justifier la disparition forcée. »

**Article 2**

« Aux fins de la présente Convention, on entend par « disparition forcée » l'arrestation, la détention, l'enlèvement ou toute autre forme de privation de liberté par des agents de l'Etat ou par des personnes ou des groupes de personnes qui agissent avec l'autorisation, l'appui ou l'acquiescement de l'Etat, suivi du déni de la reconnaissance de la privation de liberté ou de la dissimulation du sort réservé à la personne disparue ou du lieu où elle se trouve, la soustrayant à la protection de la loi. »

**Article 3**

« Tout Etat partie prend les mesures appropriées pour enquêter sur les agissements définis à l'article 2, qui sont l'œuvre de personnes ou de groupes de personnes

1. Cette Convention a été ouverte à la signature en février 2007. Elle entrera en vigueur le trentième jour après la date du dépôt auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations unies du vingtième instrument de ratification ou d'adhésion. A ce jour, cinq Etats seulement ont ratifié la Convention (Albanie, Argentine, France, Honduras et Mexique).

agissant sans l'autorisation, l'appui ou l'acquiescement de l'Etat, et pour traduire les responsables en justice.»

#### **Article 4**

«Tout Etat partie prend les mesures nécessaires pour que la disparition forcée constitue une infraction au regard de son droit pénal.»

#### **Article 5**

«La pratique généralisée ou systématique de la disparition forcée constitue un crime contre l'humanité, tel qu'il est défini dans le droit international applicable, et entraîne les conséquences prévues par ce droit.»

#### **Article 8**

«Sans préjudice de l'article 5,

1. Tout Etat partie qui applique un régime de prescription à la disparition forcée prend les mesures nécessaires pour que le délai de prescription de l'action pénale :

- a) Soit de longue durée et proportionné à l'extrême gravité de ce crime ;
- b) Commence à courir lorsque cesse le crime de disparition forcée, compte tenu de son caractère continu.

2. Tout Etat partie garantit le droit des victimes de disparition forcée à un recours effectif pendant le délai de prescription.»

*3. La Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes (1994)*

92. Ce texte énonce notamment :

#### **Article 1**

«Les Etats parties à la présente Convention s'engagent :

a. A ne pas pratiquer, à ne pas permettre et à ne pas tolérer la disparition forcée des personnes, même pendant les états d'urgence, d'exception ou de suspension des garanties individuelles ;

b. A sanctionner, dans le cadre de leur juridiction, ceux qui ont participé au délit de disparition forcée des personnes, ou ont tenté de le commettre à titre d'auteurs, de complices et de receleurs.

c. A coopérer entre eux pour contribuer par tous les moyens à prévenir, à sanctionner et à éradiquer la disparition forcée des personnes ;

d. A prendre les mesures législatives, administratives, judiciaires ou autres, nécessaires à l'exécution des engagements qu'elles ont contractés dans le cadre de la présente Convention.»

### Article 2

« Aux effets de la présente Convention, on entend par disparition forcée des personnes la privation de liberté d'une ou de plusieurs personnes sous quelque forme que ce soit, causée par des agents de l'Etat ou par des personnes ou des groupes de personnes qui agissent avec l'autorisation, l'appui ou l'acquiescement de l'Etat, suivie du déni de la reconnaissance de cette privation de liberté ou d'information sur le lieu où se trouve cette personne, ce qui, en conséquence, entrave l'exercice des recours juridiques et des garanties pertinentes d'une procédure régulière. »

### Article 3

« Les Etats parties à la présente Convention s'engagent à adopter, dans le respect de leurs procédures constitutionnelles, les mesures législatives nécessaires pour qualifier le délit de disparition forcée des personnes et pour le sanctionner d'une peine appropriée, proportionnelle à son extrême gravité. Ce délit est considéré comme continu ou permanent tant que la destination de la victime ou le lieu où elle se trouve n'ont pas été déterminés. (...) »

## C. La jurisprudence d'autres organes internationaux concernant la compétence *ratione temporis* dans des affaires de disparitions

### 1. La Cour interaméricaine des droits de l'homme (« la CIDH »)

93. La CIDH a établi que divers articles de la Convention américaine relative aux droits de l'homme (« la Convention américaine ») impliquent des obligations procédurales dans les cas d'homicide ou de disparition. Dans nombre d'affaires, en particulier là où il n'y avait pas eu violation de l'article 4 (droit à la vie) de la Convention américaine en son volet matériel, la CIDH a examiné de manière autonome pareils griefs procéduraux au regard de l'article 8 – lequel, contrairement à la Convention européenne des droits de l'homme, garantit le droit à un procès équitable pour les contestations sur les droits et obligations de toute nature – et de l'article 25, qui consacre la protection judiciaire, en combinaison avec l'article 1 § 1 (obligation de respecter les droits). La CIDH a suivi cette démarche dans des affaires où l'homicide ou la disparition étaient antérieurs à la date à laquelle l'Etat défendeur avait reconnu la compétence de la Cour.

94. Dans l'affaire Blake c. Guatemala, la CIDH a eu à connaître d'une exception *ratione temporis* soulevée par le gouvernement défendeur, la disparition elle-même ayant eu lieu avant la date à laquelle le Guatemala avait accepté la compétence obligatoire de la CIDH en 1987 (« la date critique »). Elle a estimé que les disparitions forcées emportaient méconnaissance de divers droits de l'homme et que les effets des violations – même si certaines avaient peut-être pris fin – « p[ro]v[en]ent se prolonger continuellement ou en

permanence jusqu'à l'établissement du sort de la victime ou sa localisation» (Blake, 2 juillet 1996, Exceptions préliminaires, § 39, traduction du greffe).

95. La famille n'avait découvert ce qu'il était advenu de M. Blake que le 14 juin 1992, soit après la date d'acceptation par le Guatemala de la compétence de la CIDH, ce qui a conduit celle-ci à se déclarer compétente *ratione temporis* pour connaître des « effets et actes » postérieurs à la date critique. La CIDH a toutefois retenu l'exception préliminaire du gouvernement défendeur concernant la privation de liberté de M. Blake et son assassinat, qui étaient antérieurs à la date critique et ne pouvaient donc en soi passer pour continus.

96. Dans son arrêt sur le fond (24 janvier 1998, p. 54), la CIDH a estimé que la disparition marquait le début d'une « situation continue ». Elle a examiné le grief tiré de l'article 8 en liaison avec l'article 1 § 1 et conclu que le Guatemala avait enfreint le droit des proches de M. Blake à une enquête effective sur la disparition et le décès de celui-ci, à la poursuite et, le cas échéant, au châtement des responsables et à l'obtention d'une réparation, ce nonobstant le défaut de compétence temporelle pour connaître des griefs matériels.

97. La CIDH est parvenue à une conclusion analogue dans des affaires de disparition où l'on n'avait jamais réussi à retrouver la victime. Ainsi, dans l'affaire Sœurs Serrano-Cruz c. El Salvador (23 novembre 2004, Exceptions préliminaires), elle s'est déclarée incompétente pour examiner, sous l'angle des articles 4, 5 et 7 (droit à la liberté de la personne), la disparition des sœurs en tant que telle, présumée avoir eu lieu treize ans avant la reconnaissance par le Salvador de sa compétence contentieuse. Elle a abouti à la même conclusion concernant les violations procédurales invoquées par la Commission interaméricaine sur le terrain de l'article 4 en ce qu'elles étaient liées à la disparition forcée alléguée (paragraphe 95). Toutefois, la CIDH a considéré que la limitation temporelle établie par l'Etat n'excluait pas l'ensemble des faits qui étaient postérieurs à la date critique et qui se rapportaient aux articles 8 et 25 de la Convention américaine (dépôt d'une demande de mise en liberté, procédure pénale), dès lors qu'ils constituaient des « faits indépendants » ou « des violations spécifiques et autonomes concernant un déni de justice » (paragraphe 85). Sur le fond, elle a dit que l'Etat avait violé les articles 8 et 25 de la Convention américaine dans le chef des deux sœurs et de leurs proches (arrêt du 1<sup>er</sup> mars 2005).

98. Dans un arrêt plus récent, Heliodoro Portugal c. Panama, du 12 août 2008, la Cour de San José a clairement établi une distinction entre disparitions forcées et exécutions extrajudiciaires aux fins de sa compétence *ratione temporis*. L'affaire concernait la disparition forcée en 1970 (vingt ans avant l'acceptation par le Panama de la compétence obligatoire de la CIDH)

d'Heliodoro Portugal, dont la dépouille avait été retrouvée en 2000. La CIDH a estimé que la victime devait être présumée décédée avant la date d'acceptation de la compétence de la Cour (9 mai 1990), la disparition ayant eu lieu vingt ans auparavant. Elle a qualifié l'exécution extrajudiciaire d'acte instantané et a accueilli l'exception préliminaire du gouvernement panaméen concernant le droit à la vie (article 4). Quant à la disparition forcée proprement dite, elle a en revanche appliqué sa jurisprudence antérieure, pour conclure à une violation continue ou permanente au motif qu'elle s'était prolongée après la date critique, jusqu'à la découverte de la dépouille de la victime en 2000. La CIDH s'est déclarée compétente pour examiner les violations suivantes découlant de la disparition : privation de liberté dans le chef de la victime (article 7), violation du droit à l'intégrité de la personne dans le chef des proches (article 5), non-respect de l'obligation d'enquêter sur la disparition alléguée, non-incrimination de la disparition forcée et de la torture en droit interne et manquement à l'obligation d'enquêter sur les actes de torture et de les punir<sup>1</sup>. Sur le fond, elle a conclu, dans le chef du défunt, à la violation du droit à la liberté (article 7) et à la violation des articles 1 et 2 de la Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes. Elle a également constaté une violation des articles 5 (droit à l'intégrité de la personne), 8 et 25 dans le chef des proches.

## 2. *Le Comité des droits de l'homme des Nations unies (« le Comité »)*

99. En ce qui concerne les disparitions forcées, le Comité reconnaît « le degré de souffrance qu'entraîne le fait d'être détenu indéfiniment, privé de tout contact avec le monde extérieur » et dit qu'elles constituent « un traitement cruel et inhumain », contraire à l'article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (« le Pacte »), à l'endroit des personnes disparues<sup>2</sup>. Les disparitions entraînent souvent des violations du droit à la vie, consacré par l'article 6 du Pacte. Dans son Observation générale n° 6 sur le droit à la vie, le Comité déclare :

« Les Etats parties doivent aussi prendre des mesures spécifiques et efficaces pour empêcher la disparition des individus, ce qui malheureusement est devenu trop fréquent et entraîne trop souvent la privation arbitraire de la vie. En outre, les Etats doivent mettre en place des moyens et des procédures efficaces pour mener

1. Les deux dernières obligations ne découlent pas seulement de la Convention américaine, mais aussi de la Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes (1994) et de la Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture (1985). Ces deux traités peuvent être invoqués devant la CIDH en vertu de l'article 29 d) de la Convention américaine.

2. Sarma c. Sri Lanka, 16 juillet 2003, § 9.5. Voir également Edriss El Hassy c. Jamahiriya arabe libyenne, 24 octobre 2007, § 6.8.

des enquêtes approfondies sur les cas de personnes disparues dans des circonstances pouvant impliquer une violation du droit à la vie<sup>1</sup>.»

100. Dans un certain nombre d'affaires, le Comité a conclu à la violation de l'article 6 du Pacte, mais n'a pas été en mesure de se prononcer définitivement en l'absence de confirmation du décès<sup>2</sup>. Les disparitions peuvent également aboutir à des constats de violation des articles 9 (droit à la liberté et à la sécurité de la personne), 10 (droit de toute personne privée de sa liberté à être traitée avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine) et 7 en ce qui concerne les proches de la personne disparue, eu égard à l'angoisse, à la détresse et à l'incertitude causées par la disparition<sup>3</sup>.

101. Il peut aussi y avoir méconnaissance de l'obligation positive d'enquêter sur les disparitions (mentionnée dans l'Observation générale sur le droit à la vie) dans ce type d'affaires ; en pareils cas, le Comité peut conclure à la violation de l'article 2 § 3 (qui consacre le droit à un recours effectif) combiné avec l'article 6. Dans son Observation générale n° 31 relative à l'article 2 §§ 2 et 3 du Pacte, le Comité a souligné que lorsqu'un Etat ne mène pas d'enquête sur des violations graves telles que des disparitions forcées ou des actes de torture et ne traduit pas en justice les auteurs de telles violations, il peut y avoir une violation distincte du Pacte. Le Comité a ainsi conclu à sa compétence pour constater des violations des articles 6, 7 et 9 combinés avec l'article 2 § 3 du Pacte<sup>4</sup>.

102. En revanche, l'attitude du Comité concernant sa compétence temporelle a évolué ces dernières années dans les cas de disparitions survenues avant la date d'entrée en vigueur du Pacte ou du Protocole facultatif à l'égard d'un Etat.

103. Dans les affaires se rapportant à des personnes disparues en Argentine (S.E. c. Argentine, 4 avril 1990), le Comité a conclu que l'article 2 § 3 du Pacte ne pouvait être enfreint par un Etat partie lorsque la violation matérielle se situait hors de sa compétence temporelle. Dans l'affaire Maria Otilia Vargas c. Chili (26 juillet 1999), il a déclaré la communication irrecevable *ratione temporis* concernant le fils de l'auteur de la communication, dont le corps n'avait jamais été retrouvé depuis son décès en 1973. Il a dit que l'arrêt de 1995 par lequel la Cour suprême avait rejeté

1. Observation générale n° 6 (1982), § 4

2. Bleier c. Uruguay, 29 mars 1982, § 14.

3. Edriss El Hassy c. Jamahiriya arabe libyenne, § 7.

4. M. Farag Mohammed El Alwani c. Jamahiriya arabe libyenne, 11 juillet 2006. Le Comité des droits de l'homme des Nations unies a constaté une violation de l'article 2 § 3 combiné avec les articles 6, 7 et 9 en ce qui concerne la personne disparue, et de l'article 2 § 3 combiné avec l'article 7 en ce qui concerne le proche de la victime.

le recours de l'auteur de la communication relativement à l'application du décret d'amnistie de 1978 ne pouvait passer pour un fait nouveau susceptible de porter atteinte aux droits d'une personne qui avait été tuée en 1973, avant l'entrée en vigueur du Pacte au niveau international et avant l'entrée en vigueur du Protocole facultatif à l'égard du Chili.

104. Dans l'affaire *Sarma c. Sri Lanka* (16 juillet 2003), l'auteur de la communication alléguait que son fils avait été enlevé par des soldats en juin 1990 et qu'il avait été vu pour la dernière fois en octobre 1991. Le Sri Lanka a ratifié le Protocole facultatif en octobre 1997 et a fait une déclaration limitant la compétence du Comité aux faits postérieurs à cette date. Le Comité a considéré que même si l'enlèvement avait eu lieu à une date se situant hors de sa compétence temporelle, « les violations du Pacte, si leur réalité était confirmée par l'examen au fond, avaient pu avoir lieu ou se poursuivre après l'entrée en vigueur du Protocole facultatif ». Le Comité a ensuite conclu à la violation des articles 7 et 9 dans le chef du fils de l'auteur de la communication et de l'article 7 en ce qui concerne l'auteur de la communication et son épouse à raison de l'anxiété et de la détresse causées par l'absence de renseignements quant au lieu où se trouvait leur fils. Il a souligné en outre que l'article 2 § 3 faisait obligation à l'Etat « de garantir à l'auteur de la communication et à sa famille qu'ils disposer[aient] d'un recours utile, y compris sous forme d'une enquête approfondie et efficace sur la disparition et le sort du fils de l'auteur (...) »<sup>2</sup>, ce qui impliquait que l'Etat pouvait être tenu d'enquêter sur des affaires antérieures à l'entrée en vigueur du Protocole facultatif. Enfin, il n'a pas conclu à la violation de l'article 6, au motif que l'auteur de la communication n'avait pas abandonné l'espoir de voir son fils réapparaître.

105. En revanche, dans l'affaire *Yurich c. Chili* (2 novembre 2005), tout en qualifiant la disparition forcée d'acte continu, le Comité a noté que les actes originels d'arrestation et de séquestration, ainsi que le refus de donner des informations sur la privation de liberté, étaient intervenus avant l'entrée en vigueur du Pacte à l'égard du Chili. Il a considéré en outre que l'auteur de la communication ne se référait à aucun acte de l'Etat postérieur à la date critique (entrée en vigueur du Protocole facultatif à l'égard de l'Etat partie) constituant une « confirmation de la disparition forcée ». Partant, il a déclaré la communication irrecevable.

106. Récemment, dans l'affaire *Mariam Sankara et autres c. Burkina Faso* (28 mars 2006 – Annexe III, p.52), le Comité a appliqué cette approche relative à l'existence d'un acte de confirmation et a par ailleurs

---

1. Paragraphe 6.2.

2. Paragraphe 11.

modifié sa démarche en examinant un grief de non-réalisation d'une enquête sur un décès survenu avant la date critique. Bien que s'étant déclaré incompetent *ratione temporis* quant au décès de M. Sankara, il s'est penché sur la procédure ultérieure et sur le grief de non-rectification du certificat de décès (qui parlait de mort naturelle), ainsi que sur les effets des violations alléguées sur M<sup>me</sup> Sankara et ses deux enfants. Il a conclu que les autorités étaient restées en défaut de mener une enquête sur le décès de M. Sankara, de poursuivre les coupables et de faire aboutir la procédure judiciaire engagée par l'auteur de la communication pour obtenir le redressement de la situation. Il a considéré que la procédure s'était prolongée par la faute des autorités, de sorte qu'elle s'était poursuivie après l'entrée en vigueur du Pacte et du Protocole facultatif à l'égard du Burkina Faso. Estimant que ces manquements des autorités avaient affecté les auteurs de la communication après l'entrée en vigueur des instruments en question, le Comité a conclu à sa compétence *ratione temporis* pour examiner le grief tiré de l'article 7.

107. Sur le fond de l'affaire, le Comité a ensuite conclu que « le refus de mener une enquête sur la mort de Thomas Sankara, la non-reconnaissance officielle du lieu de sa dépouille et la non-rectification de l'acte de décès constitu[ai]ent un traitement inhumain à l'égard de M<sup>me</sup> Sankara et ses fils, contraire à l'article 7 du Pacte<sup>1</sup> ».

## EN DROIT

### I. SUR LA QUALITÉ DE PREMIERS REQUÉRANTS DÉSIGNÉS DES HOMMES DISPARUS

#### A. Thèses défendues devant la Cour

108. Le gouvernement défendeur soutient que, d'après la jurisprudence bien établie sur les disparitions, il y a présomption de décès après un certain temps (voir, par exemple, *Timurtaş c. Turquie*, n° 23531/94, § 83, CEDH 2000-VI – présomption de décès au bout de six ans et demi). Compte tenu de la situation de conflit armé à l'époque en question, de l'absence de toute preuve crédible montrant que les personnes disparues ont été vues après la fin des hostilités et du laps de temps écoulé, la présomption de décès se concilierait avec la jurisprudence constante de la Cour, de même qu'avec la pratique nationale, le droit chypriote prévoyant qu'une personne peut être déclarée décédée lorsqu'on est sans nouvelles d'elle depuis dix ans.

---

1. Paragraphe 12.2.

109. D'après les requérants, rien ne permet de présumer que les hommes portés disparus sont morts en 1974 ou depuis lors. Le droit interne chypriote permettrait seulement d'admettre une présomption de décès sur demande d'une personne ayant la qualité requise, alors que dans la jurisprudence citée par le gouvernement défendeur c'étaient les requérants eux-mêmes qui, pour que pussent être accueillis leurs griefs de violations matérielles, avaient invité la Cour à conclure que leurs proches disparus devaient être présumés morts.

110. Le gouvernement chypriote combat la thèse selon laquelle il y a lieu de présumer que les disparus sont décédés, une telle présomption ne pouvant être retenue, selon lui, qu'à la demande des requérants.

## **B. Conclusions de la Cour**

111. La Cour relève que c'est dans le cadre de leurs thèses sur sa compétence *ratione temporis* que les parties ont formulé leurs observations concernant la présomption relative au décès des personnes portées disparues. Elle note toutefois que ces observations sont pertinentes aussi pour la question de la qualité des premiers requérants. D'après la pratique de la Cour, et conformément à l'article 34 de la Convention, une requête ne peut être présentée que par des personnes vivantes ou en leur nom. Lorsqu'une personne décède après l'introduction d'une requête, ses héritiers peuvent demander à poursuivre la procédure sans pour autant que le nom de la requête ne soit modifié. Si la victime alléguée de la violation est décédée avant l'introduction de la requête, une personne ayant l'intérêt légitime requis en tant que proche du défunt peut soumettre une requête soulevant des griefs liés au décès ; toutefois, la requête est alors enregistrée au nom de ce proche (voir, concernant la qualité pour introduire une requête, *Fairfield c. Royaume-Uni* (déc.), n° 24790/04, CEDH 2005-VI). La Cour rappelle que dans ses arrêts antérieurs concernant des disparitions elle a adopté la pratique consistant à ne dénommer requérants que les proches des disparus.

112. Quant aux personnes disparues en l'espèce, il y a lieu de noter, premièrement, que la dépouille de Savvas Hadjipanteli a été découverte en 2007 dans un charnier près de Galatia, sur le territoire de la « République turque de Chypre du Nord ». Les certificats médico-légaux et médicaux n'indiquent ni la date ni l'époque approximative du décès, bien que les quelques détails fournis étayaient l'hypothèse d'une exécution extrajudiciaire à l'époque des hostilités de 1974. Deuxièmement, les huit autres hommes portés disparus n'ont plus été vus depuis fin 1974. Toutefois, la Cour juge inutile de statuer sur le point de savoir s'il faut ou non reconnaître la qualité de requérants aux disparus, dans la mesure où les proches de ceux-ci peuvent incontestablement introduire des requêtes soulevant des griefs relatifs à la

disparition, pour autant qu'ils relèvent de la compétence de la Cour (voir, par exemple, *Kurt c. Turquie*, 25 mai 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-III, et *Imakaïeva c. Russie*, n° 7615/02, 9 novembre 2006).

113. La Cour estime qu'elle peut poursuivre l'examen des requêtes en considérant que les requérants aux fins de l'article 34 de la Convention sont les proches des disparus qui l'ont saisie.

## II. SUR LES EXCEPTIONS PRÉLIMINAIRES DU GOUVERNEMENT DÉFENDEUR

### A. L'absence d'intérêt juridique

114. A l'audience, le gouvernement défendeur a plaidé l'absence d'intérêt juridique à statuer sur ces requêtes. Soulignant que la question de l'ensemble des Chypriotes grecs portés disparus avait fait l'objet d'un examen et de constats de violations dans la quatrième requête interétatique, il a invoqué l'article 35 § 2 b) de la Convention, qui exclut l'examen des requêtes qui sont « essentiellement l[es] même[s] ». Il s'est également appuyé sur l'article 37 § 1 c), qui permet à la Cour de rayer une affaire de son rôle lorsque « pour tout autre motif dont [elle] constate l'existence, il ne se justifie plus de poursuivre l'examen de la requête ».

115. Les requérants ont répondu que la requête interétatique n'englobait pas leurs griefs, auxquels il y aurait lieu de reconnaître un caractère individuel et distinct, et qu'il n'existait aucune base justifiant l'application de l'article 37 § 1 c).

116. Quant au gouvernement intervenant, il a déclaré estimer qu'il n'y a pas identité de parties, de cause et d'objet et que rien ne permet de rejeter les requêtes pour les motifs invoqués par le gouvernement défendeur.

117. La Cour rappelle que, dans sa décision sur la recevabilité des présentes requêtes, la Commission ne s'est pas prononcée sur la question générale de savoir si l'ancien article 27 § 1 b) de la Convention l'empêchait de se pencher, dans le cadre d'une requête individuelle, sur une « question » ayant déjà été examinée dans une affaire interétatique (*Varnava et autres c. Turquie*, nos 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90, 16073/90, décision de la Commission du 14 avril 1998, Décisions et rapports (DR) 93-B, p. 5, renvoyant à *Donnelly et autres c. Royaume-Uni*, nos 5577/72-5583/72, décision de la Commission du 5 avril 1973, Annuaire 16, p. 213). Elle a estimé que, de toute façon, il n'avait pas été établi que les hommes disparus dans les cas en question étaient visés par les conclusions auxquelles elle était parvenue dans la troisième requête interétatique et que, dans la mesure où la quatrième requête

interétatique, alors pendante, n'avait pas encore fait l'objet d'un examen au fond, les requêtes individuelles dont elle se trouvait saisie ne pouvaient être assimilées à une requête précédemment examinée dans ce cadre.

118. La Cour a depuis rendu son arrêt dans la quatrième requête interétatique (*Chypre c. Turquie* [GC], n° 25781/94, CEDH 2001-IV) et il est vrai qu'elle y formulait des constats de violation des articles 2, 3 et 5 de la Convention dans le chef des Chypriotes grecs portés disparus et de leurs familles. Toutefois, pour qu'une requête puisse être réputée essentiellement la même qu'une autre précédemment examinée par la Cour ou déjà soumise à une autre instance internationale d'enquête ou de règlement aux fins de l'article 35 § 2 b), elle doit non seulement soulever essentiellement les mêmes faits et griefs mais également avoir été introduite par les mêmes personnes (*Folgerø et autres c. Norvège* (déc.), n° 15472/02, 14 février 2006, et *Malsagova et autres c. Russie* (déc.), n° 27244/03, 6 mars 2008). Dès lors, on ne saurait dire qu'en introduisant une requête interétatique un gouvernement requérant prive des particuliers de la possibilité d'introduire ou de faire valoir leurs propres griefs.

119. Dans la mesure où le gouvernement défendeur a contesté, à un stade très avancé de la procédure, l'intérêt juridique des requérants à poursuivre celle-ci et invoqué l'article 37 § 1 c), la Cour note que les conclusions formulées dans la quatrième requête interétatique ne précisait pas quels individus portés disparus elles visaient (*Chypre c. Turquie*, précité, § 133, où la Cour faisait observer que les preuves corroboraient l'allégation du gouvernement requérant selon laquelle « nombre des personnes encore portées disparues » se trouvaient détenues par des forces turques ou des forces pour lesquelles l'Etat défendeur était responsable). On ne saurait donc considérer que cet arrêt statuait sur les questions et les griefs soulevés dans les présentes requêtes. A cet égard, il y a lieu de noter également que dans le cadre de requêtes individuelles la Cour est compétente pour allouer des indemnités à titre de satisfaction équitable pour le préjudice matériel et moral subi par les requérants individuels et pour indiquer, en vertu de l'article 46, toute mesure générale ou individuelle pouvant être prise. On ne saurait donc dire que les présentes requêtes ne sont pas susceptibles de donner lieu à des questions ou à des conclusions différentes de celles figurant dans la quatrième requête interétatique ni que l'arrêt rendu dans celle-ci englobe en quelque sorte les intérêts des requérants individuels dans la présente affaire, de sorte qu'il ne se justifierait plus de poursuivre leur examen. Aussi la Cour considère-t-elle qu'il subsiste un intérêt juridique à continuer l'examen des présentes requêtes.

120. Partant, elle rejette cette exception.

## **B. L'exception d'incompétence *ratione temporis***

### *1. L'arrêt de la chambre*

121. La chambre a exclu de son examen les allégations de violation procédant des faits survenus avant la date cruciale de la reconnaissance du droit de recours individuel par la Turquie le 28 janvier 1987. Elle a fait observer que la Grande Chambre, dans la quatrième requête interétatique, avait considéré que la disparition de quelque 1 485 Chypriotes grecs révélait une situation de violation continue de l'article 2 de la Convention en ce que les autorités de l'Etat défendeur n'avaient pas enquêté de manière effective pour retrouver les Chypriotes grecs qui avaient disparu dans des circonstances mettant leur vie en danger ou faire la lumière sur le sort qu'ils avaient connu. Elle a conclu à l'absence de raisons de s'écarter de cette analyse relativement aux neuf hommes portés disparus en l'espèce et a jugé que, pour autant qu'il y avait une obligation continue au regard de l'article 2, elle était compétente *ratione temporis*.

### *2. Thèses défendues devant la Cour*

#### **a) Le gouvernement défendeur**

122. Le gouvernement défendeur soutient que la compétence temporelle est une condition préalable à l'examen des présentes requêtes. La chambre n'aurait pas dûment tenu compte de la pratique internationale en appliquant les principes énoncés par la Grande Chambre dans son arrêt *Blečić c. Croatie* ([GC], n° 59532/00, CEDH 2006-III). L'affirmation de l'existence d'une situation continue ne serait ni suffisante ni décisive, la question déterminante étant celle de savoir si l'Etat était lié par une obligation au moment des faits à l'origine du litige. Il ne pourrait être question d'une situation ou d'une violation continues qu'une fois établi qu'il existait à l'époque une norme qui liait l'Etat, y compris pour l'avenir, ainsi qu'il ressortirait des termes de l'article 6 du Protocole n° 11 lui-même. La Turquie n'aurait reconnu la compétence de la Commission à être saisie de requêtes individuelles qu'à partir du 28 janvier 1987, et cette reconnaissance n'aurait couvert que les questions soulevées en rapport avec des faits postérieurs à la déclaration de la Turquie.

123. Ainsi, en l'espèce, les allégations de disparitions procéderaient de faits survenus en juillet-août 1974 ; aucune des déclarations selon lesquelles les personnes portées disparues ont été vues ne se rapporterait à une période postérieure à octobre 1974. Or l'Etat défendeur n'aurait reconnu le droit de recours individuel que le 28 janvier 1987 et pour des griefs relatifs à des

faits survenus après cette date. Dès lors, la Cour ne serait pas compétente *ratione temporis* pour connaître des événements litigieux. Dans son arrêt, la chambre aurait déclaré vouloir appliquer la démarche suivie dans la quatrième requête interétatique relativement à ce point, mais la compétence temporelle n'aurait pas été en cause dans ladite affaire: la chambre aurait confondu cet aspect avec des questions de fond concernant l'existence d'une situation continue. En outre, ni l'arrêt *Blečić* ni la déclaration de la Turquie n'auraient établi une exception relativement aux situations continues. L'arrêt *Blečić* renverrait à la décision *Moldovan et autres et Rostas et autres c. Roumanie* ((déc.), n<sup>os</sup> 41138/98 et 64320/01, 13 mars 2001), dans laquelle la Cour aurait conclu, s'agissant de griefs tirés de l'article 2 de la Convention qui concernent la non-réalisation d'une enquête effective sur des meurtres, à son incompétence *ratione temporis*, les décès ayant eu lieu avant la ratification. Cela montrerait que les conséquences découlant des faits originels ne peuvent pas non plus être examinées, les « situations continues » étant ainsi exclues, comme en attesteraient des affaires ultérieures telles que *Kholodovy c. Russie* ((déc.), n<sup>o</sup> 30651/05, 14 septembre 2006), dans laquelle la Cour aurait conclu que l'échec subséquent des recours introduits aux fins du redressement d'une ingérence antérieure ne pouvait faire entrer celle-ci dans sa compétence temporelle (le gouvernement défendeur cite également *Dintchev c. Bulgarie* (déc.), n<sup>o</sup> 23057/03, 6 mars 2007, *Meriakri c. Moldova* (déc.), n<sup>o</sup> 53487/99, 16 janvier 2001, *Mrkić c. Croatie* (déc.), n<sup>o</sup> 7118/03, 8 juin 2006, et *Cakir c. Chypre* ((déc.), n<sup>o</sup> 7864/06, 11 janvier 2008), affaire dans laquelle des griefs relatifs à un homicide perpétré en 1974 auraient été rejetés pour incompatibilité *ratione temporis* avec les dispositions de la Convention). La chambre aurait certes estimé qu'elle n'avait pas compétence pour se pencher sur les événements de 1974, mais elle aurait dû s'interdire en outre d'examiner les procédures et faits consécutifs ou liés à ces événements. Sa non-abstention à cet égard aurait méconnu la pratique constante. En rejetant l'exception préliminaire au motif qu'elle avait conclu à l'existence d'une obligation continue, elle aurait en réalité préjugé le fond.

124. En ce qui concerne l'argument des requérants selon lequel l'obligation d'enquêter revêtirait un caractère autonome, le gouvernement défendeur estime que cette question a été résolue dans l'arrêt *Blečić*, qui préciserait que les procédures concernant un manquement à l'obligation de fournir un recours n'ont aucune incidence sur la compétence *ratione temporis* pour des faits et événements antérieurs à la ratification. Il ne pourrait y avoir d'obligation procédurale autonome, séparée de l'origine factuelle des griefs. L'obligation procédurale d'enquêter découlant des articles 2 et 3 serait récente et ne pourrait lier les Etats rétroactivement. Le gouvernement

défendeur invoque à cet égard les arrêts rendus par la Cour dans l'affaire *Markovic et autres c. Italie* ([GC], n° 1398/03, § 111, CEDH 2006-XIV, et *Korbely c. Hongrie* [GC], n° 9174/02, § 84, CEDH 2008).

125. En ce qui concerne le constat d'existence d'une situation continue, la chambre n'aurait pas tenu compte de la jurisprudence bien établie sur les disparitions, en vertu de laquelle après un certain laps de temps il y aurait présomption de décès (voir également l'argument du gouvernement défendeur exposé au paragraphe 108 ci-dessus). Il y aurait donc lieu de présumer que les requérants sont décédés avant l'entrée en jeu de la compétence temporelle de la Cour.

#### **b) Les requérants**

126. Selon les requérants (qui renvoient à cet égard à *Loizidou c. Turquie* (fond), 18 décembre 1996, §§ 41 et 47, *Recueil* 1996-VI), la Cour est compétente pour examiner des violations continues qui, bien qu'ayant leur point de départ historique à un moment du passé, se poursuivaient encore à la date de la reconnaissance par la Turquie du droit de recours individuel et ont perduré après. Les premiers requérants auraient certes disparu en 1974, mais les violations découlant de ces disparitions et/ou en rapport avec elles se prolongeraient depuis lors. Leurs griefs ne seraient pas fondés sur des actes instantanés survenus en 1974, mais ils concerneraient des violations revêtant un caractère continu auxquelles nulle restriction temporelle ne pourrait s'appliquer et qui se poursuivraient aujourd'hui. Les requérants invoquent le raisonnement que la Cour aurait tenu dans la quatrième requête interétatique quant au caractère continu des violations procédant des disparitions survenues en 1974 et que la chambre aurait suivi à juste titre dans son arrêt.

127. Rien ne permettrait de présumer que les hommes portés disparus sont décédés en 1974 ou depuis. Le renvoi au droit interne chypriote ne serait pas pertinent, car il ne permettrait de présumer le décès d'un individu qu'à la demande du procureur général ou d'une personne ayant qualité pour agir (faisant valoir des droits découlant du décès de la personne portée disparue). La jurisprudence de la Cour sur l'article 2 ne serait pas non plus pertinente, dans la mesure où il s'agirait d'affaires où c'étaient les requérants eux-mêmes qui, pour que pussent être accueillis leurs griefs de violations matérielles, avaient invité la Cour à conclure que les personnes portées disparues en question devaient être présumées décédées. Les requérants estiment que si l'on admet avec le Gouvernement que les hommes portés disparus doivent être présumés décédés on peut alors conclure à une violation *de jure* ou à une exécution contraire à l'article 2.

### c) Le gouvernement intervenant

128. Le gouvernement intervenant soutient que les présentes requêtes ne concernent pas la responsabilité de la Turquie pour des actes ou omissions remontant à une époque où la Turquie n'avait pas ratifié la Convention. La Turquie aurait adhéré à la Convention en 1954 et d'autres Parties contractantes auraient pu à partir de ce moment-là engager une procédure contre elle. Les affaires invoquées par le gouvernement défendeur, par exemple *Blečić*, ne seraient pas pertinentes, dans la mesure où les violations y auraient été commises avant la ratification de la Convention par l'Etat défendeur, alors que les griefs soulevés en l'espèce se rapporteraient à des violations continues se poursuivant plus de cinquante ans après l'entrée en vigueur des dispositions matérielles de la Convention à l'égard de la Turquie. Les griefs soumis en l'espèce procéderaient également de faits concernant la conduite de la Turquie après le 28 janvier 1987, les requérants reprochant à l'Etat défendeur de n'avoir pas enquêté sur les disparitions. Il ne s'agirait pas là d'un aspect d'une détention ou d'un homicide illégaux ou d'une conséquence d'une violation des articles 2 ou 5, mais d'un manquement distinct. L'exception *ratione temporis* ne serait donc pas fondée.

129. Le gouvernement intervenant récuse l'argument selon lequel il y a lieu de présumer que les personnes disparues sont décédées. Une telle présomption ne pourrait être retenue qu'à la demande des requérants et ne mettrait de toute manière pas fin à l'obligation d'enquêter, qui ne se limiterait pas à la question de savoir si la personne est décédée mais s'étendrait aux circonstances dans lesquelles elle a perdu la vie et, en cas d'homicide illégal, à l'identification et à la poursuite des auteurs.

## 3. *Appréciation de la Cour*

### a) Les principes généraux

130. Il est constant qu'en vertu des règles générales du droit international (voir, en particulier, l'article 28 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités) les dispositions de la Convention ne lient une Partie contractante ni relativement aux actes ou faits antérieurs à la date de l'entrée en vigueur de la Convention à l'égard de cette partie, ni relativement aux situations qui avaient cessé d'exister avant cette date (*Blečić*, précité, § 70, et *Šilih c. Slovénie* ([GC], n° 71463/01, § 140, 9 avril 2009). En outre, lorsqu'un requérant engage une procédure pour obtenir le redressement d'un acte, d'une omission ou d'une décision qu'il estime contraires à la Convention et qui ont eu lieu ou se prolongent après l'entrée en vigueur de la Convention, cette procédure ne saurait être considérée comme formant

partie des faits constitutifs de la violation alléguée et ne fait pas entrer la cause dans la compétence temporelle de la Cour (*Blečić*, précité, §§ 77-79).

131. Pour établir la compétence temporelle de la Cour, il est donc essentiel d'identifier dans chaque affaire donnée la localisation dans le temps de l'ingérence alléguée. La Cour doit tenir compte à cet égard tant des faits dont se plaint le requérant que de la portée du droit garanti par la Convention dont la violation est alléguée (*ibidem*, § 82).

**b) Application de ces principes au cas d'espèce**

132. La Turquie a ratifié la Convention le 18 mai 1954 ; elle a accepté le droit de recours individuel le 28 janvier 1987 et la compétence de l'ancienne Cour le 22 janvier 1990. Le Protocole n° 11, qui a institué la nouvelle Cour, est entré en vigueur le 11 janvier 1998.

133. La Turquie est donc liée par les dispositions de la Convention depuis le 18 mai 1954. Toutefois, son acceptation du droit de recours individuel se limite aux faits survenus après la date – le 28 janvier 1987 – de la déclaration à cet effet. Lorsque l'ancienne Cour a cessé de fonctionner en 1998, la juridiction de la Cour actuelle est devenue obligatoire pour les Etats contractants, ce à partir de la date d'acceptation par eux du droit de recours individuel. Il s'ensuit que la Cour n'est pas compétente pour examiner les griefs soulevés par les requérants contre la Turquie pour autant que les allégations de violation ont trait à des faits antérieurs au 28 janvier 1987 (*Cankoçak c. Turquie*, nos 25182/94 et 26956/95, § 26, 20 février 2001, et *Demades c. Turquie* (satisfaction équitable), n° 16219/90, § 21, 22 avril 2008).

134. Ainsi, les griefs des requérants mettant en cause la responsabilité de l'Etat contractant pour des événements concrets survenus en 1974 échappent à la compétence temporelle de la Cour. Quant aux griefs qui pourraient concerner des actes ou omissions de l'Etat contractant postérieurs au 28 janvier 1987, la Cour a compétence pour en connaître. Elle relève à cet égard que les requérants précisent que leurs griefs ont trait uniquement à la situation telle qu'elle se présente depuis janvier 1987, c'est-à-dire au manquement continu de l'Etat défendeur à son obligation de mener une enquête effective afin de retrouver la trace des hommes disparus et déterminer ce qu'il est advenu d'eux.

135. La Cour note que le gouvernement défendeur articule autour de deux grands axes les arguments qu'il oppose à la thèse des requérants selon laquelle il peut avoir pesé sur lui une obligation procédurale après la date critique. Premièrement, il invoque la nature de l'obligation procédurale découlant de l'article 2 et, deuxièmement, il se fonde sur une présomption selon laquelle les hommes portés disparus sont en fait décédés en 1974 ou peu

après. La Cour examinera également, pour terminer, la nature et l'étendue de l'obligation procédurale d'enquêter sur les disparitions en particulier.

*i. La compétence temporelle et l'obligation procédurale découlant de l'article 2*

- α) Les procédures liées à des faits échappant à la compétence temporelle de la Cour

136. Le gouvernement défendeur, s'appuyant sur l'affaire *Blečić*, soutient que les griefs concernant de telles enquêtes, ou l'absence de telles enquêtes, se heurtent au principe suivant lequel les procédures introduites aux fins du redressement de violations ne peuvent faire entrer dans la compétence temporelle de la Cour des événements survenus antérieurement. Toutefois, cet argument n'est pas valable car l'enquête que requiert l'article 2 sous son volet procédural n'est pas une procédure de redressement aux fins de l'article 35 § 1. C'est l'absence même d'une enquête effective qui constitue le cœur de la violation alléguée. L'obligation procédurale a son propre champ d'application ; elle est distincte et peut jouer indépendamment de l'obligation matérielle de l'article 2, qui concerne la responsabilité de l'Etat pour tout homicide illégal ou toute disparition dans des conditions mettant la vie en danger. Cela ressort de nombreuses affaires dans lesquelles la Cour a constaté une violation de cette disposition sous son volet procédural en l'absence de tout constat de responsabilité des agents de l'Etat pour le recours à la force meurtrière (voir, parmi beaucoup d'autres, *Finucane c. Royaume-Uni*, n° 29178/95, CEDH 2003-VIII). En fait, l'obligation procédurale de fournir une forme d'enquête officielle effective intervient lorsque des individus disparaissent dans des conditions où leur vie est en danger, et elle ne se limite pas aux affaires où il apparaît que la mort a été causée par un agent de l'Etat (*Osmanoğlu c. Turquie*, n° 48804/99, § 87, 24 janvier 2008).

137. C'est donc à tort que le gouvernement défendeur invoque le raisonnement suivi dans l'affaire *Blečić* concernant les procédures à fins de redressement.

- β) L'invocation de décisions antérieures dans lesquelles la Cour a déclaré des griefs procéduraux irrecevables *ratione temporis*

138. Pour autant que le gouvernement défendeur invoque des affaires telles que *Moldovan et autres et Rostas et autres* et *Kholodoviy* (paragraphe 123 ci-dessus), la Cour note que c'étaient non pas des disparitions mais des homicides qui y étaient en cause. Dans l'arrêt *Šilih* (précité) rendu récemment, la Cour a passé en revue les affaires où elle avait été amenée à se prononcer sur l'existence ou non d'une violation procédurale dans des situations où un décès était antérieur à la date d'acceptation du droit de

recours individuel tandis que les lacunes ou omissions ayant entaché les mesures d'enquête y étaient postérieures (*Şilih*, précité, §§ 148-152). Elle y a exposé de manière détaillée l'état du droit international à cet égard, et en particulier la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme et celle du Comité des droits de l'homme des Nations unies, qui montrent que ces organes se sont estimés compétents *ratione temporis* pour examiner les griefs procéduraux liés à des enquêtes sur des décès dans des cas où les actes meurtriers avaient eu lieu avant la date critique (*ibidem*, §§ 111-118 et 160). Elle a précisé que l'obligation procédurale que recèle l'article 2 de mener une enquête effective est devenue une obligation distincte et indépendante et qu'elle peut être considérée comme une « obligation détachable » pouvant s'imposer à l'Etat même lorsque le décès est survenu avant l'entrée en vigueur de la Convention (*ibidem*, §§ 153-163).

139. Les précédents invoqués par le gouvernement défendeur ne sont donc pas pertinents en ce qui concerne les homicides. En outre, ils n'ont aucun rapport avec le phénomène des disparitions, dont le caractère continu a des incidences sur la compétence *ratione temporis* de la Cour, ainsi qu'il est exposé ci-après.

γ) L'argument tiré de l'application rétroactive qui serait faite de l'obligation procédurale

140. Pour autant que le gouvernement défendeur soutient par ailleurs que l'obligation procédurale découlant de l'article 2 n'était pas applicable à la date de son acceptation du droit de recours individuel dès lors qu'elle n'aurait été développée qu'ultérieurement dans la jurisprudence, la Cour observe que les affaires *Markovic et autres* et *Korbely* invoquées par le gouvernement défendeur concernaient, pour la première, la question de savoir s'il existait dans la législation interne à l'époque pertinente un droit aux fins de l'article 6 et, pour la seconde, les principes prohibant l'imposition rétroactive de sanctions pénales énoncés à l'article 7. Ni l'une ni l'autre de ces affaires ne présente de pertinence pour la manière dont la Cour elle-même interprète le contenu des obligations qui lient les Etats contractants en vertu de la Convention, interprétation qui ne peut être assimilée à l'imposition rétroactive d'une obligation. La Cour précise que la jurisprudence est un moyen de clarifier des textes existants et que le principe de non-rétroactivité ne s'y applique pas de la même façon qu'en matière législative.

*ii. La présomption de décès*

141. Le gouvernement défendeur soutient qu'il y a lieu de présumer que les individus concernés sont décédés bien avant le début de la compétence

temporelle de la Cour en 1987. Dès lors, il n'y aurait eu aucune enquête à mener sur des « disparitions » après cette date.

142. Comme le soulignent les requérants et le gouvernement intervenant, il est courant au niveau des ordres juridiques internes qu'après quelques années (sept à dix en moyenne) les proches de la personne portée disparue ou un agent de l'Etat désigné à cet effet aient la faculté d'engager une procédure en vue de l'établissement d'une présomption de décès. Le but est de promouvoir la sécurité juridique et de permettre à ceux qui sont touchés par la disparition de traiter les questions patrimoniales et d'état civil en suspens. Seuls les proches ou ceux qui ont la qualité juridique requise peuvent former pareille action. L'existence dans l'ordre juridique chypriote d'un délai de dix ans que les parents des personnes disparues peuvent invoquer ne rend toutefois pas la disposition en cause applicable par analogie dans la procédure devant la Cour.

143. Ainsi que le fait observer le gouvernement défendeur, la Cour a formulé à maintes reprises dans sa jurisprudence des conclusions factuelles selon lesquelles une personne disparue pouvait être présumée décédée (voir, parmi beaucoup d'autres, *Lyanova et Aliyeva c. Russie*, n<sup>os</sup> 12713/02 et 28440/03, §§ 94-95, 2 octobre 2008). En général, ces conclusions ont été émises en réponse aux arguments du gouvernement défendeur qui soutenait que la personne en question était toujours en vie ou qu'il n'avait pas été démontré qu'elle était décédée alors qu'elle se trouvait entre les mains d'agents de l'Etat. Cette présomption de décès n'est pas automatique ; elle n'est posée qu'après un examen des circonstances de l'affaire, la date à laquelle la personne a été vue ou entendue pour la dernière fois étant à cet égard un élément pertinent (voir, par exemple, *Vagapova et Zoubiraïev c. Russie*, n<sup>o</sup> 21080/05, §§ 85-86, 26 février 2009, affaire dans laquelle un jeune homme disparu depuis plus de quatre ans dans des conditions mettant sa vie en danger a été présumé décédé).

144. La Cour tient à établir ici une distinction entre la formulation d'une présomption factuelle et les conséquences juridiques qui peuvent en découler. Quand bien même il existerait des éléments de preuve de nature à faire conclure que les neuf hommes portés disparus sont décédés lors des événements de 1974 ou peu après, cela ne constituerait pas une réponse aux griefs des requérants concernant l'absence d'une enquête effective.

145. La Cour rappelle que l'obligation procédurale d'enquêter qu'impose l'article 2 en cas de décès illégal ou suspect est déclenchée, dans la plupart des cas, par la découverte du corps ou de la survenance du décès. S'agissant des disparitions dans des circonstances mettant la vie en danger, l'obligation procédurale d'enquêter peut difficilement prendre fin avec la découverte du corps ou la présomption de décès, qui n'éclairent qu'un aspect seulement

du sort de la personne portée disparue. Il subsiste en général une obligation d'expliquer la disparition et le décès, et d'identifier et de poursuivre le ou les auteurs éventuels d'actes illégaux à cet égard.

146. La Cour conclut donc que, même si l'écoulement d'un laps de temps de plus de trente-quatre ans sans nouvelles des personnes disparues peut constituer un indice solide que les intéressés sont décédés dans l'intervalle, cela ne fait pas disparaître l'obligation procédurale d'enquêter.

*iii. La nature de l'obligation procédurale d'enquêter sur les disparitions*

147. La Cour souligne que, comme elle l'a précisé dans son arrêt *Şilih* relativement à l'obligation procédurale d'enquêter sur les décès illégaux ou suspects que recèle l'article 2, l'obligation procédurale résultant de cette disposition en cas de disparitions est indépendante de l'obligation matérielle. Elle relève que la Cour interaméricaine des droits de l'homme et, dans une certaine mesure, le Comité des droits de l'homme des Nations unies appliquent la même démarche quant à l'aspect procédural des disparitions (paragraphe 93-107 ci-dessus), l'un et l'autre examinant les allégations de déni de justice ou de protection judiciaire même lorsque la disparition a eu lieu avant la reconnaissance de leur compétence.

148. Il importe toutefois de différencier dans la jurisprudence de la Cour l'obligation d'enquêter sur un décès suspect et celle d'enquêter sur une disparition suspecte. Une disparition est un phénomène distinct, qui se caractérise par une situation où les proches sont confrontés de manière continue à l'incertitude et au manque d'explications et d'informations sur ce qui s'est passé, les éléments pertinents à cet égard pouvant parfois même être délibérément dissimulés ou obscurcis (voir également ci-dessus les définitions de la disparition dans la partie II. B. «Textes juridiques internationaux sur les disparitions forcées»). Cette situation dure souvent très longtemps, prolongeant par là même le tourment des proches de la victime. Dès lors, on ne saurait ramener une disparition à un acte ou événement «instantané»; l'élément distinctif supplémentaire que constitue le défaut ultérieur d'explications sur ce qu'il est advenu de la personne disparue et sur le lieu où elle se trouve engendre une situation continue. Par conséquent, l'obligation procédurale subsiste potentiellement tant que le sort de la personne concernée n'a pas été éclairci; l'absence persistante de l'enquête requise sera considérée comme emportant une violation continue (*Chypre c. Turquie*, précité, § 136). Il en est ainsi même lorsque l'on peut finalement présumer que la victime est décédée.

149. Il y a lieu de noter que la démarche adoptée dans l'arrêt *Şilih* (précité, § 163) concernant l'exigence d'un lien entre le décès et les mesures d'instruction, d'une part, et la date d'entrée en vigueur de la Convention,

d'autre part, vaut uniquement en cas d'homicide ou de décès suspect, lorsque l'élément factuel central, la perte de la vie de la victime, est connu avec certitude, même si la cause exacte ou la responsabilité ultime ne l'est pas. Dans ce contexte, l'obligation procédurale ne revêt pas un caractère continu au sens décrit ci-dessus.

*iv. Conclusion*

150. La Cour rejette les exceptions d'incompétence *ratione temporis* soulevées par le gouvernement défendeur. Toutefois, il reste à examiner si celui-ci avait, au moment de l'introduction des requêtes, une obligation procédurale continue de rechercher les personnes disparues et d'enquêter sur ce qu'il était advenu d'elles.

**C. Le délai de six mois (article 35 § 1 de la Convention)**

*1. L'arrêt de la chambre*

151. La chambre a estimé que, même en présence de situations continues, il pouvait y avoir un moment où, eu égard à la sécurité juridique que vise à assurer la règle des six mois et à l'intérêt d'un fonctionnement pratique et effectif du mécanisme de la Convention, on pouvait raisonnablement attendre d'un requérant qu'il ne repousse pas davantage l'introduction d'une requête à Strasbourg. Elle a ainsi précisé que dans les affaires de disparition il est légitime de considérer que les requérants doivent saisir la Cour dans un délai raisonnable. En l'espèce, toutefois, elle n'a vu aucun retard déraisonnable dans l'introduction des requêtes, trois ans environ après la ratification par la Turquie du droit de recours individuel et trois jours après la reconnaissance par cet Etat de la compétence de l'ancienne Cour, alors que les conclusions des requêtes interétatiques n'avaient pas encore été rendues publiques.

*2. Thèses défendues devant la Cour*

**a) Le gouvernement défendeur**

152. Le gouvernement défendeur voit une contradiction inexplicable entre l'approche adoptée dans les décisions *Karabardak et autres c. Chypre* ((déc.), n° 76575/01, 22 octobre 2002) et *Baybora et autres c. Chypre* ((déc.), n° 77116/01, 22 octobre 2002) et celle suivie dans l'arrêt rendu par la chambre en l'espèce. Dans les premières, la Cour aurait estimé que le délai écoulé entre les faits et l'introduction des requêtes par les requérants

chypriotes turcs était trop long, sans mentionner une quelconque violation continue apparente. Dans ces conditions, les présentes affaires auraient également dû être rejetées pour tardiveté. Le fait qu'en l'espèce les requêtes auraient été introduites trois ans après la ratification alors que treize ans se seraient écoulés dans les affaires précitées dirigées contre Chypre ne fournirait pas une explication logique à la disparité des approches suivies relativement au délai des six mois. De plus, dans les affaires *Baybora et autres* et *Karabardak et autres*, on aurait, semble-t-il, reproché aux requérants de n'avoir pas saisi le Comité des personnes disparues à Chypre («le CMP»), alors que la Cour aurait déjà à ce moment-là jugé que la procédure devant ce comité ne constituait pas un recours effectif.

153. Le gouvernement défendeur conclut que si de fait, comme le soutiennent les requérants en l'espèce, la saisine du CMP n'offre pas un recours effectif, les intéressés auraient dû introduire leurs requêtes devant la Commission européenne des droits de l'homme au plus tard six mois après la date – le 28 janvier 1987 – d'acceptation du droit de recours individuel. Les décisions rendues dans les affaires *Baybora et autres* et *Karabardak et autres* seraient au demeurant totalement silencieuses quant à la date à laquelle le délai est censé avoir commencé à courir. Cette différence de traitement entre les requérants dans les affaires chypriotes turques et les affaires chypriotes grecques concernant des allégations analogues issues du même contexte historique et géographique aggraverait la souffrance des requérants chypriotes turcs.

#### **b) Les requérants**

154. Les requérants plaident la non-applicabilité de la règle des six mois aux violations continues. Les affaires *Baybora et autres* et *Karabardak et autres* se distingueraient des leurs en ce que, premièrement, la Turquie aurait été informée fin septembre 1974 des disparitions survenues en l'espèce et les neuf hommes auraient également été englobés dans le groupe des personnes dont le gouvernement chypriote alléguait la disparition dans les quatre requêtes interétatiques introduites entre 1974 et 1994; deuxièmement, les présentes requêtes auraient été soumises le 25 janvier 1990, soit trois jours après l'acceptation par la Turquie de la juridiction de la Cour (alors que les requêtes chypriotes turques auraient été introduites plus de dix ans après); et, troisièmement, les requêtes chypriotes turques auraient été introduites alors que les familles n'auraient rien fait pour exercer les voies de recours internes disponibles depuis 1964 dans l'ordre juridique chypriote, les Chypriotes grecs n'ayant quant à eux eu accès à aucun recours interne en Turquie.

### c) Le gouvernement intervenant

155. Pour le gouvernement chypriote, les requérants n'ont pas excessivement tardé à introduire leurs requêtes. C'est ce qui distinguerait les présentes espèces des affaires chypriotes turques dans lesquelles les requérants seraient demeurés inactifs pendant plus de vingt ans après la fin des enquêtes sur les disparitions menées par le Comité international de la Croix-Rouge (« le CICR ») et la police civile des Nations unies en 1968 et pendant treize ans après l'acceptation par Chypre du droit de recours individuel.

### 3. *Appréciation de la Cour*

#### a) Principes généraux

156. Le délai de six mois prévu par l'article 35 § 1 vise à assurer la sécurité juridique en garantissant que les affaires qui soulèvent des questions au regard de la Convention puissent être examinées dans un délai raisonnable et que les décisions passées ne soient pas indéfiniment susceptibles d'être remises en cause. Cette règle marque la limite temporelle du contrôle effectué par les organes de la Convention et indique aux particuliers comme aux autorités la période au-delà de laquelle ce contrôle ne peut plus s'exercer (voir, parmi d'autres, *Walker c. Royaume-Uni* (déc.), n° 34979/97, CEDH 2000-I).

157. En règle générale, le délai de six mois commence à courir à la date de la décision définitive intervenue dans le cadre du processus d'épuisement des voies de recours internes. Toutefois, lorsqu'il est clair d'emblée que le requérant ne dispose d'aucun recours effectif, le délai de six mois prend naissance à la date des actes ou mesures dénoncés ou à la date à laquelle l'intéressé en prend connaissance ou en ressent les effets ou le préjudice (*Dennis et autres c. Royaume-Uni* (déc.), n° 76573/01, 2 juillet 2002). En outre, l'article 35 § 1 ne saurait être interprété d'une manière qui exigerait qu'un requérant saisisse la Cour de son grief avant que la situation relative à la question en jeu n'ait fait l'objet d'une décision définitive au niveau interne. Par conséquent, lorsqu'un requérant utilise un recours apparemment disponible et ne prend conscience que par la suite de l'existence de circonstances qui le rendent inefficace, il peut être indiqué de considérer comme point de départ de la période de six mois la date à laquelle le requérant a eu ou aurait dû avoir pour la première fois connaissance de cette situation (*Edwards c. Royaume-Uni* (déc.), n° 46477/99, 7 juin 2001).

158. Dès lors, en cas de décès, les proches requérants sont censés prendre des mesures pour se tenir au courant de l'état d'avancement de l'enquête, ou de sa stagnation, et introduire leurs requêtes avec la célérité voulue dès lors qu'ils savent, ou devraient savoir, qu'aucune enquête pénale effective

n'est menée (*Bulut et Yavuz c. Turquie* (déc.), n° 73065/01, 28 mai 2002, et *Bayram et Yıldırım c. Turquie* (déc.), n° 38587/97, CEDH 2002-III). Les mêmes principes ont été appliqués, *mutatis mutandis*, dans des affaires concernant des disparitions (*Eren et autres c. Turquie* (déc.), n° 42428/98, 4 juillet 2002, et *Uçak et Kargılı et autres c. Turquie* (déc.), nos 75527/01 et 11837/02, 28 mars 2006).

159. Cela étant, les organes de la Convention ont dit que le délai de six mois ne s'applique pas en tant que tel aux situations continues (voir, par exemple, *Agrotexim Hellas S.A. et autres c. Grèce*, n° 14807/89, décision de la Commission du 12 février 1992, DR 72, p. 148, et *Cone c. Roumanie*, n° 35935/02, § 22, 24 juin 2008). Dans le cas d'une situation de violation continue, en effet, le délai recommence en fait à courir chaque jour, et ce n'est que lorsque la situation cesse que le dernier délai de six mois commence réellement à courir. La Cour note que dans la quatrième affaire interétatique, où il était implicite qu'une approche analogue était applicable à une pratique continue – il s'agissait d'un manquement continu à l'obligation d'enquêter sur les disparitions –, la Commission avait joint la question du délai des six mois au fond et aucun des deux Gouvernements n'avait par la suite formulé d'observations sur ce point (*Chypre c. Turquie*, précité, §§ 103-104). La Cour ne s'était donc pas expressément prononcée sur ce point dans son arrêt. Partant, il lui faut le résoudre en l'espèce.

**b) Applicabilité des contraintes de délai à l'obligation procédurale découlant de l'article 2 de la Convention**

160. La Cour ne saurait trop souligner que la Convention est un mécanisme de protection des droits de l'homme et qu'il est d'une importance cruciale qu'elle soit interprétée et appliquée d'une manière qui garantisse des droits concrets et effectifs, et non pas théoriques et illusoire. Ce principe vaut non seulement pour l'interprétation des clauses normatives de la Convention, mais également pour les dispositions procédurales, et il a des incidences tant sur les obligations incombant au gouvernement défendeur que sur la position des requérants. A titre d'exemple, s'il est essentiel pour l'efficacité du mécanisme que les Etats contractants respectent leur obligation de ne pas entraver un requérant dans l'exercice de son droit de recours individuel, les individus n'en sont pas moins tenus de coopérer dans la procédure consécutive à l'introduction de leur requête, en aidant à la clarification des questions de fait lorsque leur connaissance le leur permet et en maintenant et en étayant les requêtes introduites en leur nom (*Kapan c. Turquie*, n° 22057/93, décision de la Commission du 13 janvier 1997, DR 88-B, p. 17). De même, lorsque la rapidité s'impose pour résoudre les questions d'une affaire, il incombe au requérant de s'assurer que ses griefs

sont portés devant la Cour avec la célérité requise pour qu'ils puissent être tranchés correctement et équitablement.

161. A cet égard, la Grande Chambre confirme l'approche adoptée par la chambre dans les présentes affaires. Toutes les situations continues ne sont pas identiques: en fonction de leur nature, les enjeux peuvent changer au fil du temps. Dans les affaires de disparition, tout comme il est impératif que les autorités internes compétentes ouvrent une enquête et prennent des mesures dès que la personne a disparu dans des circonstances mettant sa vie en péril, il est indispensable que les proches de la personne disparue qui entendent se plaindre à Strasbourg d'un manque d'effectivité de l'enquête ou de l'absence d'une enquête ne tardent pas indûment à saisir la Cour de leur grief. Au fil du temps, la mémoire des témoins décline, ceux-ci risquent de décéder ou d'être introuvables, certains éléments de preuve se détériorent ou disparaissent et les chances de mener une enquête effective s'amenuisent progressivement, de sorte que l'examen et le prononcé d'un arrêt par la Cour risquent de se trouver privés de sens et d'effectivité. Par conséquent, en matière de disparitions, les requérants ne sauraient attendre indéfiniment pour saisir la Cour. Ils doivent faire preuve de diligence et d'initiative et introduire leurs griefs sans délai excessif. La Cour examinera ci-dessous ce qu'implique cette obligation.

#### **c) Délai excessif dans les affaires de disparition**

162. Premièrement, la Cour tient à préciser qu'il y a lieu d'établir une distinction avec les affaires concernant un décès survenu dans des conditions illégales ou violentes. En pareil cas, on sait d'ordinaire à quel moment précis la mort a eu lieu et certains faits de base sont notoires; la stagnation ou l'ineffectivité d'une enquête sont d'une manière générale plus facilement décelables. Dans ces conditions, les exigences de célérité peuvent commander qu'un requérant saisisse la Cour de Strasbourg dans un délai de quelques mois ou, au maximum, selon les circonstances, d'un nombre très restreint d'années après les événements. Dans les affaires de disparition, où les proches des personnes disparues se trouvent dans un état d'ignorance et d'incertitude et où, par définition, les autorités restent en défaut de fournir des explications sur ce qui s'est passé, voire, dans certains cas, semblent dissimuler la vérité ou faire obstruction à sa manifestation, la situation est moins tranchée. Il est plus difficile pour les proches d'apprécier ce qui se passe, ou ce qu'ils peuvent attendre. Il y a lieu de tenir compte de l'incertitude et de la confusion qui marquent fréquemment la période qui suit une disparition.

163. Deuxièmement, la Cour prend acte des textes internationaux sur les disparitions forcées. La Convention internationale pour la protection

de toutes les personnes contre les disparitions forcées énonce que tout délai de prescription appliqué à la disparition forcée doit être de longue durée et proportionné à l'extrême gravité de ce crime, alors que le Statut de Rome de la Cour pénale internationale exclut la prescriptibilité en matière de poursuite des crimes internationaux contre l'humanité, qui incluent les disparitions forcées. Aussi, eu égard à l'idée commune qu'il doit encore être possible de poursuivre les auteurs de tels crimes de nombreuses années après les événements, la Cour estime que la gravité des disparitions est telle que l'on ne saurait être trop exigeant envers les proches quant à la célérité dont ils doivent faire preuve pour bénéficier de la protection de la Convention.

164. Troisièmement, conformément au principe de subsidiarité, il est préférable que les investigations au sujet des faits de l'affaire et l'examen des questions qu'ils soulèvent soient menés dans la mesure du possible au niveau national. Il est dans l'intérêt du requérant et de l'efficacité du mécanisme de la Convention que les autorités internes, qui sont les mieux placées pour ce faire, prennent des mesures pour redresser les manquements allégués à la Convention.

165. Néanmoins, la Cour estime que des requêtes peuvent être rejetées pour tardiveté dans des affaires de disparition lorsque les requérants ont trop attendu, ou attendu sans raison apparente, pour la saisir, après s'être rendu compte, ou avoir dû se rendre compte, de l'absence d'ouverture d'une enquête ou de l'enlèvement ou de la perte d'effectivité de l'enquête menée, ainsi que de l'absence dans l'immédiat, quel que soit le cas de figure, de la moindre chance réaliste de voir une enquête effective être menée à l'avenir. Lorsque des initiatives sont prises relativement à une disparition, les proches peuvent raisonnablement s'attendre à obtenir des éléments nouveaux de nature à résoudre des questions de fait ou de droit cruciales. Dans ces conditions, tant qu'il existe un contact véritable entre les familles et les autorités au sujet des plaintes et des demandes d'information, ou un indice ou une possibilité réaliste que les mesures d'enquête progressent, la question d'un éventuel délai excessif ne se pose généralement pas. En revanche, après un laps de temps considérable, lorsque l'activité d'investigation est marquée par d'importantes lenteurs et interruptions, vient un moment où les proches doivent se rendre compte qu'il n'est et ne sera pas mené une enquête effective. Le point de savoir quand ce stade est atteint tient forcément aux circonstances de l'affaire.

166. Lorsque, dans une situation complexe de disparition telle celle de l'espèce, qui s'inscrit dans le contexte d'un conflit international, il est allégué qu'aucune enquête n'est menée et qu'il n'y a pas de contacts véritables avec les autorités, on peut escompter que les proches introduisent leur requête dans un délai maximum de quelques années après l'incident. Si une forme

d'enquête est menée, même si elle l'est de façon sporadique et se heurte à des difficultés, les proches peuvent raisonnablement attendre quelques années de plus, jusqu'à ce qu'ils aient réellement perdu l'espoir de voir l'enquête progresser. Après plus de dix ans, ils doivent généralement démontrer de façon convaincante que des progrès concrets étaient accomplis pour justifier leur délai à saisir la Cour. Des conditions plus strictes s'appliquent lorsque les requérants ont directement accès aux autorités d'enquête au niveau national.

**d) Application de ces principes au cas d'espèce**

167. Les requérants ont introduit leurs requêtes le 25 janvier 1990, environ quinze ans après la disparition de leurs proches en 1974. La Cour note que le gouvernement intervenant et le CICR ont porté les disparitions à l'attention du gouvernement défendeur vers 1974. A partir de 1974, le gouvernement intervenant a également introduit devant la Commission européenne des droits de l'homme, à Strasbourg, une série de requêtes soulevant des griefs, notamment la question des personnes portées disparues, découlant des événements en question. Tout au long des années 1980, des procédures ont été menées sur ces questions. Toutefois, seule la quatrième affaire interétatique, introduite bien plus tard, en 1994, a pu être portée devant la Cour, après l'acceptation de sa juridiction par la Turquie. Les trois requêtes précédentes, soumises à la Commission, ont abouti à des rapports qui ont été transmis au Comité des Ministres, mais dont aucun ne fut rendu public avant 1992, bien qu'ils eussent tous été adoptés de nombreuses années auparavant (*Chypre c. Turquie*, précité, § 17).

168. Dans l'intervalle, les Nations unies reçurent mandat pour gérer la situation post-confliktuelle à Chypre et surveiller la zone tampon entre les deux parties. Dès l'origine, des efforts furent également déployés en vue de l'établissement d'un mécanisme permettant de traiter la question des disparitions; ils aboutirent en 1981 à la création du CMP. La Cour note que, dès le début, le fonctionnement du CMP fut entravé par des désaccords entre les parties, l'absence de coopération et des manœuvres d'obstruction. Les informations sur l'avancement des travaux du CMP ne filtrèrent toutefois que de façon limitée, en raison de la stricte confidentialité de la procédure. Il apparaît que le travail sur les affaires commença réellement en 1984 et que des mesures d'enquête concrètes furent prises dans les années suivantes. En avril 1990, le CMP publia un long communiqué de presse soulignant les difficultés fondamentales auxquelles il se heurtait pour l'audition des témoins, la localisation des dépouilles et l'obtention des autorisations d'exhumation. Le Secrétaire général des Nations unies déploya alors de nouveaux efforts pour relancer l'activité du CMP. Ce n'est qu'en 2006 que

celui-ci entreprit finalement les exhumations et commença à localiser et identifier des dépouilles.

169. Dans ces conditions, la question se pose de savoir à quel moment les requérants étaient censés saisir les organes de la Convention, sachant que cela leur était impossible avant 1987. D'après le gouvernement défendeur, les intéressés devaient introduire leurs requêtes dans un délai de six mois à compter du 28 janvier 1987, date d'acceptation par la Turquie du droit de recours individuel. Le dépôt des requêtes le 25 janvier 1990 aurait donc été tardif.

170. La Cour estime que les requérants, qui faisaient partie d'un groupe important de personnes touchées par des disparitions, pouvaient raisonnablement attendre l'issue des initiatives prises par leur gouvernement et par les Nations unies, eu égard à la situation exceptionnelle de conflit international, dans laquelle aucune procédure d'enquête normale n'était disponible. Ces initiatives auraient pu aboutir à la conduite d'investigations sur des sites connus de charniers et constituer la base d'autres mesures. Cela étant, la Cour est convaincue que vers la fin des années 1990 les requérants ont dû s'apercevoir que ces procédures, en raison de leur caractère confidentiel, non contraignant et problématique, ne leur permettaient plus aucun espoir réaliste de voir dans un avenir proche des progrès être accomplis dans la recherche de dépouilles ou des explications être livrées quant au sort de leurs parents. Par conséquent, en saisissant la Cour en janvier 1990, ces requérants ont agi, eu égard aux circonstances particulières de leurs affaires, avec une célérité raisonnable aux fins de l'article 35 § 1 de la Convention.

171. Avant d'aboutir à cette conclusion, la Cour a examiné de manière attentive les arguments du gouvernement défendeur concernant les requêtes introduites par les familles de Chypriotes turcs disparus durant les troubles intercommunautaires dans les années 1960 (*Baybora et autres* et *Karabardak et autres*, décisions précitées). Elle est particulièrement sensible à l'argument consistant à dire que des approches différentes et incohérentes ont apparemment été adoptées d'une catégorie d'affaires à l'autre, mais elle n'est pas persuadée que tel soit le cas. Les décisions de chambre dans les affaires mentionnées plus haut sont très concises et, en l'absence d'argumentation des parties, ne renferment aucun raisonnement explicatif. Cela étant, leur conclusion selon laquelle les requêtes ont été introduites tardivement est conforme aux principes et à la jurisprudence exposés ci-dessus. Il n'est pas contesté que les proches des requérants chypriotes turcs concernés ont disparu ou ont été tués en 1964, qu'aucun processus d'épuisement des voies de recours internes ou d'autres procédures n'était en cours dans les années suivantes et que la question a finalement été portée devant le CMP en 1989. Or, pour les motifs indiqués par la Cour ci-dessus, il a dû apparaître avant

la fin de 1990 qu'il n'était pas réaliste d'escompter que le CMP aboutirait à des résultats positifs dans un avenir proche. Dès lors, en attendant jusqu'en 2001, laissant ainsi s'écouler une période supplémentaire de onze ans, au cours de laquelle aucun événement propre à interrompre le délai n'était intervenu, les requérants dans les affaires en question avaient indûment tardé à saisir la Cour.

172. La Cour rejette l'exception préliminaire sur ce point.

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

173. L'article 2 de la Convention se lit ainsi :

« 1. Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi. La mort ne peut être infligée à quiconque intentionnellement, sauf en exécution d'une sentence capitale prononcée par un tribunal au cas où le délit est puni de cette peine par la loi.

2. La mort n'est pas considérée comme infligée en violation de cet article dans les cas où elle résulterait d'un recours à la force rendu absolument nécessaire :

- a) pour assurer la défense de toute personne contre la violence illégale;
- b) pour effectuer une arrestation régulière ou pour empêcher l'évasion d'une personne régulièrement détenue;
- c) pour réprimer, conformément à la loi, une émeute ou une insurrection. »

#### A. L'arrêt de la chambre

174. N'apercevant aucune raison de s'écarter de la conclusion formulée par la Grande Chambre dans la quatrième affaire interétatique, la chambre a jugé que les neuf hommes dont il est question en l'espèce avaient disparu dans les mêmes circonstances de nature à mettre leur vie en danger que celles décrites dans ladite affaire, et que s'il n'y avait peut-être pas de preuve que tous les neuf avaient été vus pour la dernière fois aux mains d'agents de l'Etat défendeur, l'article 2 faisait obligation de prendre les mesures voulues pour protéger la vie des blessés, prisonniers de guerre et civils dans les zones de conflit international, ce qui englobait l'obligation de mener une enquête effective concernant les personnes disparues en pareilles circonstances. La chambre a conclu qu'aucune enquête effective n'avait été menée, ni par le CMP ni par un quelconque autre organe.

#### B. Thèses défendues devant la Cour

##### 1. *Les requérants*

175. Les requérants estiment qu'en l'espèce la chambre a suivi à juste titre les conclusions formulées dans la quatrième affaire interétatique. D'après

eux, il incombait de façon impérieuse au gouvernement défendeur de conduire une enquête rapide, indépendante, effective et approfondie sur le sort des hommes disparus dans des circonstances de nature à mettre leur vie en danger durant les opérations militaires lancées par le gouvernement défendeur et au cours desquelles les intéressés avaient été vus pour la dernière fois. Les développements récents concernant l'activité du CMP seraient dépourvus de pertinence, les exhumations effectuées n'ayant pas concerné leurs proches, sauf très récemment dans un cas, et ce comité ne serait toujours pas en mesure d'enquêter effectivement sur les circonstances des décès ou disparitions. Quant à la découverte de la dépouille de Savvas Hadjipanteli (requête n° 16071/90), les requérants continuent d'alléguer une violation.

## *2. Le gouvernement défendeur*

176. Le gouvernement défendeur soutient qu'il n'a pas été établi que les requérants aient été détenus par les autorités turques et que sa responsabilité ne peut être engagée au titre de l'article 2. Il y a lieu selon lui d'opérer une distinction entre les requêtes interétatiques et les requêtes individuelles, les unes et les autres ne procédant pas des mêmes dispositions de la Convention. Dans les secondes, la notion de qualité de victime serait essentielle, alors que dans les premières l'Etat requérant n'aurait pas à établir un commencement de preuve. En l'espèce, la chambre n'aurait pas appliqué la charge de la preuve au-delà de tout doute raisonnable propre aux requêtes individuelles, mais elle aurait versé dans l'erreur en se fondant sur les conclusions rendues dans une affaire interétatique. Dans sa décision sur la recevabilité des présentes affaires, la Commission européenne des droits de l'homme aurait exprimé des doutes quant au point de savoir si les conclusions de l'affaire interétatique s'étendaient aux premiers requérants.

177. Quand bien même l'article 2 s'appliquerait, l'Etat défendeur n'aurait pas manqué aux obligations en résultant. L'activité du CMP aurait considérablement évolué depuis les conclusions rendues dans l'affaire interétatique. Le projet d'exhumation et de restitution des dépouilles, qui bénéficierait de l'aide financière et pratique des deux parties, d'organisations non gouvernementales et de la communauté internationale, serait très important et donnerait des résultats concrets. La chambre s'étant fondée sur le caractère international du conflit pour déterminer la nature des obligations découlant de l'article 2, il ne serait que logique, dans un tel contexte historique et politique, de regarder la procédure devant le CMP comme un recours adéquat. Il conviendrait de ne pas oublier que des Chypriotes turcs avaient déjà disparu en 1963 et que la communauté internationale avait considéré le CMP comme un moyen adéquat de répondre à cette situation

complexe, délicate et douloureuse. Cette procédure présenterait l'avantage de traiter les familles des deux parties sur un pied d'égalité.

### 3. *Le gouvernement intervenant*

178. Le gouvernement intervenant soutient que la charge de la preuve est la même pour les requêtes interétatiques et pour les requêtes individuelles, mais qu'elle paraît simplement différente en raison du contexte. Les requérants auraient fourni suffisamment d'éléments montrant que les hommes disparus ont été vus pour la dernière fois dans un secteur qui, à l'époque ou immédiatement après, se trouvait sous le contrôle *de facto* des forces d'invasion turques ou de forces dont la Turquie était responsable. En période de conflit armé international, ces hommes se seraient donc trouvés dans une situation où leur vie était en danger et ce serait à l'Etat dont relevaient les forces en question qu'il incomberait d'établir ce qu'il est advenu d'eux. Cette responsabilité serait également imposée par le droit international humanitaire, auquel il pourrait être recouru pour clarifier l'étendue des obligations résultant de la Convention. Les hommes concernés n'ayant pas réussi à regagner leurs lignes, ils auraient été blessés, seraient tombés malades, auraient été placés en détention ou seraient décédés. Pour le gouvernement intervenant, l'Etat défendeur avait l'obligation de rechercher ces hommes, de leur dispenser des soins s'ils étaient malades, de les enterrer s'ils étaient morts et, dans tous les cas, de fournir des informations sur leur sort.

179. Tout en se félicitant des améliorations apportées au fonctionnement du CMP, le gouvernement intervenant note que le mandat de cet organe est toujours aussi restreint et que sa mission et ses pouvoirs n'ont pas changé. Le CMP demeurerait notamment incompétent pour formuler des conclusions sur la cause des décès et sur les responsabilités, sa compétence territoriale se limiterait à Chypre et exclurait la Turquie, les responsables éventuels se verraient garantir l'impunité et il serait douteux que le CMP mène des investigations concernant des actes de l'armée ou d'autres autorités turques sur le territoire chypriote.

### C. **Appréciation de la Cour**

180. La Cour observe que dans la quatrième affaire interétatique la Grande Chambre était appelée à examiner dans son ensemble la question des Chypriotes grecs portés disparus et s'est exprimée ainsi à ce sujet :

« 132. La Cour rappelle que rien n'indique que l'un quelconque des disparus ait été tué illégalement. Toutefois, selon elle, et cela s'applique en l'espèce, l'obligation procédurale précitée vaut également lorsqu'il existe, preuve à l'appui, un grief défendable qu'un individu, vu pour la dernière fois sous la surveillance d'agents de

l'Etat, a par la suite disparu dans des circonstances pouvant être considérées comme mettant sa vie en danger.

133. Cela étant, la Cour observe que les preuves corroborent l'allégation du gouvernement requérant selon laquelle nombre des personnes encore portées disparues se trouvaient détenues par des forces turques ou chypriotes turques, à une époque où les opérations militaires s'accompagnaient d'arrestations et de meurtres sur une grande échelle. C'est à juste titre que la Commission a considéré que cette situation mettait la vie des intéressés en danger. La déclaration précitée de M. Denктаş et le rapport ultérieur de M. Yalçın Küçük, s'ils ne suffisent pas pour conclure que l'Etat défendeur est responsable de la mort des disparus, donnent à tout le moins des indications claires quant au climat de danger et de peur qui régnait à l'époque des faits et aux risques réels que couraient les détenus.»

### 1. *La charge de la preuve*

181. La Cour rappelle sa jurisprudence en vertu de laquelle l'obligation procédurale entre en jeu lorsque des individus, vus pour la dernière fois sous la surveillance d'agents de l'Etat, ont par la suite disparu dans des circonstances mettant leur vie en danger. Dans le contexte de l'affaire interétatique, il n'était pas nécessaire de préciser quels individus figuraient parmi le « nombre de personnes » dont il était prouvé qu'elles se trouvaient détenues par des forces turques ou chypriotes turques au moment de leur disparition. Rien ne permet de présumer que les hommes disparus en l'espèce se trouvent inclus dans les conclusions de la Cour. Il y a donc lieu d'examiner si les conditions propres à déclencher une obligation procédurale se trouvent réunies.

182. En réponse à l'argument du gouvernement défendeur relatif à la charge de la preuve, la Cour reconnaît que le critère de la preuve généralement applicable dans les requêtes individuelles est celui de la preuve au-delà de tout doute raisonnable – même si ce critère s'applique également dans les affaires interétatiques (*Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, § 161, série A n° 25). En pratique, il est peut-être plus facile d'administrer la preuve dans le contexte d'une affaire interétatique, où les faits relatifs à de nombreux incidents et événements peuvent être pris en compte. Cependant, même dans le cas de requêtes individuelles, la jurisprudence de la Cour a identifié des situations où cette règle se prête à un assouplissement.

183. Une telle preuve peut résulter d'un faisceau d'indices, ou de présomptions non réfutées, suffisamment graves, précis et concordants (*loc. cit.*). Ainsi, lorsque les éléments en cause, dans leur totalité ou pour une large part, sont connus exclusivement des autorités, comme ce peut être le cas lorsqu'il y a détention, toute blessure, mort ou disparition survenue pendant la période où la victime se trouvait sous le contrôle des autorités donne lieu

à de fortes présomptions de fait. Il convient en vérité de considérer que la charge de la preuve pèse sur les autorités, qui doivent fournir une explication satisfaisante et convaincante (*Salman c. Turquie* [GC], n° 21986/93, § 100, CEDH 2000-VII, et *Akdeniz et autres c. Turquie*, n° 23954/94, §§ 85-89, 31 mai 2001). Il existe également des cas où il n'y a pas eu véritablement détention, mais où il est possible d'établir qu'une personne a pénétré dans un lieu sous le contrôle des autorités et n'a plus été revue depuis. En pareille situation, il incombe au Gouvernement de fournir une explication plausible sur ce qui s'est produit dans le lieu en question et d'établir que la personne en cause n'a pas été détenue par les autorités mais a quitté les lieux sans être par la suite privée de sa liberté (voir, par exemple, *Taniş et autres c. Turquie*, n° 65899/01, § 160, CEDH 2005-VIII, et *Youssoпова et Zaourbekov c. Russie*, n° 22057/02, §§ 50-55, 9 octobre 2008).

184. Logiquement, dès lors, dans une situation où des personnes sont trouvées blessées ou mortes dans une zone placée sous le contrôle des seules autorités de l'Etat et où certains éléments donnent à penser qu'une implication de l'Etat est possible, la charge de la preuve peut être transférée au Gouvernement, les événements en cause, dans leur totalité ou pour une large part, étant connus exclusivement des autorités. En pareille hypothèse, si le Gouvernement ne divulgue pas des documents cruciaux susceptibles de permettre à la Cour d'établir les faits ou s'il ne fournit pas une explication satisfaisante ou convaincante, de fortes déductions peuvent être tirées de son attitude (*Akkum et autres c. Turquie*, n° 21894/93, § 211, CEDH 2005-II; parmi les nombreuses affaires concernant la situation en Tchétchénie, voir *Goïgova c. Russie*, n° 74240/01, §§ 88-96, 4 octobre 2007, et *Magomed Moussaïev et autres c. Russie*, n° 8979/02, §§ 85-86, 23 octobre 2008).

185. En ce qui concerne la présente affaire, la Cour note que le gouvernement défendeur conteste que les hommes disparus aient été placés en détention sous sa responsabilité. Si la Cour n'a pas à chercher à établir les faits survenus en 1974, période qui se situe en dehors de sa compétence temporelle, elle considère que des arguments solides militent en faveur de la thèse selon laquelle deux hommes – Eleftherios Thoma et Savvas Hadjipanteli, dont le nom figure sur la liste des détenus dressée par le CICR (paragraphes 77 et 80 ci-dessus) – ont été vus pour la dernière fois dans une situation relevant du contrôle des forces turques ou chypriotes turques. Quant aux sept autres hommes, aucun document dont il ressortirait qu'ils ont effectivement été placés en détention n'a été produit. Il existe néanmoins des arguments défendables permettant d'affirmer que ces sept hommes ont été vus pour la dernière fois dans un secteur sous le contrôle ou sur le point de tomber sous le contrôle de l'armée turque. Qu'ils aient été tués au combat, qu'ils aient succombé à leurs blessures, ou qu'ils aient été faits prisonniers,

l'obligation de rendre des comptes à leur sujet subsiste. L'article 2 doit être interprété dans la mesure du possible à la lumière des principes du droit international, notamment des règles du droit international humanitaire, qui jouent un rôle indispensable et universellement reconnu dans l'atténuation de la sauvagerie et de l'inhumanité des conflits armés<sup>1</sup> (*Loizidou*, précité, § 43). La Grande Chambre souscrit donc au raisonnement de la chambre selon lequel dans une zone de conflit international les Etats contractants doivent protéger la vie de ceux qui ne sont pas ou plus engagés dans les hostilités, ce qui requiert notamment de fournir une assistance médicale aux blessés. Quant à ceux qui meurent au combat ou succombent à leurs blessures, l'obligation de rendre des comptes implique que leurs corps soient correctement inhumés et que les autorités collectent et communiquent des informations sur l'identité et le sort des intéressés ou autorisent des organes tels que le CICR à le faire.

186. En l'espèce, le gouvernement défendeur n'a soumis aucun élément ni aucun renseignement concret indiquant que l'un quelconque des hommes disparus ait été trouvé mort ou ait été tué dans la zone de conflit sous son contrôle. Cela étant, il n'existe par ailleurs aucune autre explication convaincante sur ce qui a pu arriver aux intéressés qui serait de nature à contrer les allégations des requérants selon lesquelles les intéressés ont disparu dans des secteurs sous le contrôle exclusif du gouvernement défendeur. A la lumière des constats formulés par elle dans la quatrième affaire interétatique, lesquels n'ont pas donné lieu à controverse, la Cour considère que les disparitions litigieuses sont survenues dans des circonstances mettant la vie des intéressés en danger, la conduite des opérations militaires s'étant accompagnée d'arrestations et d'homicides en grand nombre. L'article 2 impose donc à l'Etat défendeur une obligation continue de rechercher les personnes disparues et de rendre des comptes sur ce qu'il est advenu d'elles. Le cas échéant, des mesures de réparation pourraient alors effectivement être adoptées.

## *2. Respect de l'obligation procédurale*

187. La Cour rappelle que dans la quatrième affaire interétatique, la Grande Chambre s'est exprimée comme suit :

---

1. Voir la Convention (I) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne (adoptée en 1864, révisée en 1949), la Convention (II) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer (adoptée en 1949), la Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre (adoptée en 1929, révisée en 1949) et la Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (adoptée en 1949), ainsi que les trois Protocoles additionnels (Protocole I (1977), Protocole II (1977) et Protocole III (2005)).

« 134. (...) La Cour ne peut que noter que les autorités de l'Etat défendeur n'ont jamais ouvert la moindre enquête sur les griefs émanant des familles des disparus selon lesquels on aurait perdu la trace de ces derniers alors qu'ils se trouvaient détenus dans des circonstances où il y avait de réelles raisons de nourrir des craintes à leur sujet. A cet égard, force est de noter que la déclaration alarmante de M. Denktaş n'a eu aucune suite officielle. Rien n'a été tenté pour identifier les personnes qui auraient été libérées par les forces turques pour être remises aux forces paramilitaires chypriotes turques ni pour rechercher à quel endroit les corps auraient été abandonnés. Il n'apparaît pas non plus que la moindre enquête officielle ait été ouverte sur l'allégation selon laquelle des prisonniers chypriotes grecs auraient été transférés en Turquie.

135. La Cour estime comme le gouvernement requérant que l'Etat défendeur ne saurait s'acquitter de l'obligation procédurale en cause par sa participation aux enquêtes du CMP. A l'instar de la Commission, elle note que, si les procédures de ce comité concourent sans conteste au but humanitaire pour lequel elles ont été créées, elles ne répondent pas en elles-mêmes à l'exigence d'enquête effective découlant de l'article 2 de la Convention, eu égard notamment à l'étroite portée des enquêtes du CMP (paragraphe 27 ci-dessus).

136. A la lumière de ce qui précède, la Cour conclut qu'il y a eu violation continue de l'article 2 en ce que les autorités de l'Etat défendeur n'ont pas mené d'enquête effective visant à faire la lumière sur le sort des Chypriotes grecs qui ont disparu dans des circonstances mettant leur vie en danger, et sur le lieu où ils se trouvaient. »

188. Au travers de ses arguments, le gouvernement défendeur invite en fait la Cour à revoir sa conclusion ci-dessus quant à la capacité du CMP à enquêter de manière adéquate sur le sort des personnes disparues. Il soutient qu'il y a lieu de tenir dûment compte du contexte extrêmement sensible et douloureux dans lequel la communauté internationale a jugé opportun de mettre en place un mécanisme bicommunautaire. Il considère par ailleurs qu'il n'y a pas lieu d'accorder une importance décisive au mandat du CMP, mais qu'il faut tenir compte avant tout de la relance spectaculaire des activités de cet organe et de ses résultats récents dans la recherche et l'identification des dépouilles.

189. La Cour estime, d'une part, que la Grande Chambre, dans la quatrième requête interétatique, était pleinement consciente du contexte et du caractère sensible de la situation lorsqu'elle a conclu que les procédures devant le CMP ne répondaient pas aux exigences s'appliquant aux enquêtes au titre de l'article 2. D'autre part, elle reconnaît pleinement l'importance des activités d'exhumation et d'identification en cours et rend hommage au travail accompli pour informer les familles et leur restituer les dépouilles (voir également la décision du Comité des Ministres, paragraphe 88 ci-dessus). Toutefois, aussi importantes que soient ces mesures en tant que première étape du processus d'enquête, elles n'épuisent pas l'obligation imposée par l'article 2.

190. Il ressort des éléments fournis au sujet de Savvas Hadjipanteli qu'une fois une dépouille identifiée la procédure consiste à établir un certificat médical de décès, qui indique brièvement les blessures ayant causé la mort – la présence de plusieurs blessures par balles dans le cas de l'intéressé. Aucun rapport analysant les circonstances du décès ou cherchant à le dater n'est toutefois rédigé. En outre, dans le cas de Savvas Hadjipanteli, aucune mesure d'enquête n'a été prise pour tenter de retrouver et d'interroger dans le secteur des témoins susceptibles de donner des renseignements sur la façon dont l'intéressé et les autres personnes découvertes avec lui dans le charnier étaient décédés et aux mains de qui. Par conséquent, même si la dépouille de Savvas Hadjipanteli a été retrouvée, on ne saurait dire, si l'on écarte les suppositions et les spéculations, que la lumière a été faite sur le sort de l'intéressé.

191. La Cour ne doute pas de l'extrême difficulté, plusieurs années après les événements, de retrouver des témoins oculaires ou d'identifier les auteurs présumés et de réunir des preuves contre eux. Toutefois, la jurisprudence de la Cour sur l'étendue de l'obligation procédurale est claire. Il s'agit essentiellement, au travers d'une telle enquête, d'assurer l'application effective des lois internes qui protègent le droit à la vie et, dans les cas impliquant des agents ou organes de l'Etat, de garantir que ceux-ci aient à répondre des décès survenus sous leur responsabilité. S'il peut arriver que des obstacles empêchent l'enquête de progresser dans une situation particulière, il reste qu'une prompt réponse des autorités est capitale pour maintenir la confiance du public et son adhésion à l'état de droit et pour prévenir toute apparence de tolérance d'actes illégaux ou de collusion dans leur perpétration (*McKerr c. Royaume-Uni*, n° 28883/95, §§ 111 et 114, CEDH 2001-III, et *Brecknell c. Royaume-Uni*, n° 32457/04, § 65, 27 novembre 2007). Outre qu'elle doit être indépendante et accessible à la famille de la victime, qu'elle doit être menée avec une célérité et une diligence raisonnables et qu'elle doit offrir au public un droit de regard suffisant sur elle, l'enquête doit également être effective en ce sens qu'elle doit permettre de déterminer si le décès a ou non été causé illégalement et, le cas échéant, de conduire à l'identification et au châtement des responsables (*Oğur c. Turquie* [GC], n° 21594/93, § 88, CEDH 1999-III, *Hugh Jordan c. Royaume-Uni*, n° 24746/94, §§ 105-109, 4 mai 2001, et *Douglas-Williams c. Royaume-Uni* (déc.), n° 56413/00, 8 janvier 2002).

192. La Cour ne voit rien qui donne à penser que le CMP dépasse les limites de son mandat restreint pour chercher à établir les faits ayant entouré le décès des personnes disparues qui ont été identifiées ou à collecter et apprécier des preuves en vue de faire répondre de leurs agissements les

auteurs d'actes de violence illégaux dans le cadre d'une procédure pénale. Aucun autre organe ou autorité ne remplit ces fonctions par ailleurs. Certes, les enquêtes pourraient se révéler peu concluantes et les éléments de preuve insuffisants. Cependant, cette issue n'est pas inéluctable, même à ce stade avancé, et le gouvernement défendeur ne saurait être dispensé des efforts requis. A titre d'exemple, la Cour rappelle que, dans le contexte de l'Irlande du Nord, les autorités ont mis en place des organes d'enquête (l'équipe de révision des crimes graves et l'équipe chargée des enquêtes historiques) ayant pour fonction de réexaminer les dossiers concernant des meurtres sectaires passés ainsi que des homicides non résolus et d'apprécier la possibilité d'obtenir de nouvelles preuves et de procéder à un complément d'enquête. Elle note que dans des affaires portées devant elle ces mesures ont été jugées satisfaisantes eu égard aux circonstances, notamment au laps de temps qui s'était écoulé (*Brecknell*, précité, §§ 71, 75, 79-81). Dès lors, on ne saurait affirmer que rien de plus ne peut être fait.

193. Il se peut que les deux parties au conflit préfèrent ne pas chercher à faire venir au jour les représailles, homicides extrajudiciaires et massacres qui ont eu lieu ou à identifier parmi leurs propres forces et citoyens ceux qui sont impliqués. Il se peut qu'elles souhaitent privilégier une méthode « politique » pour traiter la question des personnes disparues et que le CMP, avec son mandat limité, soit la seule solution acceptable par tous dans le cadre de la mission de bons offices des Nations unies. Cela ne peut toutefois avoir d'incidence sur l'application des dispositions de la Convention.

194. La Cour conclut à la violation continue de l'article 2 de la Convention à raison de la non-réalisation par l'Etat défendeur d'investigations effectives visant à faire la lumière sur le sort des neufs hommes disparus en 1974.

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

195. L'article 3 énonce :

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

##### A. L'arrêt de la chambre

196. Renvoyant à la quatrième requête interétatique, la chambre a conclu aussi à la violation de l'article 3 à raison du traitement inhumain étant résulté pour les proches du silence gardé par les autorités pendant des années au sujet des disparus.

## B. Thèses défendues devant la Cour

### 1. *Les requérants*

197. Les seconds requérants souscrivent au raisonnement de la chambre, soulignant qu'ils attendent des nouvelles des êtres qui leur sont chers depuis trente-quatre ans et souffrent quotidiennement d'angoisse et de détresse. Ces sentiments seraient exacerbés par des articles parus récemment dans la presse et selon lesquels des personnes disparues auraient été utilisées comme cobayes dans les laboratoires biochimiques de l'armée turque.

### 2. *Le gouvernement défendeur*

198. Pour le gouvernement défendeur, aucun des neuf disparus n'a fait l'objet d'une détention forcée et il ne se pose donc aucune question.

### 3. *Le gouvernement intervenant*

199. Le gouvernement intervenant soutient que les requérants sont victimes d'un traitement inhumain continu. Il souligne que, dans toutes les affaires à l'examen, les requérants sont les épouses ou les parents des disparus; dans trois cas, à la suite du décès du parent, la sœur ou le frère du disparu auraient poursuivi la procédure. Les intéressés n'auraient pas renoncé à chercher à découvrir ce qui s'est passé et leur angoisse se trouverait accentuée par le fait que certaines personnes détiendraient des informations mais ne les dévoileraient pas.

## C. Appréciation de la Cour

200. Le phénomène des disparitions impose une charge particulière aux proches des disparus, maintenus dans l'ignorance quant au sort réservé aux êtres qui leur sont chers et en proie à l'angoisse engendrée par l'incertitude. C'est pourquoi la Cour, dans sa jurisprudence, reconnaît depuis longtemps que la situation des proches peut s'analyser en un traitement inhumain et dégradant contraire à l'article 3. L'essence du problème ne réside pas tant dans la gravité de la violation des droits de l'homme commise à l'égard des personnes portées disparues que dans la réaction et le comportement des autorités face à la situation dont on leur a donné connaissance (voir, parmi beaucoup d'autres, *Orhan c. Turquie*, n° 25656/94, § 358, 18 juin 2002, et *Imakaïeva*, précité, § 164). Parmi les autres facteurs pertinents figurent la proximité de la parenté, les circonstances particulières de la relation, la mesure dans laquelle le parent a été témoin des événements en question et sa participation aux tentatives d'obtention de renseignements sur le disparu (*Taniş et autres*, précité, § 219). Le constat d'une telle violation ne

se limite pas aux affaires où l'Etat défendeur est tenu pour responsable de la disparition (*Osmanoğlu*, précité, § 96) mais peut aussi être formulé lorsque l'absence de réponse des autorités à la demande d'informations des proches ou les obstacles dressés sur le chemin de ceux-ci, obligés en conséquence de supporter la charge d'élucider les faits, peuvent passer pour révéler un mépris flagrant, continu et implacable de l'obligation de rechercher la personne disparue et de rendre compte de son sort.

201. La Cour note que dans la quatrième affaire interétatique elle a estimé à propos des disparitions survenues en 1974 dans le contexte de l'opération militaire, qui a entraîné la mort d'un nombre considérable de personnes, ainsi que, sur une vaste échelle, des arrestations et détentions et des séparations forcées de familles, que les proches des disparus étaient au supplice d'ignorer si les membres de leur famille avaient été tués pendant le conflit ou s'ils étaient toujours détenus et qu'ils se heurtaient, en raison de la division persistante de Chypre, à de très sérieux obstacles dans leur quête d'informations. La Cour a conclu dans cette affaire qu'il y avait lieu de qualifier de traitement inhumain le silence des autorités de l'Etat défendeur devant les inquiétudes réelles des familles des disparus (*Chypre c. Turquie*, précité, § 157).

202. La Cour ne voit rien qui puisse l'amener à s'écarter de ce constat en l'espèce. Compte tenu de la durée des épreuves subies par les proches des disparus et de l'attitude d'indifférence que les autorités opposent à leur angoisse extrême quant au sort des intéressés, la Cour estime que la situation atteint un niveau de gravité suffisant pour tomber sous le coup de l'article 3. Partant, elle conclut à la violation de cette disposition dans le chef des requérants.

## V. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 5 DE LA CONVENTION

203. Les passages pertinents en l'espèce de l'article 5 de la Convention se lisent ainsi :

«1. Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales :

- a) s'il est détenu régulièrement après condamnation par un tribunal compétent ;
- b) s'il a fait l'objet d'une arrestation ou d'une détention régulières pour insoumission à une ordonnance rendue, conformément à la loi, par un tribunal ou en vue de garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi ;
- c) s'il a été arrêté et détenu en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente, lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une

infraction ou qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci;

(...)

2. Toute personne arrêtée doit être informée, dans le plus court délai et dans une langue qu'elle comprend, des raisons de son arrestation et de toute accusation portée contre elle.

3. Toute personne arrêtée ou détenue, dans les conditions prévues au paragraphe 1 c) du présent article, doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires et a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable, ou libérée pendant la procédure. La mise en liberté peut être subordonnée à une garantie assurant la comparution de l'intéressé à l'audience.

4. Toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale.

5. Toute personne victime d'une arrestation ou d'une détention dans des conditions contraires aux dispositions de cet article a droit à réparation.»

### **A. L'arrêt de la chambre**

204. La chambre, citant la quatrième requête interétatique, a conclu à la violation de l'article 5 à raison de la non-réalisation par les autorités d'une enquête effective visant à retrouver les neuf hommes disparus, dont il était allégué de manière défendable qu'ils étaient détenus au moment de leur disparition.

### **B. Thèses défendues devant la Cour**

205. Affirmant que leurs proches disparus ont été vus en vie pour la dernière fois dans une zone que l'Etat défendeur contrôlait ou était sur le point de contrôler, les requérants allèguent une violation procédurale. Il y a lieu, selon eux, de présumer que les intéressés furent arrêtés ou placés sous la surveillance de l'armée turque ou de forces relevant de l'Etat défendeur, responsable en conséquence de leur sort et soumis à l'obligation de les retrouver et de mener à cette fin une enquête rapide, effective, indépendante et approfondie.

206. Le gouvernement défendeur soutient qu'aucun des hommes disparus n'a été arrêté ou se trouve toujours en détention. Les allégations des requérants seraient purement hypothétiques. Rien ne donnerait à penser et il serait extrêmement illogique de présumer que l'un quelconque des Chypriotes grecs disparus se trouve encore détenu par les autorités turques ou chypriotes turques.

207. Le gouvernement chypriote considère pour sa part qu'il est prouvé au-delà de tout doute raisonnable que deux des hommes disparus,

MM. Thoma et Hadjipanteli, avaient été privés de leur liberté par les autorités turques. Or celles-ci n'auraient pas donné d'explications crédibles et convaincantes sur leur sort ultérieur. Elles seraient restées en défaut de mettre en place un système d'enregistrement correct à cet égard et de mener une enquête rapide et effective. Ces éléments révélaient de nombreuses violations continues de l'article 5; par ailleurs, la non-reconnaissance par les autorités turques des détentions en cause rendrait celles-ci contraires à l'article 5, nonobstant l'impossibilité pour les requérants de soulever la question devant la Cour.

### C. Appréciation de la Cour

208. La Cour rappelle qu'elle a conclu ci-dessus à l'existence d'un commencement de preuve ou d'éléments permettant de considérer que deux des hommes concernés – Eleftherios Thoma et Savvas Hadjipanteli –, qui figurent sur les listes de détenus dressées par le CICR (paragraphes 77 et 80 ci-dessus), ont été vus pour la dernière fois alors qu'ils se trouvaient dans une situation contrôlée par les forces turques ou chypriotes turques. Ils n'ont pas été revus depuis. Pourtant, les autorités turques ne reconnaissent pas leur détention. Elles n'ont fourni aucune preuve documentaire constituant une trace officielle des déplacements des intéressés. La Cour constate une méconnaissance flagrante des garanties procédurales applicables à la détention des personnes. Si rien ne permet de dire que l'un quelconque des deux hommes se trouvait toujours détenu au cours de la période examinée par la Cour, il incombe au gouvernement turc de montrer que les autorités ont enquêté de manière effective sur le grief défendable selon lequel les intéressés ont été arrêtés et n'ont pas été revus depuis (voir, parmi beaucoup d'autres, *Kurt*, précité, § 124). Or les conclusions formulées par la Cour ci-dessus sous l'angle de l'article 2 ne laissent aucun doute que les autorités sont également restées en défaut de mener les investigations requises à cet égard. Partant, la Cour conclut à une violation continue de l'article 5.

209. Les preuves produites relativement aux sept autres disparus n'étant pas suffisantes, la Cour conclut à l'absence de violation de l'article 5 dans leur chef.

## VI. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DES ARTICLES 4, 6, 8, 10, 12, 13 ET 14 DE LA CONVENTION

210. A l'origine, les requérants invoquaient les articles 4 (interdiction de l'esclavage et du travail forcé), 6 (droit à un procès équitable), 8 (droit au respect de la vie privée et familiale), 10 (liberté d'expression), 12 (droit de se marier et de fonder une famille), 13 (octroi d'un recours effectif pour faire valoir des griefs défendables de violation de la Convention) et 14

(interdiction de la discrimination dans la jouissance des droits reconnus par la Convention). Dans leurs dernières observations, ils déclarent maintenir ces griefs, à l'exception de ceux tirés de l'article 4.

211. Eu égard aux faits de l'espèce, aux thèses des parties et aux conclusions formulées sous l'angle des articles 2, 3 et 5 de la Convention, la Cour estime qu'elle a examiné les principales questions juridiques soulevées par la présente requête et qu'il n'y a pas lieu de statuer séparément sur les autres griefs des requérants.

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

212. Aux termes de l'article 46,

« 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. »

213. Quant à l'article 41, il est ainsi libellé :

« Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses Protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable. »

### A. Dommage

#### 1. *L'arrêt de la chambre*

214. La chambre n'a aperçu aucune base sur laquelle allouer une indemnité pour dommage matériel. Elle a rejeté les demandes extrêmement élevées des requérants pour préjudice moral, soulignant que l'article 41 ne prévoyait pas l'imposition de sanctions punitives à un gouvernement défendeur. Elle a attaché de l'importance au contexte dans lequel quelque 1 400 personnes avaient été portées disparues du côté chypriote grec et 500 du côté chypriote turc et au fait que le Comité des Ministres avait commencé son travail de surveillance de l'exécution de l'arrêt rendu par la Grande Chambre dans la quatrième requête interétatique, dont l'élément essentiel serait la mise en œuvre, enfin, de mesures propres à faire la lumière sur le sort d'autant d'hommes, de femmes et d'enfants disparus que possible. Elle a conclu que, dans cette situation unique, il ne serait ni approprié ni constructif, ni même juste, d'octroyer des indemnités spécifiques additionnelles ou de formuler des recommandations relativement à certains requérants. Elle a donc estimé que les constats de violations constituaient en soi une satisfaction équitable suffisante.

## 2. *Thèses défendues devant la Cour*

### a) **Les prétentions des requérants**

215. Les requérants voient une violation de l'article 46 dans ce qu'ils estiment être de la part de la Turquie un refus continu de respecter ses obligations. Cette attitude de la Turquie toucherait des centaines de familles chypriotes grecques et menacerait l'effectivité du système de la Convention. Les requérants invitent la Cour à enjoindre au gouvernement défendeur de se conformer aux obligations juridiques qui lui incombent en vertu des articles 2, 3, 5, 8, 10, 13 et 14 de la Convention à leur égard en conduisant une enquête rapide et effective propre à permettre de retrouver la trace des disparus et d'établir ce qu'il est advenu d'eux, en rendant publics les résultats de ces investigations, en libérant immédiatement et sans conditions et en rapatriant toute personne toujours en détention aux mains des Turcs, et en restituant les dépouilles de ceux dont il a été établi qu'ils sont décédés. A défaut de ces mesures, les requérants demandent à la Cour d'ordonner au gouvernement défendeur, afin de l'inciter à respecter ses obligations, de verser à chacun des requérants 24 livres chypriotes (CYP) par jour, cette somme devant doubler tous les douze mois.

216. Pour préjudice moral, les requérants réclament par ailleurs 407 550 euros (EUR) à raison des violations subies par chacun des disparus, ces sommes devant être conservées par les requérants pour le compte des intéressés et de leurs héritiers, et 543 400 EUR pour chacun des requérants ou leurs héritiers (soit 6 175 EUR par violation pour chaque année de 1987 à 2009 où les exigences de la Convention ont été méconnues). Les requérants estiment que l'octroi de pareilles indemnités est essentiel, dès lors que les violations sont nombreuses, graves, massives et systémiques, qu'elles perdurent depuis plus de trente-quatre ans et qu'elles sont aggravées par le mépris flagrant de la Turquie pour les constats formulés par les organes de la Convention. En rejetant leurs demandes d'indemnité, la chambre aurait versé dans l'erreur et agi d'une manière discriminatoire incompatible avec la pratique de la Cour.

### b) **Les observations en réponse du gouvernement défendeur**

217. Pour ce qui est du dommage moral, le gouvernement défendeur soutient que l'octroi d'indemnités n'est pas indiqué: les allégations reposeraient essentiellement sur des hypothèses, les dossiers du Comité des personnes disparues à Chypre («le CMP») ne renfermant aucun élément de nature à confirmer que les hommes concernés aient été arrêtés, et que tous, sauf un, aient disparu dans une situation de conflit qui mettrait inévitablement leur vie en danger. Par ailleurs, le CMP aurait accompli

des progrès importants et, étant donné que la question des disparitions touche les deux communautés, l'octroi d'indemnités aux familles chypriotes grecques aggraverait les blessures des familles chypriotes turques comptant des disparus et ne contribuerait pas au processus de réconciliation. En outre, les sommes réclamées seraient excessives et d'un montant sans précédent.

**c) Les observations du gouvernement intervenant**

218. Le gouvernement intervenant soutient que la Cour doit identifier les mesures dont l'adoption permettrait de faire cesser les violations continues alléguées, étant entendu qu'il y aurait lieu d'y ajouter de surcroît une réparation sous forme d'indemnisation. En rejetant les demandes d'indemnités, la chambre se serait écartée de la pratique suivie de manière constante dans les affaires de disparition. La quatrième affaire interétatique ne serait pas pertinente, puisqu'on ignorerait encore si une indemnité peut être allouée ou le sera. Les indemnités devraient tenir compte des sommes octroyées précédemment et de la durée des violations.

219. Le gouvernement intervenant invite la Cour à enjoindre au gouvernement défendeur de conduire une enquête effective sur le sort des disparus, en précisant les exigences auxquelles elle doit répondre, et de prendre des mesures pour éviter de nouvelles disparitions et menaces pour le droit à la vie contraires aux articles 2 et 5.

**d) Les observations de Redress**

220. L'organisation non gouvernementale internationale Redress soutient que, d'une manière générale, en droit international public un constat de violation engendre une obligation de réparation. Dans les affaires de disparition, le but serait une *restitutio in integrum*. En cas d'impossibilité, une indemnité et d'autres formes adéquates et appropriées de réparation seraient envisagées. La réparation devrait tenir compte de la gravité de la violation et des circonstances de l'affaire. Conformément à la jurisprudence de la Cour, la notion de recours effectif impliquerait une enquête effective sur les faits, la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre une disparition forcée énonçant de son côté que des mesures doivent être prises pour permettre aux victimes de connaître la vérité concernant les circonstances de la disparition. Dans les affaires de disparition, la Cour interaméricaine ordonnerait l'exhumation et la restitution de la dépouille, ainsi que l'octroi d'une indemnité pour souffrance morale, la conduite d'une enquête sur les circonstances de la disparition et la publication des faits de l'affaire. Le Comité des droits de l'homme des Nations unies reconnaîtrait lui aussi le droit à la vérité. Un certain nombre

de traités et d'arrêts mentionneraient la nécessité de prendre des mesures spéciales pour mettre fin aux violations continues et garantir leur non-répétition.

221. Selon Redress, la Cour a accordé une réparation dans la plupart, voire dans la totalité des affaires de disparition, et jugé, sous l'angle de l'article 13, qu'en cas de violation des articles 2 et 3 une réparation doit en principe être octroyée. La durée de la violation entrerait en ligne de compte pour l'appréciation de l'indemnité. La perspective de mesures générales ne supprimerait pas l'obligation d'une réparation individuelle. Il serait également loisible à la Cour, dans une affaire individuelle, d'indiquer d'autres formes de satisfaction équitable propres à faire cesser les violations existantes et à prévenir leur répétition.

### 3. *Appréciation de la Cour*

#### a) **Article 46 de la Convention**

222. En ce qui concerne la position des requérants quant à la réalisation d'une enquête effective, la Cour rappelle le principe général selon lequel l'Etat défendeur demeure libre de choisir les moyens de s'acquitter de son obligation juridique au regard de l'article 46 de la Convention, sous réserve que ces moyens soient compatibles avec les conclusions contenues dans l'arrêt de la Cour (*Scozzari et Giunta c. Italie* [GC], n<sup>os</sup> 39221/98 et 41963/98, § 249, CEDH 2000-VIII, et *Andrejeva c. Lettonie* [GC], n<sup>o</sup> 55707/00, § 110, CEDH 2009). Par conséquent, elle estime qu'en l'espèce c'est au Comité des Ministres qu'il incombe, en vertu de l'article 46 de la Convention, de décider quelles mesures s'imposent concrètement dans le cadre de l'exécution de l'arrêt rendu par la Cour (voir, *mutatis mutandis*, *Akdivar et autres c. Turquie* (article 50), 1<sup>er</sup> avril 1998, § 47, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-II)

223. Quant aux amendes journalières que les requérants suggèrent d'imposer au gouvernement défendeur jusqu'à l'exécution du présent arrêt, la Cour relève qu'elle a toujours rejeté les demandes de dommages-intérêts punitifs (*Akdivar et autres*, précité, § 38, et *Orhan c. Turquie*, n<sup>o</sup> 25656/94, § 448, 18 juin 2002). Elle estime que la Convention ne lui permet guère, voire pas du tout, d'enjoindre à un gouvernement de verser à un requérant des pénalités qui ne sont pas liées à un dommage dont il est établi qu'il a été réellement subi à raison de violations passées de la Convention. Dans la mesure où de telles sommes viseraient à dédommager un requérant pour des souffrances futures, elles seraient purement spéculatives.

**b) Article 41 de la Convention**

224. La Cour observe qu'aucune disposition ne prévoit expressément le versement d'une indemnité pour dommage moral. Dans son approche concernant l'octroi d'une satisfaction équitable, qui varie d'une affaire à l'autre, la Cour établit une distinction entre les situations où le requérant a subi un traumatisme évident, physique ou psychologique, des douleurs et souffrances, de la détresse, de l'angoisse, de la frustration, des sentiments d'injustice ou d'humiliation, une incertitude prolongée, une perturbation dans sa vie ou une véritable perte de chances (voir, par exemple, *Elsholz c. Allemagne* [GC], n° 25735/94, § 70, CEDH 2000-VIII, *Selmouni c. France* [GC], n° 25803/94, § 123, CEDH 1999-V, et *Smith et Grady c. Royaume-Uni* (satisfaction équitable), nos 33985/96 et 33986/96, § 12, CEDH 2000-IX) et les situations où la reconnaissance publique, dans un arrêt contraignant pour l'Etat contractant, du préjudice souffert par le requérant représente en soi une forme efficace de réparation. Dans de nombreuses affaires, le constat par la Cour de la non-conformité aux normes de la Convention d'une loi, d'une procédure ou d'une pratique est suffisant pour redresser la situation (voir, par exemple, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], n° 28957/95, § 120, CEDH 2002-VI, *Saadi c. Italie* [GC], n° 37201/06, § 188, CEDH 2008, et *S. et Marper c. Royaume-Uni* [GC], nos 30562/04 et 30566/04, § 134, CEDH 2008). Toutefois, dans certaines situations, l'impact de la violation peut être considéré comme étant d'une nature et d'un degré propres à avoir porté au bien-être moral du requérant une atteinte telle que cette réparation ne suffit pas. Ces éléments ne se prêtent pas à un calcul ou à une quantification précise. La Cour n'a pas non plus pour rôle d'agir comme une juridiction nationale appelée, en matière civile, à déterminer les responsabilités et octroyer des dommages-intérêts. Elle est guidée par le principe de l'équité, qui implique avant tout une certaine souplesse et un examen objectif de ce qui est juste, équitable et raisonnable, compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'affaire, c'est-à-dire non seulement de la situation du requérant, mais aussi du contexte général dans lequel la violation a été commise. Les indemnités qu'elle alloue pour préjudice moral ont pour objet de reconnaître le fait qu'une violation d'un droit fondamental a entraîné un dommage moral et elles sont chiffrées de manière à refléter approximativement la gravité de ce dommage. Elles ne visent pas et ne doivent pas viser à fournir au requérant, à titre compassionnel, un confort financier ou un enrichissement aux dépens de la Partie contractante concernée.

225. Il n'existe donc pas de barème spécifique concernant les indemnités à allouer dans les affaires de disparition, et c'est à tort que les requérants cherchent à en déduire un d'affaires antérieures concernant des disparitions en Russie ou en Turquie. En outre, la Cour ne saurait souscrire à l'argument consistant à dire que la chambre s'est trompée en tenant compte du contexte de l'affaire et du processus d'exécution en cours devant le Comité des Ministres. Ainsi qu'il ressort clairement des observations des requérants eux-mêmes, ceux-ci souhaitent avant tout obtenir des renseignements sur ce qu'il est advenu de leurs proches à l'époque pertinente et pouvoir ainsi mettre fin à l'incertitude dans laquelle ils se trouvent. Cela étant, les requérants sont restés pendant des décennies dans l'ignorance, ce qui a dû profondément les marquer. Compte tenu de la gravité de l'affaire et statuant en équité, la Cour alloue 12 000 EUR à chacun des neuf requérants pour préjudice moral, somme qui ira aux héritiers en cas de décès du requérant.

## **B. Frais et dépens**

### *1. Les observations des parties*

226. Les représentants des requérants Andreas et Giorghoulla Varnava (n° 16064/90), Demetris Theocharides et les héritiers d'Elli Theocharidou (n° 16068/90), Eleftherios Thoma et les héritiers de Christos Thoma (n° 16070/90), Savvas et Georghios Apostolides (n° 16072/90) et Leontis Demetriou et Yianoulla Leonti Sarma (n° 16073/90) sollicitent un montant de 5 778,41 CYP, taxe sur la valeur ajoutée (TVA) incluse, pour chaque requête pour les frais et dépens exposés jusqu'au renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre, plus 6 299,58 EUR, TVA incluse, pour ceux engagés devant la Grande Chambre, soit un total de 16 172,58 EUR par requête.

227. Les représentants d'Andreas Loizides et des héritiers de Loizos Loizides (n° 16065/90), de Philippos Constantinou et Demetris K. Peyiotis (n° 16066/90), de Panicos et Chrysoula Charalambous (n° 16069/90) et de Savvas et Androula Hadjipanteli (n° 16071/90) ont soumis des notes de frais d'un montant de 5 186,16 CYP, TVA incluse, par requête pour les frais et dépens exposés jusqu'au renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre et 6 299,58 EUR, TVA incluse, par requête pour ceux engagés devant la Grande Chambre, soit un total de 14 960,66 EUR par requête.

228. Le gouvernement défendeur estime que ces demandes sont exagérées et excessives, les requêtes étant toutes de même nature et les observations renfermant une profusion de citations et de reprises de documents antérieurs.

## 2. L'indemnité allouée par la Cour

229. La Cour rappelle que l'allocation de frais et dépens au titre de l'article 41 présuppose que se trouvent établis leur réalité, leur nécessité et, de plus, le caractère raisonnable de leur taux. En outre, les frais de justice ne sont recouvrables que dans la mesure où ils se rapportent à la violation constatée (voir, par exemple, *Beyeler c. Italie* (satisfaction équitable) [GC], n° 33202/96, § 27, 28 mai 2002, et *Sahin c. Allemagne* [GC], n° 30943/96, § 105, CEDH 2003-VIII).

230. Constatant que les observations des requérants se chevauchent presque entièrement et que toutes les allégations de violation n'ont pas été retenues, mais considérant la durée de la procédure devant les organes de la Convention et les multiples échanges d'observations écrites, la Cour alloue 8 000 EUR par requête pour frais et dépens, plus tout montant pouvant être dû par les requérants à titre d'impôt sur ce montant.

## C. Intérêts moratoires

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

## PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Rejette*, par seize voix contre une, l'exception préliminaire de défaut d'intérêt juridique soulevée par le gouvernement défendeur;
2. *Rejette*, par seize voix contre une, l'exception préliminaire d'incompétence *ratione temporis* soulevée par le gouvernement défendeur;
3. *Rejette*, par quinze voix contre deux, l'exception préliminaire d'inobservation du délai de six mois soulevée par le gouvernement défendeur;
4. *Dit*, par seize voix contre une, qu'il y a violation continue de l'article 2 de la Convention à raison de la non-réalisation par les autorités de l'Etat défendeur d'une enquête effective sur le sort des neuf hommes disparus dans des circonstances mettant leur vie en danger;
5. *Dit*, par seize voix contre une, qu'il y a violation continue de l'article 3 de la Convention dans le chef des requérants;
6. *Dit*, par seize voix contre une, qu'il y a violation continue de l'article 5 de la Convention à raison de la non-réalisation par les autorités de l'Etat défendeur d'une enquête effective sur le sort d'Eleftherios Thoma et de Savvas Hadjipanteli;

7. *Dit*, à l'unanimité, qu'il n'y a pas violation continue de l'article 5 de la Convention à raison de la non-réalisation par les autorités de l'Etat défendeur d'une enquête effective sur le sort des sept autres hommes disparus;
8. *Dit*, à l'unanimité, qu'il n'y a pas lieu d'examiner les griefs tirés des articles 4, 6, 8, 10, 12, 13 et 14 de la Convention;
9. *Dit*, par seize voix contre une,
  - a) que l'Etat défendeur doit verser, dans les trois mois, les sommes suivantes:
    - i. 12 000 EUR (douze mille euros) par requête, plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt, pour préjudice moral,
    - ii. 8 000 EUR (huit mille euros) par requête, plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt par les requérants ou leurs héritiers, pour frais et dépens;
  - b) qu'à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement, ces montants seront à majorer d'un intérêt simple à un taux égal à celui de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne applicable pendant cette période, augmenté de trois points de pourcentage;
10. *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 18 septembre 2009.

Erik Fribergh  
Greffier

Jean-Paul Costa  
Président

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

- opinion concordante du juge Spielmann, à laquelle se rallient les juges Ziemele et Kalaydjieva;
- opinion concordante commune aux juges Spielmann et Power;
- opinion concordante de la juge Ziemele;
- opinion concordante du juge Villiger;
- opinion dissidente de la juge Erönen.

J.-P. C.  
E. F.

OPINION CONCORDANTE DU JUGE SPIELMANN,  
À LAQUELLE SE RALLIENT LES JUGES ZIEMELE ET KALAYDJIEVA

(Traduction)

1. La Cour juge qu'il y a violation continue de l'article 2 de la Convention à raison de la non-réalisation par les autorités de l'Etat défendeur d'une enquête effective sur le sort des neuf hommes disparus dans des circonstances mettant leur vie en danger. Je déplore que ni dans l'arrêt ni dans le dispositif la Cour n'indique expressément à l'Etat défendeur qu'il doit conduire une enquête effective.

2. A mon sens, il est regrettable que la Cour estime que c'est au Comité des Ministres qu'il incombe de décider, le cas échéant, quelles mesures s'imposent concrètement dans le cadre de l'exécution de l'arrêt rendu par elle.

3. Conformément au principe de la *restitutio in integrum*, exposé de façon éloquente dans les observations de Redress (paragraphe 220 de l'arrêt), et en soulignant l'obligation, pour l'Etat dont il est constaté qu'il a violé la Convention, de rétablir la situation antérieure à la commission de l'acte dommageable, la Cour aurait dû préciser, dans le raisonnement et dans le dispositif de l'arrêt, qu'une enquête effective doit être conduite. L'obligation de rendre des comptes sur ce qu'il est advenu des hommes disparus inclut celles de conduire une enquête sur les événements et les responsables et d'offrir aux victimes et aux proches la possibilité de demander réparation.

4. Au paragraphe 191 de l'arrêt, la Cour souligne que sa jurisprudence sur l'étendue de l'obligation procédurale est claire et qu'il s'agit essentiellement, au travers d'une telle enquête, d'assurer l'application effective des lois internes qui protègent le droit à la vie et, dans les cas impliquant des agents ou organes de l'Etat, de garantir que ceux-ci aient à répondre des décès survenus sous leur responsabilité. Ce principe général tiré de la jurisprudence de la Cour aurait dû apparaître au paragraphe 222 et dans le dispositif de l'arrêt.

5. En vertu de l'article 46 § 2 de la Convention, la surveillance de l'exécution des arrêts de la Cour incombe au Comité des Ministres. Cela ne signifie toutefois pas que la Cour ne doive jouer aucun rôle en la matière ni prendre des mesures destinées à faciliter la tâche du Comité des Ministres dans l'accomplissement de ces fonctions.

6. En effet, la Cour a estimé par le passé qu'on ne saurait remédier à une violation de l'article 2 par le simple octroi de dommages-intérêts à la famille de la victime (*Kaya c. Turquie*, 19 février 1998, § 105, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-I). Ainsi que Redress l'a souligné avec éloquence dans ses observations, eu égard à l'importance fondamentale du droit à la

protection de la vie, outre le versement d'une indemnité compensatoire, les Etats ont l'obligation de mener une enquête approfondie et effective, propre à conduire à l'identification et à la punition des responsables, et comportant un accès effectif du plaignant à la procédure d'enquête (*Çakıcı c. Turquie* [GC], n° 23657/94, §§ 112-113, CEDH 1999-IV). Un recours effectif entraîne l'obligation de conduire sur le ou les incidents des investigations officielles effectives qui doivent notamment être « approfondies, impartiales et attentives » (*Velikova c. Bulgarie*, n° 41488/98, § 80, CEDH 2000-VI).

7. A cette fin, il est essentiel que la Cour, dans ses arrêts, ne se borne pas à donner une description aussi précise que possible de la nature de la violation de la Convention constatée mais qu'elle indique également à l'Etat concerné dans son raisonnement sous l'angle de l'article 46 de la Convention et dans le dispositif, lorsque les circonstances de l'affaire le requièrent, les mesures qu'elle juge les plus appropriées pour redresser la violation.

OPINION CONCORDANTE COMMUNE  
AUX JUGES SPIELMANN ET POWER

(Traduction)

1. Nous partageons l'avis de la majorité selon lequel il y a violation continue de l'article 2 de la Convention à raison de la non-réalisation par les autorités de l'Etat défendeur d'une enquête effective sur le sort des neuf hommes disparus dans des circonstances mettant leur vie en danger. Toutefois, nous tenons à exprimer notre désaccord avec le raisonnement concernant la question du délai de six mois. A cet égard, nous approuvons l'analyse de la juge Ziemele et, en particulier, la référence aux principes généraux du droit international tels qu'énoncés à l'article 14 § 2 du projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite élaboré par la Commission du droit international.

2. Certes, on peut bien comprendre que la Cour souhaite assurer une certaine sécurité juridique s'agissant des délais d'introduction de griefs devant elle. Bien que nous reconnaissons par principe que, « en matière de disparition, les requérants ne sauraient attendre indéfiniment pour saisir la Cour » [et] « doivent faire preuve de diligence et d'initiative et introduire leurs griefs sans délai excessif » (paragraphe 161 de l'arrêt), nous ne devons pas moins garder à l'esprit que nous sommes en présence d'une violation continue d'une obligation internationale et que l'Etat défendeur n'a jamais donné d'explication sur ce qu'il est advenu des hommes disparus, ni conduit d'enquête effective sur les événements et les responsables, ni offert aux victimes et à leurs proches la possibilité de demander réparation. Comme la Cour le souligne à juste titre au paragraphe 148 de l'arrêt :

« (...) l'obligation procédurale subsiste potentiellement tant que le sort de la personne concernée n'a pas été éclairci ; l'absence persistante de l'enquête requise sera considérée comme emportant une violation continue (*Chypre c. Turquie*, précité, § 136). (...) »

3. Pour étayer son raisonnement concernant le délai de six mois, la majorité accorde une grande importance au fait que la procédure du Comité des personnes disparues à Chypre (« le CMP ») créé dans le cadre des Nations unies n'est pas effective. Nous ne pouvons accepter les conséquences de cette ineffectivité sur l'application de la règle des six mois. A ce propos, nous souscrivons aux observations formulées par la juge Ziemele au sujet du mandat restreint du CMP et partageons son avis selon lequel l'ineffectivité de la procédure du CMP n'est qu'un critère parmi d'autres (et de loin pas le plus significatif) à prendre en compte pour décider d'appliquer ou non la règle des six mois dans la procédure devant la Cour.

4. Nous tenons à ajouter ce qui suit. La Grande Chambre n'étant pas liée par les précédents *Baybora et autres* ((déc.), n° 77116/01, 22 octobre 2002) et *Karabardak et autres* ((déc.), n° 76575/01, 22 octobre 2002), nous ne voyons pas pourquoi la majorité a cru devoir distinguer la présente affaire de celles examinées en 2002 en précisant que les requérants dans ces deux affaires «avaient indûment tardé à saisir la Cour». Nous estimons qu'il n'était pas nécessaire d'élaborer un raisonnement spécifique soulignant les éléments distinctifs des affaires *Baybora et autres* et *Karabardak et autres*, qui se rapportaient à des requêtes introduites par les familles de Chypriotes turcs disparus durant les troubles intercommunautaires dans les années 1960. Au paragraphe 171 de l'arrêt, la majorité concède que « [l]es décisions de chambre dans les affaires mentionnées plus haut sont très concises et, en l'absence d'argumentation des parties, ne renferment aucun raisonnement explicatif». Dans ces conditions, nous ne sommes pas en mesure de souscrire à la conclusion que dans les affaires *Baybora et autres* et *Karabardak et autres* les requérants «avaient indûment tardé à saisir la Cour».

5. Les parties n'ayant pas soumis d'observations détaillées dans les affaires *Baybora et autres* et *Karabardak et autres*, nous regrettons que celles-ci aient été rejetées pour tardiveté en vertu de l'article 35 et que la Cour ait déclaré dans ces deux affaires que «à supposer même que les requérants n'aient disposé d'aucun recours effectif, comme ils l'allèguent, il y a lieu de considérer qu'ils en étaient conscients bien avant le 30 octobre 2001, date d'introduction de leur requête». Nous ne pouvons souscrire à la justification de ces deux décisions d'irrecevabilité données au paragraphe 171 de l'arrêt en prenant pour date critique «la fin de 1990». A cet égard, nous sommes convaincus – même si nous parvenons à une conclusion différente – par le raisonnement de la juge Erönen selon lequel «*juridiquement*, il n'y a aucune différence entre le temps mis par les requérants dans l'affaire *Karabardak et autres* et celui mis par les requérants en l'espèce à saisir la Cour et la Commission respectivement».

6. La violation continue qui découle du manquement de l'Etat à enquêter ou à donner des explications sur des disparitions forcées ne cesse pas avec le passage du temps. A notre sens, la juge Ziemele observe à juste titre que la non-application du délai de six mois à des violations d'obligations internationales revêtant un caractère continu, comme dans le contexte de disparitions forcées, poursuit un but important : empêcher que les coupables demeurent impunis pour de tels actes.

## OPINION CONCORDANTE DE LA JUGE ZIEMELE

(Traduction)

1. Je souscris à l'ensemble des conclusions formulées par la Cour en l'espèce. Toutefois, je tiens à préciser en ce qui concerne certaines questions que soit la Cour ne les tranche pas dans son raisonnement, soit ma position est différente. La première se rapporte à la qualité des disparus dans la procédure devant la Cour (paragraphe 111-113 de l'arrêt), la deuxième à la présomption de décès (paragraphe 142-146 de l'arrêt) et, enfin, la troisième, à l'application du délai de six mois aux violations continues, en particulier lorsqu'on a affaire à des disparitions forcées. Précisons d'emblée que ces trois questions sont liées. Je les examinerai successivement ci-après.

### La qualité des disparus

2. S'appuyant sur sa jurisprudence, la Cour souligne que ce sont d'ordinaire les proches de la personne disparue qui sont dénommés requérants devant elle (paragraphe 111 de l'arrêt). En l'espèce, les requêtes ont été introduites au nom des disparus et en celui de leurs proches et *ceux-ci refusent explicitement d'admettre que les disparus soient présumés décédés*. En outre, les requérants n'allèguent pas une violation de l'article 2 de la Convention sous son volet matériel (voir, *a contrario*, la jurisprudence sur les disparitions en Tchétchénie (Russie)).

3. Dans son arrêt, la Cour établit que l'obligation de fournir des explications sur ce qu'il est advenu des disparus et de traduire le ou les responsables en justice revêt un caractère continu (voir, par exemple, le paragraphe 148 de l'arrêt). A mon sens, il s'ensuit que, tant que l'on ignore le sort réservé aux disparus, il serait contraire à la nature même d'une obligation continue particulière que la Cour retienne une présomption de décès car, alors, il en résulterait notamment sur le plan juridique que les intéressés n'ont pas qualité pour agir devant la Cour.

4. En outre, la disparition forcée est un phénomène singulier auquel on ne peut pleinement s'attaquer que si l'on reconnaît qu'il emporte violation de plusieurs droits de l'homme en même temps (pour la définition du phénomène, voir, par exemple, la Déclaration des Nations unies sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, paragraphe 89 de l'arrêt). Ces droits ne sont peut-être pas tous expressément énoncés dans la Convention, mais ils peuvent être implicites dans d'autres concepts qu'elle renferme. Parmi les droits violés en situation de disparition forcée, il y a celui d'être reconnu comme une personne devant la loi. En n'accordant pas aux disparus la qualité de requérant, la Cour elle-même

peut donner l'impression qu'elle refuse de reconnaître ces individus comme des personnes devant la loi et qu'elle restreint leur droit d'accès à la justice. Il est clair pour moi que non seulement la Cour aurait dû laisser en suspens la question de la qualité des disparus mais qu'elle aurait manifestement dû reconnaître ceux-ci comme requérants en l'espèce.

### **La présomption de décès**

5. Il importe également de noter que la reconnaissance internationale des actes conduisant à une disparition forcée comme infraction continue aussi longtemps que les auteurs dissimulent le sort réservé à la personne disparue et le lieu où elle se trouve vise à dissuader les Etats de se livrer à de telles pratiques. Considérant ce but plus général, il est admis au niveau des Nations unies que la présomption de décès ne peut être retenue si la famille s'y oppose (paragraphe 90 de l'arrêt). L'histoire montre que des personnes disparues sont retrouvées des décennies après des conflits internationaux et que les familles continuent à espérer et à chercher les êtres qui leur sont chers.

6. Il y a lieu de noter qu'en l'espèce, contrairement à la situation en cause dans de nombreuses affaires ayant pour origine le conflit en Tchétchénie (Russie) et dans laquelle la Cour puise essentiellement les principes à appliquer en l'occurrence, les proches n'ont demandé ni aux autorités internes ni à la Cour de dire d'une façon ou d'une autre que les disparus étaient décédés (à titre de comparaison, voir, par exemple, *Askharova c. Russie*, n° 13566/02, § 59, 4 décembre 2008, et *Magomadova c. Russie*, n° 2393/05, 18 juin 2009). En l'espèce, contrairement là encore aux affaires russes, c'est le gouvernement défendeur qui invoque la présomption de décès pour arguer que les événements échappent à la compétence temporelle de la Cour. Les affaires russes diffèrent manifestement du cas d'espèce, en ce que même la date du décès présumé relevait de la compétence *ratione temporis* de la Cour et que se posait la question d'une violation de l'article 2 sous son volet matériel. D'une manière générale, dans ces affaires, on disposait de preuves bien plus abondantes et récentes concernant l'événement de l'enlèvement lui-même.

7. Dans la présente affaire, je ne souscris donc pas au raisonnement de la Cour selon lequel l'écoulement d'un laps de temps de plus de trente-quatre ans peut constituer un indice solide que les disparus sont décédés dans l'intervalle (paragraphe 146 de l'arrêt). Assurément, les affaires russes ne peuvent servir de précédent pour une telle déclaration de principe. Dans l'affaire dont nous sommes ici saisis, les requérants refusent absolument d'accepter la présomption de décès, alors que le gouvernement défendeur la retient. En même temps, les requérants ne soulèvent pas leur grief sous le

volet matériel de l'article 2 dans le contexte duquel, à mon avis, ce désaccord trouve plus logiquement sa place. Les termes du paragraphe 146 de l'arrêt peuvent donner une fausse idée de l'approche de la Cour concernant les disparitions forcées de longue durée généralement associées à des conflits internationaux complexes. La Cour parvient à la conclusion que, même si l'on peut présumer que les disparus sont décédés, cela ne fait pas disparaître l'obligation procédurale d'enquêter sur leur sort et de donner des renseignements sur le lieu où ils se trouvent. Je vois mal comment on peut logiquement dissocier l'obligation des individus auxquels le droit est conféré, à savoir les disparus. Dès lors, eu égard à ce qu'impliquaient les disparitions forcées à l'époque de l'introduction de la requête devant la Cour, les disparus ne peuvent pas être présumés décédés, en l'absence de décisions nationales et de demandes des proches à cet effet. Les disparus sont requérants et la Convention garantit des droits que l'Etat défendeur doit leur reconnaître.

### **Le délai de six mois**

8. J'en viens enfin à la question du délai de six mois. On peut comprendre que la Cour souhaite assurer une certaine sécurité juridique s'agissant du délai d'introduction de griefs. Les dates limites ont un but légitime dans le cadre d'une procédure judiciaire. Toutefois, la question en l'espèce est celle de savoir si la même approche s'applique en cas de violation continue d'une obligation internationale. Pour répondre à cette question, nous devons garder à l'esprit la nature même d'une violation continue d'une obligation internationale. L'article 14 § 2 du projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, élaboré par la Commission du droit international, définit le phénomène comme suit :

« La violation d'une obligation internationale par le fait de l'Etat ayant un caractère continu s'étend sur toute la période durant laquelle le fait continue et reste non conforme à l'obligation internationale. »

9. Dans la présente affaire, le gouvernement défendeur n'a à ce jour pas donné d'explication sur ce qu'il est advenu des disparus, ni conduit d'enquête sur les événements et sur les responsables, ni offert aux victimes et à leurs proches la possibilité de demander réparation. Le fait que la procédure du Comité des personnes disparues à Chypre (« le CMP ») des Nations unies ne constitue pas un recours effectif n'est qu'un critère parmi d'autres, et de loin pas le plus significatif, à prendre en compte pour décider d'appliquer ou non la règle des six mois dans la présente procédure devant la Cour. Le CMP a le mandat, restreint, d'établir si les disparus sont décédés ou en vie. Il ne peut attribuer des responsabilités ou préciser la cause du décès (paragraphe 85 de l'arrêt). En d'autres termes, ce n'est pas le CMP

qui s'acquittera de l'ensemble des obligations incombant à la Turquie relativement aux personnes disparues. Cette donnée était connue lors de la création du CMP, et a été confirmée dans la quatrième affaire interétatique (paragraphe 187 de l'arrêt).

10. La Cour se fourvoie dans son raisonnement sur le délai de six mois lorsqu'elle déclare que c'est à partir du moment où il est apparu que la procédure du CMP ne permettait plus aucun espoir de progrès (paragraphe 170 de l'arrêt) que le délai de six mois aurait dû commencer à courir pour les intéressés aux fins de l'introduction d'une requête devant la Cour. Comme le montre l'arrêt (voir les thèses des parties sous l'angle de l'article 2) et eu égard aux conclusions de la Cour sur le terrain de l'article 2 concernant une violation continue par la Turquie d'une obligation procédurale (paragraphe 191-194 de l'arrêt), nous sommes toujours en présence d'une violation continue d'une obligation découlant de la Convention. La Cour aurait donc dû suivre sa propre jurisprudence sur la non-application du délai de six mois aux situations continues (paragraphe 159 de l'arrêt). La non-application du délai de six mois aux violations d'obligations internationales revêtant un caractère continu, en particulier s'agissant de crimes tels que des disparitions forcées, poursuit un but important : empêcher que les coupables demeurent impunis pour de tels actes.

11. Cependant, la présomption de non-applicabilité est réfragable. Comme elle le dit d'ailleurs au paragraphe 165 de l'arrêt, la Cour examine dans chaque affaire la situation spécifique. Ainsi que le note la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Certaines terres à phosphates à Nauru*, « [l]a Cour doit par suite se demander à la lumière des circonstances de chaque espèce si l'écoulement du temps rend une requête irrecevable » (*Affaire Certaines terres à phosphates à Nauru*, C.I.J. *Recueil* 1992, § 32). Le critère d'application du délai de six mois aux situations continues est donc différent de ce qui est exposé dans le raisonnement figurant aux paragraphes 166 à 171 de l'arrêt. Il faut plutôt se demander s'il y a eu un événement ou un acte dont on puisse dire qu'il a déclenché le délai pour l'introduction du grief, car tant qu'aucune mesure significative n'est prise pour traiter le problème des disparitions, celui-ci persiste, et le droit de s'en plaindre persiste par conséquent lui aussi. En d'autres termes, il s'agit de savoir, non pas s'il existe un événement interrompant le délai de six mois (voir, *a contrario*, le paragraphe 171 de l'arrêt), mais s'il existe un événement le déclenchant. Si la procédure du CMP était censée constituer un recours adéquat dans les affaires de disparitions, elle pourrait parfaitement être prise en compte sous l'angle de la règle des six mois. Mais tel n'est manifestement pas le cas.

## OPINION CONCORDANTE DU JUGE VILLIGER

*(Traduction)*

J'ai voté avec la majorité en faveur des constats de violation des articles 2, 3 et 5 de la Convention.

En revanche, je ne puis me rallier à la majorité lorsqu'elle rejette l'exception préliminaire du gouvernement défendeur concernant l'application de la règle des six mois énoncée par l'article 35 § 1 (paragraphe 172 de l'arrêt).

Une disparition s'analyse sans conteste en une situation continue. Toutefois, les proches des disparus qui se disent victimes d'une violation continue ne sauraient attendre indéfiniment pour prendre des mesures particulières. A un certain stade, la situation continue prend fin, et la règle des six mois doit être appliquée. Se pose la question de savoir à quel moment le délai commence à courir.

En l'espèce, ce moment est intervenu lorsque les proches des disparus ont disposé de recours et les ont exercés ou, s'étant rendu compte qu'ils n'étaient pas effectifs, ne les ont pas utilisés. L'organe qui offrait le recours, si je puis l'appeler ainsi, paraissait être le Comité des personnes disparues à Chypre (« le CMP »). Lors de sa création en 1981, il suscita de grands espoirs. Mais, après un certain laps de temps, il est devenu notoire que ce recours n'était pas effectif et qu'on ne pouvait plus attendre des proches qu'ils l'exercent.

Ainsi, en 1984, les lenteurs sont devenues apparentes, d'autant que c'est seulement à cette époque, soit trois ans après sa création, que le CMP a établi son règlement. Dans les années qui ont suivi, les proches auraient dû se rendre compte, au besoin en s'entourant de conseils juridiques, que le CMP n'était absolument pas un organe qui pouvait leur offrir réparation et qu'ils étaient censés saisir.

A mes yeux, la limite de la période continue se situe en 1987. Ce point de vue se concilie donc avec l'exception soulevée par le gouvernement défendeur, qui estime que le délai de six mois a commencé à courir durant l'année où la Turquie a accepté le droit de recours individuel devant l'ex-Commission européenne des droits de l'homme.

Les proches n'ayant pas présenté leurs griefs à ce moment-là, ils n'ont pas, à mon sens, respecté le délai de six mois prévu par l'article 35 § 1 de la Convention.

## OPINION DISSIDENTE DE LA JUGE ERÖNEN

(Traduction)

1. A la suite de la décision rendue par la Grande Chambre dans l'affaire *Šilih c. Slovénie* [GC], n° 71463/01, 9 avril 2009, la majorité entend en l'espèce harmoniser la jurisprudence concernant la compétence *ratione temporis* et le délai de six mois dans les affaires de disparition, en déclarant la Cour compétente; elle cherche ainsi à mettre fin aux anomalies présentes dans les différents arrêts et décisions rendus à ce jour.

Je ne puis me rallier à la décision de la majorité selon laquelle la Cour est compétente pour connaître de la présente affaire pour les raisons que j'exposerai ci-après et parce que je ne vois aucun motif de m'écarter en la matière du point de vue que j'ai exprimé dans mon opinion jointe à l'arrêt de la chambre. Dans l'ensemble, j'estime que, au lieu de clarifier la situation et la jurisprudence sur cette question – ce que je pensais être le but recherché – la décision de la majorité rend les précédents jurisprudentiels sur la question encore moins défendables et plus difficiles à comprendre. Il en résulte une jurisprudence relativement préjudiciable à l'efficacité et à la cohérence attendues de la Cour européenne des droits de l'homme.

Il en est ainsi, à mon sens, aussi bien pour l'appréciation de la question de la compétence temporelle dans les affaires de disparition que pour l'application de la règle des six mois, l'arrêt rendu en l'espèce affaiblissant l'une et faisant fi de l'autre. Je consacrerai mon opinion à ces deux aspects de l'arrêt et à des questions connexes. A mon avis, la Cour n'est pas compétente en l'espèce; j'estime donc qu'il n'est pas correct et qu'il est contraire à l'éthique de m'exprimer sur les questions de fond liées aux violations alléguées de la Convention.

2. J'ai voté contre la conclusion de la majorité rejetant deux exceptions préliminaires du gouvernement défendeur, celle tirée de l'incompétence *ratione temporis* de la Cour et celle tirée de l'inobservation du délai de six mois. A mon sens, la Cour n'a pas compétence pour statuer sur le fond de la présente affaire. Je préciserai ci-après mon opinion à cet égard. J'ai également voté contre la conclusion de la majorité selon laquelle il subsiste un intérêt juridique à continuer l'examen des présentes requêtes, du fait même que la majorité, dans son arrêt (paragraphe 185, 186, 201, 202, 208) conclut que les premiers nommés des requérants de chaque requête figuraient parmi les individus portés disparus en 1974. Il est inutile, à mon sens, d'aborder plus en détail la question de l'absence d'intérêt juridique, puisque selon moi la Cour n'a pas compétence pour connaître de l'affaire compte tenu des deux autres exceptions préliminaires.

3. Conformément à mon avis selon lequel la Cour n'est pas compétente *ratione temporis*, j'ai voté contre le constat d'une violation continue de l'article 2 de la Convention à raison de la non-réalisation par les autorités de l'Etat défendeur d'une enquête effective sur le sort des neuf hommes disparus dans des circonstances mettant leur vie en danger. Par conséquent, j'estime, là aussi, qu'il n'est pas correct et qu'il est contraire à l'éthique de m'exprimer sur le fond de ces allégations ou sur l'opinion formulée par la majorité dans l'arrêt.

4. Il s'ensuit donc, pour le même motif, que je ne juge pas conforme à mon opinion sur l'incompétence *ratione temporis* ou sur l'inobservation de la règle des six mois de me prononcer sur les constats d'une violation continue de l'article 3 dans le chef des requérants et d'une violation continue de l'article 5 à raison de la non-réalisation par les autorités de l'Etat défendeur d'une enquête effective sur le sort d'Eleftherios Thoma et de Savvas Hadjipanteli, ou de faire moi-même des constats.

5. Par souci de cohérence, j'ai voté avec mes collègues en ce qui concerne la conclusion qu'il n'y avait pas violation continue de l'article 5 de la Convention à raison de la non-réalisation par les autorités de l'Etat défendeur d'une enquête effective sur le sort des sept autres hommes disparus. Je n'y vois aucune contradiction avec l'opinion que j'ai émise sur les exceptions préliminaires.

6. De même, je me suis ralliée à mes collègues (malgré mon avis que la Cour n'est pas compétente *ratione temporis* pour connaître du fond de cette requête) pour conclure qu'il n'y avait pas lieu d'examiner les griefs relatifs aux violations alléguées des articles 4, 6, 8, 10, 12, 13 et 14 de la Convention simplement parce que la Cour estime qu'il n'y a pas lieu de statuer sur ces griefs et non parce que je souscris aux constats par la majorité de violations des articles 2, 3 et 5 (paragraphe 211 de l'arrêt).

7. Pour la même raison, comme j'estime que la Cour n'est pas compétente *ratione temporis* et qu'il n'y a pas d'obligation continue, je n'ai pas voté avec mes collègues quand ils se sont prononcés en faveur de l'octroi d'une indemnité pour dommage moral.

8. Enfin, je me suis ralliée à mes collègues en ce qui concerne le surplus des demandes de satisfaction équitable des requérants, pour les mêmes raisons et les mêmes convictions que celles exposées au point 5 ci-dessus.

A ce stade, je tiens à réitérer les observations que j'avais formulées devant la chambre. Les opinions que j'exprime ci-après ont pour but de consolider et de confirmer les observations faites à ce stade antérieur de la procédure. L'arrêt rendu par la Grande Chambre dans l'affaire *Şilih* ne modifie en rien mon opinion. J'indiquerai également en toute humilité les raisons pour lesquelles je ne puis me rallier au point de vue de la majorité en l'espèce.

La majorité reconnaît qu'en vertu des principes généraux appliqués à cette affaire elle n'est pas compétente pour examiner les événements survenus en 1974, estimant qu'ils échappent à la compétence temporelle de la Cour.

Toutefois, elle note a) que l'obligation de mener une enquête effective est une obligation indépendante du volet matériel de l'article 2; b) que même si l'on peut retenir une présomption de décès, l'obligation procédurale d'enquêter ne disparaît pas; c) qu'une disparition est un « acte instantané » engendrant néanmoins une obligation continue d'enquêter et que la Cour est donc compétente *ratione temporis* pour connaître de l'affaire.

En examinant le principe de la compétence temporelle, j'ai relevé une certaine confusion dans l'appréciation de deux affaires récentes, *Blečić c. Croatie* [GC], n° 59532/00, CEDH 2006-III, et *Šilih*, traitant de cette question.

Comme le note la majorité, les principes sont ainsi énoncés dans l'affaire *Blečić* (précité, § 77) :

« (...) la compétence temporelle de la Cour doit se déterminer par rapport aux *faits constitutifs de l'ingérence alléguée*. L'échec subséquent des recours introduits aux fins de redressement de l'ingérence ne saurait faire entrer celle-ci dans la compétence temporelle de la Cour. » (italique ajouté)

Précisant ce principe, la Cour a souligné ce qui suit dans cette même affaire :

« 81. En conclusion, s'il est vrai qu'à compter de la date de ratification tous les actes et omissions de l'Etat doivent être conformes à la Convention (*Yağcı et Sargin c. Turquie*, 8 juin 1995, § 40, série A n° 319-A), celle-ci n'impose aux Etats contractants aucune obligation spécifique de redresser les injustices ou dommages causés avant qu'ils ne ratifient la Convention (*Kopecný c. Slovaquie* [GC], n° 44912/98, § 38, CEDH 2004-IX). Toute autre approche saperait à la fois le principe de non-rétroactivité que consacrent le droit des traités et la distinction fondamentale entre violation et réparation qui sous-tend le droit de la responsabilité des Etats.

82. Pour établir la compétence temporelle de la Cour, il est donc essentiel d'identifier *dans chaque affaire donnée la localisation exacte dans le temps de l'ingérence alléguée*. La Cour doit tenir compte à cet égard tant des faits dont se plaint le requérant que de la portée du droit garanti par la Convention dont la violation est alléguée. » (italique ajouté)

Dans l'affaire *Šilih*, la question de l'existence d'une obligation procédurale résultant de l'article 2 a été traitée sous l'angle de la détachabilité de cette obligation. A propos de l'obligation procédurale sous l'angle de l'article 2, l'arrêt *Šilih* (précité, §§ 162-163) dit ceci :

« (...) dans le cas d'un décès survenu avant la date critique, seuls les actes et/ou omissions de nature procédurale postérieurs à cette date peuvent relever de la compétence temporelle de la Cour.

(...) pour que les obligations procédurales imposées par l'article 2 deviennent applicables, il doit exister un lien véritable entre le décès et l'entrée en vigueur de la Convention à l'égard de l'Etat défendeur.

Ainsi, il doit être établi qu'une part importante des mesures procédurales requises par cette disposition – non seulement une enquête effective sur le décès de la personne concernée, mais aussi le déclenchement d'une procédure adéquate visant à déterminer la cause du décès et à obliger les responsables à répondre de leurs actes (*Vö*, précité, § 89) – ont été ou auraient dû être mises en œuvre après la date critique.

La Cour n'exclut pas, toutefois, que dans certaines circonstances ce lien puisse également reposer sur la nécessité de vérifier que les garanties offertes par la Convention et les valeurs qui la sous-tendent sont protégées de manière réelle et effective.»

Certes, la Turquie a ratifié la Convention en mai 1954, mais elle n'a reconnu le droit de recours individuel que pour des griefs relatifs à des événements survenus après le 22 janvier 1987 et la compétence de la Cour qu'en 1990. Pour appliquer la démarche adoptée dans l'arrêt *Şilih*, la majorité n'établit pas quel est le «lien véritable entre le décès et l'entrée en vigueur de la Convention» à l'égard de la Turquie.

Si l'on peut considérer que la Turquie est liée par la Convention depuis 1954, j'estime que la Cour n'est pas compétente pour examiner des faits survenus avant 1987, même si l'obligation procédurale résultant de l'article 2 est «détachable» puisque, d'après l'arrêt *Şilih*, cette compétence d'examen ne découle d'aucun *acte et/ou omission de nature procédurale postérieur à 1987*, «*date critique*» retenue par la majorité. L'article 6 du Protocole n° 11 confirme ce point de vue. En d'autres termes, la Cour n'est compétente que pour examiner une obligation procédurale continue née après 1987, puisque l'obligation continue *se poursuit* après la date critique, et *ne remonte pas vers le passé*. L'article 6 du Protocole n° 11 ne modifie pas les restrictions de la Turquie relatives à l'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour sur tout acte ou omission antérieur à 1987.

Le Protocole n° 11 est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> novembre 1998. Son article 6 énonce :

«Dès lors qu'une Haute Partie contractante a reconnu la compétence de la Commission ou la juridiction de la Cour par la déclaration prévue à l'ancien article 25 ou à l'ancien article 46 de la Convention, uniquement pour les affaires postérieures, ou fondées sur des faits postérieurs à ladite déclaration, cette restriction continuera à s'appliquer à la juridiction de la Cour aux termes du présent Protocole.»

L'article 6 du Protocole n° 11 énonce en effet clairement que la nouvelle Cour est compétente uniquement pour examiner «les affaires postérieures, ou fondées sur des faits postérieurs» à une déclaration reconnaissant sa compétence. Dès lors, conformément à mon point de vue sur la question de la compétence temporelle, j'estime que l'article 6 du Protocole n° 11

empêche clairement la Cour de connaître d'une affaire ayant trait à des faits survenus avant 1987, la « date critique ».

A cet égard, je considère que l'arrêt de la majorité manque de clarté. En effet, malgré l'article 6 du Protocole n° 11, qui lie la Turquie concernant les violations postérieures à 1987, la majorité préfère prendre 1954 comme date de début de sa compétence temporelle pour examiner les violations alléguées, alors que la Turquie n'a en réalité pas accepté d'être liée ou tenue de rendre compte s'agissant de ces violations avant la date critique de 1987. En fait, la majorité admet que si la Cour n'est pas compétente pour examiner des griefs soulevés pour autant que les allégations ont trait à des faits survenus avant cette « date critique » (paragraphe 133-134 de l'arrêt), c'est-à-dire avant 1987, elle n'en conclut pas moins que la Turquie est liée par les dispositions de la Convention depuis la date de ratification de celle-ci, soit le 18 mai 1954. Par conséquent, j'estime qu'elle fait erronément relever de sa compétence les événements de 1974 ainsi que les disparitions et les décès survenus ultérieurement durant cette période.

Il est difficile de concilier cette démarche avec celle adoptée dans l'affaire *Xenides-Arestis c. Turquie* ((satisfaction équitable), n° 46347/99, 7 décembre 2006) en ce qui concerne la compétence *ratione temporis*. Dans cette affaire, pour apprécier le montant de la réparation, la Cour a reconnu la date de la reconnaissance par la Turquie de sa juridiction obligatoire, 1990, comme date critique. Au paragraphe 38 de l'arrêt *Xenides-Arestis*, la Cour s'est exprimée ainsi :

« La Cour déterminera donc la réparation due au requérant à raison des pertes causées par le déni de l'accès à ses biens, et la perte de la maîtrise, de l'usage et de la jouissance de ceux-ci depuis la date d'acceptation par la Turquie de la juridiction obligatoire de la Cour, soit le 22 janvier 1990, à aujourd'hui (*Loizidou (article 50)*, précité, § 31). »

A mon sens, ainsi que je le préciserai dans mes observations ci-après, l'arrêt de la majorité ajoute encore davantage de confusion aux questions déjà complexes concernant la compétence *ratione temporis*.

### **La présomption de décès**

Mon point de vue sur cette question demeure le même que celui que j'ai exprimé dans mon opinion dissidente jointe à l'arrêt de la chambre (*Varnava et autres c. Turquie*, n°s 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 et 16073/90, 10 janvier 2008) :

« (...) [J]e n'aperçois aucune raison valable justifiant de ne pas statuer en l'espèce sur la base d'une présomption de décès (à la lumière de l'évolution récente de la jurisprudence de la Cour) et d'agir en conséquence, si ce n'est en raison de l'émotion suscitée par cette question. Le principe énoncé dans l'affaire *Blečić*, tel qu'appliqué en l'espèce, atténuée, dans une certaine mesure, les conclusions sur la présomption

que les requérants sont en vie et sur la violation continue telles qu'exprimées dans la décision *Chypre c. Turquie* relativement à des personnes portées disparues, excluant ainsi une obligation continue. J'estime que les disparitions et la présomption que les requérants étaient décédés étaient indéniables avant que le gouvernement défendeur ne reconnaisse le droit de recours individuel devant la Commission. En d'autres termes, les faits constitutifs de la violation alléguée, tels qu'ils sont établis, sont survenus avant la ratification et, dès lors, la Cour n'est pas compétente *ratione temporis* pour connaître de la question de la conduite d'une enquête effective ou de toute autre question ayant véritablement trait au *fond* dans le cas d'espèce.

En résumé, j'estime qu'il n'y a aucune violation à « caractère continu », et, dès lors, aucune obligation continue. Les conclusions formulées dans l'arrêt *Chypre c. Turquie* concernant une « violation continue de l'article 2 en ce que les autorités de l'Etat défendeur n'ont pas mené d'enquête effective » doivent être interprétées à la lumière de la jurisprudence récente, qui veut qu'une telle « obligation continue » et toutes les exigences en découlant, si tant est qu'il y en ait une, n'existent que si l'affaire relève de la compétence *ratione temporis* de cette Cour – et, à mon sens, le cas d'espèce n'en relève pas.

Les faits constitutifs de la violation alléguée (disparitions puis décès présumés) étant survenus avant le 28 janvier 1987, j'estime que la Cour ne peut pas examiner les griefs concernant l'ineffectivité de l'enquête sur la disparition des Chypriotes grecs, puisqu'elle n'est pas compétente *ratione temporis*. »

Il n'apparaît pas clairement en l'espèce si la majorité présume le décès des personnes disparues ou non, bien qu'elle semble formuler d'obscures hypothèses à cet égard. En outre, bien que la présomption de décès ne soit pas « automatique », la majorité note qu'il est possible que les disparus soient décédés et elle s'appuie alors également sur des exemples de la jurisprudence où de telles présomptions de décès ont en fait été retenues (paragraphe 143 de l'arrêt). Au paragraphe 144 de l'arrêt, elle déclare :

« Quand bien même il existerait des éléments de preuve de nature à faire conclure que les neuf hommes portés disparus sont décédés lors des événements de 1974 ou peu après (...) »

Au paragraphe 146 de l'arrêt, la Cour conclut donc :

« même si l'écoulement d'un laps de temps de plus de trente-quatre ans sans nouvelles des personnes disparues peut constituer un indice solide que les intéressés sont décédés dans l'intervalle, cela ne fait pas disparaître l'obligation procédurale d'enquêter. »

Après avoir conclu, sur la base « d'indices solides », que les hommes sont peut-être décédés, la Cour introduit, semble-t-il, une contradiction au paragraphe 148 de l'arrêt en s'exprimant ainsi :

« Une disparition est un phénomène distinct, qui se caractérise par une situation où les proches sont confrontés de manière continue à l'incertitude et au manque d'explications et d'informations sur ce qui s'est passé, les éléments pertinents à cet égard pouvant parfois même être délibérément dissimulés ou obscurcis (...) »

Je me rallie en l'espèce aux conclusions de la majorité figurant aux paragraphes 146 et 147 ; elle dit ceci :

« [C]omme elle l'a précisé dans son arrêt *Şilih* relativement à l'obligation procédurale d'enquêter sur les décès illégaux ou suspects que recèle l'article 2, l'obligation procédurale résultant de cette disposition en cas de disparitions est indépendante de l'obligation matérielle. »

Cependant, si la majorité cherche à distinguer la démarche adoptée dans l'arrêt *Şilih* – selon laquelle l'exigence d'un lien de proximité entre le décès et les mesures d'instruction, d'une part, et la date d'entrée en vigueur de la Convention, d'autre part, « *vaut uniquement en cas d'homicide ou de décès suspect, lorsque l'élément factuel central, la perte de la vie de la victime, est connu avec certitude, même si la cause exacte ou la responsabilité ultime ne l'est pas* » (italique ajouté) – et le caractère continu de l'obligation procédurale propre au phénomène des affaires de disparition (paragraphes 148-149 de l'arrêt), elle accepte néanmoins implicitement qu'il est plus que probable que les hommes sont *décédés*. A mon sens, en exposant son point de vue, la majorité aurait dû formuler et développer une conclusion plus concrète et explicite sur le sort des « disparus » au lieu de se borner à une conclusion implicite.

Compte tenu des principes exposés dans l'arrêt *Şilih*, même si l'obligation procédurale distincte, « jouant indépendamment de l'obligation matérielle », revêt un caractère continu, elle se rapporte aux faits antérieurs à la date critique et ne saurait être « détachée » des événements antérieurs. Inversement, même si elle est détachable, l'obligation fait partie des événements survenus avant la date critique et échappe donc à la compétence temporelle de la Cour.

Dès lors, j'estime que les observations formulées aux paragraphes 147 à 149 de l'arrêt ne permettent pas à la majorité d'invoquer comme elle le fait les arrêts *Şilih* et *Blečić* pour étayer ses conclusions.

Conformément à mon point de vue selon lequel il y a lieu de retenir une présomption de décès, j'estime donc, comme la majorité, qu'il existe « un indice solide que les intéressés sont décédés » et que cela ne fait pas disparaître l'obligation procédurale d'enquêter. Toutefois, là où je m'écarte de la majorité, c'est que selon moi l'existence de cette obligation dépend en premier lieu du point de savoir si la Cour a la compétence temporelle relativement à cette obligation procédurale, ce qui, d'après les principes énoncés dans l'arrêt *Şilih* rendu récemment par la Grande Chambre, n'est pas le cas.

Je souscris également sans réserve au raisonnement exposé par les juges Bratza et Türmen dans leur opinion jointe à l'arrêt *Şilih*, allant au-delà des obligations « détachables » du volet procédural de l'article 2, lorsqu'ils déclarent :

« Dissocier de la sorte l'obligation procédurale du décès dont elle résulte reviendrait à nos yeux à donner un effet rétroactif à la Convention et à rendre inopérante la déclaration de l'Etat reconnaissant la compétence de la Cour pour être saisie de requêtes individuelles (...) »

Même s'il est noté (paragraphe 134 de l'arrêt) que « (...) les requérants précisent que leurs griefs ont trait uniquement à la situation telle qu'elle se présente depuis janvier 1987, c'est-à-dire au manquement continu de l'Etat défendeur à son obligation de mener une enquête effective afin de retrouver la trace des hommes disparus et déterminer ce qu'il est advenu d'eux », en l'espèce, l'obligation de mener des investigations n'a pas été déclenchée par « de nouvelles preuves ou informations » soumises à la Cour, puisque la position de la majorité sur cette question semble toujours, à mes yeux, fondée sur les conclusions de la quatrième affaire interétatique.

J'estime – je le rappelle une nouvelle fois – que, d'après le raisonnement adopté dans l'arrêt *Şilih*, si une obligation existait, elle existait également *avant* janvier 1987. Cela étant et l'obligation d'enquêter ayant existé *bien avant* (au moins treize ans) la date de reconnaissance de la juridiction de la Commission et de la Cour, d'après l'article 6 du Protocole n° 11, on ne saurait dissocier l'obligation d'enquêter, dont la Cour dit qu'elle existe, des événements antérieurs à 1987. Même si l'on admet qu'une telle obligation est « détachable », elle échappe à la compétence temporelle de notre Cour.

Si une obligation d'enquêter existait, elle existait depuis 1974 et a continué d'exister jusqu'à la date critique et après. Les conditions énoncées dans l'arrêt *Şilih* ne sont donc pas remplies. De même, les faits en question ne sont pas distincts ou « détachables » des événements survenus *avant* 1987. Par conséquent, dans les deux cas, la Cour n'est pas compétente pour connaître de cette affaire.

C'est ce que requiert le *principe de la sécurité juridique*. Les difficultés et anomalies entachant le raisonnement juridique (paragraphe 132-150 de l'arrêt) constatées en l'espèce découlent, me semble-t-il, d'une tentative de faire relever l'obligation procédurale d'enquêter de la compétence de la Cour.

Je ne puis m'empêcher de me demander s'il ne faut donc pas considérer que les affaires de disparition, telles celle dont nous sommes saisis, où une présomption de décès découle naturellement des faits présentés à la Cour, n'ont pas leur place ou doivent être exclues du principe fondamental de la Convention consacré dans la règle relative à la compétence *ratione temporis*. En outre, je me demande si la conclusion formulée par la majorité *aux paragraphes 147 à 149 de l'arrêt* signifie que le principe de la compétence *ratione temporis* n'est plus applicable aux affaires de disparition.

Le principe de la compétence *ratione temporis* est, à l'instar de l'aspect procédural de l'article 2, consacré par la Convention. Il est absolu et les conclusions de la majorité risquent de donner lieu à une *incohérence dans la jurisprudence* de la Cour. Le présent arrêt soulève de sérieuses questions concernant la sécurité juridique et sera source de nouvelles incertitudes si la compétence temporelle de la Cour concernant le respect de l'obligation procédurale de l'article 2 par rapport à des décès survenus avant la date critique doit être considérée comme illimitée. Il ne sera pas facile de redresser les incohérences en tant que telles si, dans un souci d'aplanir les différences entre les diverses décisions de la Cour concernant sa compétence *ratione temporis* relativement à des griefs procéduraux formulés sous l'angle de l'article 2, on ne demeure pas fidèle aux principes et aux aspects de la « détachabilité » énoncés dans l'arrêt *Şilih* (précité, §§ 153-163 et, en particulier, §§ 161-165)

Pour conclure, cela signifie à mes yeux que la démarche de la majorité en l'espèce « *revient(...)t (...) à donner un effet rétroactif à la Convention et à rendre inopérante la déclaration de l'Etat reconnaissant la compétence de la Cour pour être saisie de requêtes individuelles* » (opinion dissidente des juges Bratza et Türmen jointe à l'arrêt *Şilih*; italique ajouté).

Eu égard à ce qui précède et à l'article 6 du Protocole n° 11, j'estime que l'atteinte alléguée dont il est question en l'espèce, qu'elle soit procédurale ou matérielle, ne relève pas de la compétence temporelle de la Cour et que celle-ci ne peut donc pas examiner les présentes requêtes.

### **Le délai de six mois**

En ce qui concerne l'existence « au moment de l'introduction des requêtes, d'une obligation procédurale continue de rechercher les personnes disparues et d'enquêter sur ce qu'il était advenu d'elles », la majorité se rallie à l'arrêt de la chambre, laquelle n'a vu « aucun délai déraisonnable dans l'introduction des requêtes ».

A mes yeux, là aussi la règle des six mois se trouve affaiblie en ce qu'on lui donne une interprétation différente de celle qui était déjà bien clairement définie. Si je souscris à l'interprétation que donne la majorité du « délai raisonnable », il s'agit d'une question très relative pour la présente affaire et qui n'a aucune incidence sur les requêtes *Baybora et autres c. Chypre* (déc.), n° 77116/01, 22 octobre 2002. Tout en reconnaissant qu'il était difficile pour les requérants de se rendre compte de l'ineffectivité de la procédure du Comité des personnes disparues à Chypre (« le CMP »), la majorité semble ne pas considérer les difficultés peut-être encore plus sérieuses, et les « circonstances particulières » auxquelles les requérants chypriotes turcs étaient confrontés entre-temps en raison de « l'incertitude et la confusion qui marquent

fréquemment la période qui suit une disparition » (paragraphe 162-166 de l'arrêt). Dans les requêtes des Chypriotes turcs, la Cour paraît n'avoir pas pris en compte que, « [d]ans les affaires de disparition, où les proches des personnes disparues se trouvent dans un état d'ignorance et d'incertitude et où, par définition, les autorités restent en défaut de fournir des explications sur ce qui s'est passé, voire, dans certains cas, semblent dissimuler la vérité ou faire obstruction à sa manifestation, la situation est moins tranchée ».

Il en est de même pour la date que la majorité retient, soit « la fin de 1990 », comme date où les requérants auraient dû savoir que la procédure du CMP n'était pas effective; là encore, la majorité, avec tout le respect que je dois à mes collègues, ne se montre pas aussi compréhensive envers les requérants chypriotes turcs qui, en fait, attendaient une confirmation officielle par le biais de l'arrêt de la Cour, c'est-à-dire de l'arrêt du 10 mai 2001 rendu dans la quatrième requête interétatique. J'estime nécessaire, ici, de réitérer l'opinion que j'ai formulée à la suite de l'arrêt de la chambre :

a) Le gouvernement chypriote, partie intervenante en l'espèce, a reconnu le droit de recours individuel devant la Commission le 1<sup>er</sup> janvier 1989. Les requérants chypriotes turcs ne pouvaient demander plus tôt un redressement concernant leurs griefs. De même, des requérants chypriotes grecs n'auraient pas pu saisir la Commission avant 1987 (année de la ratification par la Turquie) et la Cour avant 1990.

b) Les requérants en l'espèce, ainsi que ceux dans l'affaire *Karabardak et autres*, n'ont pu avoir connaissance des décisions prises dans les affaires interétatiques. Les première, deuxième et troisième affaires interétatiques n'ont pas réellement abordé les questions d'une violation continue. C'est en 2001, dans la quatrième affaire interétatique, que la notion de violation continue dans les cas de disparitions a été exposée pour la première fois. Quoi qu'il en soit, aucun requérant n'a pu se plaindre avant 1989 ou 1990 respectivement. Les requérants en l'espèce ont présenté leurs requêtes en 1990. Ceux dans l'affaire *Karabardak et autres* ont saisi la Cour en 2001, probablement après avoir recueilli un avis juridique sur la question. Les situations juridiques, dans les deux affaires, sont les mêmes.

c) Comme il a été souligné dans l'affaire *Akdivar (Akdivar et autres c. Turquie, 16 septembre 1996, Recueil 1996-IV)*, il y a lieu de prendre en compte l'existence de « circonstances particulières » lorsque l'on examine si des recours sont réellement disponibles. Eu égard au climat qui régnait à Chypre en 1963-1964 et en 1974, on ne saurait affirmer avec certitude qu'un tel recours était facilement disponible pour retrouver les disparus (voir également *Chypre c. Turquie*, § 99).

d) Le CMP n'a commencé à fonctionner qu'en 1981. Il avait pour mission de constituer des dossiers sur les familles des personnes portées disparues, tant Chypriotes grecques que Chypriotes turques, si bien que ces familles ont certainement attendu les résultats de ses enquêtes et n'ont réclamé aucun autre redressement. Ces familles de personnes disparues, on peut le comprendre, ignoraient tout du mandat du CMP tel qu'il était en vigueur à l'époque et ne se sont peut-être rendu compte de ses

fonctions et des avis sur son activité qu'à la suite de l'arrêt rendu dans la quatrième affaire interétatique en mai 2001. J'estime donc, avec tout le respect que je dois à mes collègues, que le fait que les requérants en l'espèce aient saisi la Commission trois jours après la reconnaissance par la Turquie de la juridiction de la Cour est sans importance. *Juridiquement*, il n'existe aucune différence entre le temps mis par les requérants dans l'affaire *Karabardak et autres* et celui mis par les requérants en l'espèce à saisir la Cour et la Commission, respectivement. Les requêtes *Karabardak et autres* et *Baybora et autres* ayant été rejetées pour tardiveté en vertu de l'article 35, il aurait dû en être de même pour les présentes requêtes. Le fait que les événements dont les requérants dans les premières affaires se plaignaient aient eu lieu pendant les conflits intercommunautaires dans les années 1960 et non en 1974 ne change rien à la situation *juridique*. »

La majorité déclare avoir « examiné de manière attentive » les requêtes introduites par les familles de Chypriotes turcs disparus durant les troubles intercommunautaires dans les années 1960, déclarant ce qui suit au paragraphe 171 de l'arrêt :

« [La Cour] est particulièrement sensible à l'argument consistant à dire que des approches différentes et incohérentes ont apparemment été adoptées d'une catégorie d'affaires à l'autre, mais elle n'est pas persuadée que ce soit le cas. Les décisions de chambre dans les affaires mentionnées plus haut sont très concises et, en l'absence d'argumentation des parties, ne renferment aucun raisonnement explicatif. Cela étant, la conclusion selon laquelle les requêtes ont été introduites tardivement est conforme aux principes et à la jurisprudence exposés ci-dessus. »

Je n'ai pas l'impression que tel soit le cas. Il y a selon moi manifestement une contradiction à dire que les décisions dans les affaires des Chypriotes turcs ne renferment aucun « raisonnement explicatif », et à préciser ensuite que « leur conclusion est conforme aux principes et à la jurisprudence ». Soit il n'y a aucun « raisonnement explicatif », soit la « conclusion est conforme aux principes et à la jurisprudence ». Les deux déclarations ne se concilient pas, étant donné que les décisions dans *Baybora et autres* sont qualifiées de « concises ». En effet, l'appréciation de l'affaire *Baybora et autres* effectuée en l'espèce par la majorité (paragraphe 171 de l'arrêt) ferme donc tristement la porte aux requêtes chypriotes turcs.

Par souci de clarté et de conformité avec la jurisprudence, il aurait été plus approprié de prendre la date de l'arrêt rendu par la Cour dans la quatrième requête interétatique, moment où l'ineffectivité de la procédure devant le CMP fut véritablement examinée, plutôt que la « fin de 1990 ».

La règle des six mois est un principe de droit, un *fait juridique*, qui doit être respecté après trois ans ou treize ans, peu importe. Si trois ans sont considérés comme un « délai excessif », alors une période de treize ans constitue également un « retard excessif ». Le raisonnement suivi par la majorité pour justifier les décisions sur la présente requête et l'affaire *Baybora et autres* n'est pas, à mon sens, conforme à l'arrêt *Şilih*, puisque, comme la

Cour l'a estimé dans l'affaire *Baybora et autres*, les présentes requêtes auraient également dû être introduites dans le délai de six mois. Ou, inversement, on aurait dû prendre dans l'affaire *Baybora et autres* une décision conforme au point de vue exprimé en l'espèce.

Ainsi que je l'ai dit plus haut, l'arrêt *Šilih* (précité, § 165) accorde de l'importance a) au fait que les événements à l'origine de l'obligation procédurale sont survenus *peu de temps avant* la date critique de la ratification et b) au fait que les investigations ont commencé après la ratification. A cet égard, dans l'arrêt *Šilih*, la Cour a relevé que le décès du fils des requérants s'était produit «à peine plus d'un an avant l'entrée en vigueur de la Convention à l'égard de la Slovénie» et que les investigations avaient été entreprises *peu de temps* après la date critique. Dès lors, l'obligation procédurale d'enquêter étant entrée en jeu *peu après* la ratification par la Slovénie, la Cour s'est déclarée compétente. A noter que, contrairement à l'Etat défendeur en l'espèce, la Slovénie a reconnu la juridiction obligatoire de la Commission et de la Cour européennes des droits de l'homme à partir de la date du dépôt, le 28 juin 1994, de l'instrument de ratification de la Convention.

Pour les raisons exposées ci-dessus, j'estime que les présentes requêtes n'ont pas été introduites dans le respect de la règle des six mois. Dès lors, je regrette de ne pouvoir me rallier à la majorité et de conclure que l'arrêt sur cette question est sérieusement en contradiction avec le droit et la jurisprudence de la Convention européenne des droits de l'homme lorsque la majorité déclare au paragraphe 170 de l'arrêt :

«Par conséquent, en saisissant la Cour en janvier 1990, ces requérants ont agi, eu égard aux circonstances particulières de leurs affaires, avec une célérité raisonnable aux fins de l'article 35 § 1 de la Convention.»

Sans me livrer à des observations sur le fond de la présente affaire et sans préjudice des vues exprimées ci-dessus, il me paraît important d'aborder l'avis exprimé par la majorité au sujet du CMP et de la charge de la preuve.

### **Le Comité des personnes disparues à Chypre**

J'estime qu'en l'espèce la Cour a disposé d'informations pertinentes, concernant les fonctions du CMP, dont elle n'avait pas connaissance dans l'affaire interétatique. Cependant, la seule référence (paragraphe 85 de l'arrêt) parfaitement compréhensible pour établir exactement ce qu'est le CMP et en exposer les fonctions est simplement extraite de l'arrêt rendu dans l'affaire interétatique en 2001, ce qui me paraît insuffisant pour montrer les développements importants intervenus depuis lors (paragraphe 86-87 de

l'arrêt). Ce n'est pas rendre justice aux abondantes informations fournies par le gouvernement défendeur depuis le prononcé de cet arrêt.

Même si l'on continue de considérer que la procédure du CMP n'est pas effective aux fins de l'article 2, je juge inconcevable que l'ensemble des documents fournis depuis l'arrêt rendu en 2001 ne permette pas d'en dire plus sur ce comité. Dans son arrêt, la majorité ne formule aucune *nouvelle conclusion* sur un quelconque aspect des travaux du CMP. J'estime que les développements intervenus relativement aux fonctions du CMP et leur pertinence pour la question de l'«effectivité de l'enquête», même après l'obtention de nouvelles informations et preuves, n'ont pas été suffisamment appréciés. Cela apparaît d'autant plus que la Cour s'appuie largement sur des événements, informations et jurisprudence, etc., concernant la compétence *ratione temporis* dans les affaires de disparition dont d'autres organes internationaux ont connu (paragraphe 88 à 102 de l'arrêt), alors qu'elle ne le fait pas avec les informations fournies à propos du CMP.

Je suis confortée dans mon analyse par les importants développements récents qui montrent que le rôle et les activités du CMP sont essentiels et indispensables pour la mise en œuvre d'une enquête effective, comme le veut l'article 2. Ce fait a été souligné par les Délégués des Ministres dans la décision prise à la 1051<sup>e</sup> réunion sur les droits de l'homme du Comité des Ministres tenue le 19 mars 2009 (paragraphe 88 de l'arrêt).

Le Comité des Ministres, qui surveille l'exécution de l'arrêt rendu dans la quatrième affaire interétatique, estime que «la séquence entre les mesures à prendre dans le cadre des enquêtes effectives» requiert que toute autre forme d'enquête effective ne mette pas en péril la mission du CMP et considère qu'il est crucial que les travaux actuels du CMP soient menés à bien dans les meilleures conditions et dans les meilleurs délais. A cet égard, le Comité des Ministres souligne en particulier l'importance de la préservation de toutes les données obtenues au cours du programme Exhumations et identifications du CMP. Il relève en effet que la mission du CMP *fait partie et n'est pas distincte* de toute autre enquête requise et doit prendre le pas sur toute autre «enquête effective». D'après mon interprétation, la décision du Comité des Ministres souligne que les travaux du CMP sur les personnes disparues doivent être menés à bonne fin avant que toute autre forme d'enquête ne puisse être engagée.

### **La charge de la preuve**

Je tiens à formuler quelques brèves observations sur les déclarations de la majorité en l'espèce au sujet de la charge de la preuve.

Au paragraphe 182 de l'arrêt, la majorité s'exprime ainsi :

« (...) la Cour reconnaît que le critère de la preuve généralement applicable dans les requêtes individuelles est celui de la preuve au-delà de tout doute raisonnable – même si ce critère s’applique également dans les affaires interétatiques. »

Toutefois, à mon sens, ce point de vue n’est absolument pas étayé, si bien que l’on n’aborde nullement les différences éventuelles entre les deux degrés de preuve et ne précise donc pas si la preuve a été rapportée en l’espèce.

Dans les affaires interétatiques, les Etats n’ont pas à prouver les griefs ou les dommages. Dans les affaires individuelles, par contre, la preuve doit en être rapportée. En assimilant les requêtes individuelles aux requêtes interétatiques, j’estime que la majorité commet une *erreur de droit* qui en fait élimine le *critère de la preuve* requis pour établir une violation dans les requêtes individuelles.

Quant au renversement de la charge de la preuve (paragraphe 184 de l’arrêt), dans une requête individuelle, la charge de la preuve n’est transférée au gouvernement défendeur que si le requérant s’est d’abord acquitté de ce fardeau et a *prouvé* les faits invoqués à l’appui de sa demande de redressement. A mon sens, tel n’est pas le cas en l’espèce. En effet, les conclusions rendues dans l’affaire interétatique ont été prises comme preuves intégrales et appliquées dans les présentes requêtes individuelles sans examen distinct et sans constatations séparées.

Après avoir dit, au paragraphe 181, que « [r]ien ne permet de présumer que les hommes disparus en l’espèce se trouvent inclus dans les conclusions de la Cour [dans l’affaire interétatique] », l’arrêt poursuit ainsi, au paragraphe 186 :

« A la lumière des constats formulés par elle dans la quatrième affaire interétatique, lesquels n’ont pas donné lieu à controverse, la Cour considère que les disparitions litigieuses sont survenues dans des circonstances mettant la vie des intéressés en danger, la conduite des opérations militaires s’étant accompagnée d’arrestations et d’homicides en grand nombre. L’article 2 impose donc à l’Etat défendeur une obligation continue de rechercher les personnes disparues et de rendre des comptes sur ce qu’il est advenu d’elles. »

Il y a là une contradiction qui montre clairement que la charge de la preuve incombant aux requérants en l’espèce n’a pas été appréciée, la majorité se bornant à adopter les conclusions rendues dans l’affaire interétatique sur cette question. Cette partie de l’arrêt de la majorité (paragraphe 181-186 de l’arrêt) – et en particulier le paragraphe 185 de l’arrêt – renferme une constatation indirecte en ce qui concerne les événements survenus en 1974, dont la majorité a déjà dit qu’ils échappaient à la compétence temporelle de la Cour. Avec tout le respect que je dois à mes collègues, j’estime que cela tient à ce que, tout en tentant d’établir une obligation « détachable » sous l’aspect procédural de l’article 2, l’arrêt s’appuie néanmoins sur des faits

*échappant* à la compétence temporelle de la Cour, les considérant comme déjà établis alors que ce n'est pas le cas.

### **Dommages-intérêts et frais et dépens**

Pour conclure, j'estime que les exceptions préliminaires de l'Etat défendeur sont justifiées et que la Cour n'a pas la compétence *ratione temporis* pour connaître de cette affaire. Dès lors, je ne vois aucune raison d'émettre mon avis sur le point de savoir si « l'impact de la violation (...) considéré « comme étant d'une nature et d'un degré propres à avoir porté [atteinte] au bien-être moral » des seconds requérants peut être attribué à des actes ou à des omissions de l'Etat défendeur violant la Convention.

Etant donné que je ne partage pas les conclusions selon lesquelles les faits des requêtes peuvent donner lieu à un examen de la Cour, je ne puis souscrire, en tout ou en partie, à l'appréciation de la majorité au titre de l'article 41 sur la question de la satisfaction équitable.

Eu égard à ce qui précède, j'estime également qu'il ne faut octroyer aucune indemnité pour frais et dépens puisque la Cour n'est pas compétente pour connaître de l'affaire et que celle-ci est tardive au regard de la règle des six mois.

TEBIETI MÜHAFİZE CEMİYYETİ AND ISRAFILOV v. AZERBAIJAN  
*(Application no. 37083/03)*

FIRST SECTION

JUDGMENT OF 8 OCTOBER 2009<sup>1</sup>

---

1. English original.



SUMMARY<sup>1</sup>

**Dissolution of association for alleged managerial irregularities**

**Article 11**

*Freedom of association – Dissolution of association for alleged managerial irregularities – Prescribed by law – Foreseeability – Necessary in a democratic society – Regulations on corporate governance and management – Unduly wide ministerial discretion to intervene in internal management of an association – Absence of independent judicial inquiry – Absence of relevant and sufficient reasons justifying dissolution – Severity of sanction – Arbitrariness*

\*

\* \*

The applicant association was registered by the Ministry of Justice (“the Ministry”) in 1995. Its charter required it to hold a general meeting every five years, but it did not do so until August 2002. Two weeks later it received a warning letter from the Ministry requiring it to remedy certain breaches of domestic law and its own charter. The association replied that a meeting had been held and that steps were being taken to bring the charter into line with the statutory requirements. The Ministry then issued a second warning in which it noted irregularities in the convening of the meeting in August 2002, notably on account of alleged errors in the association’s records of members and branches. At the end of October 2002 a third warning letter was sent noting that no information had been received regarding compliance with the previous two letters. The third warning letter also asserted that the association had breached a statutory ban on public associations interfering with the activities of private businesses. In March 2003 the Ministry obtained a court order for the association’s dissolution for failure to remedy the breaches referred to in the three warning letters. Subsequently, following unsuccessful appeals, the association was dissolved.

*Held*

Article 11: The Court was prepared to accept that the dissolution of the applicant association had pursued the legitimate aim of protecting the rights and freedoms of others. The question whether that interference was prescribed by law would be examined with the closely related broader issue of whether it was necessary in a democratic society. There were question marks over the foreseeability of

---

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

the legislation, which was couched in general terms and appeared to give a wide discretion to the Ministry of Justice. In particular, the notion of activities “incompatible with the objectives” of the Law on non-governmental organisations appeared to encompass an unlimited range of issues when, in view of the severity of the only possible sanction – compulsory dissolution –, they should have been precisely delimited. Nor were there any detailed rules governing such matters as the scope and extent of the Ministry’s power to intervene in an association’s internal management and activities, the procedure for conducting inspections or the time allowed to eliminate any shortcomings.

The domestic authorities had relied on two grounds for dissolving the association: alleged breaches of the rules on internal management and alleged engagement in unlawful activities.

As to the first, the Court noted that freedom of association did not preclude the States from laying down rules and requirements on corporate governance and management and from satisfying themselves that they were observed. Such rules served to ensure the members’ rights to participate in the association’s management and activities and to prevent abuse of the legal status and associated economic privileges enjoyed by non-commercial entities. The applicant association had clearly been at fault in failing to call a general meeting for around seven years or to bring its charter into conformity with domestic legislation. However, even before receiving the first warning, it had sought to rectify the position by convening a general meeting and should have been given a genuine chance to put matters right. Instead, the focus of the accusations had shifted to other alleged breaches and the Ministry had issued two further warnings in a relatively short timespan, on each occasion giving the association only ten days in which to remedy the situation, without any explanation as to what specific measures were required. That deadline appeared to have been set arbitrarily and, on the face of it, was too short to afford the association a genuine chance to rectify matters. In any event, there appeared to be little justification for the Ministry interfering with the internal workings of the association to the extent it had in the two additional warnings, especially in the absence of any complaints by members. While it was legitimate for States to introduce certain minimum requirements as to the role and structure of an association’s governing bodies, it was not the authorities’ role to ensure observance of every single formality set out in an association’s own charter. In any event, the domestic courts had not carried out any independent judicial inquiry into the alleged failings, but had simply accepted the findings of Ministry officials at face value, so that there was no sound evidence that the failings had, in fact, taken place or constituted a compelling reason for the interference. Accordingly, the domestic authorities had failed to adduce relevant and sufficient reasons for the interference. Lastly, outright dissolution was a disproportionate response to a mere failure to comply with certain internal management rules and less radical measures were called for.

As to the second ground, engaging in unlawful activities, the allegations had been extremely vague, brief and lacking in detail. The domestic courts had simply accepted the Ministry's allegations as true, without examining any direct evidence of the alleged misconduct or hearing testimony from alleged victims or witnesses. In sum, the allegations were unproven and the decision to dissolve the applicant association on this ground was nothing short of arbitrary.

*Conclusion:* violation (unanimously).

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

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

*United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey*, 30 January 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-I

*Sidiropoulos and Others v. Greece*, 10 July 1998, *Reports* 1998-IV

*Hashman and Harrup v. the United Kingdom* [GC], no. 25594/94, ECHR 1999-VIII

*Hasan and Chaush v. Bulgaria* [GC], no. 30985/96, ECHR 2000-XI

*Gorzelik and Others v. Poland* [GC], no. 44158/98, ECHR 2004-I

*Maestri v. Italy* [GC], no. 39748/98, ECHR 2004-I

*The United Macedonian Organisation Ilinden and Others v. Bulgaria*, no. 59491/00, 19 January 2006

*Ertan and Others v. Turkey* (dec.), no. 57898/00, 21 March 2006

*Moscow Branch of the Salvation Army v. Russia*, no. 72881/01, ECHR 2006-XI

*Zhechev v. Bulgaria*, no. 57045/00, 21 June 2007

*Mahmudov and Agazade v. Azerbaijan*, no. 35877/04, 18 December 2008



**In the case of Tebieti Mühafize Cemiyeti and Israfilov v. Azerbaijan,**

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

Nina Vajić, *President*,  
Anatoly Kovler,  
Elisabeth Steiner,  
Khanlar Hajiyev,  
Dean Spielmann,  
Sverre Erik Jebens,  
Giorgio Malinverni, *judges*,

and André Wampach, *Deputy Section Registrar*,

Having deliberated in private on 17 September 2009,

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

## PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 37083/03) against the Republic of Azerbaijan lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by Tebieti Mühafize Cemiyeti (*Təbiəti Mühafizə Cəmiyyəti* – “the Association”), an association with its headquarters in Baku, and an Azerbaijani national, Mr Sabir Israfilov (the Association and Mr Israfilov together are referred to as “the applicants”), on 8 October 2003.

2. The applicants, who had been granted legal aid, were represented by Mr I. Aliyev, a lawyer practising in Baku. The Azerbaijani Government (“the Government”) were represented by their Agent, Mr Ç. Asgarov.

3. The applicants alleged, in particular, that the dissolution of the Association had infringed their right to freedom of association, guaranteed under Article 11 of the Convention.

4. By a decision of 8 November 2007, the Court declared the application admissible.

5. The applicants and the Government each filed observations on the merits (Rule 59 § 1 of the Rules of Court).

## THE FACTS

### I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

6. The Association is a non-profit-making non-governmental organisation (NGO), now dissolved, which was active between 1995 and 2002.

The application was lodged by its former Chairman, Mr Sabir Israfilov, who was born in 1948 and lives in Baku.

### **A. The Association's objects and management structure**

7. The Association was registered by the Ministry of Justice on 25 August 1995 and acquired the status of a legal entity.

8. Clause 1.1 of the Association's Charter defined it as an independent, charitable public organisation with voluntary membership, conducting its activities within the framework of the laws of the Republic of Azerbaijan on public associations, other applicable laws and its own Charter.

9. According to clause 1.2 of the Charter, the main objects of the Association were:

“... in the circumstances of the present-day environmental crisis, to develop the environmental culture and awareness of the various strata of the country's population, to organise a public movement for a clean environment in Azerbaijan, to give impetus to the process of effective resolution of environmental protection problems, and to strive permanently to promote the measures necessary to create a healthier environment.”

10. According to the Charter, the Association's governing bodies consisted of the Congress (the general assembly of members), the Central Council (the management board elected by the general assembly for a five-year term), the Central Supervisory Commission (a body of internal control elected by the general assembly for a five-year term), and various local bodies. Clause 4.8 of the Charter provided that the Congress, as the general assembly of members, was the Association's supreme governing body and would convene once every five years.

11. Since the date of its establishment and State registration, and until August 2002, the Association had not convened a general assembly of its members.

12. It appears that, on 9 July 1997, about two years after the Association's State registration, the Ministry of Justice sent a letter to the Association, noting that the latter had committed certain breaches of the domestic law and the Association's own Charter. The exact content of that letter is not clear from the materials available in the case file.

### **B. Warnings issued by the Ministry of Justice**

13. On 14 August 2002 the Ministry of Justice commenced an inspection of the Association's activities.

14. On 10 September 2002 the Ministry issued a warning to the Association in accordance with section 31.2 of the Law on non-governmental organisations (public associations and foundations) of 13 June 2000), applicable at the material time (“the NGO Act”). The Ministry stated that

the Association's activities did not comply with the requirements of its own Charter and the domestic law. It was noted that a general assembly of the Association's members had not been convened within the five-year period specified in its own Charter. Moreover, in any event, this provision of the Charter was itself incompatible with the domestic law, as section 25.2 of the NGO Act required that the supreme governing body of a public association – the general assembly of members – was to be convened at least once every year. The Ministry requested that, within ten days, the Association take measures to remedy the above-mentioned breach and inform the Ministry of the measures taken.

15. In reply, Mr Israfilov informed the Ministry that, in fact, a general assembly of members had taken place on 26 August 2002. It appears that, among other things, the Association's general assembly decided to establish a working group in order to bring the Association's Charter into conformity with the current legislation.

16. Having examined the documents relating to the general assembly meeting of 26 August 2002, on 3 October 2002 the Ministry of Justice issued a new warning to the Association (which constituted a second warning issued in 2002). It noted that the general assembly of 26 August 2002 had been convened in violation of numerous provisions of the domestic law. The Ministry noted, *inter alia*, that not all members of the Association had been properly informed about the general assembly and thus had been unable to participate in it, and that the Association's local branches had not been equally represented at the assembly. Generally, the current membership records had not been properly kept and it was impossible to determine the exact number and identity of members. Local branches of the Association had not held any regular local assemblies of members and, in fact, functioned as regional offices directly governed by the head office in an administrative and hierarchical manner, whereas in a genuine public association ordinary members should be able to directly participate in its management. The Ministry again demanded that, within ten days, information be submitted as to the steps taken to remedy these breaches.

17. It appears that the Association disagreed with the above findings in its correspondence with the Ministry and took no action in response to this second warning.

18. Finally, on 28 October 2002 the Ministry issued a third warning, stating that it had not received any information from the Association as to compliance with the prior two warnings. In addition to reiterating the remarks contained in the prior warnings, the Ministry noted that the Association also engaged in an activity prohibited by law. Specifically, the domestic law (namely, the NGO Act, the Law on environmental protection

of 8 June 1999 and the Law on entrepreneurial activity of 15 December 1992) prohibited public associations from interfering with the activities of private businesses. In this connection, the Ministry noted:

“However, contrary to these legal requirements, the Association ... attempts to collect money from State organs and commercial organisations in the guise of membership fees, regularly conducts [unlawful] inspections at economic enterprises and draws up [environmental compliance] reports, and engages in other illegal acts interfering with the rights of entrepreneurs ...”

19. As it had done previously, the Ministry demanded that, within ten days, the Association submit information as to the steps taken to remedy the situation. The Association did not react.

### **C. Dissolution of the Association**

20. In December 2002 the Ministry lodged an action with the Yasamal District Court, seeking an order for dissolution of the Association. The Association, represented by Mr Israfilov, lodged a counterclaim, contending that the Ministry’s warnings had been unlawful and unsubstantiated.

21. On 7 March 2003 the Yasamal District Court dismissed the Association’s counterclaim and granted the Ministry’s request, ordering the Association’s dissolution.

22. Specifically, in respect of the Ministry’s request for dissolution, the court heard oral submissions by the Association’s members and the officials of the Ministry of Justice’s Department of State Registration of Legal Entities, reviewed the content of the Ministry’s three warning letters issued in 2002 and examined the correspondence between the Association and the Ministry. The court also examined six internal reports by various officials of the Ministry of Justice concerning the results of the inspection of the activities of the Association’s various local branches. According to these reports, most of the inspected branches had not held regular local assemblies of members and had not maintained proper records of members and membership fees. One of these reports stated that, according to “information obtained” during the inspection, the Association’s branch in the Tovuz region carried out illegal environmental inspections and engaged in other illegal activities.

23. Based on the above materials, the court found that, despite the early warning issued on 9 July 1997 (the content of which was not specified in the judgment), the Association had continued to commit breaches of domestic law on an even more systematic basis, which had led to the issuance by the Ministry of Justice of the three warning letters in 2002. The court noted that the Association’s Charter had not been brought into compliance with the domestic law on public associations, which required that a general

assembly of members be held no less than once a year. In any event, even the five-year period for convening a general assembly, as required by the Association's Charter, had not been complied with. The court further found that the Ministry's findings concerning numerous irregularities during the general assembly meeting of 26 August 2002, as well as breaches of law in the general functioning of the Association, constituted a basis on which to dissolve the Association for systematic failure to comply with the domestic law.

24. Furthermore, again based on the above-mentioned oral testimonies of the Ministry officials and their inspection reports, the court noted that the Association had frequently overstepped the limits of the scope of its activities as defined in its Charter and permitted by law, by interfering with the competence of the relevant State authorities. In particular, it was noted that the Association's local branches had attempted to carry out unlawful environmental inspections on the premises of various State and commercial enterprises and collect membership fees from them, issued reports on these enterprises' compliance with environmental standards, and engaged in other actions interfering with the activities of commercial entities. The court found that, by engaging in such actions, the Association had violated the rights of other persons and attempted to misappropriate powers of a State regulating authority.

25. The court further noted that, in accordance with the NGO Act, the issuance of three warnings by the Ministry of Justice constituted a basis for an association's dissolution if the latter did not take any measures to remedy the shortcomings in its activities. The court therefore ordered that the Association be dissolved.

26. The Association appealed, claiming that the provisions of the NGO Act were vague and imprecise, giving the Ministry a wide discretion to interfere with public associations' activities and to issue warnings even for minor irregularities in their activities. The Association also argued that the Yasamal District Court's factual findings concerning its activities had been incorrect and unsupported by any evidence.

27. On 4 July 2003 the Court of Appeal dismissed the appeal and upheld the Yasamal District Court's judgment.

28. By a final decision of 29 October 2003, the Supreme Court upheld the lower courts' judgments.

29. The Association's State registration certificate was revoked and the Association was dissolved.

## II. RELEVANT DOMESTIC LAW

### A. Civil Code of 2000

30. Article 59 of the Civil Code provides:

#### **Article 59 – Dissolution of a legal entity**

“59.2. A legal entity may be dissolved: ...

59.2.3. By a court order, if the legal entity engages in activities without the required permit (licence) or in activities prohibited by law, or if it otherwise commits repeated or grave breaches of law, or if a public association or foundation systematically engages in activities that are contrary to the aims set out in its by-laws, as well as in other cases provided by law.

59.3. A request to dissolve the legal entity under the grounds specified in Article 59.2 of this Code may be lodged by the relevant State authority or local self-administration authority, to which the right to lodge such a request is granted by law. ...”

### B. The NGO Act

31. Section 1 of the NGO Act provides:

#### **Section 1 – Objectives of this Law**

“1.1. This Law regulates the relations concerning the establishment and functioning of public associations and foundations.

1.2. The definition of ‘non-governmental organisation’ in this Law includes public associations and foundations.

1.3. This Law determines the rules for the establishment, activity, reorganisation and dissolution of non-governmental organisations, as well as their functioning, management, and relations with government bodies.

1.4. This Law does not apply to political parties, trade unions, religious organisations, local self-administration authorities and non-governmental organisations which are regulated by other laws.”

32. Under section 2, a public association is defined as an NGO established on the initiative of several individuals and/or legal entities associated on the basis of common interests in pursuing the objectives set out in the association’s by-laws, which does not engage in profit-making as a primary aim of its activity and which does not distribute any profit between its members.

33. Chapter IV (sections 22-24) regulates issues related to the activities and property of NGOs. In particular, under section 22.1, an NGO may engage in any type of activity which is not prohibited by the laws of

the Republic of Azerbaijan and which is not contrary to the aims of the organisation as set out in its charter.

34. Chapter V (sections 25-27) contains rules on the management of NGOs. Section 25.1 provides that the internal structure of a public association, the powers of its governing bodies, their formation procedure and term of office and the rules on decision-making and representing the association shall be regulated by the public association's charter, subject to the conditions set out in the NGO Act and other relevant legal provisions. In particular, the supreme governing body of a public association is the general assembly of members, to be convened not less than once a year, upon the initiative of the associations's executive body, one of its founders or one third of its members (sections 25.2-25.3). The general assembly decides upon, *inter alia*, the following issues: (1) adoption of and amendments to the association's charter; (2) use of the association's property; (3) election of the association's other governing bodies and early termination of their office; and (4) approval of the annual report, among other publications (section 25.5). The founders and members of the public association must be informed of the date and place of the general assembly at least two weeks in advance. Amendments to the association's charter may be made only if the quorum of more than half of the association members is present. Decisions are adopted by a majority of votes of the participating members. Each member has one vote (section 25.6). It is required to keep written minutes of the general assembly, which shall be signed by the assembly's president and secretary and, if necessary, distributed to all members (section 25.7).

35. Section 31 provides:

**Section 31 – Liability of a non-governmental organisation**

“31.1. A non-governmental organisation that breaches the requirements of this Law shall be liable in accordance with the laws of the Republic of Azerbaijan.

31.2. If a non-governmental organisation commits actions incompatible with the objectives of this Law, the relevant executive authority [the Ministry of Justice] may issue a written warning to the organisation and give an instruction to remedy such breaches.

31.3. A non-governmental organisation may judicially challenge such warning or instruction.

31.4. If a non-governmental organisation receives, within one year, more than two written warnings or instructions to remedy the breaches of law, such organisation may be dissolved pursuant to a court order.”

### C. Other legal provisions

36. Section 4 of the Law on environmental protection of 8 June 1999 provides, *inter alia*, that the carrying out of environmental monitoring and audits is within the competence of the relevant State authorities. Sections 7 and 73 of the Law on environmental protection define the rights and obligations of NGOs in the field of environmental protection. The essence of the NGOs' rights, within the meaning of these provisions, is the civic defence of environmental rights, encouraging public debate on environmental issues and alerting the relevant State regulatory authorities to any environmental hazard or breach of the applicable environmental standards. The range of NGOs' rights in this field does not include a right to conduct formal environmental inspections or enforce relevant environmental norms or standards.

37. Likewise, section 7 of the Law on ecological safety of 8 June 1999 vests rights in NGOs, *inter alia*, to make proposals on ecological safety to the relevant State authorities and alert the latter to breaches of environmental laws. NGOs are not vested with a right to enforce environmental laws.

38. Section 5.2 of the Law on entrepreneurial activity of 15 December 1992 prohibits political parties and NGOs from interfering with entrepreneurial activities.

### III. RELEVANT DOCUMENTS OF THE COUNCIL OF EUROPE

39. The following are extracts from Recommendation CM/Rec(2007)14 of the Committee of Ministers to member States on the legal status of non-governmental organisations in Europe:

“...

44. The legal personality of NGOs can only be terminated pursuant to the voluntary act of their members – or in the case of non-membership-based NGOs, its governing body – or in the event of bankruptcy, prolonged inactivity or serious misconduct.

...

46. The persons responsible for the management of membership-based NGOs should be elected or designated by the highest governing body or by an organ to which it has delegated this task. The management of non-membership-based NGOs should be appointed in accordance with their statutes.

47. NGOs should ensure that their management and decision-making bodies are in accordance with their statutes but they are otherwise free to determine the arrangements for pursuing their objectives. In particular, NGOs should not need any authorisation from a public authority in order to change their internal structure or rules.

48. The appointment, election or replacement of officers, and ... the admission or exclusion of members should be a matter for the NGOs concerned. ...

...

67. The activities of NGOs should be presumed lawful in the absence of contrary evidence.

68. NGOs can be required to submit their books, records and activities to inspection by a supervising agency where there has been a failure to comply with reporting requirements or where there are reasonable grounds to suspect that serious breaches of the law have occurred or are imminent.

...

70. No external intervention in the running of NGOs should take place unless a serious breach of the legal requirements applicable to NGOs has been established or is reasonably believed to be imminent.

...

72. In most instances, the appropriate sanction against NGOs for breach of the legal requirements applicable to them (including those concerning the acquisition of legal personality) should merely be the requirement to rectify their affairs and/or the imposition of an administrative, civil or criminal penalty on them and/or any individuals directly responsible. Penalties should be based on the law in force and observe the principle of proportionality.

...

74. The termination of an NGO ... should only be ordered by a court where there is compelling evidence that the grounds specified in paragraph 44 ... above have been met. Such an order should be subject to prompt appeal.”

#### IV. COMPARATIVE LAW

40. A comparative study of the relevant legislation of 25 out of 47 member States of the Council of Europe shows that an NGO can be membership-based or non-membership-based and can take a variety of legal forms applicable in the domestic legal order, such as an association, foundation, trust, charity or even company. A key factor in determining the level of scrutiny and control that an NGO will be subjected to is whether the body concerned is legally incorporated and enjoys legal personality. Normally, unincorporated associations enjoy a much wider scope of self-management and are not interfered with unless they conduct activities which are illegal or prejudicial to public order. Legally incorporated NGOs, on the other hand, are often subject to more narrowly delimited rules and may be dissolved or face other sanctions in the event of non-compliance.

41. It appears that in a number of States an NGO can, in certain circumstances, be dissolved either, specifically, for failure to conduct its internal management in accordance with the requirements of domestic law or, more generally, for failure to comply with its own charter. Countries within this category include: (i) Austria, where an association can be dissolved by a decision of a competent public authority if, *inter alia*, it exceeds its field of activity or if it no longer fulfils its own statutory rules; (ii) the Czech Republic, where foundations, endowment funds and public benefit corporations can be dissolved by a court for failure to comply with their charter or the domestic law (however, associations cannot be dissolved for failure to conduct their internal management); (iii) Finland, where a court may on the basis of an action brought by the relevant public authority or an association member dissolve an association if it acts substantially against the law or substantially against the purpose defined for it in its rules; (iv) Hungary, where the courts may declare the dissolution of a civil society organisation if it has failed to operate for at least one year, or the number of its members is permanently below the number determined by law; (v) Italy, where the competent governmental authorities may dissolve foundations in the event that they are not conducted in a lawful manner and in conformity with their by-laws; (vi) Luxembourg, where associations may be dissolved for failure to comply with the objectives which they have assumed, or if they have gravely contravened their constitutive statute or the law; and foundations can be dissolved if they are no longer able to pursue the object for which they were created; (vii) Malta, where a voluntary organisation may be struck off the register of voluntary organisations and/or issued with a suspension order potentially permanently suspending all or part of its activities, if the organisation in question is not complying with the provisions of its statute or the relevant domestic law; (viii) the Netherlands, where a regional court can dissolve an association or foundation, *inter alia*, if its statutes do not fulfil the requirements of the law or if it acts substantially contrary to its own Articles; (ix) Poland, where the courts can, in situations where associations are found to be acting contrary to the law or infringing the provisions of their own charter, order their dissolution; (x) Romania, where the relevant law provides that an association's failure to convene its general assembly or board of directors for more than one year results in its *de jure* dissolution; (xi) Russia, where an association may be dissolved if it repeatedly and seriously violates the requirements of the applicable domestic law; (xii) Slovakia, where courts can decide to dissolve non-profit organisations, foundations, non-investment funds and associations for contraventions of the applicable domestic law as regards their internal management; and (xiii) Turkey, where the Civil Code provides that

associations can be dissolved for, *inter alia*, failure to compose the internal bodies required by law, hold their first general assembly meetings within the time-limits prescribed by law or to hold subsequent general assembly meetings regularly.

42. In a number of other member States an NGO may not be subject to involuntary dissolution for failure to conduct its internal management in accordance with the requirements of the domestic law or its charter (although the authorities may dissolve an NGO, *inter alia*, if it engages in illegal activities or if its goals and acts violate the public order). Countries within this category include Bulgaria, the United Kingdom (England and Wales), Estonia, France, Germany, Ireland, Latvia, Portugal, Slovenia, Spain, Sweden and Ukraine.

43. As for the range of alternative sanctions (apart from involuntary dissolution) that may be imposed on NGOs for various types of contraventions, such sanctions include: (i) fines (Austria, Malta, Russia, Slovakia, Slovenia, Turkey and Ukraine); (ii) suspension of activities (Finland, Hungary, Malta, Russia, Slovakia, Turkey and Ukraine); (iii) the invalidity of a decision taken in contravention of the organisation's internal charter or applicable domestic law (Estonia, Hungary, Italy, Latvia and Poland); (iv) the dismissal of administrators (Italy and, in respect of foundations, Luxembourg); and (v) being struck off a special register and withdrawal of associated privileges such as tax benefits (Bulgaria, England and Wales (loss of charitable status), Ireland, Portugal and Spain).

## THE LAW

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

44. The applicants complained that the forced dissolution of the Association had violated their right to freedom of association under Article 11 of the Convention, which provides as follows:

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

2. No restrictions shall be placed on the exercise of these rights other than such as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of national security or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals or for the protection of the rights and freedoms of others. This Article shall not prevent the imposition of lawful restrictions on the exercise of these rights by members of the armed forces, of the police or of the administration of the State.”

### A. The parties' submissions

45. The Government maintained that the interference with the applicants' freedom of association was prescribed by the domestic law, which was both accessible and foreseeable. The Association's acts and omissions, which had led the Ministry of Justice to issue its warnings, were clearly in breach of the legal requirements applicable to non-commercial legal entities, including public associations. The possibility of an association's dissolution, as a consequence of such breaches, was also prescribed in the domestic law and was foreseeable. In this connection, the Government noted that, in the event of an association's continuing failure to bring its activities into compliance with the domestic law following at least three warnings by the Ministry of Justice issued within one calendar year, forced dissolution was the only sanction available under the domestic law applicable at the relevant time.

46. The Government submitted that the interference pursued the legitimate aim of "protection of the rights and freedoms of others", such as the rights of the Association's own members who had been deprived of their right to participate in the Association's management, as well as third persons affected by the Association's unlawful activities.

47. Lastly, the Government maintained that the interference had been necessary in a democratic society. The Association's activities had been in breach of the domestic law for an extended period of time (at least since the time of issuance of the first warning in 1997) and, within that period, despite repeated warnings, it had not taken any steps to remedy the situation. In such circumstances, there had been a "pressing social need" justifying the interference with the applicants' rights.

48. The applicants argued that the interference was not prescribed by law, because the Law on non-governmental organisations (public associations and foundations) ("the NGO Act"), being vague and imprecise, gave the Ministry of Justice an unlimited discretion to issue warnings to public associations without specifying clearly the scope of such discretion. This situation allowed the Ministry to request dissolution of an association for anything that it deemed to be a breach of the requirements of the NGO Act, even if it was relatively minor. Therefore, the NGO Act was not formulated with sufficient precision, which made it impossible to foresee, to a reasonable degree, the specific actions (or omissions) that could entail the forced dissolution of the Association.

49. The applicants maintained that the Ministry's remarks concerning the alleged breaches of the legal requirements concerning the Association's management were unsubstantiated. In particular, the Association's general

assembly had been convened on 26 August 2002. It had been carried out in accordance with the requirements of the Association's Charter and the domestic law. All the members of the Association had been duly informed about the general assembly in advance; thus, their right to participate in the Association's management had been respected. As for the Ministry's remark that the Association's local branches had not been equally represented, the applicants noted that this was baseless and nonsensical as the number of members in each branch was not equal and therefore it was impossible to ensure equal representation.

50. The applicants further argued that the remaining accusations against the Association, namely that it had engaged in unlawful acts contrary to its main objects of activity, were completely unsubstantiated and lacked any evidence. Neither the Ministry of Justice nor the domestic courts had ever even named which enterprises' or persons' rights had been infringed by the Association's allegedly unlawful activities. There had been no complaint lodged by any third persons claiming that the Association had attempted to illegally collect money from them "in the guise of membership fees" or conducted unlawful environmental "inspections" of their enterprises. It had not been shown which specific persons affiliated to the Association had engaged in these activities. Moreover, while such unlawful activities entailed criminal liability under the domestic law, not a single Association member or any other person affiliated to it had ever been charged with a criminal offence in connection with these allegations.

51. For the above reasons, the applicants concluded that the order for the Association's dissolution had been arbitrary as there had been no compelling grounds for such interference with their freedom of association. Even if the Association had committed some breaches of the rules concerning internal management of public associations, the interference in the present case had been disproportionate to the aims pursued and, therefore, not necessary in a democratic society.

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

### *1. General principles in the Court's case-law on freedom of association*

52. The right to form an association is an inherent part of the right set forth in Article 11 of the Convention. That citizens should be able to form a legal entity in order to act collectively in a field of mutual interest is one of the most important aspects of the right to freedom of association, without which that right would be deprived of any meaning. The way in which national legislation enshrines this freedom and its practical application by

the authorities reveal the state of democracy in the country concerned. Certainly States have a right to satisfy themselves that an association's aim and activities are in conformity with the rules laid down in legislation, but they must do so in a manner compatible with their obligations under the Convention and subject to review by the Convention institutions (see *Sidiropoulos and Others v. Greece*, 10 July 1998, § 40, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-IV).

53. While in the context of Article 11 the Court has often referred to the essential role played by political parties in ensuring pluralism and democracy, associations formed for other purposes are also important to the proper functioning of democracy. For pluralism is also built on the genuine recognition of, and respect for, diversity and the dynamics of cultural traditions, ethnic and cultural identities, religious beliefs, artistic, literary and socio-economic ideas and concepts. The harmonious interaction of persons and groups with varied identities is essential for achieving social cohesion. It is only natural that, where a civil society functions in a healthy manner, the participation of citizens in the democratic process is to a large extent achieved through belonging to associations in which they may integrate with each other and pursue common objectives collectively (see *Gorzelik and Others v. Poland* [GC], no. 44158/98, § 92, ECHR 2004-I; *Moscow Branch of the Salvation Army v. Russia*, no. 72881/01, § 61, ECHR 2006-XI; and *Zhechev v. Bulgaria*, no. 57045/00, § 35, 21 June 2007).

### *2. Whether there was interference*

54. It was undisputed by the parties that the Association's dissolution amounted to an interference with the applicants' exercise of their right to freedom of association. The Court shares the same view.

### *3. Whether the interference was justified*

55. Such an interference will constitute a breach of Article 11 unless it was "prescribed by law", pursued one or more legitimate aims under paragraph 2 and was "necessary in a democratic society" for the achievement of those aims.

#### (a) "Prescribed by law"

56. The expressions "prescribed by law" and "in accordance with the law" in Articles 8 to 11 of the Convention not only require that the impugned measure should have some basis in domestic law, but also refer to the quality of the law in question. The law should be accessible to the persons concerned and formulated with sufficient precision to enable them – if need

be, with appropriate advice – to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail (see, among many other authorities, *Maestri v. Italy* [GC], no. 39748/98, § 30, ECHR 2004-I).

57. For domestic law to meet these requirements, it must afford a measure of legal protection against arbitrary interferences by public authorities with the rights guaranteed by the Convention. In matters affecting fundamental rights it would be contrary to the rule of law, one of the basic principles of a democratic society enshrined in the Convention, for a legal discretion granted to the executive to be expressed in terms of an unfettered power. Consequently, the law must indicate with sufficient clarity the scope of any such discretion and the manner of its exercise (see, among many other authorities, *Hasan and Chaush v. Bulgaria* [GC], no. 30985/96, § 84, ECHR 2000-XI).

58. It is, however, not possible to attain absolute rigidity in the framing of laws, and many of them are inevitably couched in terms which, to a greater or lesser extent, are vague. The level of precision required of domestic legislation depends to a considerable degree on the content of the instrument in question and the field it is designed to cover (see *Hashman and Harrup v. the United Kingdom* [GC], no. 25594/94, § 31, ECHR 1999-VIII).

59. It was undisputed by the applicants that there was a basis in the domestic law for the sanction imposed (section 31 of the NGO Act) and that the law in question was accessible. The applicants, however, argued that it did not comply with the “quality of law” requirement as it was so vague that it was not foreseeable as to its effects.

60. Section 31.4 of the NGO Act provided for a possibility of dissolution of an association by a court order in the event the association received, within the same calendar year, more than two written warnings by the regulating authority (the Ministry of Justice). The Court, therefore, accepts that the sanction imposed on the Association had a clear basis in the domestic law and that this law was accessible.

61. However, as to the issue of foreseeability, the Court notes that the provisions of the NGO Act were far from being precise as to what could be a basis for warnings by the Ministry of Justice that could ultimately lead to an association’s dissolution. Section 31.2 of the NGO Act empowered the Ministry of Justice to warn NGOs, including public associations, if their activities were deemed to be “incompatible with the objectives” of the NGO Act. Under section 1 of the NGO Act, its “objectives” included, *inter alia*, the general regulation of the principles and rules for the establishment,

management and scope of activities of public associations. This definition, in essence, appeared to encompass an unlimited range of issues related to an association's existence and activity.

62. The Court agrees with the applicants that the above provisions are worded in rather general terms and may give rise to extensive interpretation. The Government have not submitted any examples of domestic judicial cases which would provide a specific interpretation of these provisions. In such circumstances, the NGO Act appears to have afforded the Ministry of Justice a rather wide discretion to intervene in any matter related to an association's existence. This situation could render it difficult for associations to foresee which specific actions on their part could be qualified by the Ministry as "incompatible with the objectives" of the NGO Act.

63. The situation was exacerbated by the fact that involuntary dissolution was the only sanction available under the domestic law against associations engaging in activities "incompatible with the objectives" of the NGO Act. In the Court's view, this is the most drastic sanction possible in respect of an association and, as such, should be applied only in exceptional circumstances of very serious misconduct. Therefore, the domestic law should delimit more precisely the circumstances in which this sanction could be applied.

64. The Court also notes that the NGO Act contained no detailed rules governing the scope and extent of the Ministry of Justice's power to intervene in the internal management and activities of associations, or minimum safeguards concerning, *inter alia*, the procedure for conducting inspections by the Ministry or the period of time granted to public associations to eliminate any shortcomings detected (see also paragraph 77 below), thus providing sufficient guarantees against the risk of abuse and arbitrariness.

65. The above considerations, in themselves, give a strong indication that the provisions of the NGO Act did not meet the "quality of law" requirement, which would be sufficient for a finding of a violation of Article 11 on the basis that the interference was not prescribed by law. The Court notes, however, that these questions are in this case closely related to the broader issue of whether the interference was necessary in a democratic society. The Court considers that, in the circumstances of the present case, respect for human rights requires it to examine the latter issue as well. In view of this, as well as in view of its analysis in paragraphs 70 to 91 below, the Court does not find it necessary to decide whether the wording of the NGO Act's relevant provisions met the "quality of law" requirement within the meaning of Article 11 § 2 of the Convention.

**(b) Legitimate aim**

66. For the purposes of further analysis, the Court is prepared to accept the Government's view that the interference had the aim of "protecting the rights and freedoms of others".

**(c) "Necessary in a democratic society"**

*(i) General principles*

67. The Court reiterates that the exceptions to freedom of association are to be construed strictly and only convincing and compelling reasons can justify restrictions on that freedom. Any interference must correspond to a "pressing social need"; thus, the notion "necessary" does not have the flexibility of such expressions as "useful" or "desirable". In determining whether a necessity within the meaning of Article 11 § 2 exists, the States have only a limited margin of appreciation, which goes hand in hand with rigorous European supervision embracing both the law and the decisions applying it, including those given by independent courts (see, among other authorities, *Gorzelik and Others*, cited above, § 95, and *Sidiropoulos and Others*, cited above, § 40).

68. When the Court carries out its scrutiny, its task is not to substitute its own view for that of the relevant national authorities but rather to review the decisions they delivered in the exercise of their discretion. This does not mean that it has to confine itself to ascertaining whether the respondent State exercised its discretion reasonably, carefully and in good faith; it must 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 so doing, the Court has to satisfy itself that the national authorities applied standards which were in conformity with the principles embodied in the Convention and, moreover, that they based their decisions on an acceptable assessment of the relevant facts (*ibid.*; see also *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey*, 30 January 1998, § 47, *Reports* 1998-I, and *The United Macedonian Organisation Ilinden and Others v. Bulgaria*, no. 59491/00, § 62, 19 January 2006).

*(ii) Application of these principles to the present case*

69. The Court notes that the domestic authorities, and the Government in their pleadings, relied on two groups of arguments as grounds justifying the interference (see paragraphs 23-24 above). That being so, the Court will examine these grounds in turn.

## (α) Breach of the legal requirements on internal management

70. Under this ground for the Association's dissolution, the Ministry of Justice and domestic courts found, *inter alia*, that the Association had failed to convene a general assembly of members for around seven years, that the equal representation of members had not been ensured at the general assembly eventually convened on 26 August 2002, and that the Association had not kept proper membership records.

71. With regard to one of these findings, it is undisputed in the present case that the Association had not convened a general assembly of its members for around seven years, from August 1995 to August 2002. It therefore breached the requirements of its own Charter, which required the general assembly to be convened at least once every five years, and the domestic law, which required it to be convened at least once every year. As for the other findings, the situation is far less clear and the Court will have regard to them below.

72. In general, the Court accepts that, in certain cases, the States' margin of appreciation may include a right to interfere – subject to the condition of proportionality – with freedom of association in the event of non-compliance by an association with reasonable legal formalities applying to its establishment, functioning or internal organisational structure (see, *mutatis mutandis*, *Ertan and Others v. Turkey* (dec.), no. 57898/00, 21 March 2006). In this respect, the Court notes that, in so far as the domestic corporate law is concerned, private persons' freedom of association does not preclude the States from laying down in their legislation rules and requirements on corporate governance and management and from satisfying themselves that these rules and requirements are observed by the incorporated entities. In fact, the domestic laws of many member States of the Council of Europe provide for such rules and requirements, with varying degrees of regulation (see paragraphs 40-43 above). The Court does not see a problem *per se* in that Azerbaijani law provided for certain formal requirements concerning corporate legal forms (together with associated internal management structures) which associations had to satisfy in order to be eligible for State registration as a non-profit-making legal entity.

73. Therefore, as to the formal requirement that public associations have certain governing bodies and, more specifically, periodically convene a general assembly of members, the Court does not consider this to constitute, in itself, an undue interference with freedom of association. This requirement serves to ensure, *inter alia*, the right of association members to directly participate in the management and activities of the association. Moreover, the Court considers that this requirement, together

with other rules concerning the rights of members and internal control and management mechanisms, are normally designed to prevent any possible abuse of the legal status and associated economic privileges enjoyed by non-commercial entities.

74. Turning to the specific circumstances of the present case, the Court considers it necessary to assess whether the domestic authorities' findings concerning the alleged breaches of the legal requirements on internal management were well-founded and, as such, sufficient to justify the sanction imposed. Having made that assessment, the Court is not convinced, for the following reasons, that there existed compelling reasons justifying the interference in question and that this interference was proportionate to the legitimate aim pursued.

75. At the outset, the Court stresses that, indeed, the Association's failure to convene a general assembly of its members for around seven years constituted a wanton disregard of the requirements not only of the domestic law, but also of its own Charter. Moreover, by the time of its dissolution, the Association had failed to even bring its Charter into conformity with the basic legal requirements applicable under the NGO Act which, by then, had been in force for around two years. Having committed these breaches, the Association clearly put itself in a situation where it risked sanctions. Accordingly, in the light of the considerations in paragraphs 72 to 74 above, the Court cannot find that it was inappropriate for the domestic authorities to react to these breaches and to ensure that the basic formal requirements of the domestic law on corporate management be observed.

76. Nevertheless, in assessing whether the authorities' subsequent decision to apply the sanction of involuntary dissolution was justified and proportionate, it cannot be overlooked that the Association actually attempted to rectify the problem by convening a general assembly on 26 August 2002, even prior to the Ministry of Justice's first warning of 10 September 2002. Due account should have been taken of this intention when deciding upon the necessity of the interference with the Association's rights in the present case. The Association should have been given a genuine chance to put matters right before being dissolved.

77. While the Court has accepted that, initially, the authorities correctly reacted to the breach of the requirement to convene a general assembly once a year, it observes that, subsequently, the focus of the accusations against the Association shifted to other "breaches". In particular, having been informed about the general assembly of 26 August 2002, the Ministry was not satisfied with its "lawfulness" and followed up its initial warning with another two warnings issued in a relatively short timespan, on each occasion allowing the Association a ten-day period in which to take measures to

eliminate the alleged breaches of law. The Court notes, firstly, that these ten-day periods appear to have been set arbitrarily. This problem stems from the fact that the NGO Act allowed the Ministry unlimited discretion in this respect (see paragraph 64 above). Secondly, there was no explanation in the warning letters as to what specific measures taken by the Association would be deemed as acceptable by the Ministry. Having regard to the nature of the Ministry's remarks, the Association was most likely expected to convene a new general assembly. However, under the domestic law, the process of convening a general assembly required at least two weeks (see paragraph 34 above). In such circumstances, it is difficult to see how the Association could be expected to eliminate the "breaches of law" within the ten-day period set by the Ministry. This raises a legitimate concern as to whether the Association was given a genuine chance to rectify its affairs before it had to face the sanction of dissolution.

78. As to the substance of the second and third warnings, it was noted, in generalised terms, that not all members of the Association had been properly informed of the general assembly of 26 August 2002, that the Association's local branches had not been equally represented at the assembly, and that the current membership records had not been properly maintained. The Court sees little justification for the Ministry of Justice to interfere with the internal workings of the Association to such an extent, especially in the absence of any complaints by Association members concerning these matters. For example, in so far as the question of representation of local branches is concerned, the domestic law did not appear to directly regulate this matter. The Court considers that it should be up to an association itself to determine the manner in which its branches or individual members are represented in its central governing bodies. Likewise, it should be primarily up to the association itself and its members, and not the public authorities, to ensure that formalities of this type are observed in the manner specified in the association's charter. The Court considers that, while the State may introduce certain minimum requirements as to the role and structure of associations' governing bodies (see paragraph 73 above), the authorities should not intervene in the internal organisational functioning of associations to such a far-reaching extent as to ensure observance by an association of every single formality provided by its own charter.

79. The Court further observes that, while the Ministry of Justice was vested with authority to initiate an action for the dissolution of the Association, it was for the domestic courts to decide whether it was justified to apply this sanction. They were therefore required to provide relevant and sufficient reasons for their decision (see paragraph 68 above). In the present case, that requirement first and foremost obliged the domestic courts to

verify whether the allegations made against the Association by the Ministry of Justice were well-founded. This, however, has not been done in the present case. It appears that the only evidence assessed by the courts were the submissions of the parties, correspondence between the Association and the Ministry of Justice, and the reports of the Ministry of Justice officials concerning the results of their inspection of the Association's activities. Having heard the parties, the courts relied on the findings of the officials of the Ministry of Justice and accepted them at their face value as constituting true facts, without an independent judicial inquiry. Specifically, there is no indication in the domestic judgments that the courts had ever attempted to evaluate the merit of the Ministry's factual findings by independently examining such evidence as the minutes of the general assembly of 26 August 2002, the Association's membership records, documents relating to the organisational structure of the Association's branches, and so on.

80. Having regard to the above, the Court considers that, while it is undisputed that for around seven years the Association was in breach of the legal requirement to regularly convene a general assembly of members, the authorities did not give due weight to its attempt to rectify the problem by convening a general assembly on 26 August 2002. As to the other alleged breaches committed by the Association ("unlawfulness" of the general assembly of 26 August 2002, deficiencies in membership records, among other things), neither the domestic authorities, nor the Government in their observations before the Court, have been able to prove with any sound evidence that these breaches did indeed take place and, if so, whether they constituted a compelling reason for the interference in question.

81. It therefore follows that, in respect of this ground for the interference (breaches by the Association of the domestic legal requirements on internal management), the reasons adduced by the national authorities to justify it were not relevant and sufficient. In such circumstances, the Court considers that the respondent State failed to demonstrate that the interference met a pressing social need.

82. Moreover, the interference did not, in any event, comply with the "proportionality" requirement. In this connection the Court considers that the nature and severity of the sanction imposed are factors to be taken into account when assessing the proportionality of the interference (see, *mutatis mutandis*, *Mahmudov and Agazade v. Azerbaijan*, no. 35877/04, § 48, 18 December 2008). In the present case, forced dissolution was the only sanction available under the domestic law in respect of public associations found to have breached the requirements of the NGO Act and, accordingly, this sanction could be applied indiscriminately without regard to the gravity of the breach in question. The Court considers that a mere failure to respect

certain legal requirements on internal management of NGOs cannot be considered such serious misconduct as to warrant outright dissolution. Therefore, even if the Court were to assume that there were compelling reasons for the interference, it considers that the immediate and permanent dissolution of the Association constituted a drastic measure disproportionate to the legitimate aim pursued. Greater flexibility in choosing a more proportionate sanction could be achieved by introducing into the domestic law less radical alternative sanctions, such as a fine or withdrawal of tax benefits (see paragraph 43 above for examples of alternative sanctions available in other member States of the Council of Europe).

83. In sum, the Court finds that the order to dissolve the Association on the ground of the alleged breaches of the domestic legal requirements on internal management of NGOs was not justified by compelling reasons and was disproportionate to the legitimate aim pursued.

(β) Engagement in “activities prohibited by law”

84. Under this ground for the Association’s dissolution, the Ministry of Justice and the domestic courts found that the Association had engaged in activities in which non-commercial organisations were prohibited to engage by law. In particular, the Association was accused of having attempted to collect money from State organs and commercial organisations in the guise of membership fees, conducted unlawful inspections at various organisations, and engaged in “other illegal acts interfering with the rights of entrepreneurs” (see paragraphs 18 and 24 above).

85. The Court observes at the outset that, while it appears that at least some of the above allegations, if proven, would entail criminal responsibility of the Association’s managers or members implicated in the alleged unlawful actions, no criminal proceedings have ever been instituted in connection with these allegations. This fact is, in itself, indicative of lack of sound evidence supporting the authorities’ findings.

86. The Court further notes that neither the third warning of the Ministry of Justice, in which the above allegations were made, nor the Ministry’s submissions to the domestic courts in connection with its request to dissolve the Association contained any specific evidence proving these allegations. Moreover, the allegations themselves were extremely vague, briefly worded and offered little insight into the details of the alleged illegal activities.

87. The domestic courts accepted the above allegations as true, without any independent judicial inquiry and without examining any direct evidence of the misconduct alleged. The Yasamal District Court had regard only to the content of the Ministry’s third warning letter, heard evidence

from the head of the Ministry's Department of State Registration of Legal Entities (who merely reiterated the content of the third warning letter), and examined an internal inspection report of a Ministry of Justice official, which mentioned, in very brief terms, that the Association's branch in the Tovuz region engaged in some illegal activities (see paragraph 22 *in fine* above).

88. However, neither the submissions of the Ministry of Justice officials nor the Yasamal District Court's judgment itself ever mentioned who specifically (that is, which person affiliated to the Association) had attempted to unlawfully collect money in the guise of membership fees. It was never mentioned when exactly these attempts were made, and from which specific State organ or commercial organisation the money was unlawfully collected. No direct victims or other witnesses of this misconduct were examined in court, no written complaints were examined, and no other direct evidence was produced. Likewise, no evidence was produced or examined as to when exactly, by which directly responsible individuals, and in which specific organisations the alleged "unlawful inspections" had been carried out. Lastly, there was no explanation at all as to what was specifically meant by "other illegal acts interfering with the rights of entrepreneurs".

89. Put simply, the fact of the Association's alleged engagement "in activities prohibited by law" was unproven. In such circumstances, the domestic courts' decision to dissolve the Association on this ground is, in the Court's view, nothing short of arbitrary.

90. The Government have likewise failed to submit any explanation as to the specific details of the Association's allegedly unlawful activities or any evidence of such unlawful activities.

91. In sum, the Court considers that no justification has been provided by the domestic authorities or the Government for the Association's dissolution on this ground.

(γ) Conclusion

92. Having regard to the above analysis, the Court concludes that the interference was not "necessary in a democratic society". There has accordingly been a violation of Article 11 of the Convention.

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

93. The applicants complained that the domestic courts' findings were unsupported by sufficient evidence. Article 6 § 1 provides:

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

94. Having regard to the analysis in respect of a violation of Article 11 above, the Court considers that it is not necessary to examine separately essentially the same or similar arguments under Article 6 § 1 of the Convention (compare *Linkov v. the Czech Republic*, no. 10504/03, § 50, 7 December 2006, and *Tunceli Kültür ve Dayanışma Derneği v. Turkey*, no. 61353/00, § 37, 10 October 2006).

### III. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

95. 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

##### 1. *Pecuniary damage*

96. The applicants claimed 100,000 euros (EUR) in respect of pecuniary damage, arguing that as a result of the Association’s dissolution it had been unable to receive grants and donations for several years.

97. The Government observed that the applicants had not submitted any documentary justification for this claim.

98. The Court notes that the amount claimed is hypothetical and constitutes nothing more than the applicants’ estimation unsupported by any evidence or convincing arguments. In such circumstances, the Court cannot speculate as to the amount of any contributions the Association might have received had it not been dissolved. The Court therefore rejects the claim in respect of pecuniary damage.

##### 2. *Non-pecuniary damage*

99. The applicants claimed EUR 20,000 in compensation for non-pecuniary damage caused by the dissolution of the Association.

100. The Government considered that this amount was unjustified and argued that the finding of a violation would constitute sufficient reparation in respect of any non-pecuniary damage suffered.

101. The Court considers that the Association’s founders and members must have suffered non-pecuniary damage as a consequence of the Association’s dissolution, which cannot be compensated solely by the finding of a violation. Ruling on an equitable basis, the Court awards the Association the sum of EUR 8,000 in respect of non-pecuniary damage,

plus any tax that may be chargeable. This sum is to be paid to Mr Sabir Israfilov, who will be responsible for making it available to the Association.

### **B. Costs and expenses**

102. The applicants claimed EUR 2,050 for legal fees incurred in the domestic proceedings, EUR 2,315 for legal fees incurred in the proceedings before the Court and EUR 750 for translation costs. In support of these claims, they submitted two contracts for legal services provided by Mr Intigam Aliyev, and a contract for translation services. All of the contracts stipulated that the amounts due were to be paid in the event that the Court found a violation of the applicants' rights.

103. The Government argued that the claims were unsubstantiated because the amounts claimed had not been paid by the applicants and therefore were not actually incurred.

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

105. The Court notes that, in support of the part of the claim corresponding to legal fees incurred in the domestic proceedings, the applicants submitted a contract purporting to show that Mr Aliyev either provided legal advice or represented the Association in the domestic proceedings. However, having regard to the materials in the case file (including the domestic courts' decisions and the Association's appeals), the Court observes that in the courts of general jurisdiction the Association was represented neither by Mr Aliyev, nor by any other lawyer. Therefore, there is no basis to accept this part of the claim. Mr Aliyev represented the Association only in its subsequent unsuccessful attempt to have the case reviewed by the Constitutional Court. However, taking into account that the latter was not a remedy which the applicants were required to exhaust (see, for example, *Ismayilov v. Azerbaijan*, no. 4439/04, §§ 39-40, 17 January 2008), the Court considers that the expenses related to lodging the constitutional complaint were not "necessarily incurred". For these reasons, the Court rejects the applicants' claim in the part relating to legal fees incurred in the domestic proceedings.

106. As to the legal fees incurred in the Convention proceedings, the Court notes that, in the contract for legal services signed with Mr Aliyev, the work to be done by the lawyer was broken down into separate stages and the total amount of fees was broken down accordingly for each stage. Among others, the contract stipulated specific amounts to be paid for the lawyer's

work in connection with “submissions on friendly settlement”, “assistance in friendly settlement negotiations” and “participation in oral hearings”. As there have been no formal friendly settlement proposals or oral hearings in the present case, the part of the total amount covering this portion of the claimed legal fees must be rejected. As for the remainder of the claim, the Court notes that, although the applicants have not yet actually paid the legal fees, they are bound to pay them pursuant to a contractual obligation to Mr Aliyev. Accordingly, in so far as Mr Aliyev is entitled to seek payment of his fees under the contract, the legal fees were “actually incurred”.

107. Likewise, the applicants are under a contractual obligation to pay for the translation expenses. However, taking into account the total amount of documents actually translated in the present case, the Court considers that the claim in respect of the translation expenses is excessive and therefore only a partial award can be made under this head.

108. Having regard to the above reasons, the Court awards the applicants a global sum of EUR 2,000 in respect of costs and expenses, less the sum of EUR 850 received in legal aid from the Council of Europe, plus any tax that may be chargeable to the applicants on that sum.

### **C. Default interest**

109. The Court considers it appropriate that the default interest rate 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 11 of the Convention;
2. *Holds* that there is no need to examine separately the complaint under Article 6 § 1 of the Convention;
3. *Holds*
  - (a) that the respondent State is to pay the applicants, within three months from the date on which the judgment becomes final in accordance with Article 44 § 2 of the Convention, the following amounts, to be converted into new Azerbaijani manats at the rate applicable at the date of settlement:
    - (i) EUR 8,000 (eight thousand euros), plus any tax that may be chargeable, in respect of non-pecuniary damage;
    - (ii) EUR 2,000 (two thousand euros), less EUR 850 (eight hundred and fifty euros) granted by way of legal aid, plus any tax that may be chargeable to the applicants, in respect of costs and expenses;

(b) that from the expiry of the above-mentioned three months until settlement simple interest shall be payable on the above amounts at a rate equal to the marginal lending rate of the European Central Bank during the default period plus three percentage points;

4. *Dismisses* the remainder of the applicants' claim for just satisfaction.

Done in English, and notified in writing on 8 October 2009, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

André Wampach  
Deputy Registrar

Nina Vajić  
President



TEBIETI MÜHAFIZE CEMİYYETİ ET ISRAFILOV c. AZERBAÏDJAN  
*(Requête n° 37083/03)*

PREMIÈRE SECTION

ARRÊT DU 8 OCTOBRE 2009<sup>1</sup>

---

1. Traduction; original anglais.



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Dissolution d'une association pour des irrégularités alléguées de gestion****Article 11**

*Liberté d'association – Dissolution d'une association pour des irrégularités alléguées de gestion – Prévu par la loi – Prévisibilité – Nécessaire dans une société démocratique – Règles de direction et de gestion sociales – Ampleur excessive du pouvoir discrétionnaire d'ingérence du ministère dans la gestion interne des associations – Absence d'enquête judiciaire indépendante – Absence de motifs pertinents et suffisants pour justifier la dissolution – Sévérité de la sanction infligée – Arbitraire*

\*

\* \*

L'association requérante fut inscrite en tant que personne morale auprès du ministère de la Justice (« le ministère ») en 1995. Selon ses statuts, elle devait tenir une assemblée générale tous les cinq ans. Or elle n'en tint aucune jusqu'en août 2002. Deux semaines après cette assemblée générale, elle reçut du ministère une lettre d'avertissement par laquelle il lui était demandé de remédier à certaines irrégularités au regard du droit interne et de ses propres statuts. Elle répondit qu'une assemblée générale s'était tenue et que des mesures étaient prises pour mettre ses statuts en conformité avec la législation en vigueur. Le ministère lui adressa alors un deuxième avertissement, dans lequel il relevait des irrégularités dans la manière dont avait été convoquée l'assemblée générale d'août 2002, notamment des erreurs alléguées dans les registres des adhérents et des antennes locales de l'association. Fin octobre 2002, le ministère émit un troisième avertissement, dans lequel il constatait que l'association ne lui avait pas communiqué d'informations relativement à la suite donnée à ses deux précédentes lettres et lui reprochait d'avoir enfreint les dispositions de la législation interne qui interdisait aux associations publiques de porter atteinte aux activités des entreprises privées. En mars 2003, le ministère obtint une ordonnance de dissolution de l'association fondée sur le manquement de celle-ci à remédier aux irrégularités relevées dans les trois lettres d'avertissement. L'association contesta sans succès cette décision et fut dissoute.

Article 11: la Cour est disposée à admettre que la dissolution de l'association requérante visait le but légitime de protéger les droits et libertés d'autrui. Elle examine la question de savoir si l'ingérence litigieuse était prévue par la loi

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

conjointement avec celle, plus large et étroitement liée, de sa nécessité dans une société démocratique. Elle juge douteuse la prévisibilité de la législation, qui est formulée en termes généraux et semble laisser au ministère de la Justice un vaste pouvoir discrétionnaire. En particulier, la notion d'activités « incompatibles avec l'objet » de la loi sur les organisations non gouvernementales semble englober un ensemble illimité de questions alors que, compte tenu de la sévérité de la seule sanction possible, à savoir la dissolution forcée, ces activités auraient dû être précisément délimitées. La loi n'énonce pas non plus de règles précises quant à la portée et à l'étendue du pouvoir d'intervention du ministère dans la gestion interne et les activités des associations ni quant à la procédure de conduite des inspections du ministère ou au délai accordé pour remédier aux éventuels manquements.

Les autorités internes ont invoqué deux motifs à l'appui de la dissolution de l'association : le non-respect des prescriptions légales en matière de gestion interne et la pratique d'activités interdites par la loi.

En ce qui concerne le premier motif, la Cour note que la liberté d'association n'interdit pas aux Etats de poser des règles et des obligations en matière de direction et de gestion sociales et d'en vérifier le respect. Ces règles servent à protéger le droit des individus de participer à la gestion et aux activités des associations dont ils sont membres et à prévenir tout risque d'abus du statut juridique d'organisation non commerciale et des privilèges économiques qui y sont associés. Il est clair que l'association requérante a commis une faute en ne convoquant pas ses membres en assemblée générale pendant environ sept ans et en ne mettant pas ses statuts en conformité avec la législation interne. Cependant, avant même de recevoir le premier avertissement, elle a tenté de remédier au problème en convoquant une assemblée générale, et la Cour estime qu'elle aurait dû bénéficier d'une possibilité réelle de redresser le cours de ses affaires. Au lieu de cela, les autorités ont déplacé l'essentiel des accusations portées contre elle vers d'autres « irrégularités », et le ministère a fait suivre son premier avertissement de deux autres, dans un laps de temps relativement bref, en ne lui laissant à chaque fois que dix jours pour prendre les mesures nécessaires, sans toutefois préciser quelles étaient ces mesures. Ces délais de dix jours semblent avoir été fixés arbitrairement et ils étaient apparemment trop courts pour laisser à l'intéressée une possibilité réelle de redresser la situation. En toute hypothèse, il ne semble guère justifié que le ministère se soit ingéré dans le fonctionnement interne de l'association, particulièrement en l'absence de plainte de ses membres, au point de lui adresser deux avertissements après le premier. S'il est légitime que les Etats établissent un certain nombre d'obligations de base quant au rôle et à la structure des instances dirigeantes des associations, les autorités n'ont pas pour rôle de garantir le respect de chacune des formalités prévues dans les statuts des associations. Par ailleurs, les juridictions internes n'ont pas mené d'enquête judiciaire indépendante sur les allégations d'irrégularités, elles ont simplement accepté comme des faits véridiques les conclusions des agents du ministère, de sorte qu'il n'y avait aucune preuve solide que ces irrégularités avaient bien été commises

ni qu'elles constituaient un motif impérieux justifiant l'ingérence litigieuse. Il s'ensuit que les autorités nationales n'ont pas avancé de motif pertinent et suffisant à l'appui de l'ingérence. Enfin, la dissolution pure et simple de l'association était une réponse disproportionnée au regard de l'irrégularité alléguée, qui consistait en un simple manquement à certaines obligations légales en matière de gestion interne: les autorités auraient dû prendre des mesures moins radicales.

En ce qui concerne le deuxième motif invoqué à l'appui de la dissolution, à savoir la pratique d'activités interdites par la loi, les allégations portées contre la requérante étaient extrêmement vagues, elles étaient formulées en termes succincts, et elles ne précisaient pas quelles étaient exactement les activités illégales en question. Les juridictions internes ont accepté purement et simplement la véracité des allégations du ministère, sans examiner la moindre preuve directe des faits allégués ni entendre de victimes ou de témoins. En d'autres termes, ces allégations n'ont pas été prouvées, et la dissolution de l'association requérante décidée sur ce fondement est tout simplement arbitraire.

*Conclusion*: violation (unanimité).

Article 41: la Cour octroie des sommes pour dommage moral et pour frais et dépens.

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

*Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, 30 janvier 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-I

*Sidiropoulos et autres c. Grèce*, 10 juillet 1998, *Recueil* 1998-IV

*Hashman et Harrup c. Royaume-Uni* [GC], n° 25594/94, CEDH 1999-VIII

*Hassan et Tchaouch c. Bulgarie* [GC], n° 30985/96, CEDH 2000-XI

*Gorzelik et autres c. Pologne* [GC], n° 44158/98, CEDH 2004-I

*Maestri c. Italie* [GC], n° 39748/98, CEDH 2004-I

*Organisation macédonienne unie Ilinden et autres c. Bulgarie*, n° 59491/00, 19 janvier 2006

*Ertan et autres c. Turquie* (déc.), n° 57898/00, 21 mars 2006

*Branche de Moscou de l'Armée du Salut c. Russie*, n° 72881/01, CEDH 2006-XI

*Zhechev c. Bulgarie*, n° 57045/00, 21 juin 2007

*Mahmoudov et Agazade c. Azerbaïdjan*, n° 35877/04, 18 décembre 2008



**En l'affaire Tebieti Mühafize Cemiyeti et Israfilov c. Azerbaïdjan,**

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

Nina Vajić, *présidente*,  
 Anatoly Kovler,  
 Elisabeth Steiner,  
 Khanlar Hajiyev,  
 Dean Spielmann,  
 Sverre Erik Jebens,  
 Giorgio Malinverni, *juges*,

et de André Wampach, *greffier de section adjoint*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 17 septembre 2009,  
 Rend l'arrêt que voici, adopté à cette date :

## PROCÉDURE

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 37083/03) dirigée contre la République d'Azerbaïdjan et dont une association ayant son siège à Bakou, Tebieti Mühafize Cemiyeti (*Təbiəti Mühafizə Cəmiyyəti* – «l'association»), et un ressortissant azerbaïdjanais, M. Sabir Israfilov (l'association et M. Israfilov étant ci-après dénommés collectivement «les requérants»), ont saisi la Cour le 8 octobre 2003 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<sup>e</sup> I. Aliyev, avocat à Bakou. Le gouvernement azerbaïdjanais («le Gouvernement») est représenté par son agent, M. Ç. Asgarov.

3. Les requérants alléguaient en particulier que la dissolution de l'association avait porté atteinte à leur droit à la liberté d'association garanti par l'article 11 de la Convention.

4. Par une décision du 8 novembre 2007, la Cour a déclaré la requête recevable.

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

## EN FAIT

### I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

6. L'association, aujourd'hui dissoute, était une organisation non gouvernementale (« ONG ») à but non lucratif. Elle opéra de 1995 à 2002. La requête a été introduite par son ancien président, M. Sabir Israfilov, qui est né en 1948 et réside à Bakou.

#### A. L'objet de l'association et son organigramme

7. L'association fut inscrite en tant que personne morale auprès du ministère de la Justice le 25 août 1995.

8. L'article 1.1 de ses statuts la définissait comme une organisation caritative indépendante, publique et bénévole conduisant ses activités conformément aux lois de la République d'Azerbaïdjan sur les associations publiques, aux autres lois applicables et à ses propres statuts.

9. Selon l'article 1.2 des statuts, l'association avait pour objet,

« (...) au vu de la crise environnementale actuelle, de développer la culture du respect de l'environnement et la sensibilisation à cette question des différentes classes de la population du pays, d'organiser un mouvement public pour la propreté de l'environnement en Azerbaïdjan, de donner un nouvel élan à la démarche de résolution effective des problèmes de protection de l'environnement, et d'œuvrer sans relâche à la promotion des mesures nécessaires à la création d'un environnement plus sain. »

10. Selon les statuts, les instances dirigeantes de l'association comprenaient le Congrès (l'assemblée générale de ses membres), le Conseil central (l'organe dirigeant, élu par l'assemblée générale pour un mandat de cinq ans), la Commission centrale de surveillance (un organe de contrôle interne élu par l'assemblée générale pour un mandat de cinq ans) et différents organes locaux. L'article 4.8 des statuts prévoyait que le Congrès, en sa qualité d'assemblée générale des membres de l'association, en était l'instance dirigeante suprême, et qu'il se réunissait tous les cinq ans.

11. Depuis la date de sa création et de son inscription sur les registres publics jusqu'au mois d'août 2002, l'association ne convoqua pas une seule fois l'assemblée générale de ses membres.

12. Il semble que le 9 juillet 1997, soit deux ans environ après l'inscription publique de l'association, le ministère de la Justice lui ait adressé une lettre dans laquelle il était indiqué qu'elle avait commis un certain nombre d'irrégularités au regard du droit interne et de ses propres statuts. Les éléments versés au dossier de l'affaire ne permettent pas d'établir précisément la teneur de cette lettre.

## **B. Les avertissements du ministère de la Justice**

13. Le 14 août 2002, le ministère de la Justice entama une inspection des activités de l'association.

14. Le 10 septembre 2002, il lui adressa un avertissement en vertu de l'article 31.2 de la loi du 13 juin 2000 sur les organisations non gouvernementales (associations et fondations publiques), applicable au moment des faits («la loi sur les ONG»). Dans cet avertissement, il indiquait que les activités de l'association n'étaient conformes ni à ses propres statuts ni au droit interne. Il observait également qu'elle n'avait pas convoqué ses membres en assemblée générale dans le délai de cinq ans prévu par ses propres statuts et qu'en outre, cette disposition des statuts était elle-même incompatible avec le droit interne, l'article 25.2 de la loi sur les ONG prévoyant que l'instance dirigeante suprême des associations publiques – c'est-à-dire l'assemblée générale de leurs membres – devait se réunir au moins une fois par an. Il demandait donc à l'association de prendre des mesures pour remédier à l'irrégularité constatée et de l'en informer, dans un délai de dix jours.

15. En réponse, M. Israfilov informa le ministère qu'une assemblée générale des membres de l'association s'était tenue le 26 août 2002. Il semble que cette assemblée ait notamment décidé d'établir un groupe de travail chargé de mettre les statuts de l'association en conformité avec la législation alors en vigueur.

16. Le 3 octobre 2002, après avoir examiné les documents relatifs à l'assemblée générale du 26 août 2002, le ministère de la Justice adressa à l'association un nouvel avertissement (qui constituait donc le deuxième avertissement pour l'année 2002). Il y indiquait que la convocation de l'assemblée générale du 26 août présentait de nombreuses irrégularités au regard du droit interne, notamment en ce que, premièrement, tous les membres de l'association n'avaient pas été dûment informés de la tenue de l'assemblée, de sorte que certains n'avaient pu y participer, et, deuxièmement, les différentes antennes locales de l'association n'y avaient pas été également représentées. Dans ce deuxième avertissement, le ministère notait aussi que, de manière plus générale, il était impossible de déterminer le nombre exact des adhérents de l'association et leur identité, les registres correspondants n'ayant pas été correctement tenus, que les antennes locales de l'association n'avaient pas convoqué d'assemblées locales régulières de leurs membres et que, de fait, elles fonctionnaient comme des bureaux régionaux directement gouvernés par le bureau central de manière administrative et hiérarchique, alors que dans une véritable association publique, les membres de base devaient pouvoir participer directement aux prises de décision. Le ministère

donna à nouveau dix jours à l'association pour l'informer des mesures prises afin de remédier à ces irrégularités.

17. Il semble que l'association ait exprimé son désaccord avec ces conclusions dans ses lettres au ministère et qu'elle n'ait pas donné suite à ce deuxième avertissement.

18. Enfin, le 28 octobre 2002, le ministère émit un troisième avertissement. Il constata qu'il n'avait pas reçu de l'association les informations demandées dans les deux précédents avertissements, réitéra les observations y figurant, et ajouta que l'association avait également mené des activités interdites par la loi. Plus précisément, il lui reprochait d'avoir enfreint les dispositions de la législation interne (en l'espèce, la loi sur les ONG, la loi du 8 juin 1999 sur la protection de l'environnement et la loi du 15 décembre 1992 sur les activités entrepreneuriales) qui interdisaient aux associations publiques de porter atteinte aux activités des entreprises privées. A cet égard, le ministère s'exprima ainsi :

« Or, au mépris de ces exigences légales, l'association (...) tente de collecter de l'argent auprès d'organismes publics et d'organisations commerciales à titre de cotisations ; elle procède régulièrement à des inspections [illégalles] dans des entreprises commerciales ; elle établit des rapports [sur le respect de l'environnement] ; et elle commet d'autres actes illégaux portant atteinte aux droits des entrepreneurs (...) »

19. Comme il l'avait fait précédemment, le ministère enjoignit à l'association de lui communiquer, dans un délai de dix jours, des informations sur les mesures qu'elle aurait prises pour remédier à la situation. Celle-ci ne réagit pas.

### **C. La dissolution de l'association**

20. En décembre 2002, le ministère introduisit devant le tribunal de district de Yasamal une action en dissolution de l'association. Celle-ci, représentée par M. Israfilov, introduisit une action incidente, soutenant que les avertissements du ministère étaient dépourvus de fondement et de base légale.

21. Le 7 mars 2003, le tribunal de district de Yasamal rejeta l'action incidente de l'association et fit droit à l'action en dissolution introduite par le ministère.

22. Dans le cadre de l'examen de l'action introduite par le ministère, le tribunal entendit des membres de l'association et des représentants du service des inscriptions publiques des personnes morales du ministère de la Justice. Il examina les trois lettres d'avertissement émises par le ministère en 2002, la correspondance échangée entre l'association et le ministère, ainsi que six rapports internes établis par différents agents du ministère de la

Justice sur les résultats de l'inspection des activités des différentes antennes locales de l'association. Selon ces rapports, la plupart des antennes inspectées n'avaient pas convoqué régulièrement leurs membres en assemblées locales ni tenu à jour correctement les registres de leurs adhérents et des cotisations versées par ceux-ci. L'un des rapports indiquait que, selon les « informations obtenues » pendant l'inspection, l'antenne de l'association dans la région de Tovouz menait illégalement un certain nombre d'activités, notamment des inspections environnementales.

23. Sur la base de ces éléments, le tribunal conclut que, malgré un premier avertissement du 9 juillet 1997 (dont la teneur n'est pas précisée dans le jugement), l'association avait persisté de manière encore plus systématique à ne pas respecter le droit interne, ce qui avait conduit le ministère de la Justice à lui adresser les trois avertissements de 2002. Le tribunal constata que les statuts de l'association n'avaient pas été mis en conformité avec la législation interne sur les associations publiques, qui imposait à ces associations de tenir une assemblée générale de leurs membres au moins une fois par an. Il observa par ailleurs que même le délai de cinq ans pour la tenue d'assemblées générales prévu dans les statuts n'avait pas été respecté. Il considéra également que les conclusions du ministère selon lesquelles de nombreuses irrégularités entachaient l'assemblée générale du 26 août 2002 ainsi que le fonctionnement général de l'association constituaient une base suffisante pour dissoudre l'association pour non-respect systématique du droit interne.

24. En outre, toujours à partir des témoignages oraux des agents du ministère et de leurs rapports d'inspection, le tribunal jugea que l'association avait fréquemment outrepassé les limites de la portée de ses activités définies dans ses statuts et autorisées par la loi, en empiétant sur le domaine réservé des autorités compétentes de l'Etat. En particulier, il nota que des antennes locales de l'association avaient tenté de mener des inspections environnementales illégales dans les locaux de différentes entreprises publiques et privées et de leur soutirer des cotisations, qu'elles avaient établi des rapports sur le respect par ces entreprises des normes environnementales, et qu'elles avaient porté atteinte par d'autres actions encore aux activités d'entreprises commerciales. Le tribunal considéra qu'en menant de telles actions, l'association avait violé les droits d'autrui et tenté de s'approprier les pouvoirs d'une autorité publique, ce qu'elle n'était pas.

25. Le tribunal nota encore qu'en vertu de la loi sur les ONG, la délivrance de trois avertissements par le ministère de la Justice constituait un motif de dissolution d'une association lorsque celle-ci ne prenait pas

de mesures pour remédier aux manquements signalés dans ses activités. En conséquence, il ordonna la dissolution de l'association.

26. Celle-ci recourut contre la décision du tribunal, soutenant que les dispositions de la loi sur les ONG étaient vagues et imprécises et qu'elles laissaient au ministère un large pouvoir discrétionnaire d'ingérence dans les activités des associations publiques et de délivrance d'avertissements pour des irrégularités même mineures dans ces activités. Elle arguait également que les conclusions factuelles du tribunal de district de Yasamal quant à ses activités étaient erronées et n'étaient étayées par aucun élément de preuve.

27. Le 4 juillet 2003, la cour d'appel débouta l'association et confirma le jugement du tribunal de district de Yasamal.

28. Par une décision définitive du 29 octobre 2003, la Cour suprême confirma les décisions des juridictions inférieures.

29. Le certificat d'inscription publique de l'association fut révoqué et l'association fut dissoute.

## II. LE DROIT INTERNE PERTINENT

### A. Le code civil de 2000

30. L'article 59 du code civil est ainsi libellé :

#### **Article 59 – Dissolution d'une personne morale**

«59.2. Une personne morale peut être dissoute: (...)

59.2.3. Sur décision de justice, si elle pratique des activités pour lesquelles elle n'a pas l'autorisation requise (licence) ou des activités interdites par la loi ou si elle commet d'autres violations graves ou répétées de la loi ou, dans le cas d'une association ou fondation publique, si elle pratique systématiquement des activités contraires à l'objet figurant dans ses statuts, ainsi que dans d'autres cas prévus par la loi.

59.3. Une demande de dissolution de la personne morale fondée sur les motifs visés à l'article 59.2 du présent code peut être introduite par l'autorité publique ou l'autorité d'auto-administration locale compétentes pour ce faire en vertu des dispositions légales (...)

### B. La loi sur les ONG

31. L'article 1 de cette loi est ainsi libellé :

#### **Article 1 – Objet de la présente loi**

«1.1. La présente loi régit les relations relatives à la création et au fonctionnement des associations et fondations publiques.

1.2. Dans la présente loi, l'expression «organisation non gouvernementale» s'applique aux associations et fondations publiques.

1.3. La présente loi détermine les règles de création, d'activité, de réorganisation et de dissolution des organisations non gouvernementales, ainsi que leur fonctionnement, leur gestion et leurs relations avec les organes gouvernementaux.

1.4. La présente loi ne s'applique pas aux partis politiques, aux syndicats, aux organisations religieuses, aux autorités d'auto-administration locales ni aux organisations non gouvernementales régies par d'autres lois.»

32. En vertu de l'article 2, une association publique est une ONG créée à l'initiative de plusieurs personnes physiques et/ou personnes morales ayant des intérêts communs, qui s'associent pour poursuivre les objectifs énoncés dans ses statuts. Le but principal de son activité n'est pas lucratif et elle ne reverse à ses membres aucun bénéfice.

33. Le chapitre IV de la loi (articles 22 à 24) régit les questions relatives aux activités et aux biens des ONG. En particulier, l'article 22.1 prévoit que ces organisations peuvent pratiquer toute activité qui n'est pas interdite par les lois de la République d'Azerbaïdjan et qui n'est pas contraire à l'objet défini dans leurs statuts.

34. Le chapitre V (articles 25 à 27) énonce les règles de gestion des ONG. L'article 25.1 dispose que la structure interne de l'association publique, ses règles de prise de décision et de représentation, les pouvoirs de ses instances dirigeantes, leur mode de constitution et leur mandat sont fixés par ses statuts, sous réserve du respect des conditions énoncées dans la loi sur les ONG et les autres textes de loi pertinents. En particulier, l'instance dirigeante suprême de l'association publique est l'assemblée générale de ses membres. Celle-ci doit être convoquée au moins une fois par an, à l'initiative de l'organe exécutif de l'association, de l'un de ses fondateurs ou d'un tiers de ses membres (articles 25.2 à 25.3). L'assemblée générale prend notamment les décisions suivantes: 1) adoption ou modification des statuts de l'association, 2) utilisation des biens de l'association, 3) élection des autres instances dirigeantes de l'association et retrait anticipé de leur mandat, 4) approbation des rapports annuels, entre autres publications (article 25.5). Les fondateurs et les membres de l'association publique doivent être informés de la date et du lieu de l'assemblée générale au moins deux semaines à l'avance. Les statuts de l'association ne peuvent être modifiés qu'en présence d'un quorum de plus de la moitié de ses membres. Les décisions sont adoptées à la majorité des voix des membres présents. Chaque membre a une voix (article 25.6). Il est obligatoire d'établir un procès-verbal écrit de l'assemblée générale. Celui-ci doit être signé par le

président et le secrétaire de l'assemblée et, si nécessaire, distribué à tous les membres (article 25.7).

35. L'article 31 est ainsi libellé :

**Article 31 – Responsabilité de l'organisation non gouvernementale**

« 31.1. L'organisation non gouvernementale qui ne respecte pas les règles énoncées dans la présente loi voit sa responsabilité engagée conformément aux lois de la République d'Azerbaïdjan.

31.2. Si une organisation non gouvernementale agit de manière incompatible avec l'objet de la présente loi, l'autorité exécutive compétente [le ministère de la Justice] peut lui adresser un avertissement écrit et l'instruction de remédier aux irrégularités constatées.

31.3. L'organisation non gouvernementale peut contester en justice un tel avertissement ou une telle instruction.

31.4. Si une organisation non gouvernementale reçoit, en l'espace d'un an, plus de deux avertissements écrits ou instructions lui enjoignant de remédier à des irrégularités, elle peut être dissoute sur décision de justice. »

**C. Les autres dispositions légales**

36. La loi du 8 juin 1999 sur la protection de l'environnement dispose notamment, en son article 4, que la surveillance et le contrôle du respect de l'environnement relèvent de la compétence des autorités publiques habilitées à cette fin. En ses articles 7 et 73, elle définit les droits et obligations des ONG dans le domaine de la protection de l'environnement. Au sens de ces dispositions, les droits des ONG consistent essentiellement à défendre par des activités civiques le respect des droits environnementaux, à encourager le débat public sur les questions environnementales et à alerter les autorités de régulation publiques compétentes sur les cas de risque environnemental ou de non-respect des normes environnementales applicables. Les droits des ONG ne comprennent pas celui de mener des inspections environnementales officielles ni de faire appliquer les normes et les règles environnementales en vigueur.

37. De même, en vertu de l'article 7 de la loi du 8 juin 1999 sur la sécurité écologique, les ONG ont notamment le droit de présenter aux autorités publiques compétentes des propositions en matière de sécurité écologique et de les alerter sur les cas de non-respect de la législation sur l'environnement, mais elles n'ont pas le droit de faire appliquer cette législation.

38. L'article 5.2 de la loi du 15 décembre 1992 sur les activités entrepreneuriales interdit aux partis politiques et aux ONG de porter atteinte aux activités entrepreneuriales.

### III. LES DOCUMENTS PERTINENTS DU CONSEIL DE L'EUROPE

39. Dans la Recommandation CM/Rec(2007)14 du Comité des Ministres aux États membres sur le statut juridique des organisations non gouvernementales en Europe, on peut lire ceci :

« (...)

44. La personnalité juridique d'une ONG ne devrait prendre fin que par un acte volontaire de ses adhérents – ou, pour les ONG n'ayant pas d'adhérents, de son instance dirigeante – ou en cas de faillite, d'inactivité prolongée ou de faute grave.

(...)

46. Les personnes chargées des fonctions de gestion d'ONG ayant des adhérents devraient être élues ou désignées par la plus haute instance dirigeante ou par un organe auquel cette tâche aura été déléguée. Les personnes responsables de la gestion d'une ONG n'ayant pas d'adhérents devraient être nommées conformément à ses statuts.

47. Les ONG devraient veiller à ce que leurs structures de gestion et de décision soient conformes à leurs statuts, mais devraient avoir par ailleurs toute latitude pour définir les modalités de réalisation de leurs objectifs. En particulier, les ONG ne devraient pas avoir besoin d'autorisation des autorités publiques pour modifier leurs structures ou règlements internes.

48. La désignation, l'élection ou le remplacement de cadres ainsi que (...) l'admission ou l'exclusion d'adhérents devraient relever de la compétence de l'ONG concernée.

(...)

67. Les activités des ONG devraient être réputées légales en l'absence de preuve contraire.

68. Les ONG peuvent être tenues de faire vérifier leurs comptes, registres et activités par un organe de contrôle lorsqu'elles ont manqué à l'obligation de rendre compte ou lorsqu'il existe des motifs raisonnables de soupçonner que des violations graves de la loi ont été commises ou sont sur le point de l'être.

(...)

70. Aucune intervention extérieure dans le fonctionnement des ONG ne devrait se produire, à moins qu'une violation grave des obligations juridiques applicables aux ONG n'ait été établie ou raisonnablement considérée comme imminente.

(...)

72. Dans la plupart des cas, la sanction appropriée contre les ONG pour la violation des obligations juridiques qui leur sont applicables (y compris celles liées à l'acquisition de la personnalité juridique) devrait essentiellement être l'obligation de rectifier le cours de leurs affaires et/ou l'imposition d'une sanction administrative, civile ou pénale [à l'ONG] et/ou à l'encontre de toutes personnes directement responsables. Les

sanctions devraient être fondées sur la législation en vigueur et respecter le principe de proportionnalité.

(...)

74. La dissolution d'une ONG (...) ne devrait être ordonné[e] que par un tribunal en cas de preuves manifestes que les motifs énumérés [au] paragraphe 44 (...) ci-dessus ont été rencontrés. Une telle ordonnance devrait être susceptible d'un prompt recours. »

#### IV. LE DROIT COMPARÉ

40. L'analyse comparée des législations pertinentes de vingt-cinq des quarante-sept Etats membres du Conseil de l'Europe fait apparaître qu'une ONG peut avoir ou non des adhérents et qu'elle peut prendre diverses formes dans l'ordre juridique interne: association, fondation, trust, organisation caritative ou même entreprise. L'un des critères essentiels pour déterminer le niveau de surveillance et de contrôle auquel sera soumise l'ONG est le point de savoir si elle est juridiquement constituée et jouit donc de la personnalité morale. Normalement, les associations n'ayant pas de statuts jouissent d'une marge d'action bien plus large en matière d'autogestion, et elles ne subissent d'ingérence que si elles mènent des activités illégales ou contraires à l'ordre public. Les ONG juridiquement constituées, en revanche, sont souvent soumises à des règles plus étroites et peuvent être dissoutes ou se voir imposer d'autres sanctions en cas de non-respect des dispositions juridiques applicables.

41. Il semble que dans un certain nombre d'Etats, l'ONG puisse, dans certaines circonstances, être dissoute pour n'avoir pas respecté dans sa gestion interne les prescriptions du droit national ou, de manière plus générale, pour n'avoir pas respecté ses propres statuts. C'est le cas notamment dans les pays suivants: i) en Autriche, où une association peut être dissoute sur décision d'une autorité publique compétente, entre autres si elle sort des limites de son champ d'activité ou si elle ne respecte plus ses propres règles statutaires; ii) en République tchèque, où les fondations, les fonds caritatifs et les groupes d'utilité publique peuvent être dissous par un tribunal en cas de manquement à leurs propres statuts ou au droit interne (toutefois, les associations ne peuvent être dissoutes pour des manquements dans leur gestion interne); iii) en Finlande, où le tribunal peut, à la suite d'une action introduite par l'autorité publique compétente ou par un membre de l'association en cause, dissoudre les associations qui agissent de manière foncièrement illégale ou contraire à l'objet énoncé dans leurs statuts; iv) en Hongrie, où le tribunal peut prononcer la dissolution des organisations de la société civile qui ne sont plus en activité depuis au moins un an ou dont le nombre d'adhérents reste inférieur à un seuil déterminé par la loi; v) en



applicable (Estonie, Hongrie, Italie, Lettonie et Pologne); iv) destitution des administrateurs (Italie et, pour les fondations, Luxembourg); et v) radiation d'un registre et retrait de privilèges notamment d'ordre fiscal (Bulgarie, Espagne, Irlande, Portugal et, au Royaume-Uni, Angleterre et pays de Galles (perte de la qualité d'organisation caritative)).

## EN DROIT

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

44. Les requérants soutiennent que la dissolution forcée de l'association a emporté violation dans leur chef du droit à la liberté d'association garanti par l'article 11 de la Convention, qui est ainsi libellé :

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

2. L'exercice de ces droits ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. Le présent article n'interdit pas que des restrictions légitimes soient imposées à l'exercice de ces droits par les membres des forces armées, de la police ou de l'administration de l'Etat. »

#### A. Thèses des parties

45. Le Gouvernement soutient que l'atteinte portée à la liberté d'association des requérants était prescrite par le droit interne et que celui-ci était accessible et prévisible. Selon lui, les actes et omissions de l'association qui ont amené le ministère de la Justice à lui adresser des avertissements avaient clairement enfreint les prescriptions légales applicables aux personnes morales menant des activités non commerciales, catégorie dont relevaient les associations publiques. La possibilité de dissoudre une association pour de telles irrégularités aurait aussi été prévue en droit interne et prévisible par les intéressés. A cet égard, le Gouvernement indique qu'au moment des faits, la seule sanction disponible en droit interne lorsqu'une association persistait à ne pas mettre ses activités en conformité avec la législation après avoir reçu au moins trois avertissements du ministère de la Justice en une année civile était la dissolution forcée.

46. Selon le Gouvernement, l'ingérence poursuivait le but légitime de protéger les droits et libertés d'autrui, en particulier les droits des membres de l'association, qui avaient été empêchés de participer à sa gestion, ainsi que les droits des tiers lésés par ses activités illicites.

47. Enfin, cette ingérence aurait été nécessaire dans une société démocratique. Les activités de l'association auraient enfreint le droit interne pendant une période prolongée (au moins depuis l'émission, en 1997, du premier avertissement) et, malgré plusieurs avertissements, elle n'aurait pris pendant cette période aucune mesure visant à remédier à la situation. Pareilles circonstances constitueraient un « besoin social impérieux » justifiant l'ingérence dans les droits des requérants.

48. Les requérants soutiennent pour leur part que l'ingérence n'était pas prévue par la loi. Ils arguent que la loi du 13 juin 2000 sur les organisations non gouvernementales (associations et fondations publiques) (« la loi sur les ONG »), qu'ils estiment vague et imprécise, laissait au ministère de la Justice toute latitude pour adresser des avertissements à des associations publiques, dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire illimité dont la portée n'était pas clairement précisée. Le ministère aurait ainsi pu demander la dissolution d'une association pour tout élément, même relativement mineur, qu'il estimait aller à l'encontre des prescriptions de cette loi. Celle-ci n'aurait donc pas été libellée de façon suffisamment précise pour laisser une possibilité raisonnable de prévoir quelles seraient les actions ou omissions susceptibles de donner lieu à la dissolution forcée de l'association.

49. Les requérants soutiennent que les allégations du ministère de la Justice selon lesquelles la gestion de l'association n'aurait pas respecté les prescriptions légales sont dénuées de fondement. En particulier, l'assemblée générale aurait été convoquée le 26 août 2002. Elle se serait tenue conformément aux règles posées par les statuts de l'association et par le droit interne. Tous les adhérents en auraient été dûment informés à l'avance, et leur droit de participer à la gestion de l'association aurait ainsi été respecté. Quant à l'allégation du ministère selon laquelle les antennes locales de l'association n'auraient pas été représentées de manière égale, les requérants considèrent qu'elle est sans fondement et insensée, car les différentes antennes ne comptaient pas le même nombre d'adhérents, et il aurait donc été impossible d'assurer une représentation égale.

50. Les requérants arguent encore que les autres accusations portées contre l'association (commission d'actes illicites et contraires à l'objet principal de son activité) sont totalement dénuées de fondement et ne sont corroborées par aucun élément. Ni le ministère de la Justice ni les juridictions internes n'auraient jamais mentionné d'entreprises ou de personnes dont les droits auraient été lésés par les activités prétendument illicites de

l'association. Aucun tiers ne se serait plaint qu'elle l'ait approché afin de collecter illégalement des fonds « à titre de cotisation » ou qu'elle ait mené des « inspections » environnementales illégales dans son entreprise. Il n'aurait pas non plus été démontré que des personnes affiliées à l'association aient mené de telles activités. En outre, alors que ces activités étaient pénalement répréhensibles en droit interne, aucun membre de l'association ou personne affiliée à elle n'aurait jamais été accusé d'une quelconque infraction pénale relativement aux faits allégués.

51. En conclusion, les requérants considèrent que l'ordonnance de dissolution était arbitraire car aucun motif impérieux ne justifiait pareille atteinte à leur liberté d'association. Selon eux, même si l'association avait commis certaines irrégularités par rapport aux règles relatives à la gestion interne des associations publiques, l'ingérence était en l'espèce disproportionnée par rapport aux objectifs visés et, dès lors, elle n'était pas nécessaire dans une société démocratique.

## **B. Appréciation de la Cour**

### *1. Les principes généraux de la jurisprudence de la Cour en matière de liberté d'association*

52. Le droit d'établir une association constitue un élément inhérent au droit qu'énonce l'article 11 de la Convention. La possibilité pour les citoyens de former une personne morale afin d'agir collectivement dans un domaine de leur intérêt constitue un des aspects les plus importants du droit à la liberté d'association, sans quoi ce droit se trouverait dépourvu de tout sens. La manière dont la législation nationale consacre cette liberté et l'application de celle-ci par les autorités dans la pratique sont révélatrices de l'état de la démocratie dans le pays dont il s'agit. Assurément, les Etats disposent d'un droit de regard sur la conformité du but et des activités d'une association avec les règles fixées par la législation, mais ils doivent en user d'une manière conciliable avec leurs obligations au titre de la Convention et sous réserve du contrôle des organes de celle-ci (*Sidiropoulos et autres c. Grèce*, 10 juillet 1998, § 40, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-IV).

53. Si, dans le contexte de l'article 11, la Cour a souvent mentionné le rôle essentiel joué par les partis politiques pour le maintien du pluralisme et de la démocratie, les associations créées à d'autres fins sont également importantes pour le bon fonctionnement de la démocratie. En effet, le pluralisme repose aussi sur la reconnaissance et le respect véritables de la diversité et de la dynamique des traditions culturelles, des identités ethniques et culturelles, des convictions religieuses, et des idées et concepts artistiques, littéraires et socioéconomiques. Une interaction harmonieuse entre personnes et

groupes ayant des identités différentes est essentielle à la cohésion sociale. Il est tout naturel, lorsqu'une société civile fonctionne correctement, que les citoyens participent dans une large mesure au processus démocratique par le biais d'associations au sein desquelles ils peuvent se rassembler avec d'autres et poursuivre de concert des buts communs (*Gorzelik et autres c. Pologne* [GC], n° 44158/98, § 92, CEDH 2004-I, *Branche de Moscou de l'Armée du Salut c. Russie*, n° 72881/01, § 61, CEDH 2006-XI, et *Zhechev c. Bulgarie*, n° 57045/00, § 35, 21 juin 2007).

### 2. Sur l'existence d'une ingérence

54. Les parties s'accordent à reconnaître que la dissolution de l'association a constitué une ingérence dans l'exercice par les requérants de leur droit à la liberté d'association. C'est également l'avis de la Cour.

### 3. Sur le caractère justifié de l'ingérence

55. Pareille ingérence enfreint l'article 11, sauf si elle était « prévue par la loi », dirigée vers un ou des buts légitimes au regard du paragraphe 2 et « nécessaire, dans une société démocratique », pour les atteindre.

#### a) « Prévues par la loi »

56. Les mots « prévues par la loi » figurant aux articles 8 à 11 de la Convention veulent d'abord que la mesure incriminée ait une base en droit interne, mais ils ont trait aussi à la qualité de la loi en question : ils exigent l'accessibilité de celle-ci aux personnes concernées et une formulation assez précise pour leur permettre – en s'entourant, au besoin, de conseils éclairés – de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences pouvant résulter d'un acte déterminé (voir, parmi bien d'autres arrêts, *Maestri c. Italie* [GC], n° 39748/98, § 30, CEDH 2004-I).

57. Pour répondre à ces exigences, le droit interne doit offrir une certaine protection contre des atteintes arbitraires de la puissance publique aux droits garantis par la Convention. Lorsqu'il s'agit de questions touchant aux droits fondamentaux, la loi irait à l'encontre de la prééminence du droit, l'un des principes fondamentaux d'une société démocratique consacrés par la Convention, si le pouvoir d'appréciation accordé à l'exécutif ne connaissait pas de limite. En conséquence, elle doit définir l'étendue et les modalités d'exercice d'un tel pouvoir avec une netteté suffisante (voir, parmi bien d'autres arrêts, *Hassan et Tchaouch c. Bulgarie* [GC], n° 30985/96, § 84, CEDH 2000-XI).

58. Il n'est cependant pas possible d'atteindre une rigueur absolue dans la rédaction des lois et, inévitablement, un certain nombre d'entre elles

contiennent des formulations plus ou moins vagues. Le niveau de précision de la législation interne dépend dans une large mesure du contenu de l'instrument en question et du domaine qu'il est censé couvrir (*Hashman et Harrup c. Royaume-Uni* [GC], n° 25594/94, § 31, CEDH 1999-VIII).

59. Les requérants ne contestent ni l'existence en droit interne d'une base pour la sanction imposée (l'article 31 de la loi sur les ONG) ni l'accessibilité de la loi en question. Ils considèrent cependant que cette loi ne répondait pas au critère de « qualité de la loi » car elle était trop vague pour que l'on pût en prévoir les conséquences.

60. L'article 31.4 de la loi sur les ONG prévoyait la possibilité de dissoudre par une décision de justice les associations qui avaient reçu, en une année, plus de deux avertissements écrits de l'autorité de contrôle (le ministère de la Justice). La Cour admet donc que la sanction infligée à l'association avait une base claire en droit interne, à savoir une loi, qui était accessible.

61. Elle observe toutefois, en ce qui concerne la prévisibilité, que les dispositions de la loi sur les ONG ne précisaient pas clairement quels étaient les éléments susceptibles de donner lieu à un avertissement du ministère de la Justice et, à terme, à la dissolution de l'association. Les ONG, y compris les associations publiques, dont les activités étaient jugées « incompatibles avec l'objet » de cette loi pouvaient, en vertu de son article 31.2, se voir délivrer des avertissements par le ministère de la Justice. En vertu de l'article 1, cet « objet » consistait notamment à déterminer les règles et principes de création et de gestion des associations publiques ainsi que la portée de leurs activités. Il semble que cette définition pouvait s'appliquer à un ensemble illimité de questions liées à l'existence et à l'activité des associations.

62. La Cour considère comme les requérants que les dispositions ci-dessus sont formulées en termes plutôt généraux et peuvent donner lieu à une interprétation extensive. Le Gouvernement n'a pas cité d'exemples de jurisprudence interne qui en aurait fourni une interprétation précise. Il semble donc que la loi sur les ONG ait laissé au ministère de la Justice une latitude plutôt étendue pour intervenir dans toute question liée à l'existence des associations, et que celles-ci aient donc difficilement pu prévoir quelles activités exactement le ministère serait susceptible de juger « incompatibles avec l'objet » de cette loi.

63. Cette situation s'est trouvée accentuée par le fait que la dissolution non choisie était la seule sanction disponible en droit interne à l'égard des associations pratiquant des activités « incompatibles avec l'objet » de la loi sur les ONG. De l'avis de la Cour, cette mesure constitue la sanction la plus radicale pour une association et, à ce titre, elle ne devrait être appliquée que dans des circonstances exceptionnelles faisant apparaître un comportement

grave. Le droit interne aurait donc dû délimiter plus précisément les circonstances dans lesquelles cette sanction devait être appliquée.

64. La Cour note également que la loi sur les ONG n'énonçait aucune règle précise quant à la portée et à l'étendue du pouvoir d'intervention du ministère de la Justice dans la gestion interne et les activités des associations et qu'elle ne prévoyait pas de garanties minimales relatives, entre autres, à la procédure de conduite des inspections du ministère ou au délai accordé aux associations publiques pour remédier aux éventuels manquements détectés (voir également le paragraphe 77 ci-dessous). De telles dispositions auraient permis d'écarter de manière suffisante le risque d'abus et d'arbitraire.

65. Ces considérations, en elles-mêmes, tendent à démontrer que les dispositions de la loi sur les ONG ne répondaient pas au critère de « qualité de la loi », ce qui suffirait à conclure à une violation de l'article 11 au motif que l'ingérence n'était pas prévue par la loi. La Cour observe cependant qu'en l'espèce, ces questions sont étroitement liées à celle, plus large, de la nécessité, dans une société démocratique, de l'ingérence litigieuse. Elle considère que, dans les circonstances de la présente espèce, le respect des droits de l'homme lui commande d'examiner également cette dernière question. En conséquence, et compte tenu de l'analyse qu'elle développe aux paragraphes 70 à 91 ci-dessous, elle ne juge pas nécessaire de trancher la question de savoir si le libellé des dispositions pertinentes de la loi sur les ONG répondait au critère de « qualité de la loi » au sens de l'article 11 § 2 de la Convention.

#### **b) But légitime**

66. Aux fins de l'analyse de l'affaire, la Cour est disposée à admettre l'argument du Gouvernement selon lequel l'ingérence litigieuse avait pour but de « protéger les droits et libertés d'autrui ».

#### **c) « Nécessaire dans une société démocratique »**

##### *i. Principes généraux*

67. La Cour rappelle que les exceptions à la liberté d'association appellent une interprétation stricte, seules des raisons convaincantes et impératives pouvant les justifier. Toute atteinte à cette liberté doit répondre à un « besoin social impérieux », et la notion de nécessité n'a pas la souplesse d'expressions telles que « utile » ou « souhaitable ». Pour juger de l'existence d'une nécessité au sens de l'article 11 § 2, les Etats ne disposent que d'une marge d'appréciation réduite, laquelle se double d'un contrôle européen rigoureux portant à la fois sur la loi et sur les décisions qui l'appliquent, y

compris celles d'une juridiction indépendante (voir, parmi d'autres arrêts, *Gorzelik et autres*, précité, § 95, et *Sidiropoulos et autres*, précité, § 40).

68. Lorsqu'elle exerce son contrôle, la Cour n'a point pour tâche de se substituer aux juridictions internes compétentes, mais de vérifier 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 par la Convention et ce, de surcroît, en se fondant sur une appréciation acceptable des faits pertinents (*ibidem*; voir également *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, 30 janvier 1998, § 47, *Recueil* 1998-I, et *Organisation macédonienne unie Ilinden et autres c. Bulgarie*, n° 59491/00, § 62, 19 janvier 2006).

*ii. Application de ces principes en l'espèce*

69. La Cour note que les autorités internes, de même que le Gouvernement dans ses observations, ont invoqué deux groupes d'arguments pour justifier l'ingérence litigieuse (paragraphes 23-24 ci-dessus). Elle examinera donc ces arguments tour à tour.

a) Non-respect des prescriptions légales en matière de gestion interne

70. Le ministère de la Justice et les juridictions internes ont justifié la dissolution par ce motif, en considérant notamment que l'association n'avait pas tenu à jour les registres de ses adhérents, que ceux-ci n'avaient pas été convoqués en assemblée générale pendant environ sept ans et qu'ils n'avaient pas été représentés de manière égale à l'assemblée générale finalement convoquée le 26 août 2002.

71. Il n'est pas contesté en l'espèce que pendant sept ans environ, d'août 1995 à août 2002, l'association n'a pas convoqué d'assemblée générale de ses membres. Elle n'a donc respecté ni les règles énoncées dans ses propres statuts, qui prévoyaient la convocation de l'assemblée générale au moins une fois tous les cinq ans, ni le droit interne, en vertu duquel l'assemblée générale devait être convoquée au moins une fois par an. Cependant, la situation est bien moins nette en ce qui concerne les autres arguments avancés quant au respect des prescriptions légales.

72. En règle générale, la Cour admet que, dans certains cas de non-respect par une association des formalités juridiques raisonnables dont elle doit

s'acquitter quant à sa création, son fonctionnement et son organigramme, la marge d'appréciation des Etats peut comprendre le droit de porter atteinte – sous réserve que celle-ci reste proportionnée – à la liberté d'association (voir, *mutatis mutandis*, *Ertan et autres c. Turquie* (déc.), n° 57898/00, 21 mars 2006). A cet égard, la Cour note que, en droit national des sociétés, la liberté d'association des personnes privées n'interdit pas aux Etats de poser dans leur législation des règles et des obligations en matière de direction et de gestion sociales et d'en vérifier le respect par les personnes morales. De fait, le droit interne de nombreux Etats membres du Conseil de l'Europe pose, à des degrés variables, de telles règles et obligations (paragraphes 40 à 43 ci-dessus). La Cour ne considère pas comme un problème en soi le fait que le droit azerbaïdjanais prévoit, quant à la structure des différentes personnes morales, un certain nombre d'exigences de forme (qui s'accompagnent de règles relatives à la gestion interne) que toute association doit respecter pour pouvoir être inscrite sur les registres publics en tant qu'organisation à but non lucratif.

73. En conséquence, l'exigence de forme qui impose aux associations publiques un certain nombre d'obligations quant à leurs instances dirigeantes et, plus particulièrement, celle de convoquer régulièrement leurs membres en assemblée générale ne constitue pas en soi, aux yeux de la Cour, une atteinte excessive à la liberté d'association. Cette exigence a notamment pour rôle de protéger le droit des membres de l'association de participer directement à sa gestion et à ses activités. De même que d'autres règles relatives aux droits des adhérents et aux mécanismes de gestion et de contrôle internes, elle est normalement destinée à prévenir tout risque d'abus du statut juridique d'organisation non commerciale et des privilèges économiques qui y sont associés.

74. La Cour en vient aux circonstances particulières de l'espèce. Elle juge nécessaire de déterminer si les conclusions des autorités quant au non-respect allégué des obligations légales en matière de gestion interne sont fondées et, en tant que telles, suffisantes pour justifier la sanction imposée. A l'issue de cet examen, elle n'est pas convaincue qu'aient existé des motifs impérieux justifiant l'ingérence en question et que celle-ci ait été proportionnée au but légitime poursuivi, et ce pour les raisons suivantes.

75. La Cour souligne d'emblée qu'effectivement, en ne convoquant pas ses membres en assemblée générale pendant environ sept ans, l'association a fait preuve d'une négligence coupable et a enfreint non seulement le droit interne, mais encore ses propres statuts. En outre, au moment de sa dissolution, elle n'avait même pas mis ses statuts en conformité avec les exigences légales de base applicables en vertu de la loi sur les ONG, qui était alors en vigueur depuis environ deux ans. Par ces irrégularités, elle s'exposait

à l'évidence à des sanctions. En conséquence, à la lumière des considérations exposées aux paragraphes 72 à 74 ci-dessus, la Cour ne peut reprocher aux autorités internes d'avoir réagi à ces irrégularités et d'avoir fait respecter les exigences de forme fondamentales du droit interne en matière de gestion des personnes morales.

76. Néanmoins, il ne faut pas oublier, au moment d'apprécier le caractère justifié et proportionné de la décision subséquente des autorités d'appliquer la sanction de la dissolution forcée, que l'association a bien tenté de remédier au problème en convoquant une assemblée générale le 26 août 2002, avant même le premier avertissement du ministère de la Justice, en date du 10 septembre de la même année. Il aurait fallu tenir dûment compte de cette intention au moment de décider de la nécessité de l'ingérence dans les droits de l'association, et laisser à celle-ci une possibilité réelle de redresser le cours de ses affaires avant d'en arriver à la dissolution.

77. Si la Cour a admis qu'à l'origine, les autorités avaient réagi correctement au non-respect de l'obligation de convoquer une assemblée générale une fois par an, elle observe qu'ensuite, l'essentiel des accusations portées contre l'association s'est déplacé vers d'autres « irrégularités ». En particulier, une fois informé de la tenue, le 26 août 2002, de l'assemblée générale, le ministère de la Justice a douté de la « régularité » de cette assemblée et a fait suivre son premier avertissement de deux autres, dans un laps de temps relativement bref, en ne laissant à chaque fois à l'association que dix jours pour prendre les mesures nécessaires afin de réparer les irrégularités alléguées. La Cour note, premièrement, que ces délais de dix jours semblent avoir été fixés arbitrairement. Ce problème vient du pouvoir discrétionnaire illimité laissé au ministère à cet égard par la loi sur les ONG (paragraphe 64 ci-dessus). Deuxièmement, les lettres d'avertissement n'expliquaient pas ce que devait faire l'association exactement pour que les mesures qu'elle prendrait soient jugées acceptables par le ministère. Eu égard à la nature des remarques figurant dans les avertissements, on peut supposer qu'elle était censée convoquer une nouvelle assemblée générale. Or, en droit interne, une telle mesure prenait au moins deux semaines (paragraphe 34 ci-dessus). En pareilles circonstances, on voit mal comment l'association aurait pu éliminer les « irrégularités » qui lui étaient reprochées dans le délai de dix jours fixé par le ministère. Ce constat soulève un doute légitime quant au point de savoir s'il a été laissé à l'association une possibilité réelle de redresser la situation avant d'être confrontée à la sanction de la dissolution.

78. Dans les deuxième et troisième avertissements, il était indiqué, en termes généraux, que tous les membres de l'association n'avaient pas été dûment informés de l'assemblée générale du 26 août 2002, que ses antennes locales n'y avaient pas été également représentées et que les

registres des adhérents n'étaient pas bien tenus. La Cour peine à voir en quoi il était justifié que le ministère de la Justice s'ingère à ce point dans le fonctionnement interne de l'association, particulièrement en l'absence de plainte de ses membres à ce sujet. Par exemple, il ne semble pas que le droit interne régissait directement la représentation des antennes locales. La Cour considère qu'il devrait revenir aux associations elles-mêmes de déterminer la manière dont leurs branches ou leurs membres sont représentés dans leurs instances dirigeantes centrales. De même, il devrait appartenir en premier lieu aux associations et à leurs membres, et non aux autorités publiques, de veiller à ce que les formalités de ce type soient respectées conformément aux statuts associatifs. De l'avis de la Cour, si l'Etat peut leur imposer un certain nombre d'obligations de base quant au rôle et à la structure de leurs instances dirigeantes (paragraphe 73 ci-dessus), il ne devrait pas intervenir dans le fonctionnement organisationnel interne des associations au point de vérifier qu'elles respectent chacune des formalités prévues dans leurs statuts.

79. La Cour observe encore que, si le ministère de la Justice était investi de l'autorité d'engager une action en dissolution de l'association, c'était aux juridictions internes qu'il appartenait de décider s'il était justifié d'appliquer cette sanction. Celles-ci devaient donc justifier leur décision par des motifs pertinents et suffisants (paragraphe 68 ci-dessus). En l'espèce, elles étaient donc tenues, d'abord et avant tout, de vérifier le bien-fondé des allégations portées contre l'association par le ministère de la Justice – or elles ne l'ont pas fait. Il semble que les seuls éléments concrets qu'elles aient examinés étaient les observations des parties, la correspondance échangée entre l'association et le ministère de la Justice et les rapports des agents du ministère sur les résultats de leur inspection des activités de l'association. Après avoir entendu les parties, les juges se sont fondés sur les conclusions des agents du ministère de la Justice, qu'ils ont acceptées comme des faits véridiques sans procéder à une enquête judiciaire indépendante. En particulier, rien dans les décisions de justice internes n'indique que les juges aient tenté d'apprécier le bien-fondé des conclusions factuelles du ministère en examinant eux-mêmes des éléments tels que le procès-verbal de l'assemblée générale du 26 août 2002, les registres des adhérents de l'association, les documents relatifs à l'organigramme de ses antennes locales, etc.

80. Compte tenu de ce qui précède, la Cour considère que, même s'il n'est pas contesté que pendant sept ans environ, l'association n'a pas respecté l'obligation légale de convoquer régulièrement ses membres en assemblée générale, les autorités n'ont pas tenu dûment compte de sa tentative de remédier au problème en convoquant une assemblée générale le 26 août 2002. Quant aux autres irrégularités attribuées à l'association (relativement à l'assemblée générale du 26 août 2002, à la tenue des registres

des adhérents, etc.), ni les autorités internes ni le Gouvernement dans ses observations devant la Cour n'ont été à même de prouver par des éléments solides qu'elles avaient bien été commises ni qu'elles constituaient un motif impérieux justifiant l'ingérence litigieuse.

81. Il s'ensuit que le motif avancé par les autorités nationales pour justifier l'ingérence litigieuse, à savoir le non-respect par l'association des règles du droit national relatives à la gestion interne, n'était pas pertinent et suffisant. Dans ces conditions, la Cour considère que l'Etat défendeur n'a pas démontré que l'ingérence litigieuse répondait à un besoin social impérieux.

82. En outre, l'ingérence ne répondait pas au critère de «proportionnalité». A cet égard, la Cour considère qu'il y a lieu de tenir compte de la nature et de la sévérité de la sanction infligée pour apprécier la proportionnalité de l'ingérence (voir, *mutatis mutandis*, *Mahmoudov et Agazade c. Azerbaïdjan*, n° 35877/04, § 48, 18 décembre 2008). En l'espèce, la dissolution forcée était la seule sanction disponible en droit interne lorsqu'une association publique ne respectait pas les prescriptions de la loi sur les ONG, et elle pouvait donc être appliquée sans distinction quel que soit le degré de gravité de l'irrégularité commise. La Cour considère que le simple non-respect de certaines obligations légales en matière de gestion interne des ONG ne peut être considéré comme une faute suffisamment grave pour justifier la dissolution pure et simple de l'organisation concernée. En conséquence, à supposer même que l'ingérence ait reposé sur des motifs impérieux, la Cour considère que la dissolution immédiate et définitive de l'association constituait une mesure radicale disproportionnée par rapport au but légitime poursuivi. La création en droit interne de sanctions alternatives moins extrêmes telles qu'une amende ou un retrait des avantages fiscaux (voir, au paragraphe 43 ci-dessus, des exemples des sanctions alternatives existantes dans d'autres Etats membres du Conseil de l'Europe) permettrait d'obtenir plus de souplesse et de choisir des sanctions plus proportionnées.

83. En bref, la Cour juge que l'ordonnance de dissolution de l'association fondée sur le non-respect allégué de certaines exigences du droit national relatives à la gestion interne des ONG n'était pas justifiée par des motifs impérieux et était disproportionnée au but légitime poursuivi.

β) « Activités interdites par la loi »

84. Le ministère de la Justice et les juridictions internes ont invoqué ce motif de dissolution en considérant que l'association pratiquait des activités interdites aux organisations non commerciales. En particulier, ils l'ont accusée d'avoir tenté de collecter de l'argent auprès d'organismes publics

et d'organisations commerciales à titre de cotisations, d'avoir procédé à des inspections illégales dans différentes organisations, et d'avoir commis « d'autres actes illégaux portant atteinte aux droits des entrepreneurs » (paragraphe 18 et 24 ci-dessus).

85. La Cour observe d'emblée que, bien qu'il semble qu'au moins certaines de ces allégations, si elles étaient prouvées, engageraient la responsabilité pénale des dirigeants de l'association ou de ceux de ses membres impliqués dans les infractions alléguées, il n'a jamais été engagé de poursuites pénales relativement aux faits allégués. On peut en déduire que les conclusions des autorités à cet égard n'étaient pas étayées par des éléments solides.

86. La Cour note encore que le ministère de la Justice n'a fourni d'éléments précis de nature à prouver ses allégations ni dans son troisième avertissement, où il accusait l'association d'avoir mené des activités illégales, ni dans les observations qu'il a présentées devant les juridictions internes dans le cadre de son action en dissolution. De plus, les allégations elles-mêmes étaient extrêmement vagues, elles étaient formulées en termes succincts, et elles ne précisaient pas quelles étaient exactement les activités illégales en question.

87. Les juridictions internes ont accepté d'emblée la véracité de ces allégations, sans procéder à une enquête judiciaire indépendante ni examiner la moindre preuve directe des faits allégués. Le tribunal de district de Yasamal a seulement tenu compte de la teneur de la troisième lettre d'avertissement du ministère, entendu le chef du service des inscriptions publiques des personnes morales du ministère (qui n'a fait que répéter le contenu de la troisième lettre d'avertissement) et examiné un rapport d'inspection interne établi par un agent du ministère de la Justice, qui indiquait, en termes très succincts, que l'antenne de l'association dans la région de Tovouz se livrait à certaines activités illégales (paragraphe 22 ci-dessus *in fine*).

88. Or, il n'a été précisé ni dans les dépositions des agents du ministère de la Justice ni dans la décision du tribunal de district de Yasamal qui (c'est-à-dire quelle personne affiliée à l'association) avait tenté illégalement de collecter de l'argent à titre de cotisation, quand exactement ces tentatives avaient eu lieu, et auprès de quel organisme public ou de quelle organisation commerciale des sommes avaient été illégalement collectées. Aucune victime ni aucun témoin directs de tels agissements n'ont été entendus par le tribunal, aucune plainte écrite n'a été examinée et aucune autre preuve directe n'a été produite. De même, il n'a été produit ni examiné aucun élément susceptible d'indiquer exactement quand, par quels individus directement responsables, et auprès de quelles organisations les « inspections

illégales» alléguées auraient eu lieu. Enfin, il n'a pas été expliqué ce que signifiait exactement «d'autres actes illégaux portant atteinte aux droits des entrepreneurs».

89. En d'autres termes, les allégations selon lesquelles l'association aurait mené des «activités interdites par la loi» n'ont pas été prouvées. Dans ces conditions, la Cour est d'avis que la dissolution décidée par les juridictions internes sur ce fondement est tout simplement arbitraire.

90. Le Gouvernement n'a pas non plus fourni la moindre explication quant aux détails des activités illégales prétendument commises par l'association, ni la moindre preuve de telles activités.

91. La Cour considère donc que ni les autorités internes ni le Gouvernement n'ont justifié la dissolution de l'association pour ce motif.

#### γ) Conclusion

92. Eu égard à ce qui précède, la Cour conclut que l'ingérence litigieuse n'était pas «nécessaire dans une société démocratique». Partant, il y a eu violation de l'article 11 de la Convention.

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

93. Les requérants soutiennent que les conclusions des juridictions internes ne reposent pas sur des éléments suffisants. L'article 6 § 1 est ainsi libellé:

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

94. Compte tenu de son analyse relative à la violation de l'article 11 de la Convention, la Cour considère qu'il n'est pas nécessaire d'examiner séparément les mêmes arguments ou des arguments semblables sous l'angle de l'article 6 § 1 (comparer *Linkov c. République tchèque*, n° 10504/03, § 50, 7 décembre 2006 et *Tunceli Kültür ve Dayanışma Derneği c. Turquie*, n° 61353/00, § 37, 10 octobre 2006).

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

95. 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

### 1. Dommage matériel

96. Les requérants demandent 100 000 euros (EUR) pour dommage matériel, arguant que l'association, ayant été dissoute, ne peut plus recevoir d'aides ni de dons depuis plusieurs années.

97. Le Gouvernement observe que les requérants n'ont communiqué aucun document justificatif à l'appui de cette demande.

98. La Cour note que la somme demandée ne correspond qu'à un chiffrage hypothétique issu d'une simple estimation des requérants qui n'est étayée par aucun élément ou argument convaincant. Dans ces conditions, elle ne peut spéculer sur le montant des contributions que l'association aurait éventuellement reçues si elle n'avait pas été dissoute. Elle rejette donc la demande formulée au titre du dommage matériel.

### 2. Dommage moral

99. Les requérants demandent 20 000 EUR pour le dommage moral qu'ils estiment avoir subi du fait de la dissolution de l'association.

100. Le Gouvernement considère que cette somme est injustifiée et que le constat d'une violation constituerait en soi une réparation suffisante pour le dommage moral éventuellement subi.

101. La Cour juge que la dissolution de l'association a dû être source pour ses fondateurs et pour ses membres d'un dommage moral qui ne peut être réparé par le simple constat d'une violation. Statuant en équité, elle octroie à l'association la somme de 8 000 EUR pour dommage moral, plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt sur cette somme, qui sera versée à M. Sabir Israfilov, lequel aura la charge de la remettre à l'association.

## B. Frais et dépens

102. Les requérants demandent 2 050 EUR pour les frais de justice qu'ils ont engagés dans le cadre de la procédure interne, 2 315 EUR pour ceux qu'ils ont engagés dans le cadre de la procédure devant la Cour, et 750 EUR pour les frais de traduction. A l'appui de ces demandes, ils joignent deux contrats de services juridiques fournis par M<sup>e</sup> Aliyev, et un contrat de services de traduction. Tous ces contrats stipulent que les sommes dues seront payables si la Cour constate une violation des droits des requérants.

103. Le Gouvernement considère que ces demandes sont injustifiées car les sommes demandées n'ont pas été payées par les requérants et ne sont donc pas réelles.

104. Selon la jurisprudence constante de la Cour, un requérant ne peut obtenir le remboursement de ses frais et dépens que dans la mesure où se trouvent établis leur réalité, leur nécessité et le caractère raisonnable de leur taux (*Sunday Times c. Royaume-Uni (n° 1)* (article 50), 6 novembre 1980, § 23, série A n° 38).

105. La Cour note qu'à l'appui de la part de leur demande correspondant aux frais de justice engagés dans le cadre de la procédure interne, les requérants ont présenté un contrat censé démontrer que M<sup>e</sup> Aliyev avait fourni des conseils juridiques à l'association ou l'avait représentée dans le cadre de la procédure interne. Cependant, au vu des éléments du dossier (y compris les décisions des juridictions internes et les recours formés par l'association), elle observe que devant les juridictions ordinaires, l'association n'était représentée ni par M<sup>e</sup> Aliyev ni par un autre avocat. Il n'y a donc pas lieu d'accorder cette partie de la demande. M<sup>e</sup> Aliyev n'a représenté l'association qu'ultérieurement, en vue d'obtenir l'examen de l'affaire par la Cour constitutionnelle. Or le recours constitutionnel n'était pas une voie de droit que les requérants étaient tenus d'exercer aux fins de l'épuisement des recours internes (voir par exemple *Ismayilov c. Azerbaïdjan*, n° 4439/04, §§ 39-40, 17 janvier 2008). La Cour considère donc que les frais engagés dans ce cadre n'étaient pas «nécessaires». Pour ces motifs, elle rejette la demande formulée par les requérants au titre des frais de justice engagés dans le cadre de la procédure interne.

106. En ce qui concerne les frais engagés dans le cadre de la procédure devant elle, la Cour note qu'en vertu du contrat de services juridiques passé avec M<sup>e</sup> Aliyev, le travail réalisé par l'avocat et les frais correspondants étaient divisés en différents stades. Le contrat prévoyait notamment les sommes devant être versées à l'avocat pour les «démarches aux fins du règlement amiable», l'«assistance dans le cadre des négociations du règlement amiable» et la «participation aux audiences». Etant donné qu'il n'y a eu en l'espèce ni proposition officielle de règlement amiable ni audience, la part de la somme totale correspondant à cette portion des frais d'avocat doit être rejetée. En ce qui concerne le reste de la demande, la Cour note que, bien que les requérants n'aient pas encore versé les sommes correspondantes, ils sont tenus par une obligation contractuelle envers M<sup>e</sup> Aliyev de les lui payer. En conséquence, dans la mesure où celui-ci est fondé à exiger le paiement de ses honoraires en vertu du contrat, les frais correspondants sont bien «réels».

107. De même, les requérants sont tenus par une obligation contractuelle de régler les frais de traduction. Cependant, eu égard au nombre total de documents traduits en l'espèce, la Cour considère que la demande présentée au titre de ce chef de dépenses est excessive et qu'il convient donc de n'octroyer qu'une partie de la somme demandée.

108. Compte tenu de ce qui précède, la Cour octroie aux requérants un montant total de 2 000 EUR au titre des frais et dépens, moins les 850 EUR déjà versés par le Conseil de l'Europe au titre de l'assistance judiciaire, plus tout montant pouvant être dû par les requérants sur cette somme à titre d'impôt.

### C. Intérêts moratoires

109. 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 11 de la Convention;
2. *Dit* qu'il n'est pas nécessaire d'examiner séparément le grief tiré de l'article 6 § 1 de la Convention;
3. *Dit*
  - a) que l'Etat défendeur doit verser aux requérants, 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, à convertir en nouveaux manats azerbaïdjanais au taux applicable à la date du règlement :
    - i. 8 000 EUR (huit mille euros), plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt, pour dommage moral,
    - ii. 2 000 EUR (deux mille euros), moins les 850 EUR (huit cent cinquante euros) déjà versés au titre de l'assistance judiciaire, plus tout montant pouvant être dû par les requérants sur cette somme à titre d'impôt, au titre des frais et dépens;
  - b) qu'à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement, ces montants seront à majorer d'un intérêt simple à un taux égal à celui de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne applicable pendant cette période, augmenté de trois points de pourcentage;
4. *Rejette* la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en anglais, puis communiqué par écrit le 8 octobre 2009, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

André Wampach  
Greffier adjoint

Nina Vajić  
Présidente



MICALLEF v. MALTA  
(*Application no. 17056/06*)

GRAND CHAMBER

JUDGMENT OF 15 OCTOBER 2009<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>**Applicability of Article 6 to injunction proceedings****Article 6 § 1**

*Applicability – Injunction proceedings – Civil rights and obligations – European consensus regarding applicability of Article 6 to interim measures – New criteria – “Civil” right at stake in both main and injunction proceedings – Applicability of procedural safeguards to proceedings concerning interim measure – Circumstances in which procedural safeguards can be dispensed with – Inalienable procedural safeguards – Impartial tribunal – Objective impartiality – Deficiency of domestic law – Objectively justified fears – Lack of statutory right to challenge judge on basis of family ties with a party’s advocate*

**Article 34**

*Victim – Application introduced on behalf of applicant’s sister, who had died while her constitutional claim concerning the alleged breach of her right to a fair trial was pending – Applicant allowed to intervene in the proceedings by domestic courts – Patrimonial interest to recover costs – Case raising important question of general interest*

\*

\* \*

The applicant’s sister was an unsuccessful party to civil litigation which was decided on the merits in 1992. In 1985 an injunction was issued against her, following which her neighbour brought a substantive action. She challenged the injunction before the court, which declared it null and void, finding that it had been issued in breach of the adversarial principle. That judgment was set aside on appeal. In 1993 the applicant’s sister instituted constitutional proceedings, alleging that the President of the Court of Appeal had lacked objective impartiality by reason of his family ties with the other party’s lawyer. In 2002, after his sister’s death, the applicant intervened in the proceedings. In 2005 the constitutional claim was dismissed. In 2006 the applicant lodged an application with the European Court. In a judgment of 15 January 2008, a Chamber of the Court held, by four votes to three, that there had been a violation of Article 6 § 1 of the Convention on account of the lack of objective impartiality of the Court of Appeal.

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

*Held*

Article 6 § 1: (a) *Preliminary objections* – The Government contested the admissibility of the application on three grounds: firstly, that the applicant did not have victim status as he had not been a party to the proceedings; secondly, that the applicant had not exhausted domestic remedies; and, thirdly, that Article 6 was not applicable to injunction proceedings.

(i) Victim status – The direct victim had died during the constitutional proceedings, which had lasted over ten years at first instance and were necessary to exhaust domestic remedies. The constitutional jurisdictions had not rejected the applicant's request to intervene in the proceedings in his capacity as brother and heir of the plaintiff, nor had they refused to entertain his appeal. Furthermore, he had been made to bear the costs of the case instituted by his sister and could thus be considered to have a patrimonial interest to recover the costs. Moreover, the case raised important issues concerning the fair administration of justice and thus relating to the general interest. The applicant therefore had standing to introduce the present application.

(ii) Exhaustion of domestic remedies – At the material time there had been no provision under Maltese law for challenging a judge on the basis of an uncle-nephew relationship with a lawyer. In raising this issue before the domestic constitutional courts, which had dismissed the Government's objection of non-exhaustion of ordinary remedies and examined the substance of the complaint, the applicant had made normal use of the remedies which were accessible to him and which related, in substance, to the facts complained of before the Court.

(iii) Applicability of Article 6 § 1 – The injunction proceedings and the consequent challenge to their fairness were one set of proceedings connected to the merits of the cause and could not be seen as distinct from each other. Although preliminary proceedings did not normally fall within the protection of Article 6, the Court observed that there was now a widespread consensus among Council of Europe member States regarding the applicability of Article 6 to interim measures, including injunction proceedings. This was also the position that had been adopted in the case-law of the Court of Justice of the European Communities. In excessively long proceedings, a judge's decision on an injunction would often be tantamount to a decision on the merits of the claim for a substantial period of time, or even permanently in exceptional cases. It followed that, frequently, both the interim and the main proceedings decided the same "civil rights or obligations", within the meaning of Article 6, and produced the same effects. In the circumstances, the Court no longer found it justified to automatically characterise injunction proceedings as not determinative of civil rights or obligations. Nor was it convinced that a defect in such proceedings would necessarily be remedied in proceedings on the merits since any prejudice suffered in the meantime might by then have become irreversible and with little realistic opportunity to redress the damage caused, except for the possibility of pecuniary compensation. The Court therefore considered that

a change in the case-law was necessary. Article 6 would be applicable if the right at stake in both the main and the injunction proceedings was “civil” within the meaning of Article 6 and the interim measure could be considered effectively to determine the civil right or obligation at stake, notwithstanding the length of time it was in force. However, the Court accepted that in exceptional cases it might not be possible to comply with all of the requirements of Article 6. While the independence and impartiality of the tribunal or the judge remained an inalienable safeguard in such proceedings, other procedural safeguards might apply only to the extent compatible with the nature and purpose of the interim proceedings at issue. In any subsequent proceedings before the Court, it would fall to the Government to establish that, in view of the purpose of the proceedings at issue in a given case, one or more specific procedural safeguards could not be applied without unduly prejudicing the attainment of the objectives sought by the interim measure in question. In the present case the substance of the right at stake in the main proceedings concerned the use by neighbours of property rights and therefore a right of a “civil” character. The purpose of the injunction was to determine the same right as the one being contested in the main proceedings and was immediately enforceable. Article 6 was therefore applicable.

*Conclusion:* preliminary objections dismissed (eleven votes to six).

(b) *Merits* – Under Maltese law, as it stood at the relevant time, there was no automatic obligation on a judge to withdraw in cases where impartiality could be an issue. Nor could a party to a trial challenge a judge on grounds of a sibling relationship – let alone an uncle-nephew relationship – between the judge and the lawyer representing the other party. The law in itself did not therefore give adequate guarantees of subjective and objective impartiality. In the dispute at issue in the applicant’s case, the Court took the view that the close family ties between the opposing party’s lawyer and the President of the Court of Appeal sufficed to objectively justify fears that the panel of judges lacked impartiality.

*Conclusion:* violation (eleven votes to six).

Article 41: The finding of a violation constituted sufficient just satisfaction in respect of any non-pecuniary damage.

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

*König v. Germany*, 28 June 1978, Series A no. 27

*Piersack v. Belgium*, 1 October 1982, Series A no. 53

*Altun v. Germany*, no. 10308/83, Commission decision of 3 May 1983, Decisions and Reports 36

*De Cubber v. Belgium*, 26 October 1984, Series A no. 86

*Fey v. Austria*, 24 February 1993, Series A no. 255-A

*Zander v. Sweden*, 25 November 1993, Series A no. 279-B

*Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece*, 9 December 1994, Series A no. 301-B

- Pullar v. the United Kingdom*, 10 June 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-III
- Ferrantelli and Santangelo v. Italy*, 7 August 1996, *Reports* 1996-III
- Raninen v. Finland*, 16 December 1997, *Reports* 1997-VIII
- Aerts v. Belgium*, 30 July 1998, *Reports* 1998-V
- Castillo Algar v. Spain*, 28 October 1998, *Reports* 1998-VIII
- Jaffredou v. France* (dec.), no. 39843/98, 15 December 1998
- Selmouni v. France* [GC], no. 25803/94, ECHR 1999-V
- APIS a.s. v. Slovakia* (dec.), no. 39754/98, 13 January 2000
- Mennitto v. Italy* [GC], no. 33804/96, ECHR 2000-X
- Sanles Sanles v. Spain* (dec.), no. 48335/99, ECHR 2000-XI
- Malhous v. the Czech Republic* (dec.) [GC], no. 33071/96, ECHR 2000-XII
- Wettstein v. Switzerland*, no. 33958/96, ECHR 2000-XII
- Wiot v. France* (dec.), no. 43722/98, 15 March 2001
- Kress v. France* [GC], no. 39594/98, ECHR 2001-VI
- Ferrazzini v. Italy* [GC], no. 44759/98, ECHR 2001-VII
- Markass Car Hire Ltd v. Cyprus* (dec.), no. 51591/99, 23 October 2001
- Boca v. Belgium*, no. 50615/99, ECHR 2002-IX
- Verlagsgruppe News GmbH v. Austria* (dec.), no. 62763/00, 16 January 2003
- Pescador Valero v. Spain*, no. 62435/00, ECHR 2003-VII
- Karner v. Austria*, no. 40016/98, ECHR 2003-IX
- Libert v. Belgium* (dec.), no. 44734/98, 8 July 2004
- Miller and Others v. the United Kingdom*, nos. 45825/99, 45826/99 and 45827/99, 26 October 2004
- Mamatkulov and Askarov v. Turkey* [GC], nos. 46827/99 and 46951/99, ECHR 2005-I
- Fairfield v. the United Kingdom* (dec.), no. 24790/04, ECHR 2005-VI
- J.S. and A.S. v. Poland*, no. 40732/98, 24 May 2005
- Zarb Adami v. Malta* (dec.), no. 17209/02, 24 May 2005
- Marie-Louise Loyen and Bruneel v. France*, no. 55929/00, 5 July 2005
- Mežnarić v. Croatia*, no. 71615/01, 15 July 2005
- Roche v. the United Kingdom* [GC], no. 32555/96, ECHR 2005-X
- Kyprianou v. Cyprus* [GC], no. 73797/01, ECHR 2005-XIII
- Biç and Others v. Turkey*, no. 55955/00, 2 February 2006
- Ressegatti v. Switzerland*, no. 17671/02, 13 July 2006
- Vilho Eskelinen and Others v. Finland* [GC], no. 63235/00, ECHR 2007-II
- Folgero and Others v. Norway* [GC], no. 15472/02, ECHR 2007-III
- Burden v. the United Kingdom* [GC], no. 13378/05, ECHR 2008
- Gülmez v. Turkey*, no. 16330/02, 20 May 2008
- Salduz v. Turkey* [GC], no. 36391/02, ECHR 2008
- Kozacıoğlu v. Turkey* [GC], no. 2334/03, 19 February 2009

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

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

Jean-Paul Costa, *President*,  
Christos Rozakis,  
Françoise Tulkens,  
Giovanni Bonello,  
Corneliu Bîrsan,  
Karel Jungwiert,  
Anatoly Kovler,  
Vladimiro Zagrebelsky,  
Elisabet Fura,  
Khanlar Hajiyev,  
Egbert Myjer,  
David Thór Björgvinsson,  
Dragoljub Popović,  
Giorgio Malinverni,  
András Sajó,  
Zdravka Kalaydjieva,  
Mihai Poalelungi, *judges*,

and Michael O’Boyle, *Deputy Registrar*,

Having deliberated in private on 22 October 2008 and on 9 September 2009,

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

**PROCEDURE**

1. The case originated in an application (no. 17056/06) against Malta lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by a Maltese national, Mr Joseph Micallef (“the applicant”), on 15 April 2006.

2. The applicant, who had been granted legal aid, was represented by Dr T. Azzopardi, a lawyer practising in Valetta. The Maltese Government (“the Government”) were represented by their Agent, Dr S. Camilleri, Attorney-General.

3. The applicant alleged that Mrs M. had been denied a fair hearing, in particular because of her lack of opportunity to make submissions before an impartial tribunal, contrary to Article 6 of the Convention.

4. The application was allocated to the Fourth Section of the Court (Rule 52 § 1 of the Rules of Court). On 5 September 2006 a Chamber of that Section, composed of Nicolas Bratza, President, Josep Casadevall, Giovanni Bonello, Matti Pellonpää, Lech Garlicki, Ljiljana Mijović and Ján Šikuta, judges, decided to communicate the complaint concerning the fairness of the appeal proceedings and the alleged lack of impartiality of the Court of Appeal to the Government and declared the rest of the application inadmissible. It also decided to examine the merits of the complaint at the same time as its admissibility, pursuant to Article 29 § 3 of the Convention. On 15 January 2008 a Chamber of that Section, composed of Nicolas Bratza, President, Giovanni Bonello, Kristaq Traja, Lech Garlicki, Ljiljana Mijović, Ján Šikuta and Päivi Hirvelä, judges, by a majority declared the remainder of the application admissible and, by four votes to three, held that there had been a violation of Article 6 of the Convention. A concurring opinion of Judge Bonello and a joint dissenting opinion of Judges Bratza, Traja and Hirvelä were appended to the judgment.

5. On 7 July 2008 a panel of the Grand Chamber granted the Government's 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 applicant and the Government each filed observations on the admissibility and merits. In addition, third-party comments were received from the Government of the Czech Republic, which had been given leave by the President to intervene in the written procedure (Article 36 § 2 of the Convention and Rule 44 § 2).

8. A hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 22 October 2008 (Rule 59 § 3).

There appeared before the Court:

(a) *for the Government*

Dr S. Camilleri, Attorney-General, *Agent,*  
Dr P. Grech, Deputy Attorney-General, *Adviser;*

(b) *for the applicant*

Dr T. Azzopardi, *Counsel.*

The Court heard addresses by Dr T. Azzopardi and Dr S. Camilleri, and also their replies to questions put by the Court.

## THE FACTS

### I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

9. The applicant was born in 1929 and lives in Vittoriosa.

#### **A. Background of the case**

10. The applicant is the brother of Mrs M., who lived in an apartment above Mr F.

11. On 17 July 1985 Mr F. applied for an injunction to restrain Mrs M. from hanging out clothes to dry over the courtyard of his apartment, thereby allegedly interfering with his property rights. Mr F. relied on the provisions of Article 403 of the Maltese Civil Code in this connection.

12. On one occasion following a hearing on the injunction, and after Mrs M. and her lawyer, Dr A., had already left the courtroom, the presiding magistrate changed the date of a future hearing, which had already been fixed. As a consequence, Mrs M. was not aware of the new date and was not present at the hearing. In her absence, on 29 November 1985 the presiding magistrate issued the injunction in favour of Mr F.

13. According to Maltese law as it stood at the time, Mr F. had to institute proceedings in respect of the property claim preserved by the warrant within four days of the issuing of the injunction; otherwise the injunction would cease to have effect. Accordingly, on 5 December 1985, Mr F. lodged a writ of summons to start proceedings.

14. On 6 March 1992 the relevant court trying the merits of Mr F.'s civil action found against Mrs M. and issued a permanent injunction against her. On 24 March 1992, as no appeal had been lodged, the case became final.

#### **B. Proceedings before the Civil Court in its ordinary jurisdiction**

15. On 6 December 1985 Mrs M. instituted proceedings before the Civil Court (First Hall) in its ordinary jurisdiction, claiming that the injunction had been issued in her absence and without giving her the opportunity to testify (see paragraph 77 below).

16. By a judgment of 15 October 1990, the Civil Court upheld her claim. It held that the *audi alteram partem* principle was applicable to the procedure for issuing an injunction. Referring to Article 873 § 2 of the Code of Organisation and Civil Procedure, which stated that an injunction should not be issued unless the court was satisfied that it was necessary in order to preserve any right of the person seeking it (see paragraph 27 below), the Civil Court held that the relevant test was a matter for the court's discretion. However, if the court found it necessary to hear the parties, they

should be duly heard in accordance with the principles of natural justice. In the present case the court held that, through no fault of her own, Mrs M. had been denied her right to be heard and therefore the said warrant was null and void.

### **C. Proceedings before the Court of Appeal**

17. Mr F. appealed against the judgment of 15 October 1990. In the first-instance proceedings Mr F. had been assisted by Dr U., while at the appeal stage he had appointed the latter's son, Dr C. The Court of Appeal was presided over by the Chief Justice, who sat with two other judges. The Chief Justice was Dr U.'s brother and Dr C.'s uncle.

18. At the appeal hearing of 12 October 1992, the Chief Justice, after asking some questions, alleged that the conduct of Dr A. was unethical, as he had impugned, without justification, the conduct of Mr F's lawyer. When it was noted that in the first-instance proceedings Mr F. had been represented by the Chief Justice's brother, the Chief Justice threatened to refer the case to "the competent authorities". Furthermore, he dictated a note to this effect, which read as follows:

"The court is asking Dr A., who himself is declaring that the date of the hearing at first instance had been changed when he and his client had already left the courtroom, why he insisted that the said change of date occurred consequent to a request by a lawyer. Dr A.'s reply is: 'I deduce so, as there were two lawyers present: Dr U. and myself.'

... Mrs M.'s lawyer asserts facts and has no problem hypothesising about the behaviour of another lawyer and the judge, after he and his client had walked out of the courtroom."

19. Dr A. said a few words in his own defence, but no oral submissions regarding the merits of the appeal were heard. The Chief Justice suspended the hearing and went to his chambers. A few minutes later the lawyers of both parties were called into the Chief Justice's chambers. Explanations were heard and no further action appears to have been taken.

20. By a judgment of 5 February 1993, the Court of Appeal found against Mrs M. and reversed the judgment of the Civil Court. It held that principles of natural justice were not mandatory and could not be invoked in preliminary proceedings that were essentially conditional and of a temporary nature. Moreover, the Court of Appeal did not agree with the issue of fact mentioned in the first-instance judgment, in respect of the change in date leading to Mrs M.'s absence at the hearing. In this respect the judgment repeated in part the note which had been dictated during the hearing – "Mrs M.'s lawyer asserts facts and has no problem hypothesising about the behaviour of another lawyer and the judge, after he and his client

had walked out of the courtroom”. The Court of Appeal further ordered the removal from the records of the case of a report which supported Mrs M.’s claim, which had been drawn up by the judicial assistant appointed by the Civil Court.

#### **D. Proceedings before the Civil Court in its constitutional jurisdiction**

21. On 25 March 1993 Mrs M. instituted proceedings before the Civil Court (First Hall) in its constitutional jurisdiction. Relying on Article 6 of the Convention, she alleged that the President of the Court of Appeal (the Chief Justice) lacked objective impartiality and that this had been manifest in the incident of 12 October 1992. Observing that the Court of Appeal had denied facts which had already been proved, she further submitted that her right to a fair trial had been violated.

22. Mrs M. died on 20 January 2002, before her constitutional claim could be determined. On 22 May 2002 the applicant intervened in the proceedings before the Civil Court in his capacity as brother of the plaintiff.

23. In a judgment of 29 January 2004, the Civil Court dismissed Mrs M.’s claim as frivolous and vexatious. Although it noted that the plaintiff had failed to request the Chief Justice to withdraw from the case before the pronouncement of the final judgment, it rejected the Government’s plea of non-exhaustion of ordinary remedies and decided to exercise its constitutional jurisdiction. As to the merits, it made a thorough analysis of the notions and rights emanating from Article 6 of the Convention, including equality of arms, but placed particular emphasis on the requirement of impartiality of the Civil Court. However, it was unable to find any link between the incident of 12 October 1992 and the content of the judgment of 5 February 1993. As confirmed by Dr A. himself, the incident had been defused; however, this could not have given Mrs M. or her lawyer any expectation that the Court of Appeal would rule in her favour. Furthermore, the Court of Appeal was composed of two other judges, who had not been involved in the incident, and there had been no doubt that the judgment, which appeared to be well-reasoned, had been delivered by the bench as a whole.

#### **E. Proceedings before the Constitutional Court**

24. The applicant appealed to the Constitutional Court.

25. By a judgment of 24 October 2005, the Constitutional Court declared the appeal inadmissible. It reiterated that in accordance with Article 46 § 5 of the Constitution, no appeal lay against a decision dismissing an application as frivolous and vexatious.

## II. RELEVANT DOMESTIC LAW AND PRACTICE

### 26. Article 403 of the Civil Code reads as follows:

“(1) Tenements at a lower level are subject in regard to tenements at a higher level to receive such waters and materials as flow or fall naturally therefrom without the agency of man.

(2) It shall not be lawful for the owner of the lower tenement to do anything which may prevent such flow or fall.

(3) Nor shall it be lawful for the owner of the higher tenement to do anything whereby the easement of the lower tenement is rendered more burdensome.”

### 27. Article 873 of Title VI, Sub-Title V of the Code of Organisation and Civil Procedure, regarding warrants of prohibitory injunction, reads as follows:

“(1) The object of a warrant of prohibitory injunction is to restrain a person from doing anything whatsoever which might be prejudicial to the person suing out the warrant.

(2) The court shall not issue any such warrant unless it is satisfied that such warrant is necessary in order to preserve any right of the person suing out the warrant, and that *prima facie* such person appears to possess such right.”

28. Under Maltese law, as it stood at the time of the present case, a judge could be challenged or could abstain from hearing a case if one of the parties was represented by the former’s son or daughter, spouse or ascendant. Nothing prevented a judge from sitting in a case if the representative in issue was his or her brother or nephew. The pertinent Articles of the Code of Organisation and Civil Procedure, in so far as relevant, read as follows:

#### **Article 733**

“The judges may not be challenged, nor may they abstain from sitting in any cause brought before the court in which they are appointed to sit, except for any of the reasons hereinafter mentioned.”

#### **Article 734**

“(1) A judge may be challenged or abstain from sitting in a cause –

...

(e) if he, or his spouse, is directly or indirectly interested in the event of the suit;

(f) if the advocate or legal procurator pleading before a judge is the son or daughter, spouse or ascendant of the said judge; ...”

29. The relevant Article of the Code of Organisation and Civil Procedure was amended in 2007 to include another ground:

“(g) if the advocate or legal procurator pleading before a judge is the brother or sister of the said judge; ...”

30. Article 39 § 2 of the Maltese Constitution, in so far as relevant, reads as follows:

“Any court or other adjudicating authority prescribed by law for the determination of the existence or the extent of civil rights or obligations shall be independent and impartial; ...”

### III. COMPARATIVE AND EUROPEAN UNION LAW AND PRACTICE

#### A. National systems

31. On the basis of the material available to the Court in respect of the legislation of a relevant number of member States of the Council of Europe, it appears that there is widespread consensus on the applicability of Article 6 safeguards to interim measures, including injunction proceedings. This conclusion is inferred from constitutional texts, codes of civil procedure and domestic case-law. In the majority of States (Albania, Austria, Azerbaijan, Belgium, Bulgaria, Croatia, Cyprus, Estonia, France, Germany, Hungary, Ireland, Italy, The Netherlands, Poland, Russia, San Marino, Serbia, Spain, Sweden, Switzerland and the United Kingdom) legislation suggests that Article 6 procedural safeguards (particularly the impartiality requirement) apply to interim and injunction proceedings either because the legislation makes no distinction as to the stage or type of proceedings to which the safeguards apply (such as the Constitutions of Greece, Italy, Spain and Switzerland), or because specific provisions governing interim measures reflect in some way the main safeguards embedded in Article 6 – as, for example, legislation which specifies that provisions governing proceedings on the merits apply *mutatis mutandis* to injunction proceedings (such as Poland), or will do so, unless otherwise stipulated (such as Germany). The Belgian courts have explicitly dealt with the issue (see the judgments of the Court of Cassation in the cases of *Greenpeace Belgium* and *Global Action in the Interest of Animals*, of 14 January 2005) and held that Article 6 of the Convention was in principle applicable to interim proceedings (*référé*).

#### B. European Union

32. Article 47 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union guarantees the right to a fair trial. Unlike Article 6 of the Convention, the provision of the Charter does not confine this right to disputes relating to “civil rights and obligations” or to “any criminal charge” and does not refer to the “determination” of such. In *Bernard Denilauler v. SNC Couchet*

*Frères* (ECJ, Case C 125/79, 21 May 1980) the European Court of Justice (“the ECJ”) held that provisional measures given *ex parte* without hearing the defendant could not be recognised according to its case-law. This implies that such safeguards should apply also outside the context of final decisions.

## THE LAW

33. The applicant complained that the Court of Appeal had lacked impartiality and that Mrs M. had consequently been denied the opportunity to make submissions, in breach of her right to a fair hearing as provided for in Article 6 of the Convention, which reads as follows:

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

34. The Government contested that argument.

### I. THE GOVERNMENT’S PRELIMINARY OBJECTIONS

35. The Government contested the admissibility of the application on a number of grounds under Articles 34 and 35 § 1 of the Convention.

Article 34 provides:

“The Court 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. ... ”

Article 35 § 1 states:

“The Court may only deal with the matter after all domestic remedies have been exhausted, according to the generally recognised rules of international law, and within a period of six months from the date on which the final decision was taken.”

#### A. Victim status

##### 1. *The Chamber’s conclusion*

36. The Chamber, which raised the matter of its own motion, noted that Mrs M., the direct victim, died while pursuing domestic remedies, implying that she intended to complain about the alleged breach before the Court. It further noted that after the direct victim’s death the domestic courts did not reject the applicant’s request to intervene in the constitutional proceedings and later to appeal in his capacity as brother of the plaintiff. Moreover, the Court had discretion to recognise the victim status of an applicant and to continue examining an application when it concerned a matter of general interest. The Chamber considered that the impossibility under domestic law to challenge a judge on the basis of his or her relationship with a

party's advocate was a matter of sufficient general interest. Having further observed that the Government had not filed an objection in this respect, the Chamber concluded that the applicant had standing to introduce the present application.

### 2. *The Government's submissions*

37. The Government submitted that the applicant did not have victim status in so far as he was not a party to the proceedings complained of. The only direct victim was his sister, who had died during the domestic constitutional proceedings. The Government argued that it was irrelevant that the applicant was permitted to intervene in the latter proceedings in his sister's stead. According to Maltese law, this was standard practice based on the civil-law principle of succession whereby an heir succeeds to the legal personality of the deceased, irrespective of the heir's victim status for the purposes of the Convention.

38. Moreover, the Government contested the Chamber's interpretation regarding the Court's discretion to grant victim status on the basis of "sufficient general interest". This in their view was not in conformity with Article 34 of the Convention and would verge on acceptance of an *actio popularis*. However, even if this were so, in the present case there was no relevant defect in the law justifying the exercise of the alleged discretion by the Chamber.

### 3. *The applicant's submissions*

39. The applicant first submitted that it was an abuse of proceedings and contrary to the principle of subsidiarity for the Government to raise a novel argument before the Court at this stage of the proceedings. Since they had not contested this matter before the domestic courts or the Chamber, they should be estopped from doing so now.

40. In any case, the applicant submitted that the direct victim had died while pursuing domestic remedies, without which she could not apply to the Court. Indeed, after Mrs M.'s death the national courts had accepted the applicant's *locus standi* in constitutional proceedings in accordance with domestic law. Moreover, once the applicant became a party to the domestic proceedings he was made to bear the costs of the constitutional case instituted by his sister and had thus also suffered financial prejudice. According to the applicant, this status once acquired was irreversible.

41. Lastly, the applicant submitted that there was a moral dimension to the application which raised serious questions affecting the interpretation or application of the Convention and a serious issue of general importance.

Thus, it could not be said that the general interest criterion referred to by the Chamber did not apply to the present case.

#### 4. *The submissions of the third-party Government*

42. The Government of the Czech Republic submitted that it was acceptable for the Court to grant *locus standi* to the applicant's next of kin where the applicant died during the proceedings before the Court. However, if the direct victim died before lodging the application, victim status should only be recognised exceptionally. This would be so in cases where the alleged violation prevented the direct victim himself from asserting his claims (see *Bazorkina v. Russia*, no. 69481/01, § 139, 27 July 2006) or where persons aspiring to have victim status, usually the heirs, were themselves affected by what were claimed to be the negative consequences of the alleged violation (see *Ressegatti v. Switzerland*, no. 17671/02, § 25, 13 July 2006).

43. Moreover, the Court had no discretion to grant victim status on the ground that the complaint related to an issue of general interest. However, it did have discretion under Article 37 § 1 of the Convention to continue the examination of an application even in the absence of a person wishing to complete the battle embarked upon by the deceased applicant. Applying this discretion to proceedings initiated by a next of kin, who did not fulfil the exceptional criteria mentioned above, would amount to allowing the Court to choose of its own motion which applications would be examined.

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

44. In order to be able to lodge a petition in pursuance of Article 34, a person, non-governmental organisation or group of individuals must be able to claim "to be the victim of a violation ... of the rights set forth in the Convention ...". In order to claim to be a victim of a violation, a person must be directly affected by the impugned measure (see *Burden v. the United Kingdom* [GC], no. 13378/05, § 33, ECHR 2008).

45. This criterion is not to be applied in a rigid, mechanical and inflexible way (see *Karner v. Austria*, no. 40016/98, § 25, ECHR 2003-IX). The Court has acknowledged that human rights cases before it generally also have a moral dimension and persons near to an applicant may thus have a legitimate interest in seeing to it that justice is done even after the applicant's death. This holds true all the more if the leading issue raised by the case transcends the person and the interests of the applicant and his heirs in that it may affect other persons (see *Malhous v. the Czech Republic* (dec.) [GC], no. 33071/96, ECHR 2000-XII).

46. The Court has discretion, in particular circumstances, to find that respect for human rights as defined in the Convention and the Protocols thereto requires a continuation of the examination of the case (Article 37 § 1 *in fine* of the Convention). This discretion is dependent on the existence of an issue of general interest (see *Karner*, cited above, § 27, and *Marie-Louise Loyen and Bruneel v. France*, no. 55929/00, § 29, 5 July 2005). The latter may arise in particular where an application concerns the legislation or a legal system or practice of the defendant State (see *Altun v. Germany*, no. 10308/83, Commission decision of 3 May 1983, Decisions and Reports 36, p. 209, and, *mutatis mutandis*, *Karner*, cited above, §§ 26 and 28).

47. The Court normally permits the next of kin to pursue an application provided he or she has sufficient interest, where the original applicant has died after the introduction of the application before the Court (see *Malhous*, cited above). However, the situation varies where the direct victim dies before bringing his or her complaint before the Court (see *Fairfield v. the United Kingdom* (dec.), no. 24790/04, ECHR 2005-VI).

48. The Court interprets the concept of “victim” autonomously and irrespective of domestic concepts such as those concerning an interest or capacity to act (see *Sanles Sanles v. Spain* (dec.), no. 48335/99, ECHR 2000-XI), even though the Court should have regard to the fact that an applicant had been a party to the domestic proceedings. Regarding complaints under Article 6, the Court has been prepared to recognise the standing of a relative either when the complaints were of a general interest and the applicants, as heirs, had a legitimate interest in pursuing the application (see *Marie-Louise Loyen and Bruneel*, cited above, § 29, and, conversely, *Biç and Others v. Turkey*, no. 55955/00, § 23, 2 February 2006) or on the basis of the direct effect on the applicant’s patrimonial rights (see *Ressegatti*, cited above, § 25).

49. In the present case, the Court notes that the direct victim died during the constitutional proceedings, which lasted over ten years at first instance and were necessary to exhaust domestic remedies. The constitutional jurisdictions did not reject the applicant’s request to intervene in the proceedings in his capacity as brother and heir of the plaintiff, nor did they refuse to entertain his appeal. Furthermore, he was made to bear the costs of the case instituted by his sister and can thus be considered to have a patrimonial interest to recover the costs.

50. Moreover, the Court considers that the question of an alleged defect in the relevant law which made it impossible to challenge a judge on the basis that the lawyer appearing before him was his nephew or that the issue at stake in the case related to the conduct of his brother is a matter

which raises issues concerning the fair administration of justice and thus an important question relating to the general interest.

51. In conclusion, the Grand Chamber, like the Chamber, considers that for both of the foregoing reasons, the applicant has standing to introduce the present application. The Government's objection is thus dismissed.

## **B. Non-exhaustion of domestic remedies**

### *1. The Chamber's conclusion*

52. The Chamber considered that, according to Maltese law and with reference to the Court of Appeal hearing of 12 October 1992, there was no specific ground on which to challenge the judge on the basis that he was the uncle of one of the advocates appearing before him and consequently Mrs M. could not have asked for the judge's withdrawal. Moreover, the applicant had brought the complaint before the Civil Court in its constitutional jurisdiction after the incident in question, and the latter had rejected the Government's objection of failure to exhaust ordinary remedies and dealt with the merits of the case.

### *2. The parties' submissions*

53. The Government submitted that during the hearing of 12 October 1992 Mrs M. did not complain that she had not been given an opportunity to make submissions, nor did she lodge a request to make further submissions. Similarly, she did not challenge the judge at any stage of the proceedings and during the same proceedings she failed to raise before the relevant courts the issue under Article 6 of the Convention that her right to an impartial tribunal was "likely" to be infringed. Mrs M. never requested that the Chief Justice withdraw from her case, a plea which would not have been decided by the Chief Justice alone, but by the three judges sitting in the case. According to the Government, Mrs M. could have made such a request under Article 734 § 1 (e) of the Code of Organisation and Civil Procedure (see paragraph 28 above) which reflected the *nemo iudex in causa propria* rule in general. The Government made reference to various domestic decisions in which the courts had repeatedly attributed overriding importance to the fact that justice should not only be done but be seen to be done and that this had been an acknowledged legitimate ground for the withdrawal of or challenge to a judge. However, at the hearing before the Grand Chamber the Government admitted that there had been no domestic case-law proving that a challenge under Article 734 § 1 (e) of the Code of

Organisation and Civil Procedure in such a case as the present one would have been successful.

54. The applicant made no submissions on this point.

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

55. In accordance with Article 35 § 1 of the Convention, the Court may only deal with an issue after all domestic remedies have been exhausted. The purpose of this rule is to afford the Contracting States the opportunity of preventing or putting right the violations alleged against them before those allegations are submitted to the Court (see, among other authorities, *Selmouni v. France* [GC], no. 25803/94, § 74, ECHR 1999-V). Thus, the complaint submitted to the Court must first have been made to the appropriate national courts, at least in substance, in accordance with the formal requirements of domestic law and within the prescribed time-limits (see *Zarb Adami v. Malta* (dec.), no. 17209/02, 24 May 2005). However, the rule of exhaustion of domestic remedies requires an applicant to have normal recourse to remedies within the national legal system which are available and sufficient to afford redress in respect of the breaches alleged. The existence of the remedies in question must be sufficiently certain not only in theory but in practice, failing which they will lack the requisite accessibility and effectiveness. There is no obligation to have recourse to remedies which are inadequate or ineffective (see *Raninen v. Finland*, 16 December 1997, § 41, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-VIII).

56. The Grand Chamber, like the Chamber, considers that the applicant could not have challenged the Chief Justice under Article 734 of the Code of Organisation and Civil Procedure (see paragraph 28 above), since at the time a nephew-uncle relationship between advocate and judge was not among the listed grounds for challenge. Article 734 § 1 (f) specifically referred to certain family relationships (see paragraph 28 above). However, it excluded siblings or other more distant relatives, who would have been mentioned had this been the legislator's intention. The fact that the law is silent as regards these relationships does not support the argument that they can be assumed to be covered by the relevant legal provision in the absence of specific case-law to this effect. Nor has it been shown by the Government that Article 734 § 1 (e), a more general provision, would have provided the basis for a remedy. Moreover, in this respect, the Government conceded that there had been no domestic case-law showing that a challenge under Article 734 § 1 (e), in a case such as the present one, had ever been successful. It follows that in the present case the applicant could not reasonably have been expected to take this course of action.

57. Most importantly, the Court notes that, following the impugned judgment, Mrs M., succeeded by the applicant, instituted constitutional proceedings before the Civil Court (First Hall) alleging a breach of the right to a fair trial as guaranteed by Article 6 of the Convention in view of the Court of Appeal's lack of impartiality and the lack of opportunity to make submissions before it. The applicant subsequently appealed to the Constitutional Court against the Civil Court's judgment rejecting his claim. The Court considers that, in raising this plea before the domestic constitutional jurisdictions, which rejected the Government's objection of non-exhaustion of ordinary remedies and did not reject the claim on procedural grounds but examined the substance of it, the applicant made normal use of the remedies which were accessible to him and which related, in substance, to the facts complained of at the European level (see, *mutatis mutandis*, *Zarb Adami*, cited above).

58. The mere fact that the applicant could have attempted to remedy the alleged violation in alternative ways throughout the different stages of the proceedings or that he waited till the end of the proceedings to make such complaint, as was permissible under domestic law, does not alter this conclusion. Under the established case-law, when a remedy has been pursued, use of another remedy which has essentially the same objective is not required (see, *inter alia*, *Kozacıoğlu v. Turkey* [GC], no. 2334/03, § 40, 19 February 2009).

59. It follows that the application cannot be rejected for non-exhaustion of domestic remedies and that the Government's objection is therefore dismissed.

### **C. Incompatibility *ratione materiae***

#### *1. The Chamber's conclusion*

60. Distinguishing between the injunction proceedings arising out of the main action and the proceedings complained of, the Chamber considered the latter as "post-injunction proceedings", that is, a new and distinct set of proceedings by which the flaws of the interim injunction decision could be contested. Both the Court of First Instance and the Court of Appeal had examined the merits of Mrs M.'s complaint and therefore determined the dispute over "the right to be heard" in the injunction proceedings. Thus, the applicant could claim on at least arguable grounds that the proceedings were covered by Article 6. Moreover, when the applicant eventually complained of the unfairness of these "post-injunction proceedings", the constitutional jurisdiction looked at the merits of the applicant's complaint regarding

the impartiality of the Court of Appeal and, consequently, recognised the applicability of Article 6 to these proceedings. The Chamber noted that according to the Court's judgment in *Vilho Eskelinen and Others v. Finland* ([GC], no. 63235/00, § 61, ECHR 2007-II) independently of the Court's autonomous application of Article 6, its applicability would be recognised by the Court, if the domestic system had recognised it formerly: "if a domestic system bars access to a court, the Court will verify that the dispute is indeed such as to justify the application of the exception to the guarantees of Article 6. If it does not, then there is no issue and Article 6 § 1 will apply." Furthermore, the concept of a "civil right" under Article 6 § 1 could not be construed as limiting an enforceable right in domestic law within the meaning of Article 53 of the Convention (see *Okyay and Others v. Turkey*, no. 36220/97, § 68, ECHR 2005-VII). It followed that Article 6 was applicable to the present case.

## 2. *The Government's submissions*

61. The Government submitted that, as evidenced by the documents submitted to the Grand Chamber, they had contested the applicability of Article 6 during the domestic proceedings, albeit not in their initial submissions before the domestic court. However, under domestic law, they were not estopped from putting forward this objection at a later stage of the domestic proceedings. Moreover, the only reason why the domestic court had not dealt with this issue was that it had accepted their preliminary objection based on the argument that the case was frivolous and vexatious.

62. The proceedings complained of concerned the allegation that the right to be heard had been breached during injunction proceedings. Firstly, the latter were not covered by Article 6 as they were preliminary precautionary measures without any determination of the merits of any right or obligation claimed. Whether or not a claimant was successful in obtaining an injunction, he or she could institute the appropriate action to put forward his or her claim on the merits. It followed that any action arising from injunction proceedings did not also determine any rights or obligations. Even if, according to procedural law, these proceedings had to be instituted by means of a separate action, they were a continuation of injunction proceedings, equivalent to an appeal against the injunction, and therefore could not in any way determine the merits of the initial claim.

63. Moreover, the right to be heard in injunction proceedings was not established in Maltese law. According to domestic case-law, such guarantees could be done away with in injunction proceedings in view of the particular requirements, for example speediness, of such an action. The fact that the Civil Court (First Hall) had found in favour of Mrs M., stating that a

right to be heard existed when injunction proceedings were set down for a hearing, did not suffice to give the applicant an arguable claim and make Article 6 applicable to such proceedings, since this did not amount to a determination of civil rights.

64. The only civil right arising in the various sets of proceedings in the present case was the right to hang out the washing, which was the central part of the merits of the original claim that was conclusively decided on 6 March 1992, no appeal having been lodged against it. Indeed, as stated by the Court of Appeal, the arguments on the right to be heard in injunction proceedings could easily have been submitted when defending the substantive action and that was what economy of proceedings demanded.

65. With respect to the Chamber's interpretation of *Vilho Eskelinen and Others* (cited above) and of Article 53 of the Convention, the Government shared the view of the three judges in their dissenting opinion attached to the Chamber judgment and the intervener's observations.

### 3. *The applicant's submissions*

66. The applicant submitted that once a warrant of prohibitory injunction was issued, it continued to have effect until the final outcome of the proceedings, unless it was revoked before that date. Thus, the injunction proceedings in which the warrant was granted affected the civil rights of the parties, albeit provisionally, for a certain period of time. Thus, considering the far-reaching effects resulting from such a warrant, Article 6 of the Convention applied, especially in the Maltese context.

67. However, the proceedings complained of were distinct from the injunction proceedings and also covered by Article 6. They constituted formal *ad hoc* proceedings instituted by a writ of summons followed by an appeal petition and concluded by a judgment at first instance and a judgment on appeal. Indeed, they were listed for hearing before a different court and not before the judge who decided the injunction proceedings. The civil right at issue in these proceedings was "the right to be heard" and the nature of the case was not different from that of any other case before the ordinary domestic courts.

68. The applicant submitted that the fact that the original proceedings, regarding the right to hang out the washing, had been concluded on 6 March 1992 did not render the judgment complained of with no practical effect. Indeed, it had been Mr F. who had lodged the appeal and who had not sought to withdraw it once the merits of the original complaint had been determined, thus reaffirming the utility and separate nature of this action. Moreover, since the Government had not correctly submitted this plea in domestic proceedings nor had the domestic courts raised it of their

own motion, the Government should not be allowed to raise the plea now, otherwise they would be in a more favourable position than the applicant, who had to exhaust all his claims before the domestic courts.

69. The applicant submitted that the *Vilho Eskelinen and Others* judgment (cited above) need not be relied on in the present case since Article 6 was in any case applicable for the above reasons. Moreover, he agreed with the Chamber's interpretation of Article 53 of the Convention, whereby the protection of human rights in any area could not be lower before the Court than before the domestic courts.

#### 4. *The submissions of the third-party Government*

70. The Government of the Czech Republic submitted that the Court should adhere to its case-law that Article 6 did not apply to proceedings concerning interim measures because they were only provisional determinations. They submitted that interim measures could not be seen as independent proceedings but only within the context of the main proceedings. Accordingly, a departure from the Court's jurisprudence in the matter could be accepted in so far as the provisional aspect no longer constituted a valid reason for "that part of the proceedings" not to be covered by Article 6. It followed that Article 6 could be applicable to interim measures; however, a violation would arise only where any shortcoming in the interim measure proceedings rendered the entire proceedings unfair. It followed that it would be difficult to imagine the finding of a violation where the main proceedings had been definitively disposed of.

71. Moreover, Article 6 should be applicable only on condition that the measure sought concerned, albeit provisionally, the determination, the existence, scope or conditions of civil rights and obligations. The same held for proceedings ancillary to the interim measure proceedings, though it would be difficult for a procedural right (such as the right to be heard as in the present case) to qualify as a civil right.

72. They further submitted that the judgment in *Vilho Eskelinen and Others* (cited above) was limited to proceedings between civil servants and the State in relation to access to court. Moreover, giving protection at domestic level did not mean that Article 6 was applicable and whether or not applicability was contested in domestic proceedings was an irrelevant factor that should not be considered by the Court.

73. In respect of Article 53 of the Convention, the Czech Government submitted that this provision was put in place to prevent the standard attained in the protection of human rights from being lowered on the ground that a certain right was not guaranteed by the Convention. They

reiterated that there was nothing preventing national courts from going beyond the standards established by the Convention.

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

#### (a) **General principles**

74 The Court reiterates that for Article 6 § 1 in its “civil” limb to be applicable, there must be a dispute (*contestation* in the French text) over a “civil right” which can be said, at least on arguable grounds, to be recognised under domestic law, irrespective of whether it is also protected under the Convention. The dispute must be genuine and serious; it may relate not only to the actual existence of a right but also to its scope and the manner of its exercise; and, finally, the result of the proceedings must be directly decisive for the right in question, mere tenuous connections or remote consequences not being sufficient to bring Article 6 § 1 into play (see, *inter alia*, *Mennitto v. Italy* [GC], no. 33804/96, § 23, ECHR 2000-X, and *Gülmez v. Turkey*, no. 16330/02, § 28, 20 May 2008). The character of the legislation which governs how the matter is to be determined (civil, commercial, administrative law, and so on) and that of the authority which is invested with jurisdiction in the matter (ordinary court, administrative body, and so forth) are therefore of little consequence (see *J.S. and A.S. v. Poland*, no. 40732/98, § 46, 24 May 2005).

75. Preliminary proceedings, like those concerned with the grant of an interim measure such as an injunction, are not normally considered to determine civil rights and obligations and do not therefore normally fall within the protection of Article 6 (see, *inter alia*, *Wiot v. France* (dec.), no. 43722/98, 15 March 2001; *APIS a.s. v. Slovakia* (dec.), no. 39754/98, 13 January 2000; *Verlagsgruppe News GmbH v. Austria* (dec.), no. 62763/00, 16 January 2003; and *Libert v. Belgium* (dec.), no. 44734/98, 8 July 2004). It follows that in length-of-proceedings cases, the Court has applied Article 6 only from the initiation of the case on the merits and not from the preliminary request for such measures (see *Jaffredou v. France* (dec.), no. 39843/98, 15 December 1998, and *Kress v. France* [GC], no. 39594/98, § 90, ECHR 2001-VI). Nevertheless, in certain cases, the Court has applied Article 6 to interim proceedings, notably by reason of their being decisive for the civil rights of the applicant (see *Aerts v. Belgium*, 30 July 1998, *Reports* 1998-V, and *Boca v. Belgium*, no. 50615/99, ECHR 2002-IX). Moreover, it has held that an exception is to be made to the principle that Article 6 will not apply when the character of the interim decision exceptionally requires otherwise because the measure requested was drastic, disposed of the main action to a considerable degree, and unless reversed on appeal would have

affected the legal rights of the parties for a substantial period of time (see *Markass Car Hire Ltd v. Cyprus* (dec.), no. 51591/99, 23 October 2001).

**(b) Classification of the proceedings in the present case**

76. The present case deals with four tiers of proceedings, (i) the proceedings granting the injunction; (ii) the set of proceedings in which the fairness of the injunction was contested (the appeal against which is the subject of the complaint before this Court); (iii) the main proceedings regarding Mr F.'s claim; and (iv) the set of constitutional proceedings.

77. Unlike the Chamber, the Grand Chamber considers that it is more appropriate to take a global approach when considering the proceedings. A request for an injunction was granted as a preliminary measure which was followed by the main action on the merits of the case. Meanwhile, another set of proceedings was instituted to contest the fairness of the injunction granted. The Grand Chamber, like the Government, views the latter as analogous to what in other jurisdictions would classify as an appeal against the injunction. It has not been contested that at the time of the present case, the Maltese legal system did not allow for an appeal against such an injunction. It was however possible for injunctions to be impugned in a "fresh" set of proceedings which allowed for two levels of jurisdiction, namely, the Civil Court (First Hall) in its ordinary jurisdiction and the Court of Appeal. Thus, the injunction proceedings and the consequent challenge to their fairness cannot be seen as distinct from each other. They were one set of proceedings connected to the merits of the cause that fell to be determined in the main action. The fact that they involved three levels of jurisdiction does not mean that they should be regarded as anything other than traditional injunction proceedings. Accordingly, the Grand Chamber will decide on the applicability of Article 6 to the present case on this basis.

**(c) Whether there is a need for a development of the case-law**

78. The Court observes that there is widespread consensus among Council of Europe member States, which either implicitly or explicitly provide for the applicability of Article 6 guarantees to interim measures, including injunction proceedings (as explained in paragraph 31 above). Similarly, as can be seen from its case-law (see paragraph 32 above), the European Court of Justice ("the ECJ") considers that provisional measures must be subject to the guarantees of a fair trial, particularly to the right to be heard.

79. The exclusion of interim measures from the ambit of Article 6 has so far been justified by the fact that they do not in principle determine civil rights and obligations. However, in circumstances where many Contracting

States face considerable backlogs in their overburdened justice systems leading to excessively long proceedings, a judge's decision on an injunction will often be tantamount to a decision on the merits of the claim for a substantial period of time, even permanently in exceptional cases. It follows that, frequently, interim and main proceedings decide the same "civil rights or obligations" and have the same resulting long-lasting or permanent effects.

80. Against this background the Court no longer finds it justified to automatically characterise injunction proceedings as not determinative of civil rights or obligations. Nor is it convinced that a defect in such proceedings would necessarily be remedied at a later stage, namely, in proceedings on the merits governed by Article 6 since any prejudice suffered in the meantime may by then have become irreversible and with little realistic opportunity to redress the damage caused, except perhaps for the possibility of pecuniary compensation.

81. The Court thus considers that, for the above reasons, a change in the case-law is necessary. While it is in the interests of legal certainty, foreseeability and equality before the law that the Court should not depart, without good reason, from precedents laid down in previous cases, a failure by the Court to maintain a dynamic and evolutive approach would risk rendering it a bar to reform or improvement (see, *mutatis mutandis*, *Mamatkulov and Askarov v. Turkey* [GC], nos. 46827/99 and 46951/99, § 121, ECHR 2005-I, and *Vilho Eskelinen and Others*, cited above, § 56). It must be remembered that the Convention is designed to "guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective" (see, *inter alia*, *Folgerø and Others v. Norway* [GC], no. 15472/02, § 100, ECHR 2007-III, and *Salduz v. Turkey* [GC], no. 36391/02, § 51, ECHR 2008).

82. In this light, the fact that interim decisions which also determine civil rights or obligations are not protected by Article 6 under the Convention calls for a new approach.

**(d) The new approach**

83. As previously noted, Article 6 in its civil "limb" applies only to proceedings determining civil rights or obligations. Not all interim measures determine such rights and obligations and the applicability of Article 6 will depend on whether certain conditions are fulfilled.

84. Firstly, the right at stake in both the main and the injunction proceedings should be "civil" within the autonomous meaning of that notion under Article 6 of the Convention (see, *inter alia*, *Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece*, 9 December 1994, § 39, Series A

no. 301-B; *König v. Germany*, 28 June 1978, §§ 89-90, Series A no. 27; *Ferrazzini v. Italy* [GC], no. 44759/98, §§ 24-31, ECHR 2001-VII; and *Roche v. the United Kingdom* [GC], no. 32555/96, § 119, ECHR 2005-X).

85. Secondly, the nature of the interim measure, its object and purpose as well as its effects on the right in question should be scrutinised. Whenever an interim measure can be considered effectively to determine the civil right or obligation at stake, notwithstanding the length of time it is in force, Article 6 will be applicable.

86. However, the Court accepts that in exceptional cases – where, for example, the effectiveness of the measure sought depends upon a rapid decision-making process – it may not be possible immediately to comply with all of the requirements of Article 6. Thus, in such specific cases, while the independence and impartiality of the tribunal or the judge concerned is an indispensable and inalienable safeguard in such proceedings, other procedural safeguards may apply only to the extent compatible with the nature and purpose of the interim proceedings at issue. In any subsequent proceedings before the Court, it will fall to the Government to establish that, in view of the purpose of the proceedings at issue in a given case, one or more specific procedural safeguards could not be applied without unduly prejudicing the attainment of the objectives sought by the interim measure in question.

**(e) Applicability of Article 6 in the present case**

87. The Court notes that the substance of the right at stake in the main proceedings concerned the use by neighbours of property rights in accordance with Maltese law, and therefore a right of a civil character according to both domestic law and the Court's case-law (see *Ferrazzini*, cited above, § 27, and *Zander v. Sweden*, 25 November 1993, § 27, Series A no. 279-B). The purpose of the injunction was to determine, albeit for a limited period, the same right as the one being contested in the main proceedings, and which was immediately enforceable. It follows that the injunction proceedings in the present case fulfil the criteria for Article 6 to be applicable and no reasons have been established by the Government to limit the scope of its application in any respect (see paragraph 86 above).

88. The Court observes that the applicant's complaint concerned appeal proceedings which ended with a judgment of 5 February 1993, at a time when the merits of the main claim had already been determined by a judgment of 6 March 1992. Consequently, the Court is aware that at the time of the contested judgment the dispute at issue had actually been resolved. However, in 1990, when the proceedings were instituted, the merits of the claim had not yet been determined, and Article 6 was,

in principle, applicable as has been established above. The Court sees no reason why Article 6 should not have continued to apply to those same proceedings at a later stage. Moreover, it notes that the continuation of those proceedings was not due to any fault on the part of Mrs M. since it was Mr F. who appealed.

89. It follows that Article 6 is applicable to the proceedings complained of and that the Government's objection must therefore be dismissed.

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

### A. The Chamber's conclusion

90. The Chamber was not persuaded that there was sufficient evidence that the Chief Justice displayed personal bias. However, it found that the close family ties between the opposing party's advocate and the judge sufficed to justify objectively the applicant's fears that the presiding judge lacked impartiality and that the facts of the present case did nothing to dispel the applicant's concerns. It therefore found a violation of Article 6 § 1 (impartiality of tribunal) and held it unnecessary to examine separately the complaint regarding the equality-of-arms principle.

### B. The applicant's submissions

91. The applicant submitted that the present case reflected both subjective and objective bias on the part of the Chief Justice, contrary to Article 6 of the Convention. The Chief Justice had been biased on account of the fact that his brother had been the lawyer of the opposing party during the injunction proceedings. His bias was evident from the incident of 12 October 1992, which left both the other judges on the panel speechless, as well as from the final judgment. The latter judgment found against Mrs M. and ordered the removal from the records of a report drawn up by the judicial assistant which had been in favour of Mrs M. and made reference to her legal counsel's actions *vis-à-vis* the brother of the Chief Justice (see paragraph 20 above). Indeed, since the personal impartiality of a judge was presumed until there was proof to the contrary, the applicant had had no reason to request the judge's withdrawal until the above events occurred. However, the Chief Justice should have known that he himself would have brought up the issue related to his brother and should therefore have withdrawn of his own motion. Moreover, the applicant opined that the Chief Justice's behaviour during the incident and the sibling relationship were not separate issues but reflected two sides of the same coin.

### C. The Government's submissions

92. The Government submitted that no issue as to impartiality arose in the present case. Had legal counsel been concerned about the alleged bias, the obvious course of action would have been to request the judge to withdraw, which he had not done. On the contrary, legal counsel had accepted that the incident had been defused after meeting the Chief Justice in chambers. Indeed, at the domestic level the applicant had not based his allegation of a lack of fair hearing, on grounds of the alleged denial of his right to make submissions, on the family relationships of the Chief Justice; that connection had only been made before this Court. Moreover, the Court of Appeal judgment did not disclose any bias on the part of the Chief Justice and even if it did, this could not give rise to *ex post facto* concerns. The Court of Appeal was impartial within the meaning of Article 6 § 1 of the Convention notwithstanding the Chief Justice's family ties with the lawyers of Mrs M.'s opponent.

### D. The Court's assessment

#### 1. General principles

93. Impartiality normally denotes the absence of prejudice or bias and its existence or otherwise can be tested in various ways. According to the Court's constant case-law, the existence of impartiality for the purposes of Article 6 § 1 must be determined according to a subjective test where regard must be had to the personal conviction and behaviour of a particular judge, that is, whether the judge held any personal prejudice or bias in a given case; and also according to an objective test, that is to say by ascertaining whether the tribunal itself and, among other aspects, its composition, offered sufficient guarantees to exclude any legitimate doubt in respect of its impartiality (see, *inter alia*, *Fey v. Austria*, 24 February 1993, §§ 27, 28 and 30, Series A no. 255-A, and *Wettstein v. Switzerland*, no. 33958/96, § 42, ECHR 2000-XII).

94. As to the subjective test, 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, *Kyprianou v. Cyprus* [GC], no. 73797/01, § 119, ECHR 2005-XIII). The Court has held that the personal impartiality of a judge must be presumed until there is proof to the contrary (see *Wettstein*, cited above, § 43). As regards the type of proof required, the Court has, for example, sought to ascertain whether a judge has displayed hostility or ill will for personal reasons (see *De Cubber v. Belgium*, 26 October 1984, § 25, Series A no. 86).

95. In the vast majority of cases raising impartiality issues the Court has focused on the objective test. However, there is no watertight division between subjective and objective impartiality since the conduct of a judge may not only prompt objectively held misgivings as to impartiality from the point of view of the external observer (objective test) but may also go to the issue of his or her personal conviction (subjective test) (see *Kyprianou*, cited above, § 119). Thus, in some cases where it may be difficult to procure evidence with which to rebut the presumption of the judge's subjective impartiality, the requirement of objective impartiality provides a further important guarantee (see *Pullar v. the United Kingdom*, 10 June 1996, § 32, *Reports* 1996-III).

96. As to the objective test, it must be determined whether, quite apart from the judge's conduct, there are ascertainable facts which may raise doubts as to his impartiality. This implies that, in deciding whether in a given case there is a legitimate reason to fear that a particular judge or a body sitting as a bench lacks impartiality, the standpoint of the person concerned is important but not decisive. What is decisive is whether this fear can be held to be objectively justified (see *Wettstein*, cited above, § 44, and *Ferrantelli and Santangelo v. Italy*, 7 August 1996, § 58, *Reports* 1996-III).

97. The objective test mostly concerns hierarchical or other links between the judge and other actors in the proceedings (see court martial cases, for example, *Miller and Others v. the United Kingdom*, nos. 45825/99, 45826/99 and 45827/99, 26 October 2004; see also cases regarding the dual role of a judge, for example, *Mežnarić v. Croatia*, no. 71615/01, 15 July 2005, § 36, and *Wettstein*, cited above, § 47, where the lawyer representing the applicant's opponents subsequently judged the applicant in a single set of proceedings and overlapping proceedings respectively) which objectively justify misgivings as to the impartiality of the tribunal, and thus fail to meet the Convention standard under the objective test (see *Kyprianou*, cited above, § 121). It must therefore be decided in each individual case whether the relationship in question is of such a nature and degree as to indicate a lack of impartiality on the part of the tribunal (see *Pullar*, cited above, § 38).

98. In this respect even appearances may be of a certain importance or, in other words, "justice must not only be done, it must also be seen to be done" (see *De Cubber*, cited above, § 26). What is at stake is the confidence which the courts in a democratic society must inspire in the public. Thus, any judge in respect of whom there is a legitimate reason to fear a lack of impartiality must withdraw (see *Castillo Algar v. Spain*, 28 October 1998, § 45, *Reports* 1998-VIII).

99. Moreover, in order that the courts may inspire in the public the confidence which is indispensable, account must also be taken of questions of internal organisation (see *Piersack v. Belgium*, 1 October 1982, § 30 (d), Series A no. 53). The existence of national procedures for ensuring impartiality, namely rules regulating the withdrawal of judges, is a relevant factor. Such rules manifest the national legislature's concern to remove all reasonable doubts as to the impartiality of the judge or court concerned and constitute an attempt to ensure impartiality by eliminating the causes of such concerns. In addition to ensuring the absence of actual bias, they are directed at removing any appearance of partiality and so serve to promote the confidence which the courts in a democratic society must inspire in the public (see *Mežnarić*, cited above, § 27). The Court will take such rules into account when making its own assessment as to whether a tribunal was impartial and, in particular, whether the applicant's fears can be held to be objectively justified (see, *mutatis mutandis*, *Pescador Valero v. Spain*, no. 62435/00, §§ 24-29, ECHR 2003-VII).

## 2. *Application to the present case*

100. The Court notes that specific provisions regarding the challenging of judges were set out in Article 734 of the Code of Organisation and Civil Procedure (see paragraph 28 above). The Grand Chamber, like the Chamber, cannot but observe that Maltese law as it stood at the time of the present case was deficient on two levels. Firstly, there was no automatic obligation for a judge to withdraw in cases where impartiality could be an issue, a matter which remains unchanged in the law in force at present. Secondly, at the time of the present case the law did not recognise as problematic – and therefore as a ground for challenge – a sibling relationship between judge and advocate, let alone that arising from relationships of a lesser degree such as those of uncles or aunts in respect of nephews or nieces. Thus, the Grand Chamber, like the Chamber, considers that the law in itself did not give adequate guarantees of subjective and objective impartiality.

101. The Court is not persuaded that there is sufficient evidence that the Chief Justice displayed personal bias. It therefore prefers to examine the case under the objective impartiality test which provides for a further guarantee.

102. As to the objective test, this part of the complaint is directed at a defect in the relevant law under which it was not possible to challenge judges on the basis of a relationship with a party's advocate unless it was a first-degree relationship of consanguinity or affinity (see paragraph 28 above). Consequently, in the present case, Mrs M. was faced with a panel of

three judges, one of whom was the uncle of the opposing party's advocate and the brother of the advocate acting for the opposing party during the first-instance proceedings whose conduct was at issue in the appeal. The Grand Chamber is of the view that the close family ties between the opposing party's advocate and the Chief Justice sufficed to objectively justify fears that the presiding judge lacked impartiality. It cannot be overlooked that Malta is a small country and that entire families practising law are a common phenomenon. Indeed, the Government have also acknowledged that this had become a recurring issue which necessitated action resulting in an amendment to the relevant law, which now includes sibling relationships as a ground for withdrawal (see paragraph 29 above).

103. The foregoing considerations are sufficient to enable the Court to conclude that the composition of the court was not such as to guarantee its impartiality and that it failed to meet the Convention standard under the objective test.

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

105. Having found a violation of this provision, the Court considers that there is no need to make a separate ruling on the complaint that the judge's behaviour affected Mrs M.'s right to make submissions.

### III. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

106. 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**

##### *1. The Chamber judgment*

107. The Chamber considered that the finding of a violation constituted in itself sufficient just satisfaction for any non-pecuniary damage which the applicant may have suffered.

##### *2. The parties' submissions*

108. The applicant maintained his claim of 5,000 euros (EUR) for non-pecuniary damage suffered.

109. The Government submitted that there were no reasons to revise the Chamber's conclusion.

### 3. *The Court's decision*

110. The Grand Chamber agrees with the Chamber that in respect of the distress allegedly caused in the circumstances of the present case the finding of a violation constitutes in itself sufficient just satisfaction for any non-pecuniary damage which the applicant may have suffered (see *Chmelíř v. the Czech Republic*, no. 64935/01, § 74, ECHR 2005-IV, and *Coyne v. the United Kingdom*, 24 September 1997, § 64, *Reports* 1997-V).

## **B. Costs and expenses**

### 1. *The Chamber judgment*

111. The Chamber rejected the costs claimed for the proceedings before the first-instance and appeal courts, since they were not incurred to prevent or redress the violations found. It further rejected the sums claimed for professional legal fees for the domestic constitutional proceedings because the applicant had failed to prove that these had actually been incurred. It considered however that the applicant had incurred some costs, both at the national and at the European level, in order to put right the violation of the Convention and awarded the applicant EUR 2,000 for the costs incurred before the domestic courts and for the proceedings before it.

### 2. *The parties' submissions*

112. The applicant claimed EUR 1,177 for the proceedings before the Chamber, including EUR 850 for written pleadings, EUR 250 for translation of documents and EUR 77 for administrative costs, and EUR 2,193 for the proceedings before the Grand Chamber, including EUR 850 for written submissions, EUR 350 in connection with the preparation of the legal aid request, EUR 300 for preparation of the address to the Grand Chamber, EUR 250 for translation of written pleadings, EUR 300 for the appearance at the oral hearing and EUR 143 for administrative costs.

113. The Government submitted that the amount claimed for the proceedings before the Chamber was less than that awarded by the Chamber and the amount claimed for the proceedings before the Grand Chamber was excessive and various items constituted double billing.

### 3. *The Court's decision*

114. The Grand Chamber notes that the award of the Chamber covered the costs and expenses of the domestic proceedings and those of the Convention proceedings up to the Chamber judgment, and, accordingly, confirms the award of EUR 2,000 made by the Chamber.

115. In respect of the costs and expenses for the proceedings before the Grand Chamber, the Court reiterates that 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, regard being had to the above criteria and the information in its possession, notably the fact that the applicant did not submit any evidence substantiating the claims and the absence of details as to the number of hours worked and the rate charged per hour, the Court is not convinced that all the costs incurred in the Grand Chamber proceedings were necessarily incurred and were reasonable as to quantum. Taking into account the sum of EUR 1,854.86 in legal aid paid by the Council of Europe in respect of the Grand Chamber proceedings, the Court does not make an award under his head.

116. Consequently, the Court confirms the award of EUR 2,000 under the head of costs and expenses for proceedings before the Chamber.

### **C. Default interest**

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

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

1. *Dismisses* by eleven votes to six the preliminary objections submitted by the Government;
2. *Holds* by eleven votes to six that there has been a violation of Article 6 § 1 of the Convention in respect of the impartiality requirement;
3. *Holds* unanimously that it is not necessary to examine separately the applicant's complaint concerning Mrs M.'s right to make submissions;
4. *Holds* by eleven votes to six
  - (a) that the respondent State is to pay the applicant, within three months, EUR 2,000 (two thousand euros) plus any tax that may be chargeable to the applicant, in respect of costs and expenses;
  - (b) that from the expiry of the above-mentioned three months until settlement simple interest shall be payable on the above amount at a rate equal to the marginal lending rate of the European Central Bank during the default period plus three percentage points;
5. *Dismisses* unanimously the remainder of the applicant's claim for just satisfaction.

Done in English and in French, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 15 October 2009.

Michael O'Boyle  
Deputy Registrar

Jean-Paul Costa  
President

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

- (a) joint dissenting opinion of Judges Costa, Jungwiert, Kovler and Fura;
- (b) partly dissenting opinion of Judges David Thór Björgvinsson and Malinverni;
- (c) joint concurring opinion of Judges Rozakis, Tulkens and Kalaydjieva.

J.-P.C.  
M.O'B.

JOINT DISSENTING OPINION OF JUDGES COSTA,  
JUNGWIERT, KOVLER AND FURA

(Translation)

There are several reasons why we have not been able to agree with the majority of the Grand Chamber in this case.

1. First of all, Mrs M., the applicant's sister (now deceased), does not appear to us to have incurred a significant disadvantage in this case, which concerned a trivial dispute between neighbours, and respect for human rights did not, in our view, require our Court to examine this case on the merits. Admittedly, Protocol No. 14 (which has been signed and ratified by Malta) has not yet come into force. However, without waiting for the amendment to Article 35 § 3 of the Convention that will be made once this Protocol does come into force, it is surprising that the Court – overburdened as it is with applications – did not consider this application to be inadmissible, particularly as an “abuse of the right of application” within the meaning of Article 35 § 3 *in fine* of the current text. It will suffice to recall how the case originated: it started in 1985 with an injunction being taken out to restrain Mrs M. from hanging her washing out to dry over her neighbour's yard. The Civil Court subsequently made two orders, followed by a judgment; after that, the Court of Appeal gave a judgment, and then Mrs M. lodged a constitutional appeal which her brother – the applicant – took up nine years after it had been lodged, following his sister's death. The Civil Court and the Constitutional Court ruled two and three years later respectively, and, lastly, a Chamber of the European Court of Human Rights, by a majority of four votes to three, declared the application admissible and found a violation of Article 6 § 1 of the Convention. The disproportion between the triviality of the facts and the extensive use – or rather over-use – of court proceedings is an affront to good sense, especially as serious human rights violations subsist in a number of States Parties. Is it really the role of our Court to determine cases such as this?

2. Next, we are not at all convinced that the applicant can be considered to have victim status. In this respect we fully agree with the very well argued opinion of our colleagues, Judges Davíd Thór Björgvinsson and Malinverni.

Whatever the importance of sibling ties, we do not see any sufficient interest on the part of the applicant in lodging an application with the Court alleging impartiality of the domestic courts fourteen years after Mrs M.'s death. We are verging on an *actio popularis* here. In this respect too there is an element of abuse of the right of petition because even if impartiality, which is a fundamental plank of the right to a fair trial, is a matter of general

interest, Mr Micallef cannot rely on it without having personally sustained prejudice. Moreover, the European Court of Human Rights, which does not have the power to deliver opinions on its own initiative, has always taken care to rule *in concreto* and not decide legal issues in the abstract.

3. We will pass over the Government's preliminary objection regarding the failure to exhaust domestic remedies, debatable though it is.

4. However, we cannot find Article 6 § 1 applicable in the present case. It is clearly not applicable under its criminal limb. As regards its civil limb, we entirely agree with the view expressed in the dissenting opinion annexed to the Chamber judgment (opinion of Judge Bratza, joined by Judges Traja and Hirvelä). In substance, we find that the Grand Chamber stretches the notion of a dispute over civil rights and obligations to an almost unlimited degree and places undue weight on the decision in *Vilho Eskelinen and Others v. Finland* ([GC], no. 63235/00, ECHR 2007-II), which was confined to extending the applicability of Article 6 § 1 to disputes involving civil servants, thus reversing the decision in *Pellegrin v. France* ([GC], no. 28541/95, ECHR 1999-VIII – see paragraph 61 of the judgment in *Vilho Eskelinen and Others*, cited in point 11 of the above-mentioned dissenting opinion of Judge Bratza).

We have also observed the following procedural anomaly. In the present *Micallef* case the Civil Court gave a judgment *on the merits* (and not in interlocutory proceedings) on 6 March 1992. In that judgment the court recognised the merits of the complaints made by the neighbour, Mr F., and awarded costs against Mrs M. The latter never appealed against that judgment, which accordingly became final. Article 6 § 1 could have been found to be applicable to those proceedings, but by preferring to continue the proceedings relating to the *interlocutory* application, Mrs M., and subsequently the applicant – her brother – chose to pursue proceedings which, in our view, did not concern a dispute over civil rights or obligations and, in any event, did not settle it. As our colleague, Judge Bratza, explained, proceedings relating to interim orders should only very exceptionally attract the protection of Article 6 § 1 because this provision requires the court to *determine* civil rights (*décide d'une contestation* in French). This was not the case here. This argument supplements and supports those expressed in the excellent dissenting opinion annexed to the Chamber judgment.

5. So – assuming that Mr Micallef can be regarded as a victim (of what?) – Article 6 § 1 is inapplicable. Accordingly, it cannot have been infringed.

PARTLY DISSENTING OPINION OF JUDGES  
DAVÍD THÓR BJÖRGVINSSON AND MALINVERNI

(Translation)

1. We disagree with the majority in this case in that, in our view, the applicant could not claim to be a victim of a violation of Article 6. According to the case-law, in order to claim to be a victim of a violation of the Convention, a person must be directly affected by the impugned measure (see *Burden v. the United Kingdom* [GC], no. 13378/05, § 33, ECHR 2008).

Admittedly, the Court has always stated that the concept of victim cannot be applied in a rigid, mechanical and inflexible way (see *Karner v. Austria*, no. 40016/98, 24 July 2003, § 25, ECHR 2003-IX). It has, for example, recognised that the cases before it generally also have a moral dimension and that persons near to an applicant may thus have a legitimate interest in seeing to it that justice is done. This holds true all the more if the leading issue raised by the case transcends the individual and the interests of the applicant and may affect other persons.

We also know that the Court may decide, in certain circumstances, that respect for human rights as defined in the Convention and the Protocols thereto requires the Court to continue the examination of the case (Article 37 § 1 *in fine* of the Convention), where it raises an issue of general interest (see *Karner*, cited above, and *Marie-Louise Loyen and Bruneel v. France*, no. 55929/00, § 29, 5 July 2005). Such an issue may arise in particular where an application concerns the legislation or a legal system or practice of the respondent State (see *Altun v. Germany*, no. 10308/83, Commission decision of 3 May 1983, Decisions and Reports 36, p. 209, and, *mutatis mutandis*, *Karner*, cited above, §§ 26 and 28).

Regarding more particularly complaints under Article 6, the Court has been prepared to recognise the standing of a relative either when the complaints were of a general interest and the applicants, as heirs, had a legitimate interest in pursuing the application (see *Marie-Louise Loyen and Bruneel*, cited above, § 29, and, conversely, *Biç and Others v. Turkey*, no. 55955/00, § 23, 2 February 2006), or on the basis of the direct effect on the applicant's patrimonial rights (see *Ressegatti v. Switzerland*, no. 17671/02, § 25, 13 July 2006).

2. It is mainly on the basis of the foregoing considerations that, like the Chamber, the majority of the Grand Chamber held that the applicant had standing to lodge the application with the Court (see paragraphs 49-51 above).

3. We would point out, for our part, that even if, in assessing the applicant's victim status, it takes account of the fact that the applicant, as in this case, was a party to the domestic proceedings, the Court interprets the concept of victim autonomously (see *Sanles Sanles v. Spain* (dec.), no. 48335/99, ECHR 2000-XI).

4. In the present case the direct victim, Mrs M., died during the constitutional proceedings at domestic level.

In assessing the victim status of an applicant in the event of the death of the direct victim, the case-law makes a distinction according to whether the death occurred *before* or *after* the application was lodged with the Court.

(a) Where the direct victim has died *after* the application was lodged with the Court, the latter normally grants the members of the victim's family leave to pursue the application, on condition that they have a sufficient interest.

Accordingly, in *Malhous v. the Czech Republic* ((dec.) [GC], no. 33071/96, ECHR 2000-XII), the Court recognised the victim status of the applicant's nephew, who had sought leave to pursue the application lodged with the Court by the applicant, on the ground that the latter had designated his nephew as universal heir of his estate and that there were prospects of his being eventually recognised as such, in which case at least part of the applicant's estate would accrue to him.

Similarly, in *Dalban v. Romania* ([GC], no. 28114/95, ECHR 1999-VI) the Court recognised the victim status of the applicant's widow, who had merely pursued the proceedings instituted before the Court by her husband before he died.

(b) The situation is different, however, where the direct victim has died *before* having lodged an application with the Court. Thus, in *Fairfield v. the United Kingdom* ((dec.) no. 24790/04, ECHR 2005-VI), the Court found that the daughter and executors of a person who had died – the application had been lodged in that person's name after his death – did not have victim status even though the executors had been granted leave to pursue the appeal at domestic level.

An analysis of the case-law shows that where the direct victim has died *before* the application was lodged with the Court, the latter will only very exceptionally recognise the members of the victim's family as having victim status. This will be the case where, for example, the very nature of the alleged violation has prevented the direct victim from asserting his or her complaints in person. Thus the members of the family of a person missing and presumed dead have standing to rely on Article 2.

Such will also be the case where an applicant is himself affected by what he considers to be the adverse consequences of the alleged violation. In

*Ressegatti* (cited above, § 25), the Court held that the alleged violation of the right to a fair trial had had a direct effect on the applicants' patrimonial rights given that, by virtue of their capacity as heirs, the judgment had become binding on them and that, by virtue of the *res judicata* principle, they could not obtain any further decision in the same case.

5. In our opinion, the above-mentioned conditions were not fulfilled in the present case. As the concept of victim is an autonomous one, it is irrelevant, in our view, that the domestic courts did not reject the application lodged by the applicant with a view to intervening in the proceedings in his capacity as brother and heir of the complainant or that they did not refuse to rule on his application.

While it is true that the legal issue raised in the present case concerned the proper administration of justice and could be considered to constitute a matter of general interest, it did not, in our view, do so to the point of extending the concept of victim to such a degree. It is worth pointing out in this connection that in its judgment of 29 January 2004 the Civil Court dismissed Mrs M.'s claim as frivolous and vexatious (see paragraph 23 above). As the Court rightly stated in its decision in *Fairfield*, Article 34 does not institute for individuals a kind of *actio popularis* for the interpretation of the Convention or permit individuals to complain against a law.

Nor is the present case comparable to the *Ressegatti* case, because in this case the applicant had to pay only the costs of the proceedings instituted by his sister.

6. Lastly, it is debatable whether the applicant could still legitimately rely on a *current* interest seeing that on 6 March 1992 the court having jurisdiction to try the merits of the civil action brought by Mr F. found against Mrs M. and that, as no appeal had been lodged, that decision became final on 24 March 1992 (see paragraph 14 above).

7. This is where our disagreement with the majority ends. Aside from that, we approve this judgment and welcome the development of the case-law that it inaugurates, in so far as it extends the application of Article 6 to interim measures including injunctions (see paragraphs 78-89 above).

JOINT CONCURRING OPINION OF JUDGES ROZAKIS,  
TULKENS AND KALAYDJIEVA

While we are in agreement with the reasoning and the conclusions reached by the majority in the judgment, regretfully we have to contest a statement made by the Court in its judgment which is reflected particularly in paragraph 83 and deals with the “new approach” to be followed regarding the compatibility *ratione materiae* of interim measures of protection with Article 6 of the Convention.

In determining the question whether proceedings concerning interim measures of protection fall within the ambit of the protection of Article 6, in its civil limb, the Court rightly concludes that “[n]ot all interim measures determine civil rights and obligations”, and hence the guarantees of Article 6 are not applied indiscriminately to all cases where interim measures are at stake. Paragraph 83 of the judgment states that certain conditions must be fulfilled before the Court will decide that the rights and obligations in question attract the protection afforded by Article 6.

We fully agree with the finding of the Court, as stated in paragraph 85 of the judgment:

“... the nature of the interim measure, its object and purpose as well as its effects on the right in question should be scrutinised. Whenever an interim measure can be considered effectively to determine the civil right or obligation at stake, notwithstanding the length of time it is in force, Article 6 will be applicable.”

Yet that general and well-considered position seems to be contradicted by the position of the Court enunciated in paragraph 84 of the judgment, which precedes the general statement in paragraph 85, and provides:

“[In order for Article 6 to be applicable in a case concerning an interim measure], the right at stake in both the main and injunction proceedings should be ‘civil’ within the autonomous meaning of that notion under Article 6 of the Convention ...”

That means, in other words, that if proceedings concerning interim measures refer to a matter which is clearly *civil*, but the main proceedings concern issues which, by themselves, are not civil – even according to the broad, autonomous interpretation that the Court has given to the concept of “civil” – these interim proceedings are not covered by the protection of Article 6 of the Convention.

Is this restrictive approach, taken at a time when a change is being made to the case-law on the matter, the correct approach?

To our mind, it is not, particularly if one takes into account that despite the generous and extensive interpretation given to the concept of “civil rights and obligations”, as a result of which proceedings not considered

by the internal orders of the Contracting States as “civil” today enjoy the guarantees of the Convention, there are still certain categories of proceedings that are entirely excluded from that protection according to our present case-law. Why, by imposing this undesirable condition, do we have to exclude from the protection of Article 6 – sometimes, as the Court has concluded, definitively – interim-measures proceedings which by their nature determine “civil rights and obligations”? What is the *ratio* of such a condition, and what real interest does it serve?

Our position is clear: if it is established that an interim measure effectively determines a civil right and obligation, then the measure should fall under the protection of Article 6, irrespective of the nature of the main proceedings. Since we accept that interim measures can determine such rights and obligations – sometimes with grave repercussions on the person who is affected by them – the existence of an independent and impartial tribunal, together with the guarantees of Article 6, should accompany the administration of justice.

MICALLEF c. MALTE  
*(Requête n° 17056/06)*

GRANDE CHAMBRE

ARRÊT DU 15 OCTOBRE 2009<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>**Applicabilité de l'article 6 aux procédures d'injonction****Article 6 § 1**

*Applicabilité – Procédure d'injonction – Droits et obligations de caractère civil – Consensus européen quant à l'applicabilité de l'article 6 aux mesures provisoires – Nouveaux critères – Droit « de caractère civil » en jeu dans la procédure au principal et la procédure d'injonction – Applicabilité des garanties procédurales aux procédures portant sur des mesures provisoires – Circonstances dans lesquelles il est possible de se dispenser de garanties procédurales – Garanties procédurales inaliénables – Tribunal impartial – Impartialité objective – Déficience du droit interne – Craintes objectivement justifiées – Absence de droit légal de récuser un juge sur la base de ses liens familiaux avec l'avocat d'une partie*

**Article 34**

*Victime – Requête introduite pour le compte de la sœur du requérant, décédée alors que son recours constitutionnel concernant la violation alléguée de son droit à un procès équitable était pendant – Requérant autorisé par les juridictions internes à intervenir dans la procédure – Intérêt patrimonial au remboursement des frais – Affaire soulevant une question importante d'intérêt général*

\*

\* \*

La sœur du requérant était partie à une procédure civile où elle n'obtint pas gain de cause et qui fut tranchée au fond en 1992. En 1985, son voisin sollicita une injonction contre elle, qui lui fut accordée, à la suite de quoi il engagea une procédure sur le fond. L'intéressée contesta l'injonction devant un tribunal, qui la déclara nulle et non avenue, jugeant qu'elle avait été émise au mépris du principe du contradictoire. Ce jugement fut infirmé en appel. En 1993, la sœur du requérant forma un recours constitutionnel, alléguant que le président de la Cour d'appel était dénué d'impartialité objective en raison de ses liens de parenté avec l'avocat de la partie adverse. En 2002, après le décès de sa sœur, le requérant intervint dans la procédure. En 2005, le recours constitutionnel fut rejeté. En 2006, le requérant introduisit une requête devant la Cour. Par un arrêt du 15 janvier 2008, une

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

chambre de la Cour conclut, par quatre voix contre trois, qu'il y avait eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention en raison de l'absence d'impartialité objective de la Cour d'appel.

Article 6 § 1 : a) *Exceptions préliminaires* – Le Gouvernement conteste que la requête soit recevable, et ce pour trois motifs : premièrement, le requérant ne posséderait pas la qualité de victime car il n'aurait pas été partie à la procédure litigieuse ; deuxièmement, le requérant n'aurait pas épuisé les voies de recours internes ; et, troisièmement, l'article 6 ne serait pas applicable aux procédures d'injonction.

i. Qualité de victime – La victime directe est décédée pendant la procédure constitutionnelle, qui a duré plus de dix ans en première instance et devait être menée à son terme aux fins de l'épuisement des voies de recours internes. Les juridictions constitutionnelles n'ont pas rejeté la demande que le requérant avait présentée en vue d'intervenir dans la procédure en sa qualité de frère et héritier de la plaignante, et n'ont pas non plus refusé de statuer sur son recours. D'ailleurs, le requérant a dû payer les frais de la procédure engagée par sa sœur ; il peut donc passer pour avoir un intérêt patrimonial à se voir rembourser cette somme. De plus, l'affaire soulève des questions importantes qui touchent à la bonne administration de la justice et ont donc trait à l'intérêt général. Le requérant a ainsi qualité pour soumettre la requête à l'examen.

ii. Epuisement des voies de recours internes – A l'époque des faits, la législation maltaise ne contenait aucune disposition permettant de récuser un juge au motif qu'il était l'oncle d'un avocat. En portant cette question devant les juridictions constitutionnelles internes, qui ont rejeté l'exception de non-épuisement des voies de recours ordinaires formulée par le Gouvernement et ont examiné le grief au fond, le requérant a usé normalement des recours qui s'offraient à lui et qui avaient en substance trait aux faits dénoncés devant la Cour.

iii. Applicabilité de l'article 6 § 1 – La procédure d'injonction et celle qui a ensuite servi à en critiquer le manque d'équité forment une seule procédure en rapport avec le fond du grief et ne sauraient être vues comme distinctes l'une de l'autre. Bien que les procédures préliminaires n'entrent normalement pas dans le champ d'application de l'article 6, la Cour observe qu'il existe désormais un large consensus au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe quant à l'applicabilité de l'article 6 aux mesures provisoires, y compris les injonctions. Telle est également la position exprimée dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. En cas de procédures excessivement longues, la décision prise par un juge dans une procédure d'injonction tient lieu bien souvent de décision sur le fond pendant un délai assez long, voire définitivement dans des situations exceptionnelles. Il s'ensuit que, dans bien des cas, la procédure provisoire et la procédure au principal portent sur les mêmes « droits ou obligations de caractère civil » au sens de l'article 6 et produisent les mêmes effets. Dans ces conditions, la Cour juge qu'il ne se justifie plus de considérer automatiquement que les procédures d'injonction ne sont pas déterminantes pour des droits ou obligations de caractère civil. Elle n'est pas non

plus convaincue qu'une déficience d'une telle procédure puisse être nécessairement corrigée dans le cadre de la procédure au fond étant donné que tout préjudice subi dans l'intervalle pourrait alors être devenu irréversible et que les chances d'obtenir un redressement du dommage seraient vraisemblablement minces, en dehors peut-être d'une éventuelle indemnisation. La Cour considère donc qu'il y a lieu de modifier la jurisprudence. L'article 6 trouvera à s'appliquer si le droit en jeu tant dans la procédure au principal que dans la procédure d'injonction est « de caractère civil » au sens de l'article 6 et si la mesure provisoire est déterminante pour le droit ou l'obligation de caractère civil en jeu, quelle que soit la durée pendant laquelle elle a été en vigueur. Toutefois, la Cour admet que, dans des cas exceptionnels, il peut se révéler impossible de respecter toutes les exigences prévues à l'article 6. Tandis que l'indépendance et l'impartialité du tribunal ou du juge concerné constituent des garanties inaliénables dans pareille procédure, d'autres garanties procédurales peuvent ne s'appliquer que dans la mesure où le permettent la nature et le but de la procédure provisoire considérée. En cas de procédure ultérieure devant la Cour, c'est au Gouvernement qu'il incombera d'établir, eu égard au but de la procédure en cause dans une affaire donnée, qu'une ou plusieurs garanties procédurales particulières ne pouvaient être appliquées sans compromettre indûment la réalisation des objectifs visés par la mesure provisoire en question. En l'espèce, la procédure au principal portait en substance sur l'usage par des voisins de droits de propriété, et donc sur un droit de caractère civil. L'injonction visait à trancher le même droit que celui en jeu dans la procédure au principal, et était exécutoire immédiatement. Il s'ensuit que l'article 6 est applicable.

*Conclusion*: rejet des exceptions préliminaires (onze voix contre six).

b) *Fond* – Selon le droit maltais tel qu'il existait à l'époque des faits, un juge n'avait pas automatiquement l'obligation de se déporter dans les affaires où son impartialité pouvait poser problème. Une partie à un procès ne pouvait pas non plus récuser un juge au motif qu'il existait un lien de fraternité entre celui-ci et l'avocat de la partie adverse – sans même parler d'un lien de parenté tel que celui existant entre des oncles ou tantes et leurs neveux ou nièces. Dès lors, le droit ne fournissait pas en lui-même des garanties adaptées en matière d'impartialité subjective et objective. Dans le cadre du litige en jeu en l'espèce, la Cour estime que l'étroitesse du lien de parenté qui unissait l'avocat de la partie adverse et le président de la Cour d'appel suffit à justifier de manière objective les craintes quant au manque d'impartialité du collègue de juges.

*Conclusion*: violation (onze voix contre six).

Article 41: le constat de violation constitue une satisfaction équitable suffisante pour le dommage moral éventuel.

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

*König c. Allemagne*, 28 juin 1978, série A n° 27

*Piersack c. Belgique*, 1<sup>er</sup> octobre 1982, série A n° 53

- Altun c. Allemagne*, n° 10308/83, décision de la Commission du 3 mai 1983,  
 Décisions et rapports 36
- De Cubber c. Belgique*, 26 octobre 1984, série A n° 86
- Fey c. Autriche*, 24 février 1993, série A n° 255-A
- Zander c. Suède*, 25 novembre 1993, série A n° 279-B
- Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grèce*, 9 décembre 1994, série A  
 n° 301-B
- Pullar c. Royaume-Uni*, 10 juin 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-III
- Ferrantelli et Santangelo c. Italie*, 7 août 1996, *Recueil* 1996-III
- Raninen c. Finlande*, 16 décembre 1997, *Recueil* 1997-VIII
- Aerts c. Belgique*, 30 juillet 1998, *Recueil* 1998-V
- Castillo Algar c. Espagne*, 28 octobre 1998, *Recueil* 1998-VIII
- Jaffredou c. France* (déc.), n° 39843/98, 15 décembre 1998
- Selmouni c. France* [GC], n° 25803/94, CEDH 1999-V
- APIS a.s. c. Slovaquie* (déc.), n° 39754/98, 13 janvier 2000
- Mennitto c. Italie* [GC], n° 33804/96, CEDH 2000-X
- Sanles Sanles c. Espagne* (déc.), n° 48335/99, CEDH 2000-XI
- Malhous c. République tchèque* (déc.) [GC], n° 33071/96, CEDH 2000-XII
- Wettstein c. Suisse*, n° 33958/96, CEDH 2000-XII
- Wiot c. France* (déc.), n° 43722/98, 15 mars 2001
- Kress c. France* [GC], n° 39594/98, CEDH 2001-VI
- Ferrazzini c. Italie* [GC], n° 44759/98, CEDH 2001-VII
- Markass Car Hire Ltd c. Chypre* (déc.), n° 51591/99, 23 octobre 2001
- Boca c. Belgique*, n° 50615/99, CEDH 2002-IX
- Verlagsgruppe News GmbH c. Autriche* (déc.), n° 62763/00, 16 janvier 2003
- Pescador Valero c. Espagne*, n° 62435/00, CEDH 2003-VII
- Karner c. Autriche*, n° 40016/98, CEDH 2003-IX
- Libert c. Belgique* (déc.), n° 44734/98, 8 juillet 2004
- Miller et autres c. Royaume-Uni*, n<sup>os</sup> 45825/99, 45826/99 et 45827/99,  
 26 octobre 2004
- Mamatkoulov et Askarov c. Turquie* [GC], n<sup>os</sup> 46827/99 et 46951/99, CEDH 2005-I
- Fairfield c. Royaume-Uni* (déc.), n° 24790/04, CEDH 2005-VI
- J.S. et A.S. c. Pologne*, n° 40732/98, 24 mai 2005
- Zarb Adami c. Malte* (déc.), n° 17209/02, 24 mai 2005
- Marie-Louise Loyen et Bruneel c. France*, n° 55929/00, 5 juillet 2005
- Mežnarić c. Croatie*, n° 71615/01, 15 juillet 2005
- Roche c. Royaume-Uni* [GC], n° 32555/96, CEDH 2005-X
- Kyprianou c. Chypre* [GC], n° 73797/01, CEDH 2005-XIII
- Biç et autres c. Turquie*, n° 55955/00, 2 février 2006
- Ressegatti c. Suisse*, n° 17671/02, 13 juillet 2006
- Vilho Eskelinen et autres c. Finlande* [GC], n° 63235/00, CEDH 2007-II
- Folgerø et autres c. Norvège* [GC], n° 15472/02, CEDH 2007-III

*Burden c. Royaume-Uni* [GC], n° 13378/05, CEDH 2008

*Gülmez c. Turquie*, n° 16330/02, 20 mai 2008

*Salduz c. Turquie* [GC], n° 36391/02, CEDH 2008

*Kozacıoğlu c. Turquie* [GC], n° 2334/03, 19 février 2009



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

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

Jean-Paul Costa, *président*,  
Christos Rozakis,  
Françoise Tulkens,  
Giovanni Bonello,  
Corneliu Bîrsan,  
Karel Jungwiert,  
Anatoly Kovler,  
Vladimiro Zagrebelsky,  
Elisabet Fura,  
Khanlar Hajiyev,  
Egbert Myjer,  
David Thór Björgvinsson,  
Dragoljub Popović,  
Giorgio Malinverni,  
András Sajó,  
Zdravka Kalaydjieva,  
Mihai Poalelungi, *juges*,

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

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 22 octobre 2008 et 9 septembre 2009,

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

**PROCÉDURE**

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 17056/06) dirigée contre Malte et dont un ressortissant de cet Etat, M. Joseph Micallef (« le requérant »), a saisi la Cour le 15 avril 2006 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »).

2. Le requérant, qui a été admis au bénéfice de l'assistance judiciaire, a été représenté par M<sup>e</sup> T. Azzopardi, avocat à La Valette. Le gouvernement maltais (« le Gouvernement ») a été représenté par son agent, M. S. Camilleri, *Attorney General*.

3. Dans sa requête, le requérant alléguait que M<sup>me</sup> M. n'avait pas bénéficié d'un procès équitable, en particulier faute d'avoir eu la possibilité

de présenter ses observations devant un tribunal impartial, au mépris de l'article 6 de la Convention.

4. La requête a été attribuée à la quatrième section de la Cour (article 52 § 1 du règlement). Le 5 septembre 2006, une chambre de cette section, composée de Nicolas Bratza, président, Josep Casadevall, Giovanni Bonello, Matti Pellonpää, Lech Garlicki, Ljiljana Mijović et Ján Šikuta, juges, a décidé de communiquer au Gouvernement le grief relatif à l'iniquité de la procédure d'appel et au manque allégué d'impartialité de la Cour d'appel, et a déclaré la requête irrecevable pour le surplus. Elle a aussi décidé d'examiner en même temps la recevabilité et le fond de la requête, comme le permet l'article 29 § 3 de la Convention. Le 15 janvier 2008, une chambre de cette section, composée de Nicolas Bratza, président, Giovanni Bonello, Kristaq Traja, Lech Garlicki, Ljiljana Mijović, Ján Šikuta et Päivi Hirvelä, juges, a déclaré à la majorité le reste de la requête recevable et, par quatre voix contre trois, a conclu à la violation de l'article 6 de la Convention. L'opinion concordante du juge Bonello et l'opinion dissidente commune à Nicolas Bratza, Kristaq Traja et Päivi Hirvelä étaient jointes à l'arrêt de la chambre.

5. Le 7 juillet 2008, le collège de la Grande Chambre a accueilli la demande de renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre formulée par le Gouvernement en vertu de l'article 43 de la Convention.

6. La composition de la Grande Chambre a été arrêtée conformément aux dispositions des articles 27 §§ 2 et 3 de la Convention et 24 du règlement.

7. Tant le requérant que le Gouvernement ont déposé des observations sur la recevabilité et le fond de l'affaire. Des observations ont également été reçues du gouvernement de la République tchèque, que le président avait autorisé à intervenir dans la procédure écrite (articles 36 § 2 de la Convention et 44 § 2 du règlement).

8. Une audience s'est déroulée en public au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 22 octobre 2008 (article 59 § 3 du règlement).

Ont comparu :

– *pour le Gouvernement*

MM. S. Camilleri, *Attorney General*,  
P. Grech, *Attorney General* adjoint,

*agent,*  
*conseiller;*

– *pour le requérant*

M<sup>e</sup> T. Azzopardi,

*conseil.*

La Cour a entendu en leurs déclarations ainsi qu'en leurs réponses à ses questions M<sup>e</sup> Azzopardi et M. Camilleri.

## EN FAIT

### I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

9. Né en 1929, le requérant réside à Vittoriosa.

#### **A. Le contexte de l'affaire**

10. Le requérant est le frère de M<sup>me</sup> M., qui vivait dans un appartement situé au-dessus de celui de M. F.

11. Le 17 juillet 1985, M. F. sollicite une injonction afin qu'il fût interdit à M<sup>me</sup> M. d'étendre son linge à sécher au-dessus de la cour de son appartement. Alléguant une atteinte à son droit de propriété, M.F. invoquait à cet égard les dispositions de l'article 403 du code civil maltais.

12. A l'issue d'une audience relative à la demande d'injonction, et alors que M<sup>me</sup> M. et son avocat, M<sup>e</sup> A., avaient quitté le prétoire, le juge qui présidait la formation modifia la date qui avait été fixée pour l'audience suivante. En conséquence, M<sup>me</sup> M. ne fut pas informée de la nouvelle date et n'assista pas à l'audience ainsi fixée. Le 29 novembre 1985, en son absence, le président émit une injonction en faveur de M. F.

13. D'après la législation maltaise en vigueur à l'époque, M. F. devait engager une procédure au sujet du droit de propriété faisant l'objet de cette mesure conservatoire dans les quatre jours à compter de l'émission de l'injonction, faute de quoi celle-ci cesserait de déployer ses effets. Le 5 décembre 1985, M. F. déposa donc une demande introductive d'instance.

14. Le 6 mars 1992, le tribunal compétent pour juger au fond l'action civile de M. F. donna tort à M<sup>me</sup> M. et émit une injonction permanente contre celle-ci. Le 24 mars 1992, en l'absence d'appel, cette décision devint définitive.

#### **B. La procédure devant le tribunal civil siégeant au titre de sa compétence ordinaire**

15. Le 6 décembre 1985, M<sup>me</sup> M. engagea une procédure devant le tribunal civil (première chambre) siégeant au titre de sa compétence ordinaire, en alléguant que l'injonction avait été émise en son absence et sans qu'elle eût eu la possibilité de témoigner (paragraphe 77 ci-dessous).

16. Par un jugement du 15 octobre 1990, le tribunal civil reconnut le bien-fondé du grief de la requérante. Il dit que le principe du contradictoire s'appliquait à une procédure d'injonction. S'appuyant sur l'article 873 § 2 du code d'organisation judiciaire et de procédure civile, qui prévoit qu'une injonction ne peut être émise que si le tribunal est convaincu qu'une telle

mesure est nécessaire pour protéger l'un des droits de la personne qui en a fait la demande (paragraphe 27 ci-dessous), le tribunal civil déclara que le tribunal compétent avait toute latitude pour prendre une décision à cet égard. Toutefois, si le tribunal jugeait nécessaire d'entendre les parties, il devait le faire dans le respect des principes de la justice naturelle. En l'espèce, le tribunal civil considéra que M<sup>me</sup> M. avait été privée du droit d'être entendue sans qu'elle eût commis la moindre faute, raison pour laquelle l'injonction en cause était nulle et non avenue.

### C. La procédure devant la Cour d'appel

17. M. F. fit appel du jugement du 15 octobre 1990. En première instance, il avait été assisté de M<sup>e</sup> U., alors qu'en appel il désigna le fils de ce dernier, M<sup>e</sup> C. La Cour d'appel était présidée par le *Chief Justice*, qui siégeait avec deux autres juges. Le *Chief Justice* était le frère de M<sup>e</sup> U. et l'oncle de M<sup>e</sup> C.

18. Lors de l'audience d'appel du 12 octobre 1992, le *Chief Justice*, après avoir posé quelques questions, alléguait que le comportement de M<sup>e</sup> A. n'était pas conforme à la déontologie étant donné que celui-ci avait mis en cause sans justification la conduite de l'avocat de M. F. Lorsqu'on fit remarquer qu'en première instance, M. F. avait été représenté par le frère du *Chief Justice*, ce dernier menaça de renvoyer l'affaire aux « autorités compétentes ». Il dicta d'ailleurs une note à cet effet, ainsi libellée :

« La Cour d'appel demande à M<sup>e</sup> A., qui déclare lui-même que la date de l'audience de première instance a été modifiée alors que sa cliente et lui avaient déjà quitté le prétoire, pourquoi il dit avec insistance que ce changement de date s'est produit à la demande d'un avocat. Voici la réponse de M<sup>e</sup> A. : « C'est ce que je déduis puisque deux avocats étaient présents, à savoir M<sup>e</sup> U. et moi-même. »

(...) L'avocat de M<sup>me</sup> M. procède à des affirmations et se livre sans la moindre gêne à des suppositions quant au comportement d'un autre avocat et du juge après que sa cliente et lui furent sortis du prétoire. »

19. M<sup>e</sup> A. prononça quelques mots pour se défendre, mais il ne fut pas procédé à l'audition d'observations sur le fond de l'appel. Le *Chief Justice* suspendit l'audience et se rendit dans son bureau. Quelques minutes plus tard, les avocats des deux parties furent appelés dans le bureau du *Chief Justice*. Il y eut des explications mais il n'apparaît pas que d'autres mesures aient été prises.

20. Par un arrêt du 5 février 1993, la Cour d'appel donna tort à M<sup>me</sup> M. et réforma le jugement du tribunal civil. Elle dit que les principes de la justice naturelle n'avaient aucun caractère obligatoire et ne pouvaient être invoqués dans le cadre d'une procédure préliminaire, qui était essentiellement conditionnelle et provisoire par nature. Par ailleurs, la Cour d'appel

n'approuvait pas l'exposé des faits figurant dans le jugement de première instance et d'où il ressortait que le changement de date d'une audience avait empêché M<sup>me</sup> M. d'assister à celle-ci. A cet égard, l'arrêt reprenait en partie la note qui avait été dictée lors de l'audience – « l'avocat de M<sup>me</sup> M. procède à des affirmations et se livre sans la moindre gêne à des suppositions quant au comportement d'un autre avocat et du juge après que sa cliente et lui furent sortis du prétoire ». La Cour d'appel ordonna en outre que fût retiré du dossier un rapport venant à l'appui du grief de M<sup>me</sup> M. et qui avait été rédigé par l'auxiliaire de justice désigné par le tribunal civil.

#### **D. La procédure devant le tribunal civil siégeant au titre de sa compétence constitutionnelle**

21. Le 25 mars 1993, M<sup>me</sup> M. engagea une procédure devant le tribunal civil (première chambre) siégeant au titre de sa compétence constitutionnelle. Invoquant l'article 6 de la Convention, elle alléguait que le président de la Cour d'appel (*Chief Justice*) était dénué d'impartialité objective, ce qui aurait été manifeste lors de l'incident du 12 octobre 1992. Observant que la Cour d'appel avait nié des faits qui avaient déjà été prouvés, elle soutenait en outre qu'il y avait eu violation de son droit à un procès équitable.

22. M<sup>me</sup> M. décéda le 20 janvier 2002, avant qu'une décision ait pu être rendue sur son recours constitutionnel. Le requérant intervint le 22 mai 2002 dans la procédure devant le tribunal civil en sa qualité de frère de la plaignante.

23. Par un arrêt du 29 janvier 2004, le tribunal civil rejeta le recours de M<sup>me</sup> M., le jugeant futile et abusif. Tout en notant que la plaignante avait omis de récuser le *Chief Justice* avant le prononcé de l'arrêt définitif, il rejeta l'exception de non-épuisement des voies de recours ordinaires formulée par le Gouvernement et décida d'exercer sa compétence constitutionnelle. Sur le fond, il procéda à une analyse fouillée des notions et droits découlant de l'article 6 de la Convention, y compris le principe de l'égalité des armes, mais accorda un poids particulier à l'exigence d'impartialité du tribunal civil. Toutefois, il estima ne pouvoir conclure à l'existence d'un lien entre l'incident du 12 octobre 1992 et la teneur de l'arrêt du 5 février 1993. Comme l'avait confirmé M<sup>c</sup> A. en personne, l'incident était clos; cela dit, il n'était pas de nature à donner à M<sup>me</sup> M. ou à son avocat le moindre espoir de voir la Cour d'appel leur donner gain de cause. En outre, la Cour d'appel était composée de deux autres juges, qui n'avaient pas été mêlés à l'incident, et il ne faisait aucun doute que l'arrêt, qui paraissait bien motivé, avait été rendu par l'ensemble des juges siégeant dans l'affaire.

### **E. La procédure devant la Cour constitutionnelle**

24. Le requérant forma un recours devant la Cour constitutionnelle.

25. Par un arrêt du 24 octobre 2005, cette juridiction déclara le recours irrecevable. Elle réaffirma en effet que, conformément à l'article 46 § 5 de la Constitution, il n'était pas possible de contester une décision rejetant un recours au motif qu'il était futile et abusif.

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

26. L'article 403 du code civil est libellé comme suit :

« 1. Les logements situés aux étages inférieurs sont exposés à recevoir les eaux et autres matières qui s'écoulent ou tombent naturellement, sans intervention humaine, des logements situés aux étages supérieurs.

2. Il est illégal de la part du propriétaire du logement de l'étage inférieur de faire quoi que ce soit qui entrave pareil écoulement ou chute.

3. Il est également illégal pour le propriétaire du logement de l'étage supérieur de faire quoi que soit qui rende plus incommode l'usage du logement de l'étage inférieur. »

27. L'article 873 du titre VI, sous-titre V, du code d'organisation judiciaire et de procédure civile, relatif aux injonctions de ne pas faire, est libellé comme suit :

« 1. Une injonction de ne pas faire a pour objet d'interdire à une personne d'entreprendre toute action de nature à porter préjudice à la personne qui sollicite l'injonction.

2. Le tribunal ne doit émettre pareille injonction que s'il est convaincu qu'une telle mesure est nécessaire pour protéger l'un quelconque des droits de la personne qui en a fait la demande, et que cette personne semble a priori posséder un tel droit. »

28. Selon le droit maltais en vigueur à l'époque des faits, un juge pouvait être récusé ou s'abstenir de connaître d'une affaire si l'une des parties était représentée par le fils, la fille, le conjoint ou l'ascendant de ce juge. Rien n'empêchait le juge de siéger si le représentant en question était son frère ou son neveu. Les articles pertinents du code d'organisation judiciaire et de procédure civile étaient ainsi libellés :

#### **Article 733**

« Un juge ne peut être récusé ou s'abstenir de connaître d'une affaire dont le tribunal est saisi et dans laquelle il a été désigné pour siéger que pour l'une des raisons mentionnées ci-après (...) »

#### **Article 734**

« 1. Un juge peut être récusé ou s'abstenir de connaître d'une affaire  
(...)

- e) si lui ou son conjoint a un intérêt direct ou indirect dans l'issue de la procédure;
- f) si l'avocat ou le mandataire légal plaidant devant lui est son fils, sa fille, son conjoint ou son ascendant (...)

29. En 2007, une modification ajoutant un autre motif a été apportée à l'article pertinent du code d'organisation judiciaire et de procédure civile:

- «g) si l'avocat ou le mandataire légal plaidant devant lui est son frère ou sa sœur (...)

30. L'article 39 § 2 de la Constitution maltaise dispose, en ses passages pertinents:

- «Tout tribunal ou autre autorité appelé par la loi à juger de l'existence ou de la portée de droits ou obligations de caractère civil doit être indépendant et impartial; (...)

### III. LE DROIT ET LA PRATIQUE DES ETATS MEMBRES DU CONSEIL DE L'EUROPE ET DE L'UNION EUROPÉENNE

#### A. Les systèmes nationaux

31. Il ressort des éléments dont la Cour dispose sur la législation de bon nombre d'Etats membres du Conseil de l'Europe qu'il existe un large consensus quant à l'applicabilité des garanties de l'article 6 aux mesures provisoires, y compris les procédures d'injonction. Cette conclusion se fonde sur les textes constitutionnels et codes de procédure civile ainsi que sur la jurisprudence de ces Etats. Dans la majorité d'entre eux (Albanie, Allemagne, Autriche, Azerbaïdjan, Belgique, Bulgarie, Chypre, Croatie, Espagne, Estonie, France, Hongrie, Irlande, Italie, Pays-Bas, Pologne, Royaume-Uni, Russie, Saint-Marin, Serbie, Suède et Suisse), la législation permet de constater que les garanties procédurales prévues à l'article 6 (notamment l'exigence d'impartialité) s'appliquent aux procédures provisoires et d'injonction, soit parce que les textes ne font aucune distinction quant au stade ou au type de procédure auxquels les garanties s'appliquent (comme les constitutions espagnole, grecque, italienne et suisse), soit parce que les dispositions spécifiques qui régissent les mesures provisoires reprennent d'une manière ou d'une autre les principales garanties contenues à l'article 6 – comme par exemple la législation qui prévoit que les dispositions régissant les procédures sur le fond s'appliquent *mutatis mutandis* aux procédures d'injonction (Pologne) ou s'y appliqueront sauf disposition contraire (Allemagne). Les tribunaux belges ont explicitement traité la question (voir les arrêts rendus le 14 janvier 2005 par la Cour de cassation dans les affaires Greenpeace Belgium et Global Action in the

Interest of Animals) pour conclure que l'article 6 de la Convention était en principe applicable aux procédures jugées en référé.

## B. L'Union européenne

32. L'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne garantit le droit à un procès équitable. Contrairement à l'article 6 de la Convention, la Charte ne limite pas ce droit aux contestations sur des « droits et obligations de caractère civil » ou « accusations en matière pénale » et ne renvoie pas non plus à des décisions relatives à de telles contestations. Dans l'affaire Bernard Denilauler c. SNC Couchet Frères (CJCE, affaire C 125/79, 21 mai 1980), la Cour de justice des Communautés européennes a dit que, d'après sa jurisprudence, les mesures provisoires rendues sans que la partie contre laquelle elles sont dirigées ait été appelée à comparaître ne sauraient être reconnues. Cela signifie que pareilles garanties doivent aussi s'appliquer à des décisions qui ne sont pas définitives.

## EN DROIT

33. Le requérant allègue que la Cour d'appel n'a pas été impartiale et que M<sup>me</sup> M. a ainsi été privée de la possibilité de faire valoir ses arguments, au mépris de son droit à un procès équitable, garanti par l'article 6 de la Convention. Cette disposition est ainsi libellée dans ses passages pertinents :

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

34. Le Gouvernement combat cette thèse.

## I. SUR LES EXCEPTIONS PRÉLIMINAIRES DU GOUVERNEMENT

35. Le Gouvernement conteste que la requête soit recevable pour un certain nombre de motifs tirés des articles 34 et 35 § 1 de la Convention.

L'article 34 dispose :

« La Cour peut être saisie d'une requête par toute personne physique (...) qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses Protocoles. (...) »

L'article 35 § 1 est ainsi libellé :

« La Cour ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies de recours internes, tel qu'il est entendu selon les principes de droit international généralement reconnus, et dans un délai de six mois à partir de la date de la décision interne définitive. »

## A. Qualité de victime

### 1. La conclusion de la chambre

36. La chambre, qui a soulevé la question d'office, a noté que M<sup>me</sup> M., la victime directe, était décédée alors qu'elle était en train de se prévaloir des recours internes, ce qui signifie qu'elle avait l'intention de se plaindre devant la Cour de la violation alléguée. Elle a également observé que, après le décès de la victime directe, les juridictions internes n'ont pas refusé au requérant l'autorisation d'intervenir dans la procédure constitutionnelle puis d'interjeter appel en sa qualité de frère de la plaignante. En outre, après avoir rappelé que la Cour avait toute latitude pour reconnaître la qualité de victime à un requérant et poursuivre l'examen d'une requête concernant une question d'intérêt général, la chambre a considéré que le fait que le droit interne n'eût pas permis de récuser un juge en raison de son lien de parenté avec l'avocat d'une partie était une question présentant un intérêt général suffisant. Ayant noté que le Gouvernement n'avait soulevé aucune exception à cet égard, la chambre a conclu que le requérant avait qualité pour introduire la requête à l'étude.

### 2. Les arguments du Gouvernement

37. Le Gouvernement soutient que le requérant ne possède pas la qualité de victime car il n'a pas été partie à la procédure litigieuse. La seule victime directe serait la sœur de l'intéressé, décédée au cours de la procédure constitutionnelle interne. Il importerait peu que le requérant ait été autorisé à intervenir dans cette procédure en lieu et place de sa sœur. En effet, il s'agirait en droit maltais d'une pratique courante fondée sur le principe de succession prévu en droit civil et qui permettrait à un héritier de se voir transmettre la personnalité juridique du défunt, indépendamment de la qualité de victime de l'héritier aux fins de la Convention.

38. De plus, le Gouvernement conteste l'interprétation de la chambre quant à la compétence de la Cour pour reconnaître la qualité de victime au motif qu'il existe un « intérêt général suffisant ». Cela ne serait pas conforme à l'article 34 de la Convention et reviendrait presque à accueillir une *actio popularis*. Toutefois, même à supposer que la Cour dispose de ce pouvoir discrétionnaire, la loi n'aurait présenté en l'espèce aucune déficience autorisant la chambre à en faire usage.

### 3. Les arguments du requérant

39. Pour le requérant, tout d'abord, le fait que le Gouvernement soulève une nouvelle exception devant la Cour à ce stade de la procédure

constitue un abus de procédure et contrevient au principe de subsidiarité. Le Gouvernement n'ayant pas contesté ce point devant les juridictions internes ou la chambre, il serait désormais forcé à le faire.

40. Quoi qu'il en soit, le requérant indique que la victime directe est décédée alors qu'elle exerçait les voies de recours internes, préalable indispensable à la saisine de la Cour. D'ailleurs, après le décès de M<sup>me</sup> M., les tribunaux internes auraient reconnu que lui-même avait qualité pour agir dans le cadre de la procédure constitutionnelle, conformément au droit interne. De plus, à partir du moment où il est devenu partie à la procédure interne, il aurait dû payer les frais afférents à la procédure constitutionnelle engagée par sa sœur et aurait donc lui aussi subi un préjudice financier. Dès lors que cette qualité lui a été reconnue, elle ne pourrait plus lui être retirée.

41. Enfin, la requête présenterait une dimension morale car elle soulèverait des questions graves relatives à l'interprétation ou à l'application de la Convention ainsi qu'une question grave de caractère général. On ne pourrait donc dire que le critère d'intérêt général invoqué par la chambre ne s'applique pas en l'espèce.

#### 4. *Les arguments du tiers intervenant*

42. Le gouvernement de la République tchèque déclare qu'il est admissible que la Cour reconnaisse aux membres de la famille d'un requérant qualité pour agir lorsque l'intéressé est décédé au cours de la procédure devant elle. En revanche, si la victime directe est décédée avant d'avoir introduit une requête, il conviendrait de ne reconnaître la qualité de victime qu'à titre exceptionnel, à savoir lorsque la nature de la violation alléguée a empêché la victime directe de faire valoir ses griefs par elle-même (*Bazorkina c. Russie*, n° 69481/01, § 139, 27 juillet 2006) ou lorsque les personnes souhaitant se voir reconnaître la qualité de victime, habituellement les héritiers, sont elles-mêmes touchées par ce qu'elles considèrent comme les conséquences néfastes de la violation alléguée (*Ressegatti c. Suisse*, n° 17671/02, § 25, 13 juillet 2006).

43. Par ailleurs, la Cour n'aurait pas le pouvoir de reconnaître la qualité de victime au motif que le grief a trait à une question d'intérêt général. En revanche, elle aurait compétence, au titre de l'article 37 § 1 de la Convention, pour poursuivre l'examen d'une requête même si nul ne souhaite continuer la lutte entamée par le requérant défunt. Appliquer cette compétence à une procédure engagée par un proche d'une victime supposée en dehors des cas exceptionnels cités plus haut reviendrait à permettre à la Cour de choisir d'office les requêtes qu'elle souhaite examiner.

### 5. L'appréciation de la Cour

44. Pour pouvoir introduire une requête en vertu de l'article 34, une personne physique, une organisation non gouvernementale ou un groupe de particuliers doit pouvoir se prétendre « victime d'une violation (...) des droits reconnus dans la Convention (...) ». Pour pouvoir se prétendre victime d'une violation, un individu doit avoir subi directement les effets de la mesure litigieuse (*Burden c. Royaume-Uni* [GC], n° 13378/05, § 33, CEDH 2008).

45. Ce critère ne saurait être appliqué de façon rigide, mécanique et inflexible (*Karner c. Autriche*, n° 40016/98, § 25, CEDH 2003-IX). La Cour a reconnu que les affaires portées devant elle présentent généralement aussi une dimension morale, et les proches d'un requérant peuvent donc avoir un intérêt légitime à veiller à ce que justice soit rendue, même après le décès du requérant. Tel est *a fortiori* le cas lorsque la question centrale soulevée par la cause dépasse la personne et les intérêts du requérant et de ses héritiers, dans la mesure où elle peut toucher d'autres personnes (*Malhous c. République tchèque* (déc.) [GC], n° 33071/96, CEDH 2000-XII).

46. La Cour est compétente pour décider, dans certaines circonstances, que le respect des droits de l'homme garantis par la Convention et ses Protocoles exige qu'elle poursuive l'examen de l'affaire (article 37 § 1 *in fine* de la Convention). Cette compétence est subordonnée à l'existence d'une question d'intérêt général (*Karner*, précité, § 27, et *Marie-Louise Loyen et Bruneel c. France*, n° 55929/00, § 29, 5 juillet 2005). Une telle question peut se poser notamment lorsque la requête concerne la législation ou un système ou une pratique juridique de l'État défendeur (*Altun c. Allemagne*, n° 10308/83, décision de la Commission du 3 mai 1983, Décisions et rapports 36, p. 209, et, *mutatis mutandis*, *Karner*, précité, §§ 26 et 28).

47. La Cour autorise normalement les membres de la famille du requérant originaire à maintenir la requête, à condition qu'ils aient un intérêt suffisant à cela, lorsque le requérant originaire est décédé après l'introduction de sa requête devant la Cour (*Malhous*, décision précitée). La situation est toutefois différente lorsque la victime directe est décédée avant d'avoir soumis une requête à la Cour (*Fairfield c. Royaume-Uni* (déc.), n° 24790/04, CEDH 2005-VI).

48. La Cour interprète le concept de victime de façon autonome, indépendamment de notions internes telles que celles d'intérêt ou de qualité pour agir (*Sanles Sanles c. Espagne* (déc.), n° 48335/99, CEDH 2000-XI), même si elle doit prendre en compte le fait que le requérant a été partie à la procédure interne. Pour ce qui est des griefs tirés de l'article 6, la Cour s'est montrée prête à reconnaître la qualité de victime d'un proche soit lorsque

les griefs soulevaient une question d'intérêt général et que les requérants, en tant qu'héritiers, avaient un intérêt légitime au maintien de la requête (*Marie-Louise Loyen et Bruneel*, précité, § 29, et, *a contrario*, *Biç et autres c. Turquie*, n° 55955/00, § 23, 2 février 2006), soit en raison de l'effet direct sur les droits patrimoniaux du requérant (*Ressegatti*, précité, § 25).

49. En l'espèce, la Cour relève que la victime directe est décédée pendant la procédure constitutionnelle, qui a duré plus de dix ans en première instance et devait être menée à son terme aux fins de l'épuisement des voies de recours internes. Les juridictions constitutionnelles n'ont pas rejeté la demande que le requérant avait présentée en vue d'intervenir dans la procédure en sa qualité de frère et héritier de la plaignante et n'ont pas non plus refusé de statuer sur son recours. D'ailleurs, le requérant a dû payer les frais de la procédure engagée par sa sœur et peut donc passer pour avoir un intérêt patrimonial à se voir rembourser cette somme.

50. Par ailleurs, la Cour considère que la lacune alléguée du droit pertinent qui rendait impossible la récusation d'un juge au motif que l'avocat de l'une des parties était son neveu ou que l'affaire avait trait à l'attitude de son frère soulève des problèmes touchant à la bonne administration de la justice et constitue donc une question importante d'intérêt général.

51. En conclusion, à l'instar de la chambre, la Grande Chambre estime, pour les deux raisons précitées, que le requérant a qualité pour soumettre la requête à l'examen. Il y a donc lieu de rejeter l'exception formulée par le Gouvernement.

## **B. Non-épuisement des voies de recours internes**

### *1. La conclusion de la chambre*

52. La chambre a considéré, en s'appuyant sur l'audience de la Cour d'appel du 12 octobre 1992, que le droit maltais ne permettait nullement de récuser un juge au motif qu'il était l'oncle de l'avocat de l'une des parties à l'affaire dont il avait à connaître et que, dès lors, M<sup>me</sup> M. ne pouvait demander pareil déport. De surcroît, le requérant avait porté le grief devant le tribunal civil statuant en matière constitutionnelle après l'incident en question, et cette juridiction avait rejeté l'exception de non-épuisement des recours ordinaires formulée par le Gouvernement et examiné l'affaire au fond.

### *2. Les arguments des parties*

53. Le Gouvernement déclare que, lors de l'audience du 12 octobre 1992, M<sup>me</sup> M. ne s'est pas plainte de n'avoir pas eu la possibilité de présenter

ses observations et n'a pas non plus demandé à formuler des observations complémentaires. Elle n'aurait pas davantage récusé le juge à quelque stade de la procédure que ce soit et, durant cette même procédure, elle aurait négligé de soumettre aux juridictions compétentes l'allégation tirée de l'article 6 de la Convention selon laquelle son droit à être jugée par un tribunal impartial « risquait » d'être méconnu. M<sup>me</sup> M. n'aurait jamais demandé que le *Chief Justice* fût écarté de l'affaire, alors qu'une requête de sa part à cette fin n'aurait pas été examinée par le seul *Chief Justice* mais par les trois juges chargés de la cause. D'après le Gouvernement, M<sup>me</sup> M. aurait pu formuler une telle requête au titre de l'article 734 § 1 e) du code d'organisation judiciaire et de procédure civile (paragraphe 28 ci-dessus), lequel refléterait le principe général *nemo iudex in causa propria* (nul ne peut être à la fois juge et partie). Le Gouvernement cite plusieurs décisions internes dans lesquelles les tribunaux auraient à chaque fois accordé une importance prépondérante au fait qu'il faut non seulement que justice soit faite mais aussi qu'elle le soit au vu et au su de tous (*justice must not only be done, it must also be seen to be done*), ce qui constituerait un motif légitime reconnu pour justifier le déport ou la récusation d'un juge. A l'audience devant la Grande Chambre, le Gouvernement a toutefois admis qu'il n'existait aucune jurisprudence interne prouvant qu'une récusation en vertu de l'article 734 § 1 e) du code précité aurait été couronnée de succès dans un cas tel que l'espèce.

54. Le requérant ne formule aucune observation à cet égard.

### 3. L'appréciation de la Cour

55. Conformément à l'article 35 § 1 de la Convention, la Cour ne peut examiner une question que lorsque tous les recours internes ont été épuisés. La finalité de cette disposition est de ménager aux Etats contractants l'occasion de prévenir ou redresser les violations alléguées contre eux avant que ces allégations ne soient soumises à la Cour (voir, entre autres, *Selmouni c. France* [GC], n° 25803/94, § 74, CEDH 1999-V). Ainsi, le grief dont on saisit la Cour doit d'abord avoir été soulevé, au moins en substance, dans les formes et délais prescrits par le droit interne, devant les juridictions nationales appropriées (*Zarb Adami c. Malte* (déc.), n° 17209/02, 24 mai 2005). Toutefois, selon la règle de l'épuisement des voies de recours internes, un requérant doit se prévaloir des recours normalement disponibles et suffisants dans l'ordre juridique interne pour lui permettre d'obtenir réparation des violations qu'il allègue. Ces recours doivent exister à un degré suffisant de certitude, en pratique comme en théorie, sans quoi leur manque l'effectivité et l'accessibilité voulues. Rien n'impose d'user de recours qui ne sont ni adéquats ni effectifs (*Raninen c. Finlande*, 16 décembre 1997, § 41, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-VIII).

56. La Grande Chambre, comme la chambre, estime que le requérant n'aurait pu récuser le *Chief Justice* en invoquant l'article 734 du code d'organisation judiciaire et de procédure civile (paragraphe 28 ci-dessus), car à l'époque la liste des motifs de récusation ne contenait pas le lien de parenté oncle-neveu entre un avocat et un juge. L'article 734 § 1 f) mentionnait expressément certains liens de parenté (paragraphe 28 ci-dessus). Toutefois, il ne disait rien des frères et sœurs ou d'autres parents plus éloignés, qui auraient été cités si le législateur avait eu l'intention de les englober dans cette disposition. Le silence de la loi au sujet de ces liens ne vient pas à l'appui de l'argument selon lequel il faut supposer qu'ils sont couverts par la clause juridique pertinente en l'absence de jurisprudence spécifique en ce sens. Le Gouvernement n'a pas non plus montré que l'article 734 § 1 e), qui est une clause plus générale, aurait pu servir de fondement à un recours en la matière. A cet égard, le Gouvernement a d'ailleurs reconnu qu'il n'existait aucune jurisprudence interne indiquant qu'une récusation fondée sur l'article 734 § 1 e) ait jamais été couronnée de succès dans un cas tel que l'espèce. Il s'ensuit qu'en l'occurrence on ne pouvait raisonnablement exiger du requérant qu'il se livrât à une telle démarche.

57. La Cour note – et cela est très important – qu'après l'adoption de l'arrêt litigieux, M<sup>me</sup> M., dont le requérant a pris la suite, a engagé une procédure constitutionnelle devant le tribunal civil (première chambre) pour se plaindre d'une violation dans son chef du droit à un procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention, eu égard au manque d'impartialité de la Cour d'appel et à l'absence de possibilité de présenter des arguments devant celle-ci. Par la suite, le requérant a saisi la Cour constitutionnelle d'un recours contre la décision du tribunal civil qui l'avait débouté. La Cour considère qu'en portant ce grief devant les juridictions constitutionnelles internes, qui ont rejeté l'exception de non-épuisement des voies de recours ordinaires formulée par le Gouvernement et, par ailleurs, n'ont pas rejeté le grief pour des motifs procéduraires mais l'ont examiné au fond, le requérant a usé normalement des recours qui s'offraient à lui et qui avaient en substance trait aux faits dénoncés devant la Cour (voir, *mutatis mutandis*, *Zarb Adami*, décision précitée).

58. La simple considération que le requérant aurait pu tenter d'obtenir le redressement de la violation alléguée par d'autres moyens au cours des différentes étapes de la procédure ou qu'il ait attendu jusqu'à la fin de la procédure pour présenter un tel recours, comme le droit interne le permettait, ne modifie en rien cette conclusion. Selon la jurisprudence constante de la Cour, lorsqu'une voie de recours a été utilisée, l'usage d'une autre voie dont le but est pratiquement le même n'est pas exigé (voir, entre autres, *Kozacıoğlu c. Turquie* [GC], n° 2334/03, § 40, 19 février 2009).

59. Il s'ensuit que la requête ne saurait être écartée pour non-épuisement des voies de recours internes et qu'il y a lieu en conséquence de rejeter l'exception formulée par le Gouvernement.

### C. Incompatibilité *ratione materiae*

#### 1. *La conclusion de la chambre*

60. Etablissant une distinction entre la procédure d'injonction qui a découlé de l'action au principal et la procédure litigieuse, la chambre a considéré cette dernière comme une «procédure postérieure à une injonction», c'est-à-dire une nouvelle procédure distincte permettant de dénoncer les déficiences de la procédure d'injonction. La juridiction de première instance comme la Cour d'appel ayant statué sur le fond du grief de M<sup>me</sup> M. et donc décidé d'une contestation sur le «droit d'être entendu» dans le cadre de la procédure d'injonction, le requérant avait des motifs pour le moins défendables de soutenir que la procédure relevait de l'article 6. De plus, lorsque le requérant s'est pour finir plaint du manque d'équité de cette «procédure postérieure à une injonction», la juridiction constitutionnelle a examiné au fond son grief relatif au manque d'impartialité de la Cour d'appel et a ainsi reconnu que l'article 6 s'appliquait à cette procédure. La chambre a rappelé que, d'après l'arrêt *Vilho Eskelinen et autres c. Finlande* ([GC], n° 63235/00, § 61, CEDH 2007-II), indépendamment de l'application autonome qu'elle fait de l'article 6, la Cour déclarera cette disposition applicable si son applicabilité a déjà été formellement reconnue dans le système national: «Lorsqu'un ordre interne empêche l'accès à un tribunal, la Cour vérifie que le litige est bien tel qu'il justifie une dérogation aux garanties de l'article 6. Si tel n'est pas le cas, aucun problème ne se pose et l'article 6 § 1 trouve à s'appliquer.» En outre, la notion de «droit de caractère civil» figurant à l'article 6 § 1 ne saurait être interprétée comme restreignant un droit exécutoire en droit interne au sens de l'article 53 de la Convention (*Okyay et autres c. Turquie*, n° 36220/97, § 68, CEDH 2005-VII). La chambre en a conclu que l'article 6 était applicable à la présente affaire.

#### 2. *Les arguments du Gouvernement*

61. Le Gouvernement affirme que, comme cela ressortirait des documents soumis à la Grande Chambre, il a contesté l'applicabilité de l'article 6 lors de la procédure interne, quoique pas dans ses observations initiales devant le tribunal interne. Toutefois, en droit maltais, il n'aurait pas été forclos à formuler cette exception à un stade ultérieur de la procédure interne. Par ailleurs, la juridiction nationale aurait refusé de statuer sur cette

question pour la seule raison qu'elle avait accueilli l'exception préliminaire selon laquelle l'affaire était futile et abusive.

62. La procédure litigieuse aurait concerné l'allégation selon laquelle le droit d'être entendu avait été méconnu lors de la procédure d'injonction. Or l'article 6 ne s'appliquerait pas à cette dernière car il s'agirait de mesures conservatoires préliminaires ne portant en rien sur le fond d'un droit ou d'une obligation quelconques. Qu'un plaideur réussisse ou non à obtenir une injonction, il pourrait engager l'action appropriée pour faire valoir son grief sur le fond. Il s'ensuivrait qu'une action découlant d'une procédure d'injonction ne permettrait pas, elle non plus, de statuer sur un droit ou une obligation. Même si, d'après le droit procédural, une telle action devait être ouverte de manière distincte, elle s'inscrirait dans le prolongement de la procédure d'injonction et équivaldrait à un appel dirigé contre l'injonction, raison pour laquelle elle ne pourrait en aucun cas porter sur le fond du grief initial.

63. De plus, le droit d'être entendu dans le cadre d'une procédure d'injonction ne serait pas prévu par le droit maltais. D'après la jurisprudence interne, il serait possible de se dispenser de ce type de garantie dans le cadre de procédures d'injonction en raison des exigences particulières de pareilles procédures, comme la célérité. Le fait que le tribunal civil (première chambre) ait donné gain de cause à M<sup>me</sup> M. en déclarant que le droit d'être entendu devait être respecté lorsqu'une audience était organisée au cours de la procédure d'injonction ne suffirait pas à conférer au requérant un grief défendable et à rendre l'article 6 applicable à une telle procédure, qui n'aurait pas pour objet une décision relative à des contestations sur des droits de caractère civil.

64. Le seul droit de caractère civil en jeu dans les diverses procédures qui se sont déroulées en l'espèce serait celui d'étendre du linge à sécher, qui se trouverait au cœur du grief initial sur le fond et dont l'examen se serait conclu de manière définitive par la décision du 6 mars 1992, non contestée en appel. Au demeurant, comme la Cour d'appel l'aurait déclaré, les arguments relatifs au droit d'être entendu pendant une procédure d'injonction auraient pu facilement être présentés lors de l'examen du fond de l'affaire ; l'économie de la procédure aurait d'ailleurs exigé qu'il en allât ainsi.

65. Pour ce qui est de l'interprétation donnée par la chambre de l'arrêt *Vilho Eskelinen et autres* et de l'article 53 de la Convention, le Gouvernement souscrit au point de vue exprimé par les trois juges auteurs de l'opinion dissidente jointe à l'arrêt de la chambre ainsi qu'aux observations du tiers intervenant.

### 3. *Les arguments du requérant*

66. Le requérant considère que, lorsqu'une injonction de ne pas faire a été prononcée, elle continue à déployer ses effets jusqu'au terme de la procédure, sauf si elle a été levée entre-temps. Ainsi, la procédure au cours de laquelle l'injonction a été émise aurait porté sur les droits de caractère civil des parties, de manière certes provisoire mais pendant une certaine durée. Dès lors, vu l'ampleur des effets qui ont découlé de cette injonction, l'article 6 de la Convention s'y appliquerait, en particulier dans le contexte maltais.

67. Cependant, la procédure litigieuse serait distincte de la procédure d'injonction et relèverait elle aussi de l'article 6. Il s'agirait d'une procédure *ad hoc* formelle ouverte par une demande introductive d'instance suivie d'un appel et qui aurait donné lieu à des décisions en première instance et en appel. Cette procédure aurait d'ailleurs comporté une audience devant un tribunal autre que celui où le juge avait connu de la procédure d'injonction. Le droit de caractère civil en jeu serait « le droit d'être entendu » et l'espèce ne différerait pas de n'importe quelle autre affaire portée devant les juridictions internes ordinaires.

68. La circonstance que la procédure initiale relative au droit de mettre du linge à sécher se soit terminée le 6 mars 1992 n'aurait pas privé le jugement litigieux de tout effet pratique. Du reste, ce serait M. F. qui aurait formé l'appel et n'aurait pas cherché à le retirer une fois le grief initial tranché au fond, ce qui prouverait une fois encore l'utilité et le caractère distinct de cette action. De plus, étant donné que le Gouvernement n'aurait pas formulé correctement son exception devant les juridictions internes et que ces dernières ne l'auraient pas non plus soulevée d'office, le Gouvernement ne devrait pas être autorisé à l'invoquer maintenant; s'il l'était, il se trouverait dans une situation plus favorable que l'intéressé, qui aurait eu à se prévaloir de toutes les voies de recours internes.

69. Il n'y aurait pas lieu en l'espèce d'invoquer l'arrêt *Vilho Eskelinen et autres* car l'article 6 serait en tout état de cause applicable pour les raisons exposées plus haut. En outre, le requérant souscrit à l'interprétation de l'article 53 de la Convention donnée par la chambre, selon laquelle la protection des droits de l'homme, dans quelque domaine que ce soit, ne doit pas être plus faible devant la Cour qu'elle ne l'est devant les juridictions internes.

### 4. *Les arguments du tiers intervenant*

70. Le gouvernement de la République tchèque estime que la Cour devrait rester fidèle à sa jurisprudence selon laquelle l'article 6 ne s'applique pas aux procédures concernant des mesures provisoires ou conservatoires

précisément en raison de leur caractère provisoire. Les mesures provisoires ne pourraient passer pour constituer une procédure indépendante mais devraient être considérées comme s'inscrivant dans la procédure au principal. Dès lors, on pourrait concevoir que la Cour s'écarte de sa jurisprudence en la matière pour autant que l'aspect provisoire ne soit plus une raison valable pour que « cette partie de la procédure » ne soit pas couverte par l'article 6. Il s'ensuivrait que l'article 6 pourrait s'appliquer aux mesures provisoires; toutefois, il n'y aurait violation que si la déficience observée dans la procédure consacrée à la mesure provisoire avait privé d'équité la totalité de la procédure. En conséquence, il serait difficile d'imaginer que l'on puisse dresser un constat de violation lorsque la procédure au principal s'est conclue par une décision définitive.

71. En outre, l'article 6 ne devrait être applicable qu'à condition que la mesure demandée concerne, ne serait-ce que provisoirement, une contestation sur des droits et obligations de caractère civil ou l'existence, la portée ou les modalités de tels droits ou obligations. Il en irait de même des procédures incidentes à la procédure concernant des mesures provisoires, bien qu'il soit difficile pour un droit procédural (tel que, en l'occurrence, le droit d'être entendu) de passer pour un droit de caractère civil.

72. Par ailleurs, l'arrêt *Vilho Eskelinen et autres* n'aurait porté que sur une procédure opposant des fonctionnaires à l'Etat au sujet du droit d'accès à un tribunal. De plus, ce ne serait pas parce qu'une protection a été accordée au niveau interne que l'article 6 serait applicable, et le fait que l'applicabilité ait ou non été contestée au cours de la procédure interne serait dénué de pertinence et n'aurait pas à être pris en compte par la Cour.

73. S'agissant de l'article 53 de la Convention, il aurait été conçu pour empêcher que le niveau de protection des droits de l'homme ne soit abaissé au motif qu'un certain droit n'est pas garanti par la Convention. Encore une fois, rien n'interdirait aux juridictions nationales de dépasser les normes établies par la Convention.

## 5. *L'appréciation de la Cour*

### a) **Principes généraux**

74. La Cour rappelle que, pour que l'article 6 § 1 sous sa rubrique « civile » trouve à s'appliquer, il faut qu'il y ait « contestation » sur un « droit » que l'on peut prétendre, au moins de manière défendable, reconnu en droit interne, et ce qu'il soit aussi protégé par la Convention ou non. Il doit s'agir d'une contestation réelle et sérieuse; elle peut concerner aussi bien l'existence même d'un droit que son étendue ou ses modalités d'exercice; enfin, l'issue de la procédure doit être directement déterminante pour le droit

en question, un lien ténu ou des répercussions lointaines ne suffisant pas à faire entrer en jeu l'article 6 § 1 (voir, entre autres, *Mennitto c. Italie* [GC], n° 33804/96, § 23, CEDH 2000-X, et *Gülmez c. Turquie*, n° 16330/02, § 28, 20 mai 2008). Peu important dès lors la nature de la loi suivant laquelle la contestation doit être tranchée (loi civile, commerciale, administrative, etc.) et celle de l'autorité compétente en la matière (juridiction de droit commun, organe administratif, etc.) (*J.S. et A.S. c. Pologne*, n° 40732/98, § 46, 24 mai 2005).

75. Les procédures préliminaires, comme celles conduisant à l'adoption d'une mesure provisoire telle qu'une injonction, ne sont pas normalement considérées comme portant sur une contestation sur des droits et obligations de caractère civil et ne relèvent donc pas habituellement de la protection de l'article 6 (voir, entre autres, *Wiot c. France* (déc.), n° 43722/98, 15 mars 2001, *APIS a.s. c. Slovaquie* (déc.), n° 39754/98, 13 janvier 2000, *Verlagsgruppe News GmbH c. Autriche* (déc.), n° 62763/00, 16 janvier 2003, et *Libert c. Belgique* (déc.), n° 44734/98, 8 juillet 2004). Il s'ensuit que, dans les affaires de durée de procédure, la Cour n'a appliqué l'article 6 qu'à partir de l'ouverture de la procédure au fond et non à compter de la demande en vue de l'obtention de mesures préliminaires (*Jaffredou c. France* (déc.), n° 39843/98, 15 décembre 1998, et *Kress c. France* [GC], n° 39594/98, § 90, CEDH 2001-VI). Néanmoins, dans certains cas, la Cour a appliqué l'article 6 à des procédures en référé, notamment au motif qu'elles étaient déterminantes pour les droits de caractère civil du requérant (*Aerts c. Belgique*, 30 juillet 1998, *Recueil* 1998-V, et *Boca c. Belgique*, n° 50615/99, CEDH 2002-IX). De surcroît, elle a dit qu'il convient de faire exception au principe de non-applicabilité de l'article 6 lorsque la nature de la décision provisoire l'exige, à titre exceptionnel, au motif que la mesure demandée est radicale, qu'elle règle dans une large mesure l'action au principal et que, sauf si elle était annulée en appel, elle aurait des conséquences sur les droits des parties pendant un délai assez long (*Markass Car Hire Ltd c. Chypre* (déc.), n° 51591/99, 23 octobre 2001).

#### **b) Qualification de la procédure en l'espèce**

76. La présente affaire porte sur quatre niveaux de procédure: i) la procédure d'injonction, ii) la procédure par laquelle fut contestée l'équité de l'injonction (c'est l'appel formé dans ce cadre qui fait l'objet du grief soumis à la Cour), iii) la procédure au principal concernant le grief de M. F., et iv) la procédure constitutionnelle.

77. Contrairement à la chambre, la Grande Chambre considère qu'il est préférable d'examiner ces procédures de manière globale. L'injonction sollicitée fut émise à titre préliminaire, après quoi eut lieu l'action au principal

portant sur le fond de l'affaire. Entre-temps, une autre procédure avait été engagée pour dénoncer le manque d'équité de l'injonction. La Grande Chambre, comme le Gouvernement, juge que cette dernière procédure est analogue à ce que l'on qualifierait dans d'autres ordres juridiques d'appel contre l'injonction. Nul n'a contesté qu'à l'époque des faits, le système juridique maltais ne permettait pas d'interjeter appel d'une injonction. En revanche, il était possible d'attaquer une telle mesure en engageant une « nouvelle » procédure comportant deux degrés de juridiction, tout d'abord devant le tribunal civil (première chambre) siégeant au titre de sa compétence ordinaire puis devant la Cour d'appel. Ainsi, la procédure d'injonction et celle qui a ensuite servi à en critiquer le manque d'équité ne sauraient être vues comme distinctes l'une de l'autre. Elles forment une seule procédure en rapport avec le fond du grief faisant l'objet de l'action au principal. Même si cette procédure a comporté trois degrés de juridiction, il ne s'agit de rien d'autre que d'une procédure d'injonction classique. C'est donc en se fondant sur cette analyse que la Grande Chambre tranchera la question de l'applicabilité de l'article 6 en l'espèce.

**c) Sur la nécessité d'une évolution de la jurisprudence**

78. La Cour observe qu'il existe un large consensus au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe quant à l'applicabilité de l'article 6 aux mesures provisoires, y compris les injonctions, puisqu'ils prévoient implicitement ou explicitement des dispositions en ce sens (comme expliqué au paragraphe 31 ci-dessus). De même, ainsi que le montre la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (paragraphe 32 ci-dessus), celle-ci considère que les mesures provisoires doivent s'entourer des garanties d'équité de la procédure, notamment le droit d'être entendu.

79. L'exclusion des mesures provisoires du champ d'application de l'article 6 a été jusqu'à présent justifiée par le fait qu'en principe, elles ne permettent pas de décider de contestations sur des droits et obligations de caractère civil. Toutefois, alors que de nombreux Etats contractants doivent faire face à des arriérés considérables en raison de la surcharge de leurs systèmes judiciaires, ce qui conduit à des procédures excessivement longues, la décision prise par un juge dans une procédure d'injonction tient lieu bien souvent de décision sur le fond pendant un délai assez long, voire définitivement dans des situations exceptionnelles. Il s'ensuit que, dans bien des cas, la procédure provisoire et la procédure au principal portent sur les mêmes « droits ou obligations de caractère civil » et produisent les mêmes effets à long terme ou permanents.

80. Dans ces conditions, la Cour juge qu'il ne se justifie plus de considérer automatiquement que les procédures d'injonction ne sont pas

déterminantes pour des droits ou obligations de caractère civil. Elle n'est pas non plus convaincue qu'une déficience d'une telle procédure puisse être nécessairement corrigée à un stade ultérieur, à savoir dans le cadre de la procédure au fond régie par l'article 6, étant donné que tout préjudice subi dans l'intervalle pourrait alors être devenu irréversible et que les chances d'obtenir un redressement du dommage seraient vraisemblablement minces, en dehors peut-être d'une éventuelle indemnisation.

81. La Cour considère donc, pour les raisons qui viennent d'être évoquées, qu'il y a lieu de modifier la jurisprudence. Certes, il est dans l'intérêt de la sécurité juridique, de la prévisibilité et de l'égalité devant la loi qu'elle ne s'écarte pas sans motif valable de ses précédents; toutefois, si elle devait faillir à maintenir une approche dynamique et évolutive, pareille attitude risquerait de faire obstacle à toute réforme ou amélioration (voir, *mutatis mutandis*, *Mamatkoulov et Askarov c. Turquie* [GC], n<sup>os</sup> 46827/99 et 46951/99, § 121, CEDH 2005-I, et *Vilho Eskelinen et autres*, précité, § 56). Il ne faut pas oublier que la Convention a pour but de « protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs » (voir, entre autres, *Folgerø et autres c. Norvège* [GC], n<sup>o</sup> 15472/02, § 100, CEDH 2007-III, et *Salduz c. Turquie* [GC], n<sup>o</sup> 36391/02, § 51, CEDH 2008).

82. Vu ce qui précède, le fait que les décisions provisoires qui tranchent aussi des contestations sur des droits ou obligations de caractère civil tombent en dehors du champ d'application de l'article 6 de la Convention appelle à adopter une nouvelle approche.

#### d) La nouvelle approche

83. Comme indiqué précédemment, le volet civil de l'article 6 ne s'applique qu'aux procédures portant sur des droits ou obligations de caractère civil. Or toutes les mesures provisoires ne tranchent pas de tels droits et obligations; l'applicabilité de l'article 6 dépend donc du respect de certaines conditions.

84. Premièrement, le droit en jeu tant dans la procédure au principal que dans la procédure d'injonction doit être « de caractère civil » au sens autonome que revêt cette notion dans le cadre de l'article 6 de la Convention (voir, entre autres, *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grèce*, 9 décembre 1994, § 39, série A n<sup>o</sup> 301-B, *König c. Allemagne*, 28 juin 1978, §§ 89-90, série A n<sup>o</sup> 27, *Ferrazzini c. Italie* [GC], n<sup>o</sup> 44759/98, §§ 24-31, CEDH 2001-VII, et *Roche c. Royaume-Uni* [GC], n<sup>o</sup> 32555/96, § 119, CEDH 2005-X).

85. Deuxièmement, la nature, l'objet et le but de la mesure provisoire, ainsi que ses effets sur le droit en question, doivent être examinés de près. Chaque fois que l'on peut considérer qu'une mesure est déterminante pour

le droit ou l'obligation de caractère civil en jeu, quelle que soit la durée pendant laquelle elle a été en vigueur, l'article 6 trouvera à s'appliquer.

86. Toutefois, la Cour admet que dans des cas exceptionnels – par exemple lorsque l'effectivité de la mesure sollicitée dépend de la rapidité du processus décisionnel – il peut se révéler impossible de respecter dans l'immédiat toutes les exigences prévues à l'article 6. Ainsi, dans certaines hypothèses précises, tandis que l'indépendance et l'impartialité du tribunal ou du juge concerné constituent des garanties inaliénables qu'il est indispensable de respecter dans pareille procédure, d'autres garanties procédurales peuvent ne s'appliquer que dans la mesure où le permettent la nature et le but de la procédure provisoire considérée. En cas de procédure ultérieure devant la Cour, c'est au Gouvernement qu'il incombera d'établir, eu égard au but de la procédure en cause dans une affaire donnée, qu'une ou plusieurs garanties procédurales particulières ne pouvaient être appliquées sans compromettre indûment la réalisation des objectifs visés par la mesure provisoire en question.

#### e) Applicabilité de l'article 6 en l'espèce

87. La Cour note que la procédure au principal portait en substance sur l'usage par des voisins de droits de propriété conformément à la loi maltaise, et donc sur un droit de caractère civil tant d'après le droit interne que selon la jurisprudence de la Cour (*Ferrazzini*, précité, § 27, et *Zander c. Suède*, 25 novembre 1993, § 27, série A n° 279-B). L'injonction visait à trancher, certes pour une durée limitée, le même droit que celui en jeu dans la procédure au principal, et était exécutoire immédiatement. Il s'ensuit que la procédure d'injonction remplit en l'espèce les critères requis pour que l'article 6 soit applicable; le Gouvernement n'a par ailleurs pas établi qu'il existât des raisons d'en limiter la portée à quelque égard que ce fût (paragraphe 86 ci-dessus).

88. La Cour observe que le grief du requérant concerne une procédure d'appel qui s'est conclue par l'arrêt du 5 février 1993, alors que le fond du grief au principal avait déjà été tranché par une décision du 6 mars 1992. La Cour est donc consciente qu'à l'époque où l'arrêt contesté a été rendu, le litige avait en réalité déjà été résolu. Cependant, en 1990, lorsque la procédure a été entamée, le grief n'avait pas encore été jugé au fond et l'article 6 était en principe applicable, comme la Cour l'a établi plus haut. La Cour ne voit pas pourquoi l'article 6 ne pourrait continuer de s'appliquer à cette même procédure à un stade ultérieur. De plus, elle relève que la poursuite de cette procédure ne tenait pas à une quelconque faute de M<sup>me</sup> M. puisque c'est M. F. qui était l'auteur de l'appel.

89. Dès lors, l'article 6 est applicable à la procédure litigieuse, et il y a lieu de rejeter l'exception du Gouvernement.

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

### A. La conclusion de la chambre

90. La chambre a déclaré n'être pas convaincue qu'il existait suffisamment d'éléments indiquant que le *Chief Justice* avait fait montre de préventions personnelles. Toutefois, elle a considéré que l'étroitesse du lien de parenté qui unissait l'avocat de la partie adverse et le juge suffisait à justifier de manière objective les craintes du requérant quant à un manque d'impartialité du juge qui présidait la formation; du reste, la façon dont les choses se sont passées n'a pas contribué à dissiper les doutes du requérant. La chambre a donc conclu à la violation de l'article 6 § 1 (manque d'impartialité du tribunal) et jugé qu'il n'y avait pas lieu d'examiner séparément le grief ayant trait au principe de l'égalité des armes.

### B. Les arguments du requérant

91. Le requérant soutient qu'en l'espèce le *Chief Justice* a fait montre de parti pris tant subjectif qu'objectif, contrevenant ainsi à l'article 6 de la Convention. Ce magistrat aurait été partial étant donné que son frère avait été l'avocat de la partie adverse pendant la procédure d'injonction. Sa partialité ressortirait clairement de l'incident survenu le 12 octobre 1992, qui aurait laissé sans voix les deux autres juges siégeant dans l'affaire, ainsi que de l'arrêt définitif rendu en défaveur de M<sup>me</sup> M. et qui aurait ordonné de retirer du dossier un rapport établi par l'auxiliaire de justice, favorable à M<sup>me</sup> M. et mentionnant les actes de l'avocat de celle-ci à l'égard du frère du *Chief Justice* (paragraphe 20 ci-dessus). Étant donné que l'impartialité personnelle d'un juge se présume jusqu'à preuve du contraire, le requérant n'aurait eu aucune raison de récuser le juge avant que les événements qui viennent d'être évoqués ne se produisent. Toutefois, le *Chief Justice* aurait dû savoir qu'il allait en personne soulever la question relative à son frère et aurait donc dû prendre l'initiative de se déporter. Par ailleurs, le comportement du *Chief Justice* durant l'incident et son lien de fraternité avec l'avocat de la partie adverse ne seraient pas des questions distinctes mais constitueraient les deux faces d'une même médaille.

### C. Les arguments du Gouvernement

92. Pour le Gouvernement, il ne se pose en l'espèce aucune question sous l'angle de l'impartialité. Si l'avocat avait craint que le juge ne fût de parti pris, il aurait à l'évidence dû le récuser, ce qu'il n'aurait pas fait. Au contraire, il aurait admis que l'incident était clos à la suite de la réunion dans le bureau du *Chief Justice*. D'ailleurs, devant les juridictions internes, le requérant n'aurait pas allégué que l'iniquité de la procédure venait de ce qu'il n'aurait pas eu le droit de présenter ses arguments ou tenait aux liens de parenté de ce magistrat; ce ne serait que devant la Cour que ce rapprochement aurait été établi. L'arrêt de la Cour d'appel ne montrerait aucun parti pris de la part du *Chief Justice* et, même si ce dernier avait été partial, on ne pourrait en tirer des allégations *a posteriori*. La Cour d'appel aurait été impartiale au sens de l'article 6 § 1 de la Convention en dépit des liens de parenté existant entre le *Chief Justice* et les avocats de l'adversaire de M<sup>me</sup> M.

### D. L'appréciation de la Cour

#### 1. Principes généraux

93. L'impartialité se définit d'ordinaire par l'absence de préjugé ou de parti pris et peut s'apprécier de diverses manières. Selon la jurisprudence constante de la Cour, aux fins de l'article 6 § 1, l'impartialité doit s'apprécier selon une démarche subjective, en tenant compte de la conviction personnelle et du comportement de tel juge, c'est-à-dire du point de savoir si celui-ci a fait preuve de parti pris ou préjugé personnel dans tel cas, et aussi selon une démarche objective consistant à déterminer si le tribunal offrait, notamment à travers sa composition, des garanties suffisantes pour exclure tout doute légitime quant à son impartialité (voir, entre autres, *Fey c. Autriche*, 24 février 1993, §§ 27, 28 et 30, série A n° 255-A, et *Wettstein c. Suisse*, n° 33958/96, § 42, CEDH 2000-XII).

94. Pour ce qui est de la démarche subjective, 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, *Kyprianou c. Chypre* [GC], n° 73797/01, § 119, CEDH 2005-XIII). La Cour a dit que l'impartialité personnelle d'un magistrat se présume jusqu'à preuve du contraire (*Wettstein*, précité, § 43). Quant au type de preuve exigé, la Cour s'est par exemple efforcée de vérifier si un juge avait fait montre d'hostilité ou de malveillance pour des raisons personnelles (*De Cubber c. Belgique*, 26 octobre 1984, § 25, série A n° 86).

95. Dans la très grande majorité des affaires soulevant des questions relatives à l'impartialité, la Cour a eu recours à la démarche objective. La frontière entre l'impartialité subjective et l'impartialité objective n'est cependant pas hermétique car non seulement la conduite même d'un juge peut, du point de vue d'un observateur extérieur, entraîner des doutes objectivement justifiés quant à son impartialité (démarche objective) mais elle peut également toucher à la question de sa conviction personnelle (démarche subjective) (*Kyprianou*, précité, § 119). Ainsi, dans des cas où il peut être difficile de fournir des preuves permettant de réfuter la présomption d'impartialité subjective du juge, la condition d'impartialité objective fournit une garantie importante de plus (*Pullar c. Royaume-Uni*, 10 juin 1996, § 32, *Recueil* 1996-III).

96. Pour ce qui est de l'appréciation objective, elle consiste à se demander si, indépendamment de la conduite personnelle du juge, certains faits vérifiables autorisent à suspecter l'impartialité de ce dernier. Il en résulte que, pour se prononcer sur l'existence, dans une affaire donnée, d'une raison légitime de redouter d'un juge ou d'une juridiction collégiale un défaut d'impartialité, l'optique de la personne concernée 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 justifiées (*Wettstein*, précité, § 44, et *Ferrantelli et Santangelo c. Italie*, 7 août 1996, § 58, *Recueil* 1996-III).

97. L'appréciation objective porte essentiellement sur les liens hiérarchiques ou autres entre le juge et d'autres acteurs de la procédure (voir les affaires de cours martiales, par exemple *Miller et autres c. Royaume-Uni*, n<sup>os</sup> 45825/99, 45826/99 et 45827/99, 26 octobre 2004; voir aussi les affaires ayant trait à la double fonction du juge, par exemple *Mežnarić c. Croatie*, n<sup>o</sup> 71615/01, § 36, 15 juillet 2005, et *Wettstein*, précité, § 47, où l'avocat qui avait représenté les adversaires du requérant a ensuite jugé l'intéressé dans le cadre respectivement d'une même procédure et de procédures concomitantes); pareille situation justifiait objectivement des doutes quant à l'impartialité du tribunal et ne satisfaisait donc pas à la norme de la Convention en matière d'impartialité objective (*Kyprianou*, précité, § 121). Il faut en conséquence décider dans chaque cas d'espèce si la nature et le degré du lien en question sont tels qu'ils dénotent un manque d'impartialité de la part du tribunal (*Pullar*, précité, § 38).

98. En la matière, même les apparences peuvent revêtir de l'importance ou, comme le dit un adage anglais, «*justice must not only be done, it must also be seen to be done*» (il faut non seulement que justice soit faite, mais aussi qu'elle le soit au vu et au su de tous) (*De Cubber*, précité, § 26). Il y va de la confiance que les tribunaux d'une société démocratique se doivent

d'inspirer aux justiciables. Doit donc se déporter tout juge dont on peut légitimement craindre un manque d'impartialité (*Castillo Algar c. Espagne*, 28 octobre 1998, § 45, *Recueil* 1998-VIII).

99. Pour que les tribunaux inspirent au public la confiance indispensable, il faut de surcroît tenir compte de considérations de caractère organique (*Piersack c. Belgique*, 1<sup>er</sup> octobre 1982, § 30 d), série A n° 53). L'existence de procédures nationales destinées à garantir l'impartialité, à savoir des règles en matière de déport des juges, est un facteur pertinent. De telles règles expriment le souci du législateur national de supprimer tout doute raisonnable quant à l'impartialité du juge ou de la juridiction concernée et constituent une tentative d'assurer l'impartialité en éliminant la cause de préoccupations en la matière. En plus de garantir l'absence de véritable parti pris, elles visent à supprimer toute apparence de partialité et renforcent ainsi la confiance que les tribunaux d'une société démocratique se doivent d'inspirer au public (*Mežnarić*, précité, § 27). La Cour prendra ces règles en compte pour apprécier si le tribunal a été impartial et, notamment, si les craintes du requérant peuvent passer pour objectivement justifiées (voir, *mutatis mutandis*, *Pescador Valero c. Espagne*, n° 62435/00, §§ 24-29, CEDH 2003-VII).

## 2. L'application des principes précités au cas d'espèce

100. La Cour relève que des dispositions spécifiques concernant la récusation des juges étaient contenues à l'article 734 du code d'organisation judiciaire et de procédure civile (paragraphe 28 ci-dessus). A l'instar de la chambre, la Grande Chambre ne peut que constater que le droit maltais tel qu'il existait à l'époque des faits était déficient à deux égards. Premièrement, un juge n'avait pas automatiquement l'obligation de se déporter dans les affaires où son impartialité pouvait poser problème, ce qui reste vrai du droit en vigueur à l'heure actuelle. Deuxièmement, à l'époque, le droit ne reconnaissait pas qu'un lien de fraternité entre un juge et un avocat constituait un problème – et donc un motif de récusation – sans même parler d'un lien de parenté moins étroit tel que celui existant entre des oncles ou tantes et leurs neveux ou nièces. Dès lors, la Grande Chambre, comme la chambre, considère que le droit ne fournissait pas en lui-même des garanties adaptées en matière d'impartialité subjective et objective.

101. La Cour n'est pas convaincue qu'il existe suffisamment d'éléments indiquant que le *Chief Justice* ait fait montre de préventions personnelles. C'est pourquoi elle préfère examiner l'affaire sous l'angle du critère d'impartialité objective, qui fournit une garantie de plus.

102. Pour ce qui est de la démarche objective, cette partie du grief vise une déficience du droit pertinent telle qu'il n'était pas possible de récuser un

juge en invoquant un lien entre celui-ci et l'avocat d'une partie autre qu'un lien de parenté ou d'alliance du premier degré (paragraphe 28 ci-dessus). En conséquence, M<sup>me</sup> M. a en l'espèce comparu devant un collège de trois juges dont l'un était l'oncle de l'avocat de la partie adverse ainsi que le frère de l'avocat de la partie adverse pendant la procédure de première instance dont le comportement était mis en cause en appel. La Grande Chambre estime que l'étroitesse du lien de parenté qui unissait l'avocat de la partie adverse et le *Chief Justice* suffit à justifier de manière objective les craintes quant au manque d'impartialité du président du collège de juges. On ne saurait négliger le fait que Malte est un petit pays et qu'on y rencontre couramment des familles entières de praticiens du droit. D'ailleurs, le Gouvernement a lui aussi admis qu'il s'agissait là d'un problème récurrent appelant des mesures; c'est ainsi que le droit pertinent a été amendé et inclut désormais le lien de fraternité parmi les motifs de récusation (paragraphe 29 ci-dessus).

103. Les considérations qui précèdent suffisent à la Cour pour conclure que la composition du tribunal n'était pas de nature à garantir son impartialité et n'a pas satisfait aux exigences de la Convention en matière d'impartialité objective.

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

105. Ayant conclu à la violation de cette disposition, la Cour juge qu'il n'y a pas lieu de statuer séparément sur le grief selon lequel le comportement du juge a porté atteinte au droit de M<sup>me</sup> M. de présenter des observations.

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

106. 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

##### 1. L'arrêt de la chambre

107. La chambre a considéré que le constat de violation constituait en soi une satisfaction équitable suffisante pour le dommage moral que le requérant a pu subir.

##### 2. Les arguments des parties

108. Comme devant la chambre, le requérant réclame 5 000 euros (EUR) pour dommage moral.

109. Le Gouvernement soutient qu'il n'y a aucune raison de revenir sur la conclusion de la chambre.

### 3. *La décision de la Cour*

110. La Grande Chambre estime comme la chambre que, pour ce qui est de la détresse que le requérant allègue avoir éprouvée dans les circonstances de l'espèce, le constat de violation constitue en soi une satisfaction équitable suffisante pour tout dommage moral éventuel (*Chmelíř c. République tchèque*, n° 64935/01, § 74, CEDH 2005-IV, et *Coyne c. Royaume-Uni*, 24 septembre 1997, § 64, *Recueil* 1997-V).

## B. **Frais et dépens**

### 1. *L'arrêt de la chambre*

111. La chambre a rejeté la demande de remboursement des frais afférents à la procédure devant la juridiction de première instance et la Cour d'appel car elle a estimé que ces frais n'avaient pas été exposés pour prévenir ou faire redresser la violation constatée. Pour ce qui est des honoraires d'avocat relatifs à la procédure constitutionnelle interne, la chambre a également rejeté la demande faite pour le requérant d'avoir prouvé qu'il avait réellement payé des sommes à cet égard. Elle a en revanche admis que le requérant avait exposé certains frais, au niveau tant national qu'euro-péen, pour faire redresser la violation de la Convention, et a accordé au requérant 2 000 EUR pour les frais afférents à la procédure interne et à la procédure devant elle.

### 2. *Les arguments des parties*

112. Le requérant réclame 1 177 EUR pour la procédure devant la chambre, soit 850 EUR pour les observations écrites, 250 EUR pour la traduction de documents et 77 EUR de frais administratifs, ainsi que 2 193 EUR pour la procédure devant la Grande Chambre, soit 850 EUR pour les observations écrites, 350 EUR pour la préparation de la demande d'assistance judiciaire, 300 EUR pour la préparation de la plaidoirie devant la Grande Chambre, 250 EUR pour la traduction des observations écrites, 300 EUR pour la participation à l'audience et 143 EUR de frais administratifs.

113. Le Gouvernement déclare que le montant réclamé pour la procédure devant la chambre est inférieur à celui accordé par cette dernière; il ajoute que la somme réclamée pour la procédure devant la Grande Chambre est excessive et que divers postes font double emploi.

### 3. La décision de la Cour

114. La Grande Chambre observe que la somme allouée par la chambre couvre les frais et dépens afférents à la procédure interne et ceux relatifs à la procédure devant la Cour jusqu'à l'arrêt de la chambre ; elle confirme donc la décision de cette dernière d'accorder 2 000 EUR au requérant.

115. Pour ce qui est des frais et dépens relatifs à la procédure devant la Grande Chambre, la Cour rappelle que, selon sa jurisprudence, un requérant a droit au remboursement de ses frais et dépens pour autant seulement que se trouvent établis leur réalité, leur nécessité et le caractère raisonnable de leur taux. En l'espèce, eu égard aux critères précités et aux informations dont elle dispose, notamment le fait que le requérant n'a soumis aucun justificatif à l'appui de ses prétentions et l'absence de précisions quant au temps passé et au taux horaire appliqué, la Cour n'est pas convaincue que tous les frais relatifs à la procédure devant la Grande Chambre aient été nécessairement exposés et étaient d'un montant raisonnable. Sachant que le Conseil de l'Europe a versé 1 854,86 EUR au titre de l'assistance judiciaire pour la procédure devant la Grande Chambre, la Cour décide de ne pas allouer de somme à cet égard.

116. En conclusion, la Cour confirme l'octroi de 2 000 EUR pour les frais et dépens afférents à la procédure devant la chambre.

### C. Intérêts moratoires

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

### PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Rejette*, par onze voix contre six, les exceptions préliminaires du Gouvernement ;
2. *Dit*, par onze voix contre six, qu'il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention pour non-respect de l'exigence d'impartialité ;
3. *Dit*, à l'unanimité, qu'il n'y a pas lieu de statuer séparément sur le grief concernant le droit de M<sup>me</sup> M. de présenter des observations ;
4. *Dit*, par onze voix contre six,
  - a) que l'Etat défendeur doit verser au requérant, dans les trois mois, 2 000 EUR (deux mille euros), plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt par le requérant, pour frais et dépens ;
  - 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 ;

5. *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 15 octobre 2009.

Michael O'Boyle  
Greffier adjoint

Jean-Paul Costa  
Président

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

- opinion dissidente commune aux juges Costa, Jungwiert, Kovler et Fura ;
- opinion partiellement dissidente des juges Björgvinsson et Malinverni ;
- opinion concordante commune aux juges Rozakis, Tulkens et Kalaydjieva.

J.-P. C.  
M. O'B.

OPINION DISSIDENTE COMMUNE  
AUX JUGES COSTA, JUNGWIERT, KOVLER ET FURA

Pour plusieurs raisons, nous n'avons pas pu suivre la majorité de la Grande Chambre dans cette affaire.

1. Tout d'abord, M<sup>me</sup> M., la sœur (décédée) du requérant ne nous paraît pas avoir subi un préjudice important dans cette banale affaire de voisinage, et le respect des droits de l'homme ne nous a pas semblé imposer que notre Cour examine cette affaire au fond. Certes, le Protocole 14 (signé et ratifié par Malte) n'est pas encore entré en vigueur. Mais, sans attendre la modification de l'article 35 § 3 de la Convention qui résultera de cette entrée en vigueur, il est surprenant que la Cour, surchargée de requêtes, ne regarde pas celle-ci comme irrecevable, notamment comme « abusive » au sens de l'article 35 § 3 *in fine* du texte actuel. Il suffit de rappeler que l'affaire a commencé en 1985 par un recours en référé contre M<sup>me</sup> M., en vue de lui interdire de mettre du linge à sécher au-dessus de la cour de son voisin; qu'ensuite le tribunal civil a rendu deux ordonnances, puis un jugement, suivis d'un arrêt de la Cour d'appel puis d'un recours constitutionnel de M<sup>me</sup> M.; que son frère – le requérant – a repris neuf ans après l'instance, suite à la mort de sa sœur, et que le tribunal civil et la Cour constitutionnelle ont statué encore deux et trois ans plus tard; et qu'enfin une chambre de la Cour européenne des droits de l'homme, à la majorité de quatre voix contre trois, a accueilli la requête et trouvé une violation de l'article 6 § 1 de la Convention. La disproportion entre la modestie des faits et ce luxe, voire cette débauche, de procédures, heurte le sens commun, alors surtout qu'il subsiste dans nombre d'Etats parties des violations graves des droits de l'homme. Notre Cour est-elle exactement faite pour cela ?

2. Ensuite, nous ne sommes pas convaincus du tout que le requérant ait la qualité de victime. A cet égard, nous pouvons tout à fait suivre l'opinion, très bien développée, de nos collègues les juges Björgvinsson et Malinverni.

Quelle que soit l'importance des liens fraternels, nous ne voyons pas d'intérêt suffisant, pour le requérant, à venir saisir la Cour d'une allégation d'impartialité des tribunaux, quatorze ans après le décès de M<sup>me</sup> M. On est ici très près de l'« *actio popularis* ». De ce point de vue aussi, il y a un certain abus du droit de recours, car même si l'impartialité, élément fondamental du procès équitable, est une question d'intérêt général, M. Micallef ne peut la soulever sans avoir souffert de préjudice propre. Par ailleurs, la Cour européenne des droits de l'homme, qui n'a pas le pouvoir de s'auto-saisir, a toujours pris soin de statuer « *in concreto* », et non de régler dans l'abstrait des questions juridiques.

3. Passons sur l'exception du Gouvernement tirée du défaut d'épuisement des voies de recours internes, encore qu'on puisse en discuter.

4. Par contre, nous ne pouvons pas considérer que l'article 6 § 1 est applicable en l'espèce. Il ne l'est évidemment pas sous son volet pénal. Sous son volet civil, nous sommes entièrement de l'avis exprimé dans l'opinion dissidente annexée à l'arrêt de la chambre (opinion du juge Bratza à laquelle se sont ralliés les juges Traja et Hirvelä). En substance, il nous semble que la Grande Chambre étend de façon illimitée, ou presque, la notion de contestation portant sur des droits et obligations de caractère civil, et qu'elle s'appuie de façon indue sur la jurisprudence *Vilho Eskelinen et autres c. Finlande* ([GC], n° 63235/00, CEDH 2007-II), qui se bornait à étendre l'applicabilité de l'article 6 § 1 aux litiges concernant la situation des fonctionnaires, revenant ainsi sur la jurisprudence *Pellegrin c. France* ([GC], n° 28541/95, CEDH 1999-VIII)(voir le paragraphe 61 de l'arrêt *Vilho Eskelinen et autres*, cité dans l'opinion dissidente déjà mentionnée du juge Bratza, au point 11).

Nous relevons en outre une anomalie procédurale, qui est la suivante. Dans la présente affaire *Micallef*, le tribunal civil a rendu un jugement *sur le fond* (et non en référé), le 6 mars 1992. Par ce jugement, le tribunal avait reconnu le bien-fondé des prétentions du voisin, M. F., et avait condamné M<sup>me</sup> M. aux dépens. Celle-ci n'a jamais fait appel de ce jugement, devenu ainsi définitif. On aurait pu admettre l'applicabilité de l'article 6 § 1 à cette procédure. Mais en préférant continuer celle portant sur la demande *en référé*, M<sup>me</sup> M., puis le requérant son frère, ont privilégié un contentieux qui, à notre avis, ne porte pas sur une contestation relative à des droits et obligations de caractère civil et en tout cas ne la tranche pas. Comme l'avait expliqué notre collègue Bratza, les procédures de référé ne devraient que très exceptionnellement engager l'article 6 § 1, car celui-ci exige que le tribunal *décide* d'une contestation (*determination of his civil rights* en anglais). Tel n'a pas été le cas ici. Cet argument se surajoute à ceux de l'excellente opinion dissidente jointe à l'arrêt de la chambre et va dans le même sens.

5. Donc – à supposer que M. Micallef puisse être regardé comme victime (de quoi ?) – l'article 6 § 1 est inapplicable. Par suite, il ne peut pas avoir été violé.

OPINION PARTIELLEMENT DISSIDENTE  
DES JUGES BJÖRGVINSSON ET MALINVERNI

1. Contrairement à la majorité, nous sommes d'avis que, dans la présente affaire, le requérant ne pouvait pas se prétendre victime d'une violation de l'article 6. En effet, selon la jurisprudence, pour être considéré comme victime d'une violation de la Convention, un individu doit avoir subi directement les effets de la mesure litigieuse (*Burden c. Royaume-Uni* [GC], n° 13378/05, § 33, CEDH 2008).

Il est vrai que la Cour a toujours affirmé que la notion de victime ne saurait être appliquée de façon rigide, mécanique et inflexible (*Karner c. Autriche*, n° 40016/98, 24 juillet 2003, § 25, CEDH 2003-IX). Elle a par exemple reconnu que les affaires portées devant elle présentent généralement aussi une dimension morale, et que les proches d'un requérant peuvent donc avoir un intérêt légitime à veiller à ce que la justice soit rendue. Tel est notamment le cas lorsque la question centrale soulevée par la cause dépasse la personne et les intérêts du requérant et peut toucher d'autres personnes.

On sait aussi que la Cour est compétente pour décider, dans certaines circonstances, que le respect des droits de l'homme garantis par la Convention et ses Protocoles exige qu'elle poursuive l'examen de l'affaire (article 37 § 1 *in fine* de la Convention), lorsque celle-ci soulève une question d'intérêt général (*Karner*, précité, et *Marie-Louise Løyen et Bruneel c. France*, n° 55929/00, § 29, 5 juillet 2005). Une telle question peut se poser notamment lorsque la requête concerne la législation, un système ou une pratique de l'Etat défendeur (*Altun c. Allemagne*, n° 10308/83, décision de la Commission du 3 mai 1983, Décisions et rapports 36, p. 209, et, *mutatis mutandis*, *Karner*, précité, §§ 26 et 28).

S'agissant plus particulièrement des griefs tirés de l'article 6, la Cour a reconnu la qualité de victime d'un proche soit lorsque les griefs soulevaient une question d'intérêt général et que les requérants, en tant qu'héritiers, avaient un intérêt légitime au maintien de la requête (*Marie-Louise Løyen et Bruneel*, précité, § 29, et, *a contrario*, *Biç et autres c. Turquie*, n° 55955/00, § 23, 2 février 2006), soit en raison de l'effet direct sur les droits patrimoniaux du requérant (*Ressegatti c. Suisse*, n° 17671/02, § 25, 13 juillet 2006).

2. C'est essentiellement sur la base des considérations qui viennent d'être exposées que, à l'instar de la chambre, la majorité de la Grande Chambre a jugé que le requérant avait qualité pour soumettre la requête à son examen (paragraphe 49 à 51 de l'arrêt).

3. Nous relevons quant à nous que, même si, pour apprécier la qualité de victime, elle prend en compte le fait que le requérant, comme en

l'espèce, a été partie à la procédure interne, la Cour interprète la notion de victime de manière autonome (*Sanles Sanles c. Espagne* (déc.), n° 48335/99, CEDH 2000-XI).

4. Dans le cas d'espèce, la victime directe, M<sup>me</sup> M., est décédée pendant qu'était en cours la procédure constitutionnelle interne.

Pour apprécier la qualité de victime du requérant en cas de décès de la victime directe, la jurisprudence distingue selon que le décès est intervenu *avant* ou *après* l'introduction de la requête devant la Cour.

a) Lorsque la victime directe est décédée *après* que la Cour a été saisie, celle-ci autorise normalement les membres de sa famille à maintenir la requête, à condition qu'ils aient un intérêt suffisant.

Ainsi, dans l'affaire *Malhous c. République tchèque* ((déc.) [GC], n° 33071/96, CEDH 2000-XII), la Cour a reconnu la qualité de victime au neveu de requérant, qui avait demandé le maintien de la requête présentée devant la Cour par le requérant, au motif que ce dernier l'avait désigné comme légataire universel et qu'il existait une chance de voir cette qualité finalement reconnue à l'intéressé, auquel cas il bénéficierait d'une partie au moins des biens du requérant.

De même, dans l'affaire *Dalban c. Roumanie* ([GC], n° 28114/95, CEDH 1999-VI) la Cour a reconnu la qualité de victime à la veuve du requérant, qui n'avait fait que poursuivre la procédure engagée devant la Cour par son mari avant son décès.

b) La situation est toutefois différente lorsque la victime directe est décédée *avant* d'avoir soumis une requête à la Cour. Ainsi, dans l'affaire *Fairfield c. Royaume-Uni* ((déc.), n° 24790/04, CEDH 2005-VI), la Cour a dénié la qualité de victime à la fille et aux exécuteurs testamentaires d'une personne décédée qui avaient introduit une requête au nom de celle-ci après son décès, quand bien même les exécuteurs testamentaires avaient été autorisés à poursuivre son recours au niveau interne.

La lecture de la jurisprudence révèle donc que, lorsque la victime directe est décédée *avant* l'introduction de la requête à la Cour, celle-ci ne reconnaît la qualité de victime aux membres de sa famille qu'à titre tout à fait exceptionnel. Tel est par exemple le cas lorsque la nature même de la violation alléguée a empêché la victime directe de faire valoir elle-même ses griefs. Ainsi, les membres de la famille d'une personne disparue, et présumée décédée, sont-ils admis à invoquer l'article 2.

Tel peut également être le cas lorsque le requérant est lui-même touché par ce qu'il considère comme les conséquences néfastes de la violation alléguée. Dans l'affaire *Ressegatti* (précitée, § 25), la Cour a estimé que la violation alléguée du droit à un procès équitable avait eu un effet direct sur les droits patrimoniaux des requérants, étant donné qu'en vertu de

leur qualité d'héritiers, le jugement était devenu obligatoire pour eux et qu'en vertu du principe de la *res judicata*, ils ne pourraient obtenir d'autres décisions dans la même affaire.

5. A notre avis, les conditions susmentionnées n'étaient pas remplies dans le cas d'espèce. La notion de victime étant une notion autonome, il est d'abord non pertinent, selon nous, que les juridictions internes n'aient pas rejeté la demande que le requérant avait présentée en vue d'intervenir dans la procédure en sa qualité de frère et d'héritier de la plaignante et qu'elles n'aient pas non plus refusé de statuer sur son recours.

Il est vrai que le problème juridique soulevé par la présente affaire touchait à la bonne administration de la justice et pouvait être considéré comme constituant une question d'intérêt général mais pas, selon nous, au point d'élargir à un tel degré la notion de victime. Il n'est pas inutile de rappeler à ce propos que, dans son arrêt du 29 janvier 2004, le tribunal civil a rejeté le recours de M<sup>me</sup> M., l'ayant jugé futile et abusif (paragraphe 23 de l'arrêt). Comme l'a à juste titre affirmé la Cour dans sa décision *Fairfield*, l'article 34 n'institue pas au profit des particuliers une sorte d'*actio popularis* pour l'interprétation de la Convention et ne les autorise pas non plus à se plaindre d'une loi.

La présente affaire n'est pas non plus assimilable à l'affaire *Ressegatti* dans la mesure où, ici, le requérant a dû payer uniquement les frais de la procédure engagée par sa sœur.

6. Enfin, il est permis de s'interroger sur la question de savoir si le requérant pouvait encore légitimement se prévaloir d'un intérêt *actuel* dès lors que, le 6 mars 1992, le tribunal compétent pour juger au fond l'action civile de M. F. a donné tort à M<sup>me</sup> M. et que, en l'absence d'appel, cette décision est devenue définitive le 24 mars 1992 (paragraphe 14 de l'arrêt).

7. Ici s'arrête notre désaccord avec la majorité. Nous approuvons et saluons en revanche l'évolution de la jurisprudence qu'inaugure cet arrêt, dans la mesure où il étend l'application de l'article 6 aux mesures provisoires, y compris les injonctions (paragraphe 78-89 de l'arrêt).

OPINION CONCORDANTE COMMUNE  
AUX JUGES ROZAKIS, TULKENS ET KALAYDJIEVA

(Traduction)

Tout en souscrivant au raisonnement et aux conclusions de la majorité qui sont exposés dans l'arrêt, nous regrettons de devoir contester une déclaration exprimée par la Cour au sujet de la « nouvelle approche » à suivre concernant la compatibilité *ratione materiae* des mesures conservatoires provisoires avec l'article 6 de la Convention, reflétée plus particulièrement au paragraphe 83 de l'arrêt.

Lorsqu'elle statue sur la question de savoir si les procédures relatives à des mesures conservatoires provisoires tombent dans le champ d'application de l'article 6, sous son volet civil, la Cour conclut à juste titre que « toutes les mesures provisoires ne tranchent pas [des] droits et obligations [de caractère civil] » et donc que les garanties de l'article 6 ne s'appliquent pas sans distinction à toutes les affaires où des mesures provisoires sont en jeu. Il est indiqué au paragraphe 83 que certaines conditions doivent être respectées pour que la Cour puisse conclure que les droits et obligations en question relèvent de la protection prévues par l'article 6.

Nous approuvons totalement la conclusion de la Cour, énoncée au paragraphe 85 de l'arrêt, selon laquelle :

« (...) la nature, l'objet et le but de la mesure provisoire, ainsi que ses effets sur le droit en question, doivent être examinés de près. Chaque fois que l'on peut considérer qu'une mesure est déterminante pour le droit ou l'obligation de caractère civil en jeu, quelle que soit la durée pendant laquelle elle a été en vigueur, l'article 6 trouvera à s'appliquer. »

Or cette affirmation – générale et bien pesée – semble contredite par la position exprimée par la Cour au paragraphe 84 de l'arrêt, soit avant la déclaration générale du paragraphe 85, et formulée en ces termes :

« [Pour que l'article 6 s'applique dans une affaire portant sur une mesure provisoire], le droit en jeu tant dans la procédure au principal que dans la procédure d'injonction doit être « de caractère civil » au sens autonome que revêt cette notion dans le cadre de l'article 6 de la Convention (...) »

En d'autres termes, cela signifie que, si une procédure portant sur des mesures provisoires se rapporte à un sujet qui est manifestement *civil*, alors que la procédure au principal concerne des questions qui ne sont pas en soi de caractère civil – même selon l'interprétation autonome et large que la Cour donne de la notion de « caractère civil » –, cette procédure provisoire ne relève pas du champ d'application de l'article 6 de la Convention.

Est-ce bien une telle approche restrictive qu'il convient d'adopter au moment où nous faisons évoluer la nouvelle jurisprudence sur cette question ?

A notre avis, la réponse est non, surtout si l'on pense qu'en dépit de l'interprétation généreuse et large donnée au concept de « droits et obligations de caractère civil », grâce à laquelle des procédures non considérées comme « civiles » dans l'ordre interne d'Etats contractants bénéficient aujourd'hui des garanties de la Convention, certaines catégories de procédures sont encore entièrement exclues de cette protection d'après notre jurisprudence actuelle. Pourquoi, en fixant cette condition indésirable, devons-nous soustraire à la protection de l'article 6 – parfois, selon la conclusion de la Cour, de manière définitive – des procédures relatives à des mesures provisoires qui, par nature, sont déterminantes pour des « droits et obligations de caractère civil » ? Quelle est la raison de cette condition, et quel est son véritable intérêt ?

Notre position à cet égard est claire : s'il est établi qu'une mesure provisoire est déterminante pour un droit ou une obligation de caractère civil, alors cette mesure doit relever de l'article 6, quelle que soit la nature de la procédure au principal. Etant donné que nous pensons que les mesures provisoires sont susceptibles d'être déterminantes pour de tels droits ou obligations – et ont parfois de graves répercussions sur la personne visée par de telles mesures – la justice doit être administrée dans le respect de l'exigence d'indépendance et d'impartialité du tribunal ainsi que des autres garanties consacrées par l'article 6.



GARDEL c. FRANCE  
*(Requête n° 16428/05)*

CINQUIÈME SECTION

ARRÊT DU 17 DÉCEMBRE 2009<sup>1</sup>

---

1. Texte français original.



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Inscription au fichier judiciaire national d'auteurs d'infractions sexuelles pour une durée maximale de trente ans à compter de l'expiration de la peine d'emprisonnement****Article 7**

*Nulla poena sine lege – Inscription au fichier judiciaire national d'auteurs d'infractions sexuelles pour une durée maximale de trente ans à compter de l'expiration de la peine d'emprisonnement – Peine – Rétroactivité – Obligation de justifier son adresse et ses changements – But préventif et dissuasif de la mesure – Sévérité de la mesure*

**Article 8**

*Respect de la vie privée – Inscription au fichier judiciaire national d'auteurs d'infractions sexuelles pour une durée maximale de trente ans à compter de l'expiration de la peine d'emprisonnement – Nécessaire dans une société démocratique – Prévention des infractions pénales – Défense de l'ordre – Proportionnalité – Données à caractère personnel – Limite temporelle à la conservation des données – Contrôle judiciaire indépendant de la justification de la conservation des données – Accès au fichier soumis à des règles – Obligation de confidentialité des autorités ayant accès au fichier – Marge d'appréciation – Juste équilibre entre les intérêts privés et publics concurrents*

\*

\* \*

Le requérant est actuellement incarcéré, ayant été condamné en 2003 à une peine de réclusion criminelle pour viol sur mineure de quinze ans par personne ayant autorité sur la victime. Avec la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, fut créé le fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles (« le FIJAIS »). Les dispositions du code de procédure pénale concernant ce fichier entrèrent en vigueur en juin 2005. En novembre 2005, le requérant se vit notifier son inscription au FIJAIS en raison des condamnations dont il avait fait l'objet.

1. Article 7 § 1 : l'inscription du requérant au FIJAIS résulte de sa condamnation prononcée en octobre 2003, puisque ce fichier concerne automatiquement les personnes qui ont été condamnées à une peine de plus de cinq ans pour avoir

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

commis une infraction à caractère sexuel. Concernant le but et la nature de la mesure litigieuse, la Cour estime que l'objectif principal de l'obligation mise à la charge du requérant est d'empêcher la récidive. A cet égard, la connaissance par les services de police ou de gendarmerie et les autorités judiciaires de l'adresse des personnes condamnées, du fait de leur inscription au FIJAIS, comporte un élément de dissuasion et permet de faciliter les investigations policières. L'obligation découlant de l'inscription au FIJAIS a donc un but préventif et dissuasif, et ne peut être regardée comme ayant un caractère répressif et comme constituant une sanction. En outre, si le requérant s'expose à une peine d'emprisonnement de deux ans et au paiement d'une amende de 30 000 euros en cas de non-exécution de l'obligation, une autre procédure, totalement indépendante de celle ayant conduit à sa condamnation en 2003, doit alors être engagée, au cours de laquelle le juge compétent pourra apprécier le caractère fautif ou non du manquement. Enfin, concernant la sévérité de la mesure litigieuse, cet élément n'est pas décisif en soi et, en tout état de cause, l'obligation de justifier son adresse tous les six mois et de déclarer ses changements au plus tard dans un délai de quinze jours, certes pour une durée de trente ans, n'atteint pas une gravité telle que l'on puisse l'analyser en une peine. Ainsi, l'inscription au FIJAIS et l'obligation qui en découle doivent être analysées comme une mesure préventive à laquelle le principe de non-rétroactivité énoncé dans l'article 7 n'a pas vocation à s'appliquer : incompatible *ratione materiae*.

2. Article 8 : l'ingérence litigieuse, portant sur mémorisation par une autorité publique des données relatives à la vie privée du requérant, était prévue par la loi et poursuivait les buts légitimes de la défense de l'ordre et de la prévention des infractions pénales. Pour ce qui est de la nécessité de l'ingérence, la Cour a déjà jugé que l'obligation de justifier son adresse et ses changements sous peine d'une peine d'emprisonnement ou d'amende ne posait pas de problème sous l'angle de l'article 8. Quant à la durée de conservation des informations, elle est de vingt ou trente ans selon la gravité de la condamnation passée. Quoiqu'elle soit importante en l'espèce puisqu'elle est de trente ans, l'effacement des données est de droit, une fois ce délai écoulé, lequel se calcule dès que la décision ayant entraîné l'inscription cesse de produire tous ses effets. La personne concernée peut présenter une demande d'effacement au procureur de la République si la conservation des données la concernant n'apparaît plus pertinente compte tenu de la finalité du fichier, au regard de la nature de l'infraction, de l'âge de la personne lors de sa commission, du temps écoulé depuis lors et de sa personnalité actuelle. La décision du procureur est susceptible de recours devant le juge. Ainsi, cette procédure judiciaire assure un contrôle indépendant de la justification de la conservation des informations sur la base de critères précis et présente des garanties suffisantes et adéquates du respect de la vie privée au regard de la gravité des infractions justifiant l'inscription dans le fichier. Dans ces conditions, la durée de conservation des données n'est pas disproportionnée au regard du but poursuivi par la mémorisation des informations. Concernant les modalités d'utilisation du fichier et le champ des autorités publiques

ayant accès à ce fichier, il a été élargi à plusieurs reprises et il ne se limite plus aux autorités judiciaires et de police mais désormais des organes administratifs y ont aussi accès. La consultation est exclusivement accessible à des autorités astreintes à une obligation de confidentialité et dans des circonstances précisément déterminées. De plus, la présente espèce ne se prête pas à un examen *in concreto* de la question de l'ouverture de la consultation du fichier à des fins administratives. En conclusion, l'inscription au FIJAIS, telle qu'elle a été appliquée au requérant, traduit un juste équilibre entre les intérêts privés et publics concurrents en jeu, et l'Etat défendeur n'a pas outrepassé sa marge d'appréciation acceptable en la matière.

*Conclusion*: non-violation (unanimité).

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

*Leander c. Suède*, 26 mars 1987, série A n° 116

*Welch c. Royaume-Uni*, 9 février 1995, série A n° 307-A

*Stubbings et autres c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-IV

*Z c. Finlande*, 25 février 1997, *Recueil* 1997-I

*Guerra et autres c. Italie*, 19 février 1998, *Recueil* 1998-I

*Kopp c. Suisse*, 25 mars 1998, *Recueil* 1998-II

*Ibbotson c. Royaume-Uni*, n° 40146/98, décision de la Commission du 21 octobre 1998, non publiée

*Adamson c. Royaume-Uni* (déc.), n° 42293/98, 26 janvier 1999

*Smith et Grady c. Royaume-Uni*, n°s 33985/96 et 33986/96, CEDH 1999-VI

*Berktaş c. Turquie*, n° 22493/93, 1<sup>er</sup> mars 2001

*Léger c. France*, n° 19324/02, 11 avril 2006

*Van der Velden c. Pays-Bas* (déc.), n° 29514/05, CEDH 2006-XV

*Dickson c. Royaume-Uni* [GC], n° 44362/04, CEDH 2007-V

*S. et Marper c. Royaume-Uni* [GC], n°s 30562/04 et 30566/04, CEDH 2008



**En l'affaire Gardel c. France,**

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

Peer Lorenzen, *président*,

Renate Jaeger,

Jean-Paul Costa,

Rait Maruste,

Mark Villiger,

Isabelle Berro-Lefèvre,

Mirjana Lazarova Trajkovska, *juges*,

et de Claudia Westerdiel, *greffière de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 24 novembre 2009,

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

**PROCÉDURE**

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 16428/05) dirigée contre la République française et dont un ressortissant de cet Etat, M. Fabrice Gardel (« le requérant »), a saisi la Cour le 30 avril 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, qui a été admis au bénéfice de l'assistance judiciaire, est représenté par M<sup>e</sup> P. Souchal, avocat à Nancy. Le gouvernement français (« le Gouvernement ») est représenté par son agent, M<sup>me</sup> E. Belliard, directrice des affaires juridiques au ministère des Affaires étrangères.

3. Le requérant se plaignait en particulier de son inscription au fichier judiciaire national des délinquants sexuels après sa condamnation. Il invoquait l'article 7 de la Convention.

4. Le 1<sup>er</sup> octobre 2007, la Cour a décidé de communiquer la requête au Gouvernement. Se prévalant des dispositions de l'article 29 § 3, elle a décidé que seraient examinés en même temps la recevabilité et le bien-fondé de l'affaire.

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

5. Le requérant est né en 1962 et est actuellement incarcéré à Montmédy.

6. A la suite d'une plainte déposée par les parents de la jeune S. le 18 février 1997, le requérant fut mis en examen des chefs de viols et d'agression sexuelle sur mineure de quinze ans par personne ayant autorité.

7. Au cours de l'instruction, il forma plusieurs demandes d'actes et de mesures d'instruction complémentaires qui furent rejetées par les juridictions d'instruction.

8. Par une ordonnance du 15 avril 2003, un juge d'instruction du tribunal de grande instance de Bar-le-Duc, constatant leur prescription, prononça un non-lieu partiel s'agissant des faits d'agressions sexuelles. Le magistrat ordonna par ailleurs la mise en accusation du requérant pour viol sur mineure de quinze ans par personne ayant autorité sur la victime.

9. Le 30 octobre 2003, la cour d'assises de la Meuse condamna le requérant à quinze ans de réclusion criminelle et prononça à son encontre une interdiction pour une durée de dix ans de la totalité de ses droits civils, civiques et de famille.

10. Le requérant n'interjeta pas appel de cette décision mais forma un recours en révision en produisant un certain nombre de documents qu'il estimait propres à faire naître un doute sur sa culpabilité.

11. Le 9 mars 2004, la loi n° 2004-204 créa le fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles (« le FIJAIS »).

12. Le 11 avril 2005, la commission de révision des condamnations pénales rejeta la demande du requérant.

13. Le 28 février 2005, le requérant sollicita auprès du tribunal de l'application des peines de Créteil l'octroi d'une mesure de suspension de peine. Le 17 juin 2005, cette demande fut rejetée au motif qu'il ne résultait pas des expertises médicales « que le pronostic vital du requérant soit engagé, ni que son état de santé soit durablement incompatible avec la détention. Il ne remplit donc pas en l'état les conditions exigées par l'article 720-1-1 du code de procédure pénale et ne peut prétendre à la mesure ». Le tribunal rappela que la fin de la peine du requérant était le 27 mai 2019 et que son casier judiciaire mentionnait une autre condamnation pour des atteintes sexuelles sur mineure de quinze ans par personne ayant autorité (condamnation le 29 août 2002 par la cour d'appel de Nancy à six ans d'emprisonnement et à un suivi sociojudiciaire pour agression sexuelle sur mineur). Il prit en compte ensuite les rapports médicaux, faisant état d'une cardiopathie congénitale dont est atteint le requérant et qui rend impossible tout effort et préconisant une détention ordinaire améliorée, à savoir cellule seul, absence de marche ou d'effort, régime sans sel, prise régulière de médicaments. Il fit également référence à l'expertise psychiatrique effectuée en novembre 2004 et selon laquelle l'évolution psychologique du requérant « apparaît très limitée dans la mesure où il ne se livre pas à une réflexion critique de son propre comportement. Il n'exprime ni culpabilité ni responsabilité

concernant les faits qu'il conteste. Un soutien psychothérapeutique serait de nature à l'aider pour l'avenir à parvenir à des relations plus satisfaisantes avec les personnes qu'il rencontre».

14. Le 13 octobre 2005, la chambre de l'application des peines de la cour d'appel de Paris confirma ce jugement.

15. Le 22 novembre 2005, le requérant se vit notifier par un lieutenant de police du commissariat de l'Haÿ-les-Roses son inscription au FIJAIS en raison de sa condamnation par la cour d'assises de la Meuse et en vertu des dispositions transitoires de la loi du 9 mars 2004 précitée. Le document portant notification était rédigé dans les termes suivants :

« Je soussigné M. Gardel Fabrice reconnais avoir reçu ce jour notification que je suis inscrit au FIJAIS en raison de la [décision] de réclusion criminelle rendue le 30 octobre 2003 par la cour d'assises de la Meuse et qu'à ce titre je suis tenu en application de l'article 706-53-5 du code de procédure pénale :

1. de justifier mon adresse : (...)

Une fois par an soit auprès du gestionnaire du fichier (ministère de la Justice) (...) soit auprès du commissariat de police ou de la brigade de gendarmerie de mon domicile (...), dans le courant du mois de la date anniversaire de ma naissance ou du mois de janvier s'il est inconnu ou indéterminé. (...)

Je reconnais expressément prendre connaissance que :

J'ai fait l'objet d'une condamnation définitive pour une infraction punie par la loi d'une peine supérieure ou égale à dix ans. En conséquence, je suis astreint à l'obligation de justification d'adresse par présentation personnelle tous les six mois. (...)

Je prends acte que si je quitte le territoire national, l'obligation de présentation en personne est suspendue pendant mon séjour à l'étranger mais qu'il m'appartient dans tous les cas de continuer à justifier de mon domicile en adressant un courrier avec demande d'avis de réception au service gestionnaire du FIJAIS (...) assorti des justificatifs de domicile, visés par l'autorité consulaire dont je dépends.

2. de déclarer mes changements d'adresse dans un délai de quinze jours au plus tard après ce changement, selon les mêmes modalités.

Je reconnais être informé :

– que je dois justifier de mon adresse pour la première fois dans les quinze jours de la présente notification sauf si elle intervient moins de deux mois avant le premier jour du mois d'anniversaire précité ou si je suis déjà tenu de justifier annuellement de mon adresse.

– que le fait de ne pas respecter ces obligations est puni d'une peine de 2 ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende

– que tout manquement à ces obligations fera l'objet d'une procédure d'alerte transmise aux autorités judiciaires et aux services de police ou aux unités de gendarmerie,

pouvant entraîner mon inscription dans le fichier des personnes recherchées et qui pourra être assortie de poursuites pénales.

– qu'en application de l'article R. 53-8-13, la justification et la déclaration de changement d'adresse prévues par l'article 706-53-5 se font au moyen de tout document de moins de trois mois à mon nom, établissant la réalité de mon domicile, notamment d'une quittance ou d'une facture.

– que si le justificatif produit se rapporte au domicile d'un tiers, il doit être accompagné d'une attestation d'hébergement établie et signée par celui-ci.

Je reconnais également être informé que je dispose des droits suivants :

– en application de la loi informatique et liberté et de l'article 706-53-9, je peux avoir communication de l'intégralité des informations enregistrées dans le fichier me concernant en m'adressant au procureur de la République du ressort dans lequel je réside.

– que je pourrai demander la rectification ou l'effacement ou la limitation à un an de la fréquence de l'obligation de présentation dans les conditions des articles R 53-8-27 et suivants auprès du procureur de la République près le tribunal de grande instance de Nantes si la décision justifiant mon inscription a été prise par une autorité judiciaire étrangère. »

## II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

16. Le FIJAIS, créé en 2004, est un fichier d'identification judiciaire, à l'instar du fichier automatisé des empreintes digitales (« le FAED »), du fichier national des empreintes génétiques (« le FNAEG ») et du casier judiciaire national (« le CJN »), ce dernier étant le plus ancien. Selon le rapport d'information sur les fichiers de police déposé à l'Assemblée nationale le 24 mars 2009, il y a une multiplication des fichiers de police : alors que le groupe de travail présidé par M. Alain Bauer recensait trente-quatre fichiers en 2006, il en a recensé près de quarante-cinq en 2008, une douzaine de fichiers étant en plus « en cours de préparation ».

Le ministère de la Justice est responsable et gestionnaire du FIJAIS. Il est tenu par le service du CJN à Nantes ; il est placé sous le contrôle du magistrat qui dirige le CJN.

### A. Le FIJAIS

17. Le fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles a été créé par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité. Il a pour but de prévenir le renouvellement des infractions sexuelles, de faciliter l'identification de leurs auteurs et de les localiser rapidement et à tout moment.

Des mesures transitoires précisent les modalités d'inscription des personnes auteurs des infractions visées avant l'entrée en vigueur de la loi précitée. Ces dispositions sont applicables aux auteurs d'infractions commises avant la date de publication de cette loi, mais ayant fait l'objet, après cette date, d'une des décisions prévues par l'article 706-53-2 du code de procédure pénale (voir, ci-dessous, paragraphe 18). Elles peuvent également être applicables aux personnes exécutant, avant la date de publication de cette loi, une peine privative de liberté (sur requête du procureur).

*1. Le code de procédure pénale (« le CPP »)*

18. Les dispositions pertinentes du CPP sont les suivantes :

**Article 706-47**

« Les dispositions du présent titre sont applicables aux procédures concernant les infractions de meurtre ou d'assassinat d'un mineur précédé ou accompagné d'un viol, de tortures ou d'actes de barbarie ou pour les infractions d'agression ou d'atteintes sexuelles ou de proxénétisme à l'égard d'un mineur, ou de recours à la prostitution d'un mineur (...) »

Ces dispositions sont également applicables aux procédures concernant les crimes de meurtre ou assassinat commis avec tortures ou actes de barbarie, les crimes de tortures ou d'actes de barbarie et les meurtres ou assassinats commis en état de récidive légale. »

**Article 706-53-1**

« Le fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes constitue une application automatisée d'informations nominatives tenue par le service du casier judiciaire sous l'autorité du ministre de la Justice et le contrôle d'un magistrat. Afin de prévenir le renouvellement des infractions mentionnées à l'article 706-47 et de faciliter l'identification de leurs auteurs, ce traitement reçoit, conserve et communique aux personnes habilitées les informations prévues à l'article 706-53-2 selon les modalités prévues par le présent chapitre. »

**Article 706-53-2**

« Lorsqu'elles concernent, sous réserve des dispositions du dernier alinéa du présent article, une ou plusieurs des infractions mentionnées à l'article 706-47, sont enregistrées dans le fichier les informations relatives à l'identité ainsi que l'adresse ou les adresses successives du domicile et, le cas échéant, des résidences, des personnes ayant fait l'objet :

1° D'une condamnation, même non encore définitive, y compris d'une condamnation par défaut ou d'une déclaration de culpabilité assortie d'une dispense ou d'un ajournement de la peine ;

2° D'une décision, même non encore définitive, prononcée en application des articles 8, 15, 15-1, 16, 16 bis et 28 de l'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante ;

3° D'une composition pénale prévue par l'article 41-2 du présent code dont l'exécution a été constatée par le procureur de la République ;

4° D'une décision de non-lieu, de relaxe ou d'acquittement fondée sur les dispositions du premier alinéa de l'article 122-1 du code pénal ;

5° D'une mise en examen assortie d'un placement sous contrôle judiciaire, lorsque le juge d'instruction a ordonné l'inscription de la décision dans le fichier ;

6° D'une décision de même nature que celles visées ci-dessus prononcées par les juridictions ou autorités judiciaires étrangères qui, en application d'une convention ou d'un accord internationaux, ont fait l'objet d'un avis aux autorités françaises ou ont été exécutées en France à la suite du transfèrement des personnes condamnées.

Le fichier comprend aussi les informations relatives à la décision judiciaire ayant justifié l'inscription et la nature de l'infraction. Les décisions mentionnées aux 1° et 2° sont enregistrées dès leur prononcé.

Les décisions concernant des délits prévus par l'article 706-47 et punis d'une peine d'emprisonnement d'une durée inférieure ou égale à cinq ans ne sont pas inscrites dans le fichier, sauf si cette inscription est ordonnée par décision expresse de la juridiction ou, dans les cas prévus par les 3° et 4°, du procureur de la République. »

#### **Article 706-53-4**

« Sans préjudice de l'application des dispositions des articles 706-53-9 et 706-53-10, les informations mentionnées à l'article 706-53-2 concernant une même personne sont retirées du fichier au décès de l'intéressé ou à l'expiration, à compter du jour où l'ensemble des décisions enregistrées ont cessé de produire tout effet, d'un délai de :

- 1° Trente ans s'il s'agit d'un crime ou d'un délit puni de dix ans d'emprisonnement ;
- 2° Vingt ans dans les autres cas.

L'amnistie ou la réhabilitation ainsi que les règles propres à l'effacement des condamnations figurant au casier judiciaire n'entraînent pas l'effacement de ces informations.

Ces informations ne peuvent, à elles seules, servir de preuve à la constatation de l'état de récidive.

Les mentions prévues aux 1°, 2° et 5° de l'article 706-53-2 sont retirées du fichier en cas de décision définitive de non-lieu, de relaxe ou d'acquittement. Celles prévues au 5° sont également retirées en cas de cessation ou de mainlevée du contrôle judiciaire. »

#### **Article 706-53-5**

« Toute personne dont l'identité est enregistrée dans le fichier est astreinte, à titre de mesure de sûreté, aux obligations prévues par le présent article.

La personne est tenue, soit auprès du gestionnaire du fichier, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, soit auprès du commissariat de police ou de la

gendarmerie de son domicile, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou en se présentant au service :

- 1° De justifier de son adresse une fois par an ;
- 2° De déclarer ses changements d'adresse, dans un délai de quinze jours au plus tard après ce changement.

Si la personne a été définitivement condamnée pour un crime ou pour un délit puni de dix ans d'emprisonnement, elle doit justifier de son adresse une fois tous les six mois en se présentant à cette fin soit auprès du commissariat ou de l'unité de gendarmerie de son domicile, soit auprès du groupement de gendarmerie départemental ou de la direction départementale de la sécurité publique de son domicile ou auprès de tout autre service désigné par la préfecture.

Le fait, pour les personnes tenues aux obligations prévues par le présent article, de ne pas respecter ces obligations est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende. »

#### **Article 706-53-6**

« Toute personne dont l'identité est enregistrée dans le fichier en est informée par l'autorité judiciaire, soit par notification à personne, soit par lettre recommandée adressée à la dernière adresse déclarée.

Elle est alors informée des mesures et des obligations auxquelles elle est astreinte en application des dispositions de l'article 706-53-5 et des peines encourues en cas de non-respect de ces obligations.

Lorsque la personne est détenue, les informations prévues par le présent article lui sont données au moment de sa libération définitive ou préalablement à la première mesure d'aménagement de sa peine. »

#### **Article 706-53-7**

##### **modifié par la loi n° 2008-174 du 25 février 2008 – article 15**

« Les informations contenues dans le fichier sont directement accessibles, par l'intermédiaire d'un système de télécommunication sécurisé :

- 1° Aux autorités judiciaires ;
- 2° Aux officiers de police judiciaire, dans le cadre de procédures concernant un crime d'atteinte volontaire à la vie, d'enlèvement ou de séquestration, ou une infraction mentionnée à l'article 706-47 et pour l'exercice des diligences prévues aux articles 706-53-5 et 706-53-8 ;
- 3° Aux préfets et aux administrations de l'Etat dont la liste est fixée par le décret prévu à l'article 706-53-12, pour les décisions administratives de recrutement, d'affectation, d'autorisation, d'agrément ou d'habilitation concernant des activités ou professions impliquant un contact avec des mineurs ainsi que pour le contrôle de l'exercice de ces activités ou professions.

(...)

Les maires, les présidents de conseil général et les présidents de conseil régional sont également destinataires, par l'intermédiaire des préfets, des informations contenues dans le fichier, pour les décisions administratives mentionnées au 3° concernant des activités ou professions impliquant un contact avec des mineurs ainsi que pour le contrôle de l'exercice de ces activités ou professions.»

#### **Article 706-53-8**

«Selon des modalités précisées par le décret prévu à l'article 706-53-12, le gestionnaire du fichier avise directement le ministère de l'Intérieur, qui transmet sans délai l'information aux services de police ou de gendarmerie compétents, en cas de nouvelle inscription ou de modification d'adresse concernant une inscription ou lorsque la personne n'a pas apporté la justification de son adresse dans les délais requis.

Les services de police ou de gendarmerie peuvent procéder à toutes vérifications utiles et toutes réquisitions auprès des administrations publiques pour vérifier ou retrouver l'adresse de la personne.

S'il apparaît que la personne ne se trouve plus à l'adresse indiquée, le procureur de la République la fait inscrire au fichier des personnes recherchées.»

#### **Article 706-53-9**

«Toute personne justifiant de son identité obtient, sur demande adressée au procureur de la République près le tribunal de grande instance dans le ressort duquel elle réside, communication de l'intégralité des informations la concernant figurant dans le fichier.

(...)»

#### **Article 706-53-10 modifié par la loi du 5 mars 2007**

«Toute personne dont l'identité est inscrite dans le fichier peut demander au procureur de la République de rectifier ou d'ordonner l'effacement des informations la concernant si les informations ne sont pas exactes ou si leur conservation n'apparaît plus nécessaire compte tenu de la finalité du fichier, au regard de la nature de l'infraction, de l'âge de la personne lors de sa commission, du temps écoulé depuis lors et de la personnalité actuelle de l'intéressé.

La demande d'effacement est irrecevable tant que les mentions concernées [abrogé par la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007, article 43, à compter du 7 mars 2008 : «[subsistent au bulletin n° 1 du casier judiciaire de l'intéressé ou sont relatives à une procédure judiciaire qui est toujours en cours]» ou, abrogé par la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007, article 43 : «, tant que la personne n'a pas été réhabilitée ou que la mesure à l'origine de l'inscription n'a pas été effacée du bulletin n° 1 »].

Si le procureur de la République n'ordonne pas la rectification ou l'effacement, la personne peut saisir à cette fin le juge des libertés et de la détention, dont la décision peut être contestée devant le président de la chambre de l'instruction.

Avant de statuer sur la demande de rectification ou d'effacement, le procureur de la République, le juge des libertés et de la détention et le président de la chambre de

l'instruction peuvent faire procéder à toutes les vérifications qu'ils estiment nécessaires et notamment ordonner une expertise médicale de la personne. S'il s'agit d'une mention concernant soit un crime, soit un délit puni de dix ans d'emprisonnement et commis contre un mineur, la décision d'effacement du fichier ne peut intervenir en l'absence d'une telle expertise.

(...)»

#### **Article 706-53-12**

« Les modalités et conditions d'application des dispositions du présent chapitre sont déterminées par décret en Conseil d'Etat pris après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés.

Ce décret précise notamment les conditions dans lesquelles le fichier conserve la trace des interrogations et consultations dont il fait l'objet. »

#### **Article R53-8-34**

« Le fichier conserve pendant une durée de trois ans les informations relatives aux enregistrements et interrogations dont il fait l'objet, en précisant la qualité de la personne ou autorité ayant procédé à l'opération.

Ces informations ne peuvent être consultées que par le magistrat chef du service gestionnaire du fichier ou, avec son autorisation, par les personnes qu'il habilite spécialement.

Elles peuvent donner lieu à des exploitations statistiques. »

### *2. La jurisprudence du Conseil constitutionnel*

19. Dans sa décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, le Conseil constitutionnel considéra que :

« [l']inscription de l'identité d'une personne dans le [FIJAIS] (...) a pour objet (...) de prévenir le renouvellement de ces infractions et de faciliter l'identification de leurs auteurs ; qu'il en résulte que cette inscription ne constitue pas une sanction mais une mesure de police » (§ 74).

Par ailleurs, il considéra que s'agissant de l'inscription, de la consultation et de l'utilisation du fichier, que :

« eu égard, d'une part, aux garanties apportées par les conditions d'utilisation et de consultation du fichier et par l'attribution à l'autorité judiciaire du pouvoir d'inscription et de retrait des données nominatives, d'autre part, à la gravité des infractions justifiant l'inscription des données nominatives dans le fichier et au taux de récidive qui caractérise ce type d'infractions, les dispositions contestées sont de nature à assurer, entre le respect de la vie privée et la sauvegarde de l'ordre public, une conciliation qui n'est manifestement pas déséquilibrée » (§ 87).

Enfin, il estima que :

« l'obligation faite aux personnes inscrites de faire connaître périodiquement l'adresse de leur domicile ou de leur résidence ne constitue pas une sanction, mais une mesure de police destinée à prévenir le renouvellement d'infractions et à faciliter l'identification de leurs auteurs ; que l'objet même du fichier rend nécessaire la vérification continue de l'adresse de ces personnes ; que la charge qui leur est imposée dans le but de permettre cette vérification ne constitue pas une [mesure] qui ne serait pas nécessaire au sens de l'article 9 de la Déclaration de 1789 (...) » (§ 91).

### 3. *La jurisprudence de la Cour de cassation*

20. Dans un arrêt de la chambre criminelle du 12 mars 2008, la Cour de cassation s'est prononcée sur la nature de l'inscription (voir aussi Cass. Crim. 31 octobre 2006, *Bull. crim.* n° 267). Elle statua en ces termes :

« Attendu que (...) en ordonnant l'inscription (...) au FIJAIS, la cour d'appel a fait l'exacte application de l'article 216 de la loi du 9 mars 2004, prévoyant que les dispositions relatives à cette inscription sont applicables aux infractions commises avant la date de publication de la loi, lequel article n'est pas contraire aux dispositions conventionnelles invoquées dès lors que l'inscription au FIJAIS, qui n'est pas une peine mais une simple mesure de sûreté, n'est pas soumise au principe de la non-rétroactivité des lois de fond plus sévères ;

(...) »

La Cour de cassation a, dans sa jurisprudence, confirmé le caractère automatique de l'inscription dans le FIJAIS pour les condamnations supérieures à cinq ans d'emprisonnement (Cass. Crim. 16 janvier 2008).

### 4. *Le groupe de contrôle des fichiers de police et de gendarmerie*

21. Ce groupe de travail remit au ministre de l'Intérieur, de l'Outre-mer et des Collectivités territoriales, en décembre 2008, un rapport intitulé « Mieux contrôler la mise en œuvre des dispositifs pour mieux protéger les libertés ». Selon ce rapport, 20 222 personnes étaient inscrites dans le FIJAIS à l'ouverture de celui-ci, en juin 2005 ; 43 408 en octobre 2008.

## **B. Le casier judiciaire national automatisé**

### 1. *Dispositions générales*

22. Les articles 768 à 781 du CPP organisent le fonctionnement du casier judiciaire national. Le CJN conserve les condamnations prononcées par les juridictions pénales, mais aussi certaines condamnations commerciales, administratives et disciplinaires si elles impliquent une incapacité. Le casier

judiciaire est composé de trois volets. Les informations contenues dans le casier judiciaire sont communiquées sous la forme de bulletins.

Le bulletin n° 1 (article 774 du CPP) comporte le relevé intégral des fiches du casier judiciaire, c'est-à-dire l'ensemble des condamnations concernant une personne. Il n'est délivré qu'aux autorités judiciaires.

Le bulletin n° 2 (article 775 du CPP) contient la plupart des condamnations pour crimes et délits à l'exception notamment des condamnations prononcées à l'encontre des mineurs, des décisions étrangères, des contraventions, et des condamnations avec sursis lorsque le délai d'épreuve a expiré. Il est possible de demander au juge qu'une condamnation ne figure pas au bulletin n° 2 (celle-ci demeure inscrite cependant sur le bulletin n° 1). Ce bulletin n'est accessible qu'à certaines autorités administratives et militaires pour des motifs précis : préfets, autorités militaires, dirigeants d'entreprises publiques, etc.

Le bulletin n° 3 (article 777 du CPP) est le relevé des condamnations les plus graves prononcées pour crime ou délit, notamment les peines privatives de liberté d'une durée supérieure à deux ans. Ce bulletin est le seul qui puisse être communiqué à la personne concernée.

## *2. La procédure de réhabilitation*

23. Le code pénal prévoit une procédure de réhabilitation des personnes physiques condamnées qui permet d'effacer une condamnation du casier judiciaire dans un délai plus court que celui légalement prévu (quarante ans). L'article 133-1 de ce code dispose que la réhabilitation efface la condamnation.

24. L'article 133-13 pose les conditions de la réhabilitation de plein droit :

### **Article 133-13**

« La réhabilitation est acquise de plein droit à la personne physique condamnée qui n'a, dans les délais ci-après déterminés, subi aucune condamnation nouvelle à une peine criminelle ou correctionnelle :

(...)

3° Pour la condamnation unique à un emprisonnement n'excédant pas dix ans ou pour les condamnations multiples à l'emprisonnement dont l'ensemble ne dépasse pas cinq ans, après un délai de dix ans à compter soit de l'expiration de la peine subie, soit de la prescription accomplie.

(...)»

25. Le CPP organise la procédure de réhabilitation judiciaire :

**Article 785 alinéa 1**

« La réhabilitation ne peut être demandée en justice, du vivant du condamné, que par celui-ci, ou, s'il est interdit, par son représentant légal ; en cas de décès et si les conditions légales sont remplies, la demande peut être suivie par son conjoint ou par ses ascendants ou descendants et même formée par eux, mais dans le délai d'une année seulement à dater du décès. »

**Article 786 modifié par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 –  
en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2005**

« La demande en réhabilitation ne peut être formée qu'après un délai de cinq ans pour les condamnés à une peine criminelle (...) »

Ce délai part, (...) pour les condamnés à une peine privative de liberté, du jour de leur libération définitive ou, conformément aux dispositions de l'article 733, troisième alinéa, du jour de leur libération conditionnelle lorsque celle-ci n'a pas été suivie de révocation (...)

(...)

26. Les règles relatives à l'effacement du casier judiciaire sont les suivantes :

**Article 769**

« (...) »

Sont retirées du casier judiciaire les fiches relatives à des condamnations effacées par une amnistie ou réformées (...) Il en est de même (...) des fiches relatives à des condamnations (...) prononcées depuis plus de quarante ans et qui n'ont pas été suivies d'une nouvelle condamnation à une peine criminelle ou correctionnelle.

Sont également retirés du casier judiciaire :

(...)

8° Les condamnations ayant fait l'objet d'une réhabilitation judiciaire, lorsque la juridiction a expressément ordonné la suppression de la condamnation du casier judiciaire conformément au deuxième alinéa de l'article 798 :

(...)

### III. LE DROIT INTERNATIONAL PERTINENT

#### A. Instruments du Conseil de l'Europe

27. La Convention du Conseil de l'Europe de 1981 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère

personnel («la Convention sur la protection des données») définit les «données à caractère personnel» comme toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable. La Convention énonce notamment :

#### **«Préambule**

(...)

Considérant qu'il est souhaitable d'étendre la protection des droits et des libertés fondamentales de chacun, notamment le droit au respect de la vie privée, eu égard à l'intensification de la circulation à travers les frontières des données à caractère personnel faisant l'objet de traitements automatisés ;

(...)

#### **Article 5 – Qualité des données**

Les données à caractère personnel faisant l'objet d'un traitement automatisé sont :

(...)

b. enregistrées pour des finalités déterminées et légitimes et ne sont pas utilisées de manière incompatible avec ces finalités ;

c. adéquates, pertinentes et non excessives par rapport aux finalités pour lesquelles elles sont enregistrées ;

(...)

e. conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées pendant une durée n'excédant pas celle nécessaire aux finalités pour lesquelles elles sont enregistrées.

#### **Article 6 – Catégories particulières de données**

Les données à caractère personnel révélant l'origine raciale, les opinions politiques, les convictions religieuses ou autres convictions, ainsi que les données à caractère personnel relatives à la santé ou à la vie sexuelle, ne peuvent être traitées automatiquement à moins que le droit interne ne prévoie des garanties appropriées. (...)

#### **Article 7 – Sécurité des données**

Des mesures de sécurité appropriées sont prises pour la protection des données à caractère personnel enregistrées dans des fichiers automatisés contre la destruction accidentelle ou non autorisée, ou la perte accidentelle, ainsi que contre l'accès, la modification ou la diffusion non autorisés. »

28. La Recommandation n° R (87) 15 du Comité des Ministres, visant à réglementer l'utilisation de données à caractère personnel dans le secteur de la police (adoptée le 17 septembre 1987) dispose notamment :

«Principe 2 – Collecte des données

2.1. La collecte de données à caractère personnel à des fins de police devrait se limiter à ce qui est nécessaire à la prévention d'un danger concret ou à la répression d'une infraction pénale déterminée. Toute exception à cette disposition devrait faire l'objet d'une législation nationale spécifique.

(...)

Principe 3 – Enregistrement des données

3.1. Dans la mesure du possible, l'enregistrement de données à caractère personnel à des fins de police ne devrait concerner que des données exactes et se limiter aux données nécessaires pour permettre aux organes de police d'accomplir leurs tâches légales dans le cadre du droit interne et des obligations découlant du droit international.

(...)

Principe 7 – Durée de conservation et mise à jour des données

7.1. Des mesures devraient être prises pour que les données à caractère personnel conservées à des fins de police soient effacées si elles ne sont plus nécessaires aux fins pour lesquelles elles avaient été enregistrées.

A cette fin, il convient notamment de prendre en considération les critères suivants : nécessité de garder des données à la lumière des conclusions d'une enquête pour un cas donné ; prononcé d'une décision définitive et notamment acquittement ; réhabilitation ; prescription ; amnistie ; âge de la personne concernée ; catégories particulières de données. »

## B. Droit comparé

29. Le Sénat de la République française a publié, en mars 2004, une « Étude de législation comparée » (n° 133), concernant le traitement des infractions sexuelles commises sur les mineurs. Ce rapport affirme qu'il « n'existe un fichier des délinquants sexuels qu'en Angleterre et au pays de Galles ». En Allemagne, il n'y a pas de fichier fédéral mais deux *Länder* disposent de fichiers spécifiques (Bavière et Brême). Le fichier bavarois « HEADS » (*Haft-Entlassenen-Auskunfts-Datei-Sexualstraftäter*) est accessible uniquement aux policiers et aux magistrats. Au Royaume-Uni, l'enregistrement des auteurs des infractions est illimité pour les personnes condamnés à plus de trente mois d'emprisonnement et il n'y a pas de possibilité d'effacement des données mémorisées (Sexual Offences Act 2003, article 82).

## EN DROIT

### I. SUR L'EXCEPTION DE NON-ÉPUISEMENT DES VOIES DE RECOURS INTERNES

30. Le requérant se plaint de son inscription au fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles (« le FIJAIS ») qui lui a été notifiée le 22 novembre 2005. Il invoque l'article 7 de la Convention. Ce grief a également fait l'objet de questions posées par la Cour relatives à l'article 8 de la Convention.

31. Le Gouvernement excipe du non-épuisement des voies de recours internes de la requête. Il indique, ainsi que cela était expressément précisé sur le formulaire de notification remis au requérant, que celui-ci avait la possibilité de saisir le procureur de la République d'une demande de rectification, en vertu de l'article 706-53-10 du code de procédure pénale (« le CPP »), en se fondant sur les griefs tirés de la violation.

32. Le requérant considère que ce texte ne peut être interprété comme un recours contre l'inscription elle-même. Il estime ainsi que cette possibilité ne saurait s'analyser comme un recours effectif contre l'inscription au FIJAIS.

33. La Cour constate que se pose la question de l'effectivité du recours invoqué par le Gouvernement. A l'instar du requérant, la Cour est d'avis que le recours en rectification ne permet que de corriger une éventuelle erreur matérielle à propos des coordonnées de la personne fichée. Quant à l'effacement des informations prévu par la loi, il ressort des articles 706-53-4 et 706-53-10 du CPP (paragraphe 18 ci-dessus) que celui-ci est subordonné à des conditions de forme et de fond qui devront être examinées à la lumière des garanties dont disposent les personnes inscrites dans le fichier contre les risques d'abus et d'arbitraire. La Cour estime que cet aspect est davantage lié à l'examen du bien-fondé du grief tiré de l'article 8 de la Convention. Pour le reste, la Cour observe que le Gouvernement soulève d'autres exceptions d'irrecevabilité pour chacun des griefs abordés; elle examinera donc la recevabilité de ceux-ci ci-après.

### II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 7 DE LA CONVENTION

34. Le requérant dénonce son inscription au FIJAIS et se plaint de l'application rétroactive de la loi du 9 mars 2004 alors qu'elle met à sa charge des obligations plus sévères que celles existant au jour de sa condamnation, et ce en contradiction avec les dispositions de l'article 7 § 1 de la Convention ainsi libellé :

«Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise.»

35. Le Gouvernement soulève une exception tirée de l'incompétence *ratione materiae* de la Cour pour connaître du grief. L'inscription au FIJAIS ne peut, selon lui, constituer une «peine» au sens de la jurisprudence de la Cour de sorte que l'article 7 ne saurait trouver application.

36. Le Gouvernement ne conteste pas le fait que la loi du 9 mars 2004 n'était entrée en vigueur ni lors de la commission de l'infraction ni lors de la condamnation du requérant. Toutefois, il soutient que la mesure incriminée ne constitue pas une «peine» au sens de cette disposition. Il cite à titre de démonstration les critères dégagés par la Cour dans sa jurisprudence, notamment dans les affaires *Welch c. Royaume-Uni* (9 février 1995, § 27, série A n° 307-A) et *Jamil c. France* (8 juin 1995, § 30, série A n° 317-B). Si la Cour a, dans l'affaire *Jamil*, considéré que la contrainte par corps constituait une peine, au motif que «[p]rononcée par la juridiction répressive et destinée à exercer un effet dissuasif, la sanction infligée à M. Jamil pouvait aboutir à une privation de liberté de caractère punitif» (§ 32), elle a décidé en revanche qu'une mesure de surveillance spéciale ne pouvait être assimilée à une peine dès lors qu'elle vise à empêcher l'accomplissement d'actes criminels (*Raimondo c. Italie*, 22 février 1994, § 43, série A n° 281-A). Selon le Gouvernement, tel est précisément l'objet des mesures de sûreté, parmi lesquelles figure l'inscription au FIJAIS. Elles peuvent être définies comme des mesures de protection sociale destinées à prévenir la récidive de la part d'un délinquant ou à neutraliser un état dangereux. Leur fondement ne serait pas la culpabilité du délinquant mais l'état dangereux qu'il représente. Ainsi, l'enregistrement au FIJAIS est effectué «à titre de mesure de sûreté» (article 706-53-5 du CPP) et ne serait pas une sanction. En effet, l'article 706-53-2 4° du CPP prévoit l'inscription d'une personne au FIJAIS y compris en cas de décision de non-lieu, de relaxe ou d'acquiescement fondée sur l'article 122-1 alinéa 1 du code pénal qui dispose que «[n]'est pas pénalement responsable la personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes».

37. Le requérant considère que l'inscription au FIJAIS entraîne une obligation imposée par un texte qui n'existait pas au moment de sa condamnation. Celle-ci constitue une peine plus forte que celle qui était appliquée au moment où l'infraction a été commise.

38. La Cour observe que c'est suite à l'entrée en vigueur de la loi du 9 mars 2004 que le requérant fut inscrit au FIJAIS. Cette inscription est intervenue postérieurement à sa condamnation. Cette mesure met à la charge du requérant l'obligation de justifier tous les six mois son adresse et de déclarer tout changement d'adresse au plus tard dans un délai de quinze jours.

39. La Cour doit déterminer si l'inscription au FIJAIS peut être considérée comme une « peine » au sens de l'article 7 § 1 de la Convention, ou bien constitue une mesure exclue du champ d'application de cette disposition (*Ibbotson c. Royaume-Uni*, n° 40146/98, décision de la Commission du 21 octobre 1998, non publiée, et *Adamson c. Royaume-Uni* (déc.), n° 42293/98, 26 janvier 1999, pour ce qui est de l'inscription à un fichier de délinquants sexuels et, *mutatis mutandis*, *Van der Velden c. Pays-Bas* (déc.), n° 29514/05, CEDH 2006-XV, pour ce qui est de la conservation par les autorités d'échantillons d'ADN prélevés sur le requérant).

40. A cet égard, la Cour rappelle que la notion de « peine » de l'article 7 revêt une portée autonome, la Cour demeurant libre d'aller au-delà des apparences et appréciant elle-même si une mesure particulière s'analyse au fond en une « peine » au sens de cette clause. Le libellé de l'article 7 § 1, seconde phrase, indique que la base de toute appréciation de l'existence d'une peine consiste à déterminer si la mesure en question est imposée à la suite d'une condamnation pour une « infraction ». D'autres éléments peuvent être estimés pertinents à cet égard : la qualification de la mesure en droit interne, sa nature et son but, les procédures associées à son adoption et à son exécution, ainsi que sa gravité (*Welch*, précité, §§ 27 et 28).

41. Dans la présente affaire, la Cour relève tout d'abord que l'inscription du requérant au FIJAIS résulte bien de sa condamnation prononcée le 30 octobre 2003, puisque ce fichier concerne automatiquement les personnes, qui, comme lui, ont été condamnées à une peine de plus de cinq ans pour avoir commis une infraction à caractère sexuel.

42. S'agissant ensuite de la qualification juridique attribuée en droit interne, la Cour relève que, selon le Conseil constitutionnel, la mesure en cause ne constitue pas une sanction mais une « mesure de police » et que, en vertu des dispositions non équivoques de l'article 706-53-1 du CPP, le FIJAIS a pour finalité la prévention du renouvellement des infractions sexuelles ou violentes, l'identification et la localisation de leurs auteurs (paragraphes 18 et 19 ci-dessus).

43. En ce qui concerne le but et la nature de la mesure litigieuse, la Cour constate que le requérant regarde la nouvelle obligation mise à sa charge comme punitive. Toutefois, la Cour estime que l'objectif principal de

cette obligation est d'empêcher la récidive. A cet égard, elle considère que la connaissance par les services de police ou de gendarmerie et les autorités judiciaires de l'adresse des personnes condamnées, du fait de leur inscription au FIJAIS comporte un élément de dissuasion et permet de faciliter les investigations policières. L'obligation découlant de l'inscription au FIJAIS a donc un but préventif et dissuasif et ne peut être regardée comme ayant un caractère répressif et comme constituant une sanction.

44. En outre, la Cour relève que si le requérant s'expose à une peine d'emprisonnement de deux ans et au paiement d'une amende de 30 000 euros (EUR) en cas de non-exécution de l'obligation, une autre procédure, totalement indépendante de celle ayant conduit à sa condamnation le 30 octobre 2003, doit alors être engagée, au cours de laquelle le juge compétent pourra apprécier le caractère fautif ou non du manquement (voir, *a contrario*, *Welch*, précité, § 14).

45. Enfin, en ce qui concerne la sévérité de la mesure litigieuse, la Cour rappelle que cet élément n'est pas décisif en soi (*ibidem*, § 32). Elle considère, en tout état de cause, que l'obligation de justifier son adresse tous les six mois et de déclarer ses changements d'adresse au plus tard dans un délai de quinze jours, certes pour une durée de trente ans, n'atteint pas une gravité telle que l'on puisse l'analyser en une « peine ».

46. A la lumière de l'ensemble de ces considérations, la Cour estime que l'inscription au FIJAIS et l'obligation qui en découle ne constituent pas une « peine » au sens de l'article 7 § 1 de la Convention, et doivent être analysées comme une mesure préventive à laquelle le principe de non-rétroactivité énoncé dans cette disposition n'a pas vocation à s'appliquer.

47. Dès lors, il convient de rejeter le grief tiré de l'article 7 de la Convention comme étant incompatible *ratione materiae* avec les dispositions de la Convention, en application de l'article 35 §§ 3 et 4 de la Convention.

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

48. Le grief tiré de l'article 7 a également fait l'objet de questions posées par la Cour relatives à l'article 8 de la Convention. Cette disposition, dans ses parties pertinentes, est ainsi libellée :

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

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

## A. Thèses des parties

49. Le Gouvernement souligne tout d'abord que le requérant n'a pas expressément soulevé le grief tiré de la violation de l'article 8 de la Convention dans sa requête initiale. Si la Cour souhaite examiner la présente procédure à l'aune de l'article 8 de la Convention, le Gouvernement considère que les autorités françaises n'ont pas méconnu ce texte.

50. Le Gouvernement souligne également que la contrainte résultant pour le requérant de son inscription au FIJAIS ne saurait s'analyser en une ingérence dans sa vie privée et familiale puisqu'elle se limite aux exigences prévues à l'article 706-53-5 du CPP (paragraphe 18 ci-dessus).

51. Il soutient que la mesure en cause a bien une base légale, la loi du 9 mars 2004 qui envisage les conséquences de l'inscription au FIJAIS pour les personnes concernées. Elle a pour but la défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales, en particulier sur les mineurs (article 706-53-1 du CPP).

52. Enfin, le Gouvernement propose de mettre en balance l'intérêt pour la société de prévenir les infractions sexuelles et la gravité de l'atteinte au droit du requérant au respect de sa vie privée. Selon lui, la création du FIJAIS s'inscrit dans le cadre de la mise en place progressive d'un régime juridique propre aux infractions de nature sexuelle, qui trouve sa justification dans la prise de conscience relativement récente de la spécificité de ces infractions. Celle-ci résulte, d'une part, du fait que leurs auteurs sont souvent atteints de troubles de la personnalité, réel facteur de récidive, d'autre part de la souffrance particulière que ces infractions occasionnent aux victimes, particulièrement lorsque celles-ci sont mineures au moment des faits. Ainsi, les autorités nationales ont conjointement mis en œuvre des mesures répressives et des mesures préventives. La création du FIJAIS, dans ce contexte, avait pour but de combler les lacunes du dispositif de prévention, dans les cas particulièrement graves des infractions sexuelles. Le Gouvernement ajoute qu'il ressort de la jurisprudence de la Cour que celle-ci ne conteste pas aux Etats le droit, pour prévenir des infractions, de recueillir et de mémoriser dans des fichiers des renseignements sur des personnes pourvu que « des garanties adéquates et suffisantes [existent] contre les abus » (*Leander c. Suède*, 26 mars 1987, § 60, série A n° 116).

53. En l'espèce, le requérant aurait bénéficié de toutes les garanties offertes par la loi. Il a été informé de son inscription par l'autorité judiciaire, le contrôle du fichier étant confié à un magistrat. Seuls sont concernés les auteurs d'infractions sexuelles graves mentionnées à l'article 706-47 du code précité et seules celles-ci autorisent un enregistrement automatique.

54. Quant aux autres garanties prévues par la loi, le Gouvernement rappelle que la durée de conservation des informations dépend de la gravité des infractions concernées : vingt ou trente ans. Il s'agit d'une durée maximale et les personnes concernées peuvent demander l'effacement des données les concernant du FIJAIS. Cette demande peut être portée devant trois autorités : le procureur de la République, le juge des libertés et de la détention et le président de la chambre de l'instruction. Ce triple accès constitue, selon le Gouvernement, une triple garantie. En l'espèce, la mention de la condamnation du requérant au casier judiciaire rend irrecevable une demande d'effacement d'inscription au FIJAIS. Le requérant dispose toutefois de la possibilité de demander la réhabilitation judiciaire qui fait disparaître du casier judiciaire la condamnation. Par ailleurs, le FIJAIS est exclusivement accessible à certaines autorités, astreintes à une obligation de confidentialité, et dans des circonstances précisément déterminées. Enfin, aucun rapprochement ne peut être effectué entre le FIJAIS et d'autres fichiers.

55. Le Gouvernement conclut que les garanties entourant l'inscription au FIJAIS sont telles que celle-ci constitue une ingérence nécessaire dans une société démocratique au sens de l'article 8 § 2 de la Convention.

56. Le requérant considère que les informations contenues dans le fichier n'ont pas à être rendues publiques et que les contraintes imposées par le texte ne sont pas minimales mais restreignent la liberté d'aller et de venir du condamné.

## **B. Appréciation de la Cour**

57. Il convient de rappeler que, maîtresse de la qualification juridique des faits de la cause, la Cour n'est pas liée par celle que leur attribuent les requérants ou les gouvernements. En vertu du principe *jura novit curia*, elle peut étudier d'office un grief sous l'angle d'un article ou d'un paragraphe que n'avaient pas invoqué les comparants. En d'autres termes, un grief se caractérise par les faits qu'il dénonce et non par les simples moyens ou arguments de droit invoqués (*Guerra et autres c. Italie*, 19 février 1998, § 44, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-I, et *Berktaş c. Turquie*, n° 22493/93, § 168, 1<sup>er</sup> mars 2001). L'exception d'irrecevabilité du Gouvernement doit donc être rejetée.

La Cour constate que ce grief n'est pas manifestement mal fondé au sens de l'article 35 § 3 de la Convention. Elle relève par ailleurs que celui-ci ne se heurte à aucun autre motif d'irrecevabilité. Il convient donc de le déclarer recevable.

58. Pour le reste, la Cour relève que le FIJAIS contient des données relatives à la vie privée du requérant. Ce fichier dépend du ministère de la

Justice et est placé sous le contrôle du magistrat qui dirige le casier judiciaire. La Cour souligne qu'il ne lui appartient pas, à ce stade, de spéculer sur le caractère sensible ou non des éléments recueillis ni sur les éventuels inconvénients subis par le requérant. Selon sa jurisprudence, la mémorisation par une autorité publique de données relatives à la vie privée d'un individu constitue une ingérence au sens de l'article 8. L'utilisation ultérieure des informations mémorisées importe peu (voir, *mutatis mutandis*, *Leander*, précité, § 48, et *Kopp c. Suisse*, 25 mars 1998, § 53, *Recueil* 1998-II). Plus précisément, il a déjà été jugé que l'obligation – pour les personnes ayant fait l'objet d'une condamnation pour une infraction sexuelle – d'indiquer à la police leurs nom, date de naissance, adresse ou changement d'adresse relève de l'article 8 § 1 de la Convention (*Adamson*, décision précitée).

59. La Cour observe que les parties ne contestent pas que l'ingérence litigieuse était prévue par la loi et qu'elle poursuivait les buts légitimes de la défense de l'ordre et de la prévention des infractions pénales (*ibidem*). Il lui faut donc examiner la nécessité de l'ingérence au regard des exigences de la Convention.

60. Il appartient aux autorités nationales, au premier chef, de dire 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).

61. Dès lors, quand un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu se trouve en jeu, la marge d'appréciation laissée à l'Etat est en général restreinte.

62. La protection des données à caractère personnel joue un rôle fondamental pour l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale consacré par l'article 8 de la Convention. La législation interne doit donc ménager des garanties appropriées pour empêcher toute utilisation de données à caractère personnel qui ne serait pas conforme aux garanties prévues dans cet article (voir, *mutatis mutandis*, *Z c. Finlande*, 25 février 1997, § 95, *Recueil* 1997-I). A l'instar de ce qu'elle a dit dans l'arrêt *S. et Marper c. Royaume-Uni* ([GC], nos 30562/04 et 30566/04, § 103, CEDH 2008), la Cour est d'avis que la nécessité de disposer de telles garanties se fait d'autant plus sentir lorsqu'il s'agit de protéger les données à caractère personnel soumises à un traitement automatique, en particulier lorsque ces données sont utilisées à des fins policières. Le droit interne doit notamment assurer que ces données sont pertinentes et non excessives par rapport aux finalités pour lesquelles elles sont enregistrées, et qu'elles sont conservées sous une

forme permettant l'identification des personnes concernées pendant une durée n'excédant pas celle nécessaire aux finalités pour lesquelles elles sont enregistrées (voir paragraphes 27 et 28 ci-dessus, notamment le préambule et l'article 5 de la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel et le principe 7 de la Recommandation n° R (87) 15 du Comité des Ministres visant à réglementer l'utilisation de données à caractère personnel dans le secteur de la police). Le droit interne doit aussi contenir des garanties de nature à protéger efficacement les données à caractère personnel enregistrées contre les usages impropres et abusifs.

63. La Cour ne saurait mettre en doute les objectifs de prévention d'un fichier tel que celui sur lequel est inscrit le requérant, condamné à quinze ans d'emprisonnement pour viol sur mineure. Le but de ce fichier, elle l'a déjà rappelé, vise à prévenir les infractions pénales et à lutter contre la récidive en particulier, et en pareil cas, à faciliter l'identification de leurs auteurs. Les sévices sexuels constituent incontestablement un type odieux de méfaits qui fragilisent les victimes. Les enfants et autres personnes vulnérables ont droit à la protection de l'Etat, sous la forme d'une prévention efficace les mettant à l'abri de formes aussi graves d'ingérence dans des aspects essentiels de leur vie privée (*Stubbings et autres c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1996, § 64, *Recueil* 1996-IV).

64. En même temps, les politiques pénales en Europe évoluent et accordent, à côté de la répression, une importance croissante à l'objectif de réinsertion de la détention, en particulier vers la fin d'une longue peine d'emprisonnement (*Dickson c. Royaume-Uni* [GC], n° 44362/04, § 75, CEDH 2007-V). Une réinsertion réussie présume notamment la prévention de la récidive (voir le rapport du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe cité dans l'arrêt *Léger c. France*, n° 19324/02, § 49, 11 avril 2006).

65. En l'espèce, le requérant fut inscrit automatiquement sur le fichier en vertu des dispositions transitoires de la loi de 2004 et compte tenu du crime pour lequel il a été définitivement condamné. Cette inscription lui fut notifiée en bonne et due forme et il prit connaissance des obligations à sa charge.

66. S'agissant de ses obligations de justifier son adresse tous les six mois et ses changements d'adresse sous peine d'une peine d'emprisonnement et d'amende, la Cour a déjà jugé que cela ne posait pas de problème sous l'angle de l'article 8 de la Convention (*Adamson*, décision précitée).

67. Quant à la durée de conservation des informations, la Cour constate qu'elle est de vingt ou trente ans selon la gravité de la condamnation passée.

68. Comme l'indique le Gouvernement, il s'agit d'une durée maximale. Quoiqu'elle soit importante en l'espèce puisqu'elle est de trente ans, la Cour observe que l'effacement des données est de droit, une fois ce délai écoulé, lequel se calcule dès que la décision ayant entraîné l'inscription cesse de produire tous ses effets. La Cour relève également que la personne concernée peut présenter une demande d'effacement au procureur de la République si la conservation des données la concernant n'apparaît plus pertinente compte tenu de la finalité du fichier, au regard de la nature de l'infraction, de l'âge de la personne lors de sa commission, du temps écoulé depuis lors et de sa personnalité actuelle (article 706-53-10 du CPP, paragraphe 18 ci-dessus). La décision du procureur est susceptible de recours devant le juge des libertés et de la détention puis devant le président de la chambre de l'instruction.

69. La Cour considère que cette procédure judiciaire d'effacement des données assure un contrôle indépendant de la justification de la conservation des informations sur la base de critères précis (*S. et Marper*, précité, § 119) et présente des garanties suffisantes et adéquates du respect de la vie privée au regard de la gravité des infractions justifiant l'inscription sur le fichier. Certes, la mémorisation des données pour une période aussi longue pourrait poser un problème sous l'angle de l'article 8 de la Convention, mais la Cour constate que le requérant aura, en tout état de cause, la possibilité concrète de présenter une requête en effacement des données mémorisées à compter du jour où la décision ayant entraîné leur inscription cessera de produire tous ses effets. Dans ces conditions, la Cour est d'avis que la durée de conservation des données n'est pas disproportionnée au regard du but poursuivi par la mémorisation des informations.

70. Concernant les modalités d'utilisation du fichier et le champ des autorités publiques ayant accès à ce fichier, la Cour constate qu'il a été élargi à plusieurs reprises et qu'il ne se limite plus aux autorités judiciaires et de police mais que désormais des organes administratifs y ont aussi accès (article 706-53-7 du CPP, paragraphe 18 ci-dessus). Force est de constater que la consultation est exclusivement accessible à des autorités astreintes à une obligation de confidentialité et dans des circonstances précisément déterminées. De plus, la présente espèce ne se prête pas à un examen *in concreto* de la question de l'ouverture de la consultation du fichier à des fins administratives.

71. En conclusion, la Cour estime que l'inscription au FIJAIS, telle qu'elle a été appliquée au requérant en l'espèce, traduit un juste équilibre entre les intérêts privés et publics concurrents en jeu, et que l'Etat défendeur n'a pas outrepassé sa marge d'appréciation acceptable en la matière. Partant, il n'y a pas eu, en l'espèce, violation de l'article 8 de la Convention.

## IV. SUR LES AUTRES VIOLATIONS ALLÉGUÉES

72. Invoquant les articles 6, 13, 14 et 17 de la Convention, le requérant, qui clame son innocence, se plaint de la manière dont fut conduite l'instruction de son dossier, du rejet de ses demandes d'actes et d'expertises par le juge d'instruction, ainsi que du rejet de sa demande de révision par la commission de révision des condamnations pénales. Dans une lettre du 3 novembre 2005, il dénonce également le rejet de sa demande de suspension de peine et affirme que son état de santé n'est pas compatible avec sa détention. Enfin, dans une lettre du 5 décembre 2005, le requérant invoque l'article 3 de la Convention, affirmant subir une torture du fait de son maintien en détention.

73. Pour ce qui est de ces griefs, compte tenu de l'ensemble des éléments en sa possession, et dans la mesure où elle était compétente pour connaître des allégations formulées, la Cour n'a relevé aucune apparence de violation des droits et libertés garantis par les dispositions invoquées. Elle estime en conséquence qu'ils sont manifestement mal fondés au sens de l'article 35 § 3 de la Convention et doivent être rejetés en application de l'article 35 § 4.

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

1. *Déclare* la requête recevable quant au grief tiré de l'article 8 de la Convention et irrecevable pour le surplus;
2. *Dit* qu'il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention.

Fait en français, puis communiqué par écrit le 17 décembre 2009, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Claudia Westerdiek  
Greffière

Peer Lorenzen  
Président

GARDEL v. FRANCE  
*(Application no. 16428/05)*

FIFTH SECTION

JUDGMENT OF 17 DECEMBER 2009<sup>1</sup>

---

1. Translation; original French.



SUMMARY<sup>1</sup>**Placement on national sex-offenders register for maximum period of thirty years running from completion of prison sentence****Article 7**

*Nulla poena sine lege – Placement on national sex-offenders register for a maximum period of thirty years running from completion of prison sentence – Penalty – Retrospective application – Obligation to provide proof of address and changes of address – Preventive and deterrent purpose of measure – Severity of measure*

**Article 8**

*Respect for private life – Placement on national sex-offenders register for a maximum period of thirty years running from completion of prison sentence – Necessary in a democratic society – Prevention of crime – Prevention of disorder – Proportionality – Personal data – Time-limit on retention of data – Independent judicial review of justification for retention of data – Access to register subject to rules – Duty of confidentiality on authorities with access to register – Margin of appreciation – Fair balance between competing private and public interests*

\*

\* \*

The applicant is currently in prison, having been sentenced in 2003 to a term of imprisonment for the rape of a minor under the age of 15 by a person in a position of authority. The national automated register of perpetrators of sexual crimes (“the Sex Offenders Register”) was established under Law no. 2004-204 of 9 March 2004 on adaptation of the justice system to changing trends in criminal offending. The provisions of the Code of Criminal Procedure concerning the register came into force in June 2005. In November 2005 the applicant was notified of his inclusion in the register on account of his conviction.

*Held*

(1) Article 7 § 1: The applicant’s inclusion in the register had resulted from his conviction in October 2003, as the register automatically concerned persons who had been sentenced to more than five years’ imprisonment for a sexual offence. With regard to the purpose and nature of the disputed measure, the Court considered

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

that the main aim of the obligation imposed on the applicant was to prevent reoffending. The fact that a convicted offender's address was known to the police or gendarmerie and the judicial authorities by virtue of his or her inclusion in the Sex Offenders Register constituted a deterrent and facilitated police investigations. The obligation arising out of placement on the register therefore had a preventive and deterrent purpose and could not be considered to be punitive in nature or as constituting a sanction. In addition, while the applicant faced a two-year prison sentence and a fine of 30,000 euros in the event of failure to comply with the obligation, another set of proceedings, completely independent of those which had led to his conviction in 2003, would have to be brought in such a case, during which the competent court would be able to assess whether the failure to comply had been culpable. Finally, with regard to the severity of the impugned measure, this was not in itself a decisive element and, in any event, the obligation to provide proof of address every six months and to declare any change of address within fifteen days at the latest, albeit for a period of thirty years, was not sufficiently severe to amount to a "penalty". Hence, placement on the Sex Offenders Register and the resulting obligations were to be considered as a preventive measure to which the principle set forth in Article 7, namely that the law should not have retrospective effect, did not apply: incompatible *ratione materiae*.

(2) Article 8: The interference complained of, relating to the storage by a public authority of information concerning the applicant's private life, had been in accordance with the law and had pursued the legitimate aim of preventing disorder and crime. As to the necessity of the interference, the Court had previously held that the obligation to provide proof of address and changes of address, under pain of a prison sentence or a fine, did not raise an issue from the standpoint of Article 8. With regard to the length of time for which the information was kept, it was either twenty or thirty years depending on the severity of the sentence. Although the thirty-year period in the instant case was considerable, the data were deleted automatically on expiry of that period, which started to run as soon as the decision which gave rise to placement on the register ceased to have effect. The person concerned could apply to the public prosecutor to have the data concerning him or her deleted if conserving the data no longer appeared necessary in view of the purpose of the register, regard being had to the nature of the offence, the age of the person concerned when it was committed, the length of time that had elapsed and the person's current personality. An appeal lay against the prosecutor's decision before a judge. Hence, the judicial procedure in question provided for independent review of the justification for retention of the information according to defined criteria, and afforded adequate and effective safeguards of the right to respect for private life, regard being had to the seriousness of the offences giving rise to placement on the register. In those circumstances, the length of time for which the data were kept was not disproportionate to the aim pursued in storing the information. As to the rules on the use of the register and the range of public

authorities which had access to it, the latter had been extended on several occasions and was no longer limited to the judicial authorities and the police; administrative bodies now also had access. The register could only be consulted by authorities that were bound by a duty of confidentiality, and in precisely defined circumstances. In addition, the present case did not lend itself to examination *in concreto* of the issue of availability of the register for consultation for administrative purposes. In conclusion, the applicant's placement on the Sex Offenders Register had struck a fair balance between the competing private and public interests at stake, and the respondent State had not overstepped the acceptable margin of appreciation in that regard.

*Conclusion:* no violation (unanimously).

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

*Leander v. Sweden*, 26 March 1987, Series A no. 116

*Welch v. the United Kingdom*, 9 February 1995, Series A no. 307-A

*Stubbings and Others v. the United Kingdom*, 22 October 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-IV

*Z v. Finland*, 25 February 1997, *Reports* 1997-I

*Guerra and Others v. Italy*, 19 February 1998, *Reports* 1998-I

*Kopp v. Switzerland*, 25 March 1998, *Reports* 1998-II

*Ibbotson v. the United Kingdom*, no. 40146/98, Commission decision of 21 October 1998, unreported

*Adamson v. the United Kingdom* (dec.), no. 42293/98, 26 January 1999

*Smith and Grady v. the United Kingdom*, nos. 33985/96 and 33986/96, ECHR 1999-VI

*Berktaş v. Turkey*, no. 22493/93, 1 March 2001

*Léger v. France*, no. 19324/02, 11 April 2006

*Van der Velden v. the Netherlands* (dec.), no. 29514/05, ECHR 2006-XV

*Dickson v. the United Kingdom* [GC], no. 44362/04, ECHR 2007-V

*S. and Marper v. the United Kingdom* [GC], nos. 30562/04 and 30566/04, ECHR 2008



**In the case of Gardel v. France,**

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

Peer Lorenzen, *President*,

Renate Jaeger,

Jean-Paul Costa,

Rait Maruste,

Mark Villiger,

Isabelle Berro-Lefèvre,

Mirjana Lazarova Trajkovska, *judges*,

and Claudia Westerdiek, *Section Registrar*,

Having deliberated in private on 24 November 2009,

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

**PROCEDURE**

1. The case originated in an application (no. 16428/05) against the French Republic lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by a French national, Mr Fabrice Gardel (“the applicant”), on 30 April 2005.

2. The applicant, who had been granted legal aid, was represented by Mr P. Souchal, a lawyer practising in Nancy. The French Government (“the Government”) were represented by their Agent, Mrs E. Belliard, Director of Legal Affairs, Ministry of Foreign Affairs.

3. The applicant complained, in particular, of his placement on the national register of sex offenders following his conviction. He relied on Article 7 of the Convention.

4. On 1 October 2007 the Court decided to give notice of the application to the Government. It was also decided to rule on the admissibility and merits of the application at the same time (Article 29 § 3 of the Convention).

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

5. The applicant was born in 1962 and is currently in prison in Montmédy.

6. Following a complaint lodged on 18 February 1997 by the parents of a young girl, S., the applicant was charged with the rape and sexual assault of a minor under 15 years of age by a person in a position of authority.

7. During the investigation he made several requests for additional investigative measures to be taken, which were refused by the investigating authorities.

8. On 15 April 2003 an investigating judge at the Bar-le-Duc *tribunal de grande instance* issued an order discontinuing the proceedings in respect of the sexual assault charges, as the limitation period had expired. The judge committed the applicant for trial on a charge of rape of a minor under the age of 15 by a person in a position of authority over the victim.

9. On 30 October 2003 the Meuse Assize Court sentenced the applicant to fifteen years' imprisonment and stripped him of all his civil, civic and family rights for ten years.

10. The applicant did not appeal against that decision but lodged an application for a retrial, producing a number of documents which he claimed placed his guilt in doubt.

11. On 9 March 2004 Law no. 2004-204 established the national automated register of sex offenders ("the Sex Offenders Register").

12. On 11 April 2005 the Criminal Cases Review Board rejected the applicant's application for a retrial.

13. On 28 February 2005 the applicant applied to the Créteil Post-sentencing Court to have his sentence suspended. On 17 June 2005 the application was refused on the grounds that, according to the expert medical reports, "the applicant's survival is not in doubt, nor is his state of health incompatible in the long term with detention. Therefore, as matters stand, he does not meet the requirements of Article 720-1-1 of the Code of Criminal Procedure and is not eligible for the measure in question". The court pointed out that the applicant's sentence was due to run until 27 May 2019 and that his criminal record mentioned another conviction for sexual abuse of a minor under the age of 15 by a person in authority (a sentence of six years' imprisonment and a judicial and social supervision order imposed by the Nancy Court of Appeal on 29 August 2002 for sexual assault of a minor). The court also took into consideration medical reports according to which the applicant suffered from congenital heart disease which made any physical activity impossible. The report advocated his placement under an enhanced prison regime with an individual cell, no exercise or physical activity, a salt-free diet and regular medication. The court also referred to a psychiatric expert report from November 2004 according to which the applicant's psychological development "appears very limited in so far as he has failed to reflect on his own conduct. He has expressed no feelings of guilt or responsibility for the offences which he denies committing. A course of psychotherapy would help him develop more satisfactory relationships in the future with the people he comes into contact with".

14. On 13 October 2005 the post-sentencing division of the Paris Court of Appeal upheld this judgment.

15. On 22 November 2005 the applicant was informed by a police officer from l'Haÿ-les-Roses police station that his name was being entered in the Sex Offenders Register on account of his conviction by the Meuse Assize Court, in accordance with the transitional provisions of the above-mentioned Law of 9 March 2004. The official notification was worded as follows:

“I, the undersigned, Mr Fabrice Gardel, hereby acknowledge that I have today been notified of my inclusion in the Sex Offenders Register on account of the [sentence] of imprisonment imposed on 30 October 2003 by the Meuse Assize Court, and that I am accordingly required, under Article 706-53-5 of the Code of Criminal Procedure, to:

1. provide proof of my address: ...

Once a year either to the authority managing the register (the Ministry of Justice) ... or to my local police or gendarmerie station ..., during the month in which my birthday falls or during the month of January if my date of birth is not known or not established. ...

I expressly acknowledge having been informed that:

I have been finally convicted of an offence carrying a sentence of ten years or more. Accordingly, I am required to provide proof of my address by reporting in person every six months. ...

I take note of the fact that if I leave the country my obligation to report in person will be suspended for the duration of my stay abroad but that I must continue to provide proof of my address by means of a registered letter with recorded delivery to the authority managing the Sex Offenders Register ... accompanied by documents certifying my address and signed by the local consular authority.

2. declare any change of address within fifteen days at the latest, in the same manner.

I acknowledge having been informed:

(i) that I must provide proof of my address for the first time within fifteen days of this notification, unless the latter is issued less than two months before the first day of the month of my birth, referred to above, or I am already required to provide proof of my address on an annual basis;

(ii) that failure to comply with these obligations is punishable by a term of two years' imprisonment and a fine of 30,000 euros;

(iii) that any breach of these obligations will lead to an alert being issued to the judicial authorities and the police or gendarmerie which may result in my inclusion on the list of wanted persons and may be accompanied by a criminal prosecution;

(iv) that, pursuant to Article R. 53-8-13, the proof of address and declaration of change of address provided for by Article 706-53-5 shall take the form of any

document less than three months old in my name which gives proof of my home address, such as a bill or invoice;

(v) that if the document produced refers to the address of another person, it must be accompanied by a statement written and signed by the latter confirming that I am staying at that address.

I further acknowledge having been informed that I have the following rights:

(i) under the Data Protection Act and Article 706-53-9, I may obtain a copy of all the information concerning me in the register by applying to the public prosecutor in whose district I am resident;

(ii) if the decision forming the basis for my placement on the register was issued by a foreign judicial authority, I may apply to the public prosecutor at the Nantes *tribunal de grande instance* to have the information in the register rectified or deleted or to have the frequency of reporting reduced to once a year, in accordance with Articles R 53-8-27 et seq.”

## II. RELEVANT DOMESTIC LAW AND PRACTICE

16. The national automated register of sex offenders (“the Sex Offenders Register” – FIJAIS), which was established in 2004, is a criminal identification register similar to the national fingerprint database (FAED), the national genetic database (FNAEG) and the national criminal records (CJN), the last of which have been in existence the longest. An information paper on police registers tabled before the National Assembly on 24 March 2009 noted an upsurge in the number of such registers. The working party chaired by Mr Alain Bauer noted that there were around forty-five in 2008 compared with thirty-four in 2006, and that another dozen or so were “in the pipeline”.

The Ministry of Justice is responsible for and manages the Sex Offenders Register. It is maintained by the National Criminal Records Department in Nantes, under the supervision of the judge in charge of the national criminal records.

### A. The Sex Offenders Register

17. The national automated register of perpetrators of sexual crimes was established by Law no. 2004-204 of 9 March 2004 on adaptation of the justice system to changing trends in criminal offending. It is aimed at preventing repeat sexual offences, making it easier to identify offenders and allowing them to be traced quickly at any time.

A series of transitional measures lay down detailed arrangements for the placement on the register of persons who committed such offences prior to the entry into force of the above-mentioned Law. The provisions

are applicable to persons who committed such offences before the date of promulgation of the Law but were the subject, after that date, of one of the decisions referred to in Article 706-53-2 of the Code of Criminal Procedure (see paragraph 18 below). They can also be applied to persons serving a custodial sentence before the promulgation of the Law (at the request of the public prosecutor).

1. *The Code of Criminal Procedure (“the CCP”)*

18. The relevant provisions of the CCP read as follows:

**Article 706-47**

“The provisions of this Title shall apply to proceedings concerning the murder, whether or not premeditated, of a minor preceded or accompanied by rape, torture or acts of barbarity or for the offences of sexual assault or sexual abuse of a minor, living on the immoral earnings of a minor or paying a minor for sexual services ...

These provisions shall also apply to proceedings concerning the crime of murder, whether or not premeditated, accompanied by torture or acts of barbarity, the crimes of torture or acts of barbarity and the crime of murder, whether or not premeditated, committed as a repeat offence.”

**Article 706-53-1**

“The national automated register of perpetrators of sexual or violent crimes shall constitute a database of personal information held by the Criminal Records Department under the authority of the Minister of Justice and the supervision of a judge. In order to prevent repeat offences of the kind referred to in Article 706-47 and to facilitate identification of the perpetrators of such offences, the information referred to in Article 706-53-2 shall be gathered, stored and communicated to authorised persons in accordance with the arrangements laid down in this Chapter.”

**Article 706-53-2**

“Subject to the provisions of the last paragraph of this Article, and in so far as they relate to one or more of the offences referred to in Article 706-47, details of an individual’s identity and home address or successive home addresses and, where applicable, other residences shall be entered in the register where the individual concerned has been the subject of:

1. A conviction, whether or not final, including conviction *in absentia*, or a declaration of guilt accompanied by an order dispensing him or her from sentence or adjourning sentence;
2. A decision, whether or not final, delivered under sections 8, 15, 15-1, 16, 16 *bis* and 28 of Ordinance no. 45-174 of 2 February 1945 on juvenile delinquency;
3. An agreed penalty scheme provided for by Article 41-2 of this Code, the implementation of which has been certified by the public prosecutor;

4. A decision discontinuing the proceedings or discharging or acquitting the person concerned on the basis of the first paragraph of Article 122-1 of the Criminal Code;

5. A criminal charge, accompanied by a court supervision order, where the investigating judge has ordered the entry of the decision in the register;

6. A decision of the same kind as those referred to above which was delivered by a foreign court or judicial authority and which, under the terms of an international convention or agreement, was notified to the French authorities or was enforced in France following the transfer of the convicted person.

The register shall also contain information concerning the judicial decision forming the basis for placement on the register and information on the nature of the offence. The decisions referred to in points 1 and 2 shall be entered in the register on delivery.

Decisions concerning the offences referred to in Article 706-47 which carry a sentence less than or equal to five years' imprisonment shall not be entered in the register, except where expressly ordered by the court or, in the case of points 3 and 4, by the public prosecutor."

#### **Article 706-53-4**

"Without prejudice to application of the provisions of Articles 706-53-9 and 706-53-10, the information referred to in Article 706-53-2 concerning an individual shall be deleted from the register on the death of the person concerned or on expiry of the periods laid down below, calculated from the date on which all the decisions entered in the register cease to have effect:

1. A period of thirty years in the case of a serious crime or a major offence carrying a sentence of ten years' imprisonment;

2. A period of twenty years in all other cases.

The information in question shall not be deleted as the result of an amnesty or rehabilitation, or under the rules relating to the removal of convictions from the criminal records.

This information may not, by itself, be used as evidence of recidivism.

Information entered in the register under points 1, 2 and 5 of Article 706-53-2 shall be deleted from the register in the event of a final decision discontinuing the proceedings, a final discharge or a final acquittal. Information entered under point 5 shall also be deleted in the event of the cessation or lifting of the court supervision order."

#### **Article 706-53-5**

"All persons whose identity is recorded in the register shall be bound, as a security measure, by the obligations set forth in this Article.

The person concerned shall be required, by means of a registered letter with recorded delivery addressed to the authority managing the register, or by registered letter with

recorded delivery addressed to the local police or gendarmerie station, or by reporting in person, to:

1. provide proof of his or her address once a year;
2. declare any change of address within fifteen days at the latest.

If the person concerned has been finally convicted of a serious crime or a major offence carrying a sentence of ten years' imprisonment, he or she must provide proof of address every six months by reporting to the local police or gendarmerie station or the gendarmerie or police headquarters in his or her *département* of residence, or to any other department designated by the prefecture.

Failure to comply with the obligations laid down in this Article shall be punishable by two years' imprisonment and a fine of 30,000 euros."

#### **Article 706-53-6**

"Any person whose identity has been recorded in the register shall be informed accordingly by the judicial authority, either in person or by registered letter to the last reported address.

The person concerned shall be informed on that occasion of his or her obligations under Article 706-53-5 and the penalties he or she faces in the event of failure to comply.

Where the person concerned is in detention, the information provided for by this Article shall be provided on his or her final release or prior to the first measure relaxing the conditions of the sentence."

#### **Article 706-53-7**

#### **as amended by section 15 of Law no. 2008-174 of 25 February 2008**

"The information contained in the register shall be directly accessible, via a secure telecommunications system, to:

1. The judicial authorities;
2. The criminal investigation police, in the context of proceedings concerning the crimes of deliberately endangering human life, abduction or kidnapping or one of the offences referred to in Article 706-47, and for the purpose of taking the measures provided for in Articles 706-53-5 and 706-53-8;
3. The prefects and State administrative authorities listed in the decree provided for by Article 706-53-12, for the purposes of administrative decisions concerning recruitment, posting, authorisation, approval or permission in relation to activities or professions involving contact with minors and for the purpose of supervising the carrying-on of such activities or professions. ...

The information in the register shall also be made available to mayors and presidents of the *département* councils and regional councils, via the prefects, for the purposes of the administrative decisions referred to in point 3 relating to activities and professions

involving contact with minors and for the purpose of supervising the carrying-on of such activities or professions.”

**Article 706-53-8**

“In the manner specified in the decree provided for by Article 706-53-12, the authority managing the register shall inform the Ministry of the Interior directly of any new entry in the register or change of address, or if a person on the register has not provided proof of his or her address within the prescribed period. The Ministry shall forward the information without delay to the competent police or gendarmerie department.

The police or gendarmerie may conduct all relevant checks and lodge whatever requests are necessary with the public authorities with a view to verifying or tracing the person’s address.

If it transpires that the person concerned is no longer at the address indicated, the public prosecutor shall enter his or her name on the list of wanted persons.”

**Article 706-53-9**

“Persons who furnish proof of their identity shall be provided with all the information concerning them in the register, on application to the public prosecutor at the *tribunal de grande instance* for their place of residence.”

**Article 706-53-10**

**as amended by the Law of 5 March 2007**

“Persons whose identity is recorded in the register may request the public prosecutor to rectify or order the deletion of the information concerning them if the information is inaccurate or it is no longer necessary to conserve it in view of the purpose of the register, regard being had to the nature of the offence, the age of the person concerned when it was committed, the interval that has elapsed and the current personality of the person concerned.

A request for information to be deleted shall be inadmissible where the information concerned (repealed by section 43 of Law no. 2007-297 of 5 March 2007, with effect from 7 March 2008) ‘*remains in Bulletin no. 1 of the criminal record of the person concerned or*’ concerns judicial proceedings which are still pending (section 43 of Law no. 2007-297 of 5 March 2007), ‘in so far as the person concerned has not been rehabilitated or the measure giving rise to the entry in the register has not been deleted from Bulletin no. 1’.

If the public prosecutor does not order the rectification or deletion of the information, the person concerned may apply for this purpose to the liberties and detention judge. An appeal shall lie against the latter’s decision to the President of the Investigation Division.

Before ruling on the request for rectification or deletion, the public prosecutor, the liberties and detention judge and the President of the Investigation Division may order whatever checks they deem necessary, including an expert medical report on

the person concerned. If the information in the register concerns a serious crime or a major offence carrying a sentence of ten years' imprisonment and committed against a minor, no decision to delete the information may be taken in the absence of such an expert report. ...”

#### **Article 706-53-12**

“The detailed arrangements for application of the provisions of this Chapter shall be laid down by decree of the *Conseil d'Etat* after consultation of the National Data Protection Commission.

The decree shall specify, in particular, the circumstances in which the register shall record the enquiries relating to it and the occasions when it was consulted.”

#### **Article R53-8-34**

“A record shall be kept in the register for three years of information concerning entries and enquiries relating to it, specifying the status of the person or authority making the entry or enquiry.

This information shall be accessible only to the judge in charge of the department maintaining the register or to persons to whom he or she gives express permission.

Statistics may be compiled on the basis of this information.”

### *2. Case-law of the Constitutional Council*

19. In its ruling no. 2004-492 DC of 2 March 2004, the Constitutional Council held as follows:

“... the recording of a person's identity in the [Sex Offenders Register] ... is designed ... to prevent repeat offences of this kind and to facilitate the identification of the perpetrators of such offences. It follows that placement on the register is not a sanction but a public-order measure.” (§ 74)

The Constitutional Council further held, with regard to the entry of information in the register and its consultation and use:

“... regard being had firstly to the safeguards provided by the conditions on the use and consultation of the register and the fact that the power to enter or delete personal data rested with the judicial authority, and secondly to the seriousness of the offences giving rise to the entry of personal data in the register and the rate of reoffending with this type of offence, the impugned provisions were such as to reconcile respect for private life and the protection of public order in a manner that clearly struck a fair balance.” (§ 87)

Lastly, it held:

“... the requirement for persons on the register to give periodic notice of their home address or the address where they are resident does not constitute a sanction, but rather a public-order measure aimed at preventing reoffending and facilitating the identification of offenders. The very purpose of the register makes it necessary to check the addresses of the persons concerned on an ongoing basis. The burden imposed on

them in order to ensure that such checks are carried out does not constitute a non-essential [measure] for the purposes of Article 9 of the 1789 Declaration ..." (§ 91)

### 3. *Case-law of the Court of Cassation*

20. In a judgment of the Criminal Division of 12 March 2008, the Court of Cassation ruled on the nature of placement on the register (see also *Cass. crim.* 31 October 2006, *Bull. crim.* no. 267). It held as follows:

"Whereas ... in ordering placement on the Sex Offenders Register, the Court of Appeal accurately applied section 216 of the Law of 9 March 2004, according to which the provisions concerning placement on the register apply to offences committed before the date of promulgation of the Law. This section is not in breach of the Convention provisions relied on, as placement on the Sex Offenders Register, which is merely a security measure and not a penalty, is not subject to the principle prohibiting the retrospective application of more severe provisions of substantive law. ..."

The Court of Cassation has upheld the automatic nature of placement on the register in the case of offenders sentenced to more than five years' imprisonment (*Cass. crim.* 16 January 2008).

### 4. *Supervisory working party on police and gendarmerie registers*

21. In December 2008 this working party submitted a report to the Minister of the Interior, the Overseas Departments and Territories and the Territorial Authorities entitled: "Tightening procedures to improve the protection of freedoms". According to the report, 20,222 names had been entered in the Sex Offenders Register when it was established in June 2005; by October 2008 the number of entries was 43,408.

## **B. The automated national criminal records**

### 1. *General provisions*

22. Articles 768 to 781 of the CCP deal with the operation of the national criminal records. These record convictions imposed by the criminal courts, as well as some commercial, administrative and disciplinary convictions which entail incapacity. A person's criminal record is divided into three headings. The information contained in the criminal record is provided in the form of bulletins.

Bulletin no. 1 (Article 774 CCP) records all the files in the criminal record, in other words all the person's convictions. It may be issued only to the judicial authorities.

Bulletin no. 2 (Article 775 CCP) contains most of the convictions for criminal offences with the exception, in particular, of youth convictions, foreign rulings, convictions for minor offences and suspended sentences

once the probationary period has expired. A request can be made to the judge for a conviction not to be entered in Bulletin no. 2 (although it will remain in Bulletin no. 1). This bulletin is made available only to certain administrative and military authorities (prefects, military authorities, heads of public companies, etc.) on specific grounds.

Bulletin no. 3 (Article 777 CCP) records the most serious convictions for major offences, and especially custodial sentences of over two years. This bulletin is the only one of which the person concerned may obtain a copy.

## *2. The rehabilitation procedure*

23. The Criminal Code provides for a rehabilitation procedure for convicted individuals, enabling a conviction to be deleted from the criminal records before expiry of the statutory period (forty years). Article 133-1 of that Code states that rehabilitation erases the conviction.

24. Article 133-13 lays down the conditions for automatic rehabilitation:

### **Article 133-13**

“A convicted individual who has not been the subject of a further criminal conviction within the periods set out below shall be automatically rehabilitated:

...

3. In the case of a single prison sentence not exceeding ten years or multiple prison sentences not exceeding five years in total, after a period of ten years calculated from the date on which the sentence ends or from the date of expiry of the limitation period.

...”

25. The CCP lays down the arrangements governing the judicial rehabilitation procedure:

### **Article 785, first paragraph**

“During the lifetime of the convicted person, an application for rehabilitation may be made to the courts only by the person concerned or, if he or she is disqualified, by his or her legal representative. In the event of the person’s death and where the statutory conditions are met, the application may be pursued by his or her spouse, ascendants or descendants or may even be lodged by them, within one year of the person’s death.”

### **Article 786 as amended by Law no. 2004-204 of 9 March 2004 (entry into force 1 January 2005)**

“The application for rehabilitation may be made only after five years in the case of persons convicted of a serious crime ...

This period shall be counted ... in the case of persons who have received a custodial sentence, from the date of their final release or, in accordance with the provisions of

Article 733, third paragraph, the date of their conditional release where the latter was not revoked subsequently ...”

26. The rules governing the removal of an offence from the criminal records are as follows:

**Article 769**

“... Files concerning convictions which have been erased by an amnesty or have been overturned shall be deleted from the criminal records ... The same shall apply ... to files concerning convictions ... imposed more than forty years previously where there have been no further convictions for any category of criminal offence.

The following shall also be deleted from the criminal records:

...

8. Convictions in respect of which the offender has been granted judicial rehabilitation, where the court expressly orders the removal of the conviction from the records in accordance with the second paragraph of Article 798.”

### III. RELEVANT INTERNATIONAL LAW

#### A. Council of Europe instruments

27. The 1981 Council of Europe Convention for the protection of individuals with regard to automatic processing of personal data (“the Data Protection Convention”) defines “personal data” as any information relating to an identified or identifiable individual. The Convention provides, *inter alia*, as follows:

**Preamble**

“...

Considering that it is desirable to extend the safeguards for everyone’s rights and fundamental freedoms, and in particular the right to the respect for privacy, taking account of the increasing flow across frontiers of personal data undergoing automatic processing;

...

**Article 5 – Quality of data**

Personal data undergoing automatic processing shall be:

...

b. stored for specified and legitimate purposes and not used in a way incompatible with those purposes;

c. adequate, relevant and not excessive in relation to the purposes for which they are stored;

...

e. preserved in a form which permits identification of the data subjects for no longer than is required for the purpose for which those data are stored.

### **Article 6 – Special categories of data**

Personal data revealing racial origin, political opinions or religious or other beliefs, as well as personal data concerning health or sexual life, may not be processed automatically unless domestic law provides appropriate safeguards. ...

### **Article 7 – Data security**

Appropriate security measures shall be taken for the protection of personal data stored in automated data files against accidental or unauthorised destruction or accidental loss as well as against unauthorised access, alteration or dissemination.”

28. Recommendation No. R (87) 15 of the Committee of Ministers regulating the use of personal data in the police sector (adopted on 17 September 1987) provides, *inter alia*, as follows:

#### *“Principle 2 – Collection of data*

2.1. The collection of personal data for police purposes should be limited to such as is necessary for the prevention of a real danger or the suppression of a specific criminal offence. Any exception to this provision should be the subject of specific national legislation.

...

#### *Principle 3 – Storage of data*

3.1. As far as possible, the storage of personal data for police purposes should be limited to accurate data and to such data as are necessary to allow police bodies to perform their lawful tasks within the framework of national law and their obligations arising from international law.

...

#### *Principle 7 – Length of storage and updating of data*

7.1. Measures should be taken so that personal data kept for police purposes are deleted if they are no longer necessary for the purposes for which they were stored.

For this purpose, consideration shall in particular be given to the following criteria: the need to retain data in the light of the conclusion of an inquiry into a particular case; a final judicial decision, in particular an acquittal; rehabilitation; spent convictions; amnesties; the age of the data subject, particular categories of data.”

## **B. Comparative law**

29. In March 2004 the Senate of the French Republic published a “Comparative law study” (no. 133) concerning the treatment of sexual

offences committed against minors. The report stated that “a sex-offenders register exists only in England and Wales”. In Germany, there is no Federal register but two *Länder* (Bavaria and Bremen) have their own registers. The Bavarian register, known as HEADS (*Haft-Entlassenen-Auskunfts-Datei-Sexualstraftäter*), can be accessed only by police officers and judges. In the United Kingdom, data concerning offenders sentenced to more than thirty months’ imprisonment are kept indefinitely and there is no possibility of having the data deleted (Sexual Offences Act 2003, section 82).

## THE LAW

### I. PRELIMINARY OBJECTION OF FAILURE TO EXHAUST DOMESTIC REMEDIES

30. The applicant complained of his placement on the Sex Offenders Register, of which he had been notified on 22 November 2005. He relied on Article 7 of the Convention. This complaint was also the subject of questions from the Court concerning Article 8 of the Convention.

31. The Government pleaded failure to exhaust domestic remedies. They pointed out, as expressly mentioned in the notification form given to the applicant, that he could have applied to the public prosecutor for a rectification under Article 706-53-10 of the Code of Criminal Procedure (“the CCP”), on the basis of his allegations of a violation.

32. In the applicant’s submission, those provisions could not be construed as providing a remedy against placement on the register as such. Accordingly, that option could not be said to constitute an effective remedy against placement on the Sex Offenders Register.

33. The Court notes that a question arises concerning the effectiveness of the remedy relied on by the Government. It agrees with the applicant that an application for rectification merely enables possible substantive errors in the details of the person concerned to be corrected. As to the deletion of the information provided for by law, it is apparent from Articles 706-53-4 and 706-53-10 of the CCP (see paragraph 18 above) that this is subject to formal and substantive conditions which will need to be examined in the light of the safeguards afforded to persons placed on the register against abuse and arbitrariness. The Court considers that this aspect is more closely linked to examination of the merits of the complaint under Article 8 of the Convention. It also observes that the Government raised further objections regarding the admissibility of each of the complaints; it will therefore examine their admissibility below.

## II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 7 OF THE CONVENTION

34. The applicant complained of his placement on the Sex Offenders Register and of the retrospective application of the Law of 9 March 2004, which imposed more stringent obligations on him than those existing at the time of his conviction, in breach of Article 7 § 1 of the Convention. That provision reads as follows:

“No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence under national or international law at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the criminal offence was committed.”

35. The Government contended that the Court lacked jurisdiction *ratione materiae* to examine this complaint. In their submission, placement on the Sex Offenders Register did not constitute a “penalty” within the meaning of the Court’s case-law, with the result that Article 7 was not applicable.

36. The Government did not dispute the fact that the Law of 9 March 2004 had not come into force either when the offence had been committed or when the applicant had been convicted. Nevertheless, they argued that the measure complained of did not constitute a “penalty” within the meaning of Article 7. They sought to demonstrate this by referring to the criteria established by the Court’s case-law, in particular in *Welch v. the United Kingdom* (9 February 1995, § 27, Series A no. 307-A) and *Jamil v. France* (8 June 1995, § 30, Series A no. 317-B). While the Court had found, in *Jamil*, that imprisonment in default was a penalty, on the ground that “[t]he sanction imposed on Mr Jamil was ordered by a criminal court, was intended to be deterrent and could have led to a punitive deprivation of liberty” (§ 32), it had also ruled that special supervision was not comparable to a criminal sanction since it was designed to prevent the commission of offences (they referred to *Raimondo v. Italy*, 22 February 1994, § 43, Series A no. 281-A). In the Government’s submission, that was precisely the aim of security measures including placement on the Sex Offenders Register. They could be defined as social protection measures designed to prevent persons from reoffending or to remove a source of danger. They were based not on the offender’s guilt but on the danger he or she represented. Hence, placement on the Sex Offenders Register was carried out “as a security measure” (Article 706-53-5 of the CCP) and was not a sanction. Point 4 of Article 706-53-2 of the CCP provided for a person’s details to be entered in the register even where a decision had been given discontinuing the proceedings or discharging or acquitting the person concerned on the basis of the first paragraph of Article 122-1 of the Criminal Code, according

to which “persons who, at the time of the offence, were suffering from a psychiatric or neuropsychiatric disorder which deprived them of the ability to discern or control their actions [were] not criminally liable”.

37. The applicant submitted that placement on the Sex Offenders Register entailed obligations imposed by legislation that had not existed at the time of his conviction. That amounted to a heavier penalty than the one applicable at the time the offence had been committed.

38. The Court observes that the applicant was placed on the Sex Offenders Register as a result of the entry into force of the Law of 9 March 2004. His inclusion in the register occurred after his conviction. The measure in question entailed an obligation for the applicant to provide proof of his address every six months and to report any change of address within fifteen days at the latest.

39. The Court must ascertain whether placement on the Sex Offenders Register can be considered as a “penalty” within the meaning of Article 7 § 1 of the Convention or whether it constitutes a measure falling outside the scope of that provision (see *Ibbotson v. the United Kingdom*, no. 40146/98, Commission decision of 21 October 1998, unreported, and *Adamson v. the United Kingdom* (dec.), no. 42293/98, 26 January 1999, as regards placement on a register of sex offenders and, *mutatis mutandis*, *Van der Velden v. the Netherlands* (dec.), no. 29514/05, ECHR 2006-XV, as regards the retention by the authorities of DNA samples taken from the applicant).

40. In that connection the Court reiterates that the concept of a “penalty” in Article 7 is an autonomous one and that the Court remains free to go behind appearances and assess for itself whether a particular measure amounts in substance to a “penalty” within the meaning of that provision. The wording of Article 7 § 1, second sentence, indicates that the starting-point in any assessment of the existence of a penalty is whether the measure in question is imposed following conviction for a “criminal offence”. Other factors that may be taken into account as relevant in this connection are the characterisation of the measure in question under national law; its nature and purpose; the procedures involved in the making and implementation of the measure; and its severity (see *Welch*, cited above, §§ 27 and 28).

41. In the present case the Court notes first of all that the applicant’s placement on the Sex Offenders Register was indeed the result of his conviction on 30 October 2003, since placement on the register is automatic in the case of persons who, like the applicant, have been sentenced to a prison term of over five years for a sexual offence.

42. As to the legal characterisation in domestic law, the Court observes that according to the Constitutional Council the measure in question constitutes a “public-order measure” rather than a sanction and that, in accordance with the unequivocal provisions of Article 706-53-1 of the CCP, the Sex Offenders Register is designed to prevent persons who have committed sexual offences or violent crimes from reoffending and to ensure that they can be identified and traced (see paragraphs 18 and 19 above).

43. As regards the purpose and nature of the measure complained of, the Court notes that the applicant regarded the fresh obligation imposed on him as punitive. However, the Court considers that the main aim of that obligation was to prevent reoffending. In that regard, it considers that the fact that a convicted offender’s address is known to the police or gendarmerie and the judicial authorities by virtue of his or her inclusion in the Sex Offenders Register constitutes a deterrent and facilitates police investigations. The obligation arising out of placement on the register therefore has a preventive and deterrent purpose and cannot be considered to be punitive in nature or as constituting a sanction.

44. Furthermore, the Court notes that, while the applicant faces a two-year prison sentence and a fine of 30,000 euros (EUR) if he fails to comply with that obligation, another set of proceedings, completely independent of the proceedings leading to his conviction on 30 October 2003, would then have to be initiated, during which the competent court could assess whether the failure to comply was culpable (see, conversely, *Welch*, cited above, § 14).

45. Lastly, as regards the severity of the measure, the Court reiterates that this is not decisive in itself (see *Welch*, cited above, § 32). It considers, in any event, that the obligation to provide proof of address every six months and to declare any change of address within fifteen days at the latest, albeit for a period of thirty years, is not sufficiently severe to amount to a “penalty”.

46. In the light of all these considerations, the Court is of the view that placement on the Sex Offenders Register and the obligations arising out of it do not amount to a “penalty” within the meaning of Article 7 § 1 of the Convention and should be considered as a preventive measure to which the principle set forth in that provision, namely that the law should not have retrospective effect, does not apply.

47. Accordingly, the applicant’s complaint under Article 7 of the Convention must be rejected as being incompatible *ratione materiae* with the provisions of the Convention, pursuant to Article 35 §§ 3 and 4 of the Convention.

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

48. The complaint under Article 7 of the Convention also gave rise to questions from the Court concerning Article 8 of the Convention, which, in its relevant parts, provides:

“1. Everyone has the right to respect for his private ... life ...

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

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

49. The Government stressed at the outset that the applicant had not expressly raised the complaint under Article 8 of the Convention in his initial application. Should the Court wish nonetheless to examine the case from the standpoint of Article 8, the Government submitted that the French authorities had not breached that provision.

50. The Government further emphasised that the constraint placed on the applicant as a result of his inclusion in the Sex Offenders Register could not be said to constitute interference with his private and family life since it was confined to the requirements laid down by Article 706-53-5 of the CCP (see paragraph 18 above).

51. They argued that the measure in question did indeed have a legal basis, in the form of the Law of 9 March 2004, which set out the implications of placement on the Sex Offenders Register for the persons concerned. The measure was aimed at preventing disorder and crime, in particular in relation to minors (Article 706-53-1 of the CCP).

52. Lastly, the Government submitted that society's interest in the prevention of sexual offences had to be weighed against the seriousness of the infringement of the applicant's right to respect for his private life. In their view, the establishment of the Sex Offenders Register was part of the gradual introduction of a specific set of rules governing sexual offences, which was justified by the comparatively recent increase in awareness concerning the special character of such offences. The latter stemmed from the fact that these offenders often had personality disorders, which were a real factor in reoffending, and from the particular suffering caused to the victims, especially if they were minors at the time of the offence. Hence, the national authorities had put in place a combination of punitive and preventive measures. The establishment of the Sex Offenders Register in

that connection had been aimed at filling gaps in the system of prevention in relation to the particularly serious category of sexual offences. The Government added that it was clear from the Court's case-law that the Court did not dispute States' right, in seeking to prevent offending, to gather and store personal data provided that "there exist[ed] adequate and effective guarantees against abuse" (they referred to *Leander v. Sweden*, 26 March 1987, § 60, Series A no. 116).

53. In the instant case, in the Government's submission, the applicant had enjoyed all the guarantees provided by the law. He had been informed by the judicial authority of his placement on the register, which was supervised by a judge. Only persons who had committed the serious sexual offences referred to in Article 706-47 of the above-mentioned Code were affected, and only such offences automatically gave rise to placement on the register.

54. As to the other guarantees provided for by the law, the Government pointed out that the length of time for which the information was kept (twenty or thirty years) depended on the seriousness of the offence. This was a maximum period, and the persons concerned could request the deletion from the register of the information concerning them. The request could be made to three authorities: the public prosecutor, the liberties and detention judge and the President of the Investigation Division. This three-pronged approach constituted a triple guarantee. In the instant case, the fact that the applicant's conviction was entered in his criminal record made any request for deletion of the information in the Sex Offenders Register inadmissible. However, the applicant had the option of applying for judicial rehabilitation, which would wipe the conviction from the criminal records. Moreover, the Sex Offenders Register could be consulted only by certain authorities that were bound by a duty of confidentiality, and in precisely defined circumstances. Lastly, it was not possible to compare the data in the Sex Offenders Register with data held elsewhere.

55. The Government concluded that the safeguards accompanying placement on the register were such that it amounted to interference which was necessary in a democratic society within the meaning of Article 8 § 2 of the Convention.

56. In the applicant's view, the information contained in the register was not for public consumption. The constraints imposed by the legislation were not minimal but restricted the convicted person's freedom of movement.

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

57. The Court reiterates that since it is master of the characterisation to be given in law to the facts of the case, it does not consider itself bound by the characterisation given by an applicant or a government. By virtue of

the *jura novit curia* principle, it may consider of its own motion complaints under Articles or paragraphs not relied on by those appearing before it. In other words, a complaint is characterised by the facts alleged in it and not merely by the legal grounds or arguments relied on (see *Guerra and Others v. Italy*, 19 February 1998, § 44, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-I, and *Berktaş v. Turkey*, no. 22493/93, § 168, 1 March 2001). The Government's objection of inadmissibility should therefore be dismissed.

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

58. As to the rest, the Court observes that the Sex Offenders Register contains data concerning the applicant's private life. The register comes under the responsibility of the Ministry of Justice and is supervised by the judge who manages the criminal records. The Court stresses that it is not its task at this stage to speculate on the sensitive nature or otherwise of the information gathered or on the possible difficulties experienced by the applicant. According to its case-law, the storing by a public authority of information relating to an individual's private life amounts to interference within the meaning of Article 8. The subsequent use of the stored information has no bearing on that finding (see, *mutatis mutandis*, *Leander*, cited above, § 48, and *Kopp v. Switzerland*, 25 March 1998, § 53, *Reports* 1998-II). More specifically, the Court has already ruled that the requirement for persons convicted of sexual offences to inform the police of their name, date of birth, address or change of address falls within the scope of Article 8 § 1 of the Convention (see *Adamson*, cited above).

59. The Court observes that the parties did not dispute that the interference in question had been in accordance with the law and had pursued the legitimate aim of preventing disorder and crime (*ibid.*). It must therefore examine whether the interference was necessary from the standpoint of the requirements of the Convention.

60. 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).

61. Accordingly, where a particularly important facet of an individual's existence or identity is at stake, the margin of appreciation accorded to a State will in general be restricted.

62. The protection of personal data is of fundamental importance to a person's enjoyment of his or her right to respect for private and family life as guaranteed by Article 8 of the Convention. The domestic law must therefore afford appropriate safeguards to prevent any such use of personal data as may be inconsistent with the guarantees of this Article (see, *mutatis mutandis*, *Z v. Finland*, 25 February 1997, § 95, *Reports* 1997-I). In line with its findings in *S. and Marper v. the United Kingdom* ([GC], nos. 30562/04 and 30566/04, § 103, ECHR 2008), the Court is of the view that the need for such safeguards is all the greater where the protection of personal data undergoing automatic processing is concerned, not least when such data are used for police purposes. The domestic law should notably ensure that such data are relevant and not excessive in relation to the purposes for which they are stored and that they are preserved in a form which permits identification of the data subjects for no longer than is required for the purpose for which those data are stored (see paragraphs 27 and 28 above, in particular Article 5 of the Data Protection Convention and the Preamble thereto and Principle 7 of Recommendation No. R (87) 15 of the Committee of Ministers regulating the use of personal data in the police sector). The domestic law must also afford adequate guarantees to ensure that retained personal data are efficiently protected from misuse and abuse.

63. The Court cannot call into question the preventive purpose of a register such as the one on which the applicant was placed after being sentenced to fifteen years' imprisonment for the rape of a minor. The aim of that register, as it has already pointed out, is to prevent crime and in particular to combat recidivism and, in such cases, to make it easier to identify offenders. Sexual abuse is unquestionably an abhorrent type of wrongdoing, with debilitating effects on its victims. Children and other vulnerable individuals are entitled to State protection, in the form of effective deterrence, from such grave types of interference with essential aspects of their private lives (see *Stubbings and Others v. the United Kingdom*, 22 October 1996, § 64, *Reports* 1996-IV).

64. At the same time, European penal policy is evolving and attaching increasing importance, alongside the aim of punishment, to the rehabilitative aim of imprisonment, particularly towards the end of a long prison sentence (see *Dickson v. the United Kingdom* [GC], no. 44362/04, § 75, ECHR 2007-V). Successful rehabilitation means, among other things, preventing

reoffending (see the report of the Council of Europe's Commissioner for Human Rights cited in *Léger v. France* (no. 19324/02, § 49, 11 April 2006)).

65. In the instant case the applicant was automatically placed on the register under the transitional provisions of the 2004 Law, in view of the crime of which he had been finally convicted. He was duly notified of his placement on the register and took note of the obligations imposed on him.

66. As to the obligation to provide proof of address every six months and of any change of address, on pain of a prison sentence and payment of a fine, the Court has previously held that this did not give rise to an issue from the standpoint of Article 8 of the Convention (see *Adamson*, cited above).

67. As regards the length of time for which the information is kept, the Court notes that it is either twenty or thirty years depending on the severity of the sentence.

68. As pointed out by the Government, these are maximum periods. Although the thirty-year period in the instant case is considerable, the Court observes that the data are deleted automatically on expiry of that period, which starts to run as soon as the decision which gave rise to placement on the register ceases to have effect. The Court further notes that the person concerned may apply to the public prosecutor to have the data concerning him or her deleted if conserving the data no longer appears necessary in view of the purpose of the register, regard being had to the nature of the offence, the age of the person concerned when it was committed, the length of time that has elapsed and the person's current personality (Article 706-53-10 of the CCP, see paragraph 18 above). The prosecutor's decision can be appealed against before the liberties and detention judge and subsequently before the President of the Investigation Division.

69. The Court considers that this judicial procedure for the removal of data provides for independent review of the justification for retention of the information according to defined criteria (see *S. and Marper*, cited above, § 119) and affords adequate and effective safeguards of the right to respect for private life, having regard to the seriousness of the offences giving rise to placement on the register. Admittedly, the storing of the data for such a long period could give rise to an issue under Article 8 of the Convention. However, the Court notes that the applicant will in any event have a practical opportunity of lodging an application for removal of the stored data from the date on which the decision giving rise to their entry in the register ceases to have effect. In these circumstances, the Court is of the view that the period of time for which the data are kept is not disproportionate to the aim pursued in storing the information.

70. As to the rules on the use of the register and the range of public authorities which have access to it, the Court notes that the latter has been extended on several occasions and is no longer limited to the judicial authorities and the police; administrative bodies now also have access (Article 706-53-7 of the CCP, see paragraph 18 above). The fact remains, nevertheless, that the register may only be consulted by authorities that are bound by a duty of confidentiality, and in precisely defined circumstances. In addition, the present case does not lend itself to examination *in concreto* of the issue of the availability of the register for consultation for administrative purposes.

71. In conclusion, the Court considers that the applicant's placement on the Sex Offenders Register struck a fair balance between the competing private and public interests at stake and that the respondent State did not overstep the acceptable margin of appreciation in that regard. Accordingly, there has been no violation of Article 8 of the Convention in the instant case.

#### IV. OTHER ALLEGED VIOLATIONS

72. Relying on Articles 6, 13, 14 and 17 of the Convention, the applicant, who claimed that he was innocent, complained of the manner in which the investigation of his case had been carried out, the fact that his requests for investigative measures and expert reports had been refused by the investigating judge and the refusal by the Criminal Cases Review Board of his application for a retrial. In a letter of 3 November 2005, he also complained of the refusal of his application for suspension of his sentence, arguing that his state of health was incompatible with detention. Lastly, in a letter of 5 December 2005, the applicant alleged under Article 3 of the Convention that his continued detention amounted to torture.

73. Having regard to all the evidence in its possession and in so far as it has jurisdiction to examine these complaints, the Court finds no appearance of a breach of the rights and freedoms guaranteed by the provisions relied upon. It therefore considers that these complaints are manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 of the Convention and must be rejected pursuant to Article 35 § 4.

#### FOR THESE REASONS, THE COURT UNANIMOUSLY

1. *Declares* the complaint concerning Article 8 of the Convention admissible and the remainder of the application inadmissible;
2. *Holds* that there has been no violation of Article 8 of the Convention.

Done in French, and notified in writing on 17 December 2009, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Claudia Westerdiek  
Registrar

Peer Lorenzen  
President