

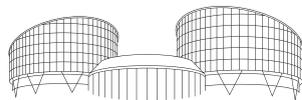
EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS  
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME



REPORTS  
OF JUDGMENTS AND DECISIONS

RECUEIL  
DES ARRÊTS ET DÉCISIONS

2009-VI



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

COUNCIL OF EUROPE



CONSEIL DE L'EUROPE

WOLF LEGAL PUBLISHERS

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

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: 978-9-462-40047-4

© 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>Kart c. Turquie</i> [GC], n° 8917/05, arrêt du 3 décembre 2009 .....	1
<i>Kart v. Turkey</i> [GC], no. 8917/05, judgment of 3 December 2009...	49
<i>Muñoz Díaz c. Espagne</i> , n° 49151/07, arrêt du 8 décembre 2009 .....	95
<i>Muñoz Díaz v. Spain</i> , no. 49151/07, judgment of 8 December 2009	131
<i>M. v. Germany</i> , no. 19359/04, judgment of 17 December 2009 .....	169
<i>M. c. Allemagne</i> , n° 19359/04, arrêt du 17 décembre 2009 .....	221
<i>Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina</i> [GC], nos. 27996/06 and 34836/06, judgment of 22 December 2009 .....	273
<i>Sejdić et Finci c. Bosnie-Herzégovine</i> [GC], n <sup>os</sup> 27996/06 et 34836/06, arrêt du 22 décembre 2009 .....	337



## Subject matter/Objet des affaires

### Article 5

#### Article 5 § 1

Continued placement in preventive detention beyond maximum period authorised at time of initial detention

*M. v. Germany*, p. 169

Maintien en détention de sûreté au-delà de la durée maximale autorisée au moment du placement en détention de sûreté

*M. c. Allemagne*, p. 221

### Article 6

#### Article 6 § 1

Impossibility for a member of parliament to waive his parliamentary immunity in order to defend himself in criminal proceedings against him

*Kart v. Turkey* [GC], p. 49

Impossibilité pour un député d'obtenir la levée de son immunité parlementaire pour se défendre contre les poursuites pénales engagées contre lui

*Kart c. Turquie* [GC], p. 1

### Article 7

#### Article 7 § 1

Extension with retrospective effect of maximum period of preventive detention

*M. v. Germany*, p. 169

Prolongation rétroactive de la durée maximale de la détention de sûreté

*M. c. Allemagne*, p. 221

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

Refusal to recognise validity of Roma marriage for purposes of entitlement to survivor's pension

*Muñoz Díaz v. Spain*, p. 131

Refus de reconnaître la validité d'un mariage rom en vue de l'attribution d'une pension de réversion

*Muñoz Díaz c. Espagne*, p. 95

**Article 14 of the Convention in conjunction  
with Article 3 of Protocol No. 1/  
Article 14 de la Convention combiné avec l'article 3  
du Protocole n° 1**

Ineligibility of members of certain minority communities for political office  
*Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina* [GC], p. 273

Inéligibilité à divers postes politiques des membres de certaines communautés minoritaires

*Sejdić et Finci c. Bosnie-Herzégovine* [GC], p. 337

**Article 1 of Protocol No. 12/Article 1 du Protocole n° 12**

Ineligibility of members of certain minority communities for political office  
*Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina* [GC], p. 273

Inéligibilité à divers postes politiques des membres de certaines communautés minoritaires

*Sejdić et Finci c. Bosnie-Herzégovine* [GC], p. 337

KART c. TURQUIE  
(*Requête n° 8917/05*)

GRANDE CHAMBRE<sup>1</sup>

ARRÊT DU 3 DÉCEMBRE 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>**Impossibilité pour un député d'obtenir la levée de son immunité parlementaire pour se défendre contre les poursuites pénales engagées contre lui****Article 6 § 1**

*Applicabilité – Procédure pénale – Accès à un tribunal – Délai raisonnable – Impossibilité pour un député d'obtenir la levée de son immunité parlementaire pour se défendre contre les poursuites pénales engagées contre lui – Assurer l'indépendance du Parlement dans l'accomplissement de sa mission – Marge d'appréciation – Portée de l'inviolabilité parlementaire relative – Retard dans le droit à voir sa cause entendue par un tribunal – Député conscient de renoncer à son inviolabilité – Obstacle procédural temporaire – Unique suspension et absence d'intervention dans le cours de la justice – Proportionnalité*

\*

\* \*

Dans le cadre de l'exercice de sa profession d'avocat, le requérant fit l'objet de deux procédures pénales. Puis il fut élu député à l'Assemblée nationale et se vit octroyer l'immunité parlementaire. Les poursuites pénales diligentées à son encontre furent suspendues en vertu de la Constitution et du code de procédure pénale. La commission mixte de l'Assemblée nationale fut saisie d'une demande de levée de l'immunité parlementaire du requérant mais elle décida de suspendre les poursuites pénales le concernant jusqu'à la fin de son mandat parlementaire. Elle transmit sa décision à l'assemblée plénière de l'Assemblée nationale (« l'assemblée plénière »). Le requérant s'opposa à la suspension, se prévalant de son droit à être jugé dans le cadre d'un procès équitable mais celle-ci fut appliquée. Le requérant fut réélu député. Les dossiers relatifs à la demande de levée d'immunité du requérant restèrent pendants devant la commission mixte de l'assemblée plénière.

Dans son arrêt de chambre du 8 juillet 2008, la Cour avait conclu à la violation de l'article 6 § 1.

Article 6 § 1 : a) *Applicabilité* – La situation d'une personne est nécessairement affectée par le fait qu'elle se trouve durant une longue période sous le coup d'une accusation pénale pendante contre elle. La présente affaire met en cause le droit du requérant à ce que sa cause soit entendue par un tribunal dans un délai raisonnable.

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

b) *Observation* – C'est au regard de la finalité institutionnelle de l'inviolabilité parlementaire – qui vise à garantir l'indépendance ainsi que le fonctionnement normal et l'intégrité du Parlement dans l'accomplissement de sa mission – que doit s'apprécier l'incidence de sa mise en œuvre sur le droit du requérant. A cet égard, moins la mesure de protection considérée sert l'intégrité du Parlement, plus sa justification doit être impérieuse.

Les décisions de levée ou de non-levée de l'immunité relèvent de la marge d'appréciation des Etats. Certes, l'inviolabilité octroyée aux députés turcs apparaît à maints égards plus étendue que dans certains autres Etats signataires mais elle ne semble pas pour autant aller à l'encontre des solutions adoptées par eux. La portée de cette protection ne peut être considérée comme excessive en soi. Celle-ci est relative: elle est limitée dans le temps, à la durée du mandat parlementaire, mais aussi assortie d'un tempérament, à savoir qu'elle peut être levée. Elle ne joue qu'en matière pénale. Elle est inopérante dans certains cas de flagrant délit ou de crimes particuliers contre le régime ou l'Etat.

En l'espèce, il est évident que l'institution a pour effet d'empêcher l'aboutissement des poursuites pénales diligentées contre le requérant. L'intérêt de celui-ci à cet égard doit cependant être évalué à l'aune de son droit à un tribunal et non au regard d'un quelconque droit d'obtenir, à sa demande, la levée de son immunité. En effet, les décisions en la matière relèvent des actes internes du Parlement et donc de la seule compétence de ce dernier. Il incombe néanmoins à la Cour de vérifier que la procédure parlementaire en la matière se concilie avec les droits garantis par la Convention. La procédure parlementaire d'examen des demandes de levée d'immunité est définie et encadrée par la Constitution et le règlement de l'Assemblée nationale, qui en fixent le déroulement. Cette procédure apparaît soumise à un certain formalisme, qui garantit à l'intéressé le respect de ses droits de la défense à toutes les étapes du processus décisionnel ainsi qu'un droit de recours contre les décisions des instances parlementaires. En l'occurrence, le requérant demeure sous le coup des accusations pénales dont il fait l'objet depuis plus de six ans, durée qui pourra être prolongée jusqu'à ce que son mandat parlementaire prenne fin. Dès lors, l'incertitude inhérente à toute procédure pénale s'est trouvée accentuée par la procédure parlementaire litigieuse, les délais accusés par celle-ci allongeant d'autant ceux des procédures pénales. Cependant, si la chambre a estimé qu'un tel délai de procédure était préjudiciable au requérant, la Grande Chambre ne peut quant à elle faire abstraction ni des particularités propres au statut du requérant ni de la spécificité de la procédure litigieuse. En effet, un aspect fondamental de la question est le lien qui rattache les immunités des députés à leur statut. A cet égard, avant même de se présenter aux élections législatives, le requérant faisait l'objet des poursuites pénales dont il se plaint. Or, en qualité d'avocat, il ne pouvait ignorer les conséquences de son élection sur ces poursuites.

Rien ne permet de considérer que l'intéressé ne puisse toujours bénéficier d'un procès équitable à l'expiration de son mandat. En l'espèce, l'effet dirimant de

l'inviolabilité parlementaire sur la poursuite des procédures pénales n'est que temporaire. En outre les instances ont uniquement apprécié l'opportunité de lever l'inviolabilité, en tant qu'empêchement temporaire à l'action de la justice. Ainsi n'ont-elles fait que suspendre le cours de la justice, sans influencer sur celui-ci ni y participer. Enfin, la protection de l'honneur et de la réputation du requérant est assurée par le respect du principe de la présomption d'innocence.

Au vu de ce qui précède, si le délai inhérent à la procédure parlementaire est de nature à affecter le droit du requérant à voir sa cause entendue par un tribunal, en retardant son exercice, il ne porte pas pour autant atteinte, en l'espèce, à la substance même de ce droit.

Le droit d'obtenir un jugement sur des accusations pénales n'étant pas absolu, notamment lorsqu'il n'en résulte aucune conséquence fondamentale irréversible au détriment des parties, la non-levée de l'immunité parlementaire du requérant n'a pas porté atteinte au droit de l'intéressé à un tribunal au point de passer pour disproportionnée au but légitime poursuivi.

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

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

*Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, série A n° 18

*Waite et Kennedy c. Allemagne* [GC], n° 26083/94, CEDH 1999-I

*A. c. Royaume-Uni*, n° 35373/97, CEDH 2002-X

*Cordova c. Italie (n° 1)*, n° 40877/98, CEDH 2003-I

*Cordova c. Italie (n° 2)*, n° 45649/99, CEDH 2003-I

*De Jorio c. Italie*, n° 73936/01, 3 juin 2004

*Tsalkitzis c. Grèce*, n° 11801/04, 16 novembre 2006



**En l'affaire Kart c. Turquie,**

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

Jean-Paul Costa, *président*,

Nicolas Bratza,

Peer Lorenzen,

Josep Casadevall,

Giovanni Bonello,

Corneliu Bîrsan,

Boštjan M. Zupančič,

Lech Garlicki,

Alvina Gyulumyan,

Khanlar Hajiyev,

Egbert Myjer,

Mark Villiger,

Giorgio Malinverni,

András Sajó,

Nona Tsotsoria,

Ann Power,

Işıl Karakaş, *juges*,

et de Vincent Berger, *jurisconsulte*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 4 mars et 4 novembre 2009,

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

**PROCÉDURE**

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 8917/05) dirigée contre la République de Turquie et dont un ressortissant de cet Etat, M. Atilla Kart (« le requérant »), a saisi la Cour le 8 février 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 alléguait en particulier que la non-levée de son immunité parlementaire faisait obstacle aux poursuites pénales diligentées à son encontre, le privant de son droit à un procès équitable en vertu de l'article 6 § 1 de la Convention.

3. La requête a été attribuée à la deuxième section de la Cour (article 52 § 1 du règlement). Le 15 janvier 2008, après une audience ayant porté à la fois sur les questions de recevabilité et sur celles de fond (article 54 § 3), elle a été déclarée partiellement recevable par une chambre de ladite

section, composée des juges dont le nom suit: Françoise Tulkens, András Baka, Rıza Türmen, Mindia Ugrehelidze, Vladimiro Zagrebelsky, Danutė Jočienė et Dragoljub Popović, ainsi que de Sally Dollé, greffière de section. Le 8 juillet 2008, la chambre, composée de la même manière, a rendu un arrêt concluant, par quatre voix contre trois, à la violation de l'article 6 § 1 de la Convention.

4. Le 1<sup>er</sup> décembre 2008, à la suite d'une demande du gouvernement turc («le Gouvernement») en date du 6 octobre 2008, le collège de la Grande Chambre a décidé de renvoyer l'affaire à la Grande Chambre en vertu de l'article 43 de la Convention.

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

6. Tant le requérant que le Gouvernement ont déposé des observations écrites sur le fond de l'affaire.

7. Une audience s'est déroulée en public au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 4 mars 2009 (article 59 § 3 du règlement).

Ont comparu :

– *pour le Gouvernement*

M.	M. Özmen,	<i>coagent,</i>
M.	İ. Neziroğlu,	
M <sup>mes</sup>	E. Demir,	
	N. Uğural,	
	N. Çetin,	<i>conseillers;</i>

– *pour le requérant*

M <sup>e</sup>	G. Egeli,	<i>conseil,</i>
M.	A. Kart,	<i>requérant.</i>

La Cour a entendu en leurs déclarations M. Kart et M. Özmen.

EN FAIT

## I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

8. Le requérant est né en 1954 et réside à Ankara.

9. A l'issue du scrutin législatif du 3 novembre 2002, il fut élu député pour la circonscription de Konya, en tant que membre du parti CHP («Parti républicain du peuple»), à la Grande Assemblée nationale de Turquie («l'Assemblée nationale»).

10. Avant cette élection, le requérant était avocat au barreau de Konya. Dans le cadre de l'exercice de cette profession, il avait vu engager contre lui deux procédures pénales, l'une pour insulte à avocat et l'autre pour insulte à fonctionnaire.

11. Ayant été élu député, il se vit octroyer l'immunité parlementaire.

12. Le 23 décembre 2002, le procureur de la République de Karapınar saisit la direction générale du ministère de la Justice aux fins d'obtenir la levée de l'immunité parlementaire du requérant dans le cadre de la procédure pénale diligentée à son encontre pour insulte à avocat.

13. Le 17 janvier 2003, la direction générale du ministère de la Justice transmet cette demande au cabinet du premier ministre.

14. A une date non précisée, l'examen de la question de la levée de l'immunité parlementaire du requérant pour insulte à avocat fut renvoyé à la commission mixte de l'Assemblée nationale (« la commission mixte ») en vertu des articles 131 et suivants du règlement interne de l'Assemblée nationale. Celle-ci décida que les poursuites seraient suspendues jusqu'à la fin de la 22<sup>e</sup> législature.

15. Le requérant fit opposition à cette décision. Son dossier fut alors transmis à l'assemblée plénière de l'Assemblée nationale (« l'assemblée plénière »).

16. Le 11 avril 2003, la cour d'assises de Konya (« la cour d'assises ») adopta une décision portant interruption de la procédure pénale engagée contre le requérant pour insulte à fonctionnaire, en vertu de l'article 83 de la Constitution et de l'article 253 § 4 du code de procédure pénale.

17. Le 4 décembre 2003, la cour d'assises transmet le dossier de l'affaire au ministère de la Justice aux fins d'obtenir la levée de l'immunité parlementaire du requérant.

18. Le 23 décembre 2003, la direction générale des affaires pénales, au ministère de la Justice, saisit le premier ministre de la question.

19. Le cabinet du premier ministre transmet le dossier de cette affaire à la commission mixte.

20. Le 28 mai 2004, après avoir constaté que le requérant avait demandé la levée de son immunité, la commission mixte décida, eu égard à la nature des faits reprochés à l'intéressé, de surseoir aux poursuites diligentées à son encontre pour insulte à fonctionnaire, et ce jusqu'à l'expiration de son mandat parlementaire. Elle transmet sa décision à l'assemblée plénière.

21. Lors de la réunion de l'assemblée plénière du 8 décembre 2004, ce rapport de la commission mixte fut lu et annexé au procès-verbal de cette réunion.

22. Le 15 décembre 2004, le requérant fit opposition à la décision de la commission mixte. Dans son mémoire, il souligna que l'immunité

législative n'avait pas été instaurée pour assurer l'irresponsabilité et l'impunité des membres du Parlement, mais pour leur permettre d'exercer leur mission librement, sans crainte et en toute indépendance. Il soutint ainsi que, contrairement à l'irresponsabilité, l'inviolabilité était un privilège par nature relatif et temporaire. Cela étant, l'étendue de cette immunité, la procédure de levée dont elle était assortie et les défaillances dans sa mise en œuvre avaient conduit à porter atteinte au respect dû à l'Assemblée nationale. Le requérant ajouta que la transformation en privilège personnel d'une institution pensée à l'origine pour permettre aux députés d'exercer leur mission ne pouvait être acceptée dans un Etat de droit.

23. Le 7 février 2005, le secrétariat général de la présidence de l'Assemblée nationale informa le requérant que les deux dossiers de demande de levée d'immunité le concernant étaient inscrits à l'ordre du jour de l'assemblée plénière.

24. Au cours de la réunion de l'assemblée plénière du 16 février 2005, le requérant demanda à nouveau à bénéficier de son droit d'être jugé dans le cadre d'un procès équitable et que les entraves à l'exercice de ce droit soient levées.

25. A l'issue du scrutin législatif du 22 juillet 2007, l'intéressé fut réélu dans la circonscription de Konya en qualité de député du CHP.

26. Le 8 janvier 2008, le président de l'Assemblée nationale lui adressa une lettre l'informant de l'état d'avancement des procédures de levée d'immunité parlementaire dont il faisait l'objet.

Les passages pertinents de ce document se lisent comme suit :

« (...) [A]u cours de la 22<sup>e</sup> législature [2002-2007], 299 dossiers relatifs à l'immunité ont été transmis à la commission mixte. Dans 252 dossiers, celle-ci a décidé de surseoir aux poursuites, et ce jusqu'à la fin du mandat parlementaire. Dans 226 dossiers, il a été fait opposition à la décision de sursis. Les dossiers ayant fait l'objet d'un tel recours ont été inscrits à l'agenda de l'assemblée plénière pour examen. Cependant, ces dossiers ainsi inscrits n'ont pas été examinés par ladite Assemblée.

Au cours de la 22<sup>e</sup> législature, il existait deux dossiers concernant votre immunité. Le premier, le dossier n° 3/176, a trait aux poursuites diligentées à votre encontre par le procureur de la République de Konya-Ereğli pour insulte à avocat ; le second, le dossier n° 3/453, porte sur le procès intenté devant la cour d'assises de Konya pour insulte à fonctionnaire. Dans ces dossiers, la commission mixte a décidé de surseoir aux poursuites jusqu'à la fin de votre mandat parlementaire. Après votre recours, les dossiers en question ont été inscrits à l'agenda de l'assemblée plénière mais n'ont pas été examinés.

En cette 23<sup>e</sup> législature [qui a débuté en 2007], 77 dossiers concernant une levée d'immunité demeurent pendants devant la commission mixte. Deux de ces dossiers sont à votre nom ; ils se sont vus attribuer les n°s 3/107 et 3/129 à la suite de votre

réélection, à l'issue du scrutin législatif du 22 juillet 2007. Durant cette législature, tous les dossiers, dont les vôtres, ont été transmis à trois commissions préparatoires créées par la commission mixte. Ces commissions préparatoires ont commencé leurs travaux le 27 décembre 2007 (...) Elles doivent rendre leur décision un mois au plus tard à compter de cette date.»

27. Le 23 et le 24 janvier 2008, le requérant déposa deux mémoires en défense concernant la suspension de l'une et l'autre des deux procédures pénales dont il faisait l'objet. Dans ces mémoires, il répéta qu'il voulait bénéficier de son droit à un procès équitable.

28. A l'ordre du jour de la réunion de l'Assemblée nationale du 15 janvier 2009, étaient inscrits les rapports de la commission mixte concluant au sursis des poursuites pénales diligentées contre le requérant jusqu'à l'expiration de son mandat ainsi que les oppositions formées par ce dernier contre ces conclusions.

29. La question demeure pendante devant l'instance parlementaire.

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

### A. Droit et pratique internes pertinents

#### 1. *Dispositions de droit interne*

30. L'article 83 de la Constitution, consacré à l'immunité parlementaire, se lit comme suit :

« Les membres de la Grande Assemblée nationale de Turquie ne peuvent être tenus responsables ni des votes émis et des paroles prononcées par eux lors des travaux de l'Assemblée, ni des opinions qu'ils professent à l'Assemblée, ni de leur répétition ou diffusion en dehors de l'Assemblée, à moins que l'Assemblée n'en ait décidé autrement au cours d'une séance déterminée sur proposition du Bureau présidentiel.

Aucun député accusé d'avoir commis un délit avant ou après les élections ne peut être arrêté, interrogé, détenu ou jugé sans décision de l'Assemblée. Les cas de flagrant délit passibles d'une peine lourde et les cas prévus par l'article 14 de la Constitution, à condition que les poursuites y afférentes aient été introduites avant les élections, font exception à cette disposition. Toutefois, l'autorité compétente est tenue en ce cas d'informer la Grande Assemblée nationale de Turquie de la situation, sans délai et de manière directe.

L'exécution d'une condamnation pénale prononcée à l'encontre d'un membre de la Grande Assemblée nationale de Turquie avant ou après les élections est reportée jusqu'à ce qu'il perde la qualité de membre ; la prescription ne court pas pendant la durée du mandat.

En cas de réélection d'un membre, l'enquête et les poursuites dont il fait l'objet sont subordonnées à une nouvelle levée de son immunité par l'Assemblée.

Les groupes parlementaires des partis politiques à la Grande Assemblée nationale de Turquie ne peuvent pas débattre de l'immunité parlementaire ni prendre de décision à ce sujet.»

### 31. Aux termes de l'article 85 de la Constitution :

« Dans les cas où l'immunité parlementaire d'un député a été levée (...), le député concerné ou un autre député peut former un recours en annulation de cette décision devant la Cour constitutionnelle, en invoquant sa contradiction avec la Constitution, la loi ou le Règlement intérieur, dans un délai de sept jours prenant cours à la date de la décision prise en assemblée plénière. La Cour constitutionnelle statue à titre définitif sur la demande en annulation dans les quinze jours. »

### 32. Le règlement de la Grande Assemblée nationale dispose notamment :

#### « Immunité

##### **Demande de levée d'immunité et commission compétente pour l'examiner**

Article 131 : les demandes tendant à la levée de l'immunité parlementaire d'un député sont transmises par la présidence à la commission mixte, composée des membres des commissions constitutionnelle et judiciaire. (...)

##### **La commission préparatoire et ses auditions**

Article 132 : le président de la commission mixte constitue, en vue de l'examen des dossiers relatifs à l'immunité, une commission préparatoire composée de cinq membres assermentés. (...)

Cette commission mixte examine tous les documents et, s'il y a lieu, entend le député en cause ; elle ne peut entendre de témoins.

La commission préparatoire doit remettre son rapport dans le délai d'un mois à partir de son entrée en fonction.

La commission mixte finalise le rapport dans le délai d'un mois.

##### **Le rapport de la commission mixte**

Article 133 : la commission mixte examine le rapport et les annexes [remis par] la commission préparatoire.

La commission mixte décide de la levée de l'immunité ou de la suspension des poursuites jusqu'à la fin du mandat parlementaire ou ministériel.

Si le rapport de la commission mixte préconise la levée de l'immunité ou s'il y est fait opposition dans les conditions prévues au paragraphe 3, il est examiné par l'Assemblée générale.

Si les poursuites ont été suspendues et que cette décision n'a pas été levée par l'assemblée plénière, il ne peut être entamé de poursuites contre l'intéressé tant que dure son mandat de député, et ce même si la législature a été renouvelée.

### **Les droits de la défense**

Article 134 : le député dont la levée d'immunité est demandée peut, s'il le souhaite, se défendre ou se faire défendre par un membre, devant la commission préparatoire, la commission mixte et l'assemblée plénière.

Il est statué sur pièces lorsque le député qui demande à pouvoir se défendre ne répond pas à l'invitation.

La parole est dans tous les cas à la défense.

La demande faite par un membre en vue de la levée de sa propre immunité n'est pas suffisante.»

33. Le 21 mars 1994, la Cour constitutionnelle adopta une série d'arrêts<sup>1</sup> dans des affaires concernant la levée de l'immunité parlementaire de plusieurs députés. Ces arrêts ont donné à la juridiction constitutionnelle l'occasion de préciser la portée de l'immunité parlementaire. Les passages pertinents de ces arrêts peuvent se lire comme suit :

« a) Signification de l'irresponsabilité et de l'immunité législative

Tous les pays démocratiques ont reconnu aux membres des assemblées législatives certains privilèges et immunités visant à leur permettre d'exercer leurs fonctions législatives comme il se doit. De toute évidence, octroyer ainsi aux membres des assemblées législatives un statut différent de celui des autres citoyens ne saurait être considéré comme visant à faire de ces personnes un groupe privilégié qui est au-dessus des lois.

L'immunité législative n'est pas un but ; c'est le moyen de permettre aux parlementaires d'accomplir pleinement la volonté nationale en reflétant parfaitement la volonté du peuple au sein de l'Assemblée.

Même si l'article 83 de la Constitution porte le titre d'«immunité législative», il établit deux institutions : l'irresponsabilité législative et l'immunité législative. Le premier paragraphe de l'article précise que les membres de la Grande Assemblée nationale de Turquie ne peuvent être tenus responsables des votes et paroles émis lors des travaux de l'Assemblée, des opinions émises à l'Assemblée, de leur répétition en dehors de l'Assemblée et de leur diffusion, dès lors qu'aucune décision en sens contraire n'a été prise par l'Assemblée sur proposition du président de l'Assemblée.

Le deuxième paragraphe de l'article pose la règle selon laquelle le parlementaire auquel on reproche d'avoir commis une infraction avant ou après les élections ne peut être arrêté, interrogé, détenu ou jugé sans décision de l'Assemblée ; seuls les cas de flagrant délit impliquant une peine lourde et les cas visés à l'article 14 de la

1. Affaires n°s E. 1994/11, K. 1994/30 ; E. 1994/6, K. 1994/25 ; E. 1994/18, K. 1994/37 ; E. 1994/13, K. 1994/32 ; E. 1994/5, K. 1994/24 ; E. 1994/20, K. 1994/39 ; E. 1994/21, K. 1994/40.

Constitution, à condition que les poursuites aient été introduites avant les élections, échappent à cette disposition.

L'article 83 de la Constitution ne précise pas dans quelles conditions l'immunité législative peut être levée, et le règlement intérieur de l'Assemblée ne contient pas davantage de dispositions à ce sujet. Cela ne signifie pas pour autant que l'organe législatif jouit d'une compétence absolue en la matière. Les motifs d'adoption de cette institution qu'est l'immunité ainsi que l'évolution historique de celle-ci montrent que la compétence de l'organe législatif concernant la levée de l'immunité n'est pas absolue mais limitée. Par ailleurs, le fait que l'immunité trouve sa place dans la Constitution commande de définir les règles et buts de cette institution à la lumière des règles et buts de la Constitution. Nul doute qu'en consacrant l'immunité législative, à l'article 83, le constituant entendait permettre à ceux qui exercent des fonctions législatives de le faire en étant préservés, de manière sûre et comme il se doit, de tout souci et de toute pression. Autrement dit, le but de l'immunité législative est d'éviter que les députés soient empêchés d'exercer leurs fonctions, même temporairement, en raison d'une procédure pénale arbitraire. Ainsi, la compétence de l'organe législatif sur ce point est circonscrite par la raison pour laquelle cette institution a été insérée dans la Constitution.

(...)

Il a été prévu que les décisions de levée d'immunité prises par la Grande Assemblée nationale de Turquie devaient être contrôlées par la Cour constitutionnelle au regard de leur conformité non seulement à la Constitution mais aussi au règlement intérieur (...)

Lors du contrôle d'une décision de la Grande Assemblée nationale de Turquie en la matière, il convient de s'arrêter sur [la question] du sérieux de l'imputation et [le point de savoir si] elle repose ou non sur des intentions politiques. En outre, pareille décision doit être conforme aux raisons d'être de l'immunité en tant qu'institution constitutionnelle.

(...) Dans le cadre d'une procédure pénale, le député dont l'immunité législative a été levée est comme tout citoyen. Il peut bénéficier de toutes les garanties reconnues par la Constitution et les lois de la République de Turquie. Tous les principes qui s'appliquent aux citoyens lui sont de même appliqués. A cet égard, il peut être placé en garde à vue, être interrogé, être détenu et, en fin de compte, il est soumis comme n'importe quel autre citoyen à l'ensemble des règles de procédure en vigueur. (...)

34. Aux termes de l'article 107 de l'ancien code pénal tel qu'issu de la loi n° 765 du 1<sup>er</sup> mars 1926 :

« Si l'ouverture de l'action publique est subordonnée à une autorisation, à l'adoption d'une décision ou à la résolution d'un problème pendant devant une autre instance (...), la prescription est suspendue jusqu'à l'octroi de l'autorisation, l'adoption de la décision ou la résolution du problème. »

35. Le 26 septembre 2004 fut adoptée la loi n° 5237 portant nouveau code pénal, publiée au Journal officiel le 12 octobre 2004. L'article 67 de ce code dispose :

« 1) Dans les cas où l'instruction et les poursuites dépendent d'une autorisation, de l'adoption d'une décision ou de la nécessaire résolution d'un problème devant une autre instance (...), la prescription est suspendue jusqu'à [l'octroi] de l'autorisation, l'adoption de la décision ou la résolution du problème (...)

2) Dans le cadre d'une infraction, la prescription de l'action est suspendue lors :

a) de la déposition ou l'interrogatoire d'une personne soupçonnée ou d'un accusé devant le procureur ;

b) d'une décision de placement en détention provisoire d'une personne soupçonnée ou d'un accusé ;

c) de l'établissement d'un acte d'accusation à propos de l'infraction ;

d) du prononcé d'une condamnation, même si elle ne concerne qu'une partie des accusés.

3) Lorsque la prescription de l'action est interrompue, le délai de prescription recommence à courir. Lorsqu'il existe plus d'un motif de suspension de la prescription, la prescription recommence à courir à compter de la survenance du dernier motif de suspension (...)

36. Aux termes de l'article 253 § 4 de l'ancien code de procédure pénale tel qu'issu de la loi n° 1412 du 4 avril 1929, lorsque la procédure pénale, et donc le procès, est soumis à condition et qu'il est établi que cette condition ne s'est pas réalisée, une décision d'arrêt du procès est adoptée dans l'attente de la réalisation de cette condition.

Le 4 avril 2004 fut adopté un nouveau code de procédure pénale.

## *2. Mise en œuvre des dispositions de droit interne*

37. Le 29 janvier 2008, le secrétariat général de l'Assemblée nationale a établi un inventaire des cas de levée d'immunité parlementaire intervenus depuis 1991. Selon cet inventaire, l'Assemblée nationale prononça la levée de l'immunité parlementaire de dix-sept députés. Ces mesures intervinrent au cours des 19<sup>e</sup>, 20<sup>e</sup> et 21<sup>e</sup> législatures.

D'après les listes et informations fournies par les parties, au cours de la 22<sup>e</sup> législature, 299 dossiers de levée d'immunité étaient pendants devant les instances parlementaires mais aucune levée d'immunité ne fut décidée. Depuis le début de la 23<sup>e</sup> législature, 315 dossiers de demandes de levée d'immunité demeureraient pendants devant les instances parlementaires.

## B. Droit et pratique européens pertinents

### 1. Documents pertinents du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne

#### a) Dispositions relatives à l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe

38. Aux termes de l'article 40 du Statut du Conseil de l'Europe (5 mai 1949):

« a. Le Conseil de l'Europe, les représentants des membres et le Secrétariat jouissent, sur les territoires des membres, des immunités et privilèges nécessaires à l'exercice de leurs fonctions. En vertu de ces immunités, les Représentants à l'Assemblée Consultative [parlementaire] ne peuvent notamment être ni arrêtés ni poursuivis sur les territoires de tous les membres en raison des opinions ou des votes émis au cours des débats de l'Assemblée, de ses comités ou commissions. »

39. L'Accord général sur les privilèges et immunités du Conseil de l'Europe (2 septembre 1949) énonce notamment :

#### Article 14

« Les représentants à l'Assemblée Consultative [parlementaire] et leurs suppléants ne peuvent être recherchés, détenus ou poursuivis en raison des opinions ou votes émis par eux dans l'exercice de leurs fonctions.

#### Article 15

« Pendant la durée des sessions de l'Assemblée Consultative [parlementaire], les représentants à l'Assemblée et leurs suppléants, qu'ils soient parlementaires ou non, bénéficient :

- a. sur leur territoire national, des immunités reconnues aux membres du Parlement de leurs pays ;
- b. sur le territoire de tout autre Etat membre, de l'exemption de toutes mesures de détention et de toute poursuite judiciaire.

L'immunité les couvre également lorsqu'ils se rendent au lieu de réunion de l'Assemblée Consultative [parlementaire] ou en reviennent. Elle ne peut être invoquée dans le cas de flagrant délit et ne peut non plus mettre obstacle au droit de l'Assemblée de lever l'immunité d'un représentant ou d'un suppléant. »

40. Le Protocole additionnel à l'Accord général sur les privilèges et immunités du Conseil de l'Europe (6 novembre 1952) dispose :

#### Article 3

« Les dispositions de l'article 15 de l'Accord s'appliquent également – que l'Assemblée [parlementaire] soit en session ou non – aux représentants à l'Assemblée ainsi qu'à leurs suppléants, dès lors qu'ils participent à une réunion d'une commission ou d'une sous-commission de l'Assemblée, se rendent au lieu de la réunion ou en reviennent.

### Article 5

« Ces privilèges, immunités et facilités sont accordés aux représentants des membres, non à leur avantage personnel, mais dans le but d'assurer en toute indépendance l'exercice de leurs fonctions en rapport avec le Conseil de l'Europe. Par conséquent, un membre a non seulement le droit, mais le devoir de lever l'immunité de son représentant dans tous les cas où, à son avis, l'immunité [parlementaire] empêcherait que justice soit faite et où elle peut être levée sans nuire au but pour lequel l'immunité est accordée. »

41. Dans sa Résolution 1490 (2006) relative à l'interprétation de l'article 15.a de l'Accord général sur les privilèges et immunités du Conseil de l'Europe, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a déclaré :

« 1. L'Assemblée parlementaire rappelle sa Résolution 1325 (2003) et sa Recommandation 1602 (2003) sur les immunités des membres de l'Assemblée parlementaire, dans lesquelles elle affirmait que ces immunités sont accordées pour conserver l'intégrité de l'Assemblée et pour assurer l'indépendance de ses membres dans l'accomplissement de leur mandat européen.

(...)

8. Elle décide d'interpréter l'article 15.a comme suit: quel que soit leur régime national d'immunité, les représentants à l'Assemblée et leurs suppléants sont protégés contre toutes mesures de détention et toute poursuite judiciaire lorsqu'ils exercent leurs fonctions en qualité de membres de l'Assemblée ou lorsqu'ils sont en mission officielle pour l'Assemblée, que ce soit à l'intérieur ou à l'extérieur de leur pays. S'ils n'exercent pas d'activité au sens ainsi défini et s'ils ne sont pas en mission pour l'Assemblée, leur régime d'immunité nationale s'applique dans leur pays.

9. L'Assemblée juge également opportun que, lorsqu'ils examinent des demandes de levée ou de défense de l'immunité de ses membres, les organes compétents de l'Assemblée se posent la question de savoir si les autorités nationales compétentes ont respecté la Convention européenne des droits de l'homme telle qu'interprétée par la Cour européenne des droits de l'homme ainsi que les autres instruments et textes juridiques pertinents du Conseil de l'Europe que les pays concernés ont ratifiés ou acceptés. L'Assemblée devrait exprimer sa préoccupation quand des normes du Conseil de l'Europe ont manifestement été enfreintes à l'égard de l'un de ses membres.

(...)

11. En conséquence, l'Assemblée décide :

11.1. d'ajouter, après le paragraphe 6 de l'article 64 de son Règlement, le paragraphe suivant :

« a. Lorsqu'ils examinent une demande de levée ou de défense de l'immunité reconnue au titre du Conseil de l'Europe à un membre de l'Assemblée, les organes compétents de l'Assemblée interprètent comme suit l'article 15.a de l'Accord général sur les privilèges et immunités du Conseil de l'Europe. Les représentants à l'Assemblée et leurs suppléants sont protégés contre toutes mesures de détention et

toute poursuite judiciaire lorsqu'ils exercent leurs fonctions en qualité de membres de l'Assemblée ou lorsqu'ils sont en mission officielle pour l'Assemblée, que ce soit à l'intérieur ou à l'extérieur de leur pays. S'ils n'exercent pas d'activité au sens ainsi défini et s'ils ne sont pas en mission pour l'Assemblée, leur régime d'immunité nationale s'applique dans leur pays.

*b.* L'expression « lorsqu'ils exercent leurs fonctions » vise toutes les tâches officielles accomplies dans les Etats membres par les représentants à l'Assemblée et leurs suppléants, en application d'une décision prise par un organe compétent de l'Assemblée et avec l'accord des autorités nationales pertinentes.

*c.* En cas de doute, le Bureau de l'Assemblée décide si les activités des membres de l'Assemblée entrent dans le cadre de l'exercice de leurs fonctions. »

#### **b) L'immunité au sein du Parlement européen**

42. Aux termes de l'article 10 du Protocole sur les privilèges et immunités des Communautés européennes (8 avril 1965),

« Pendant la durée des sessions du Parlement européen, les membres de celui-ci bénéficient :

a) sur leur territoire national, des immunités reconnues aux membres du parlement de leur pays,

b) sur le territoire de tout autre Etat membre, de l'exemption de toute mesure de détention et de toute poursuite judiciaire.

L'immunité les couvre également lorsqu'ils se rendent au lieu de réunion du Parlement européen ou en reviennent.

L'immunité ne peut être invoquée dans le cas de flagrant délit et ne peut non plus mettre obstacle au droit du Parlement européen de lever l'immunité d'un de ses membres. »

43. L'article 6 du règlement du Parlement européen, qui porte sur la levée de l'immunité parlementaire, énonce :

« 1. Dans l'exercice de ses pouvoirs relatifs aux privilèges et aux immunités, le Parlement vise avant tout à conserver son intégrité en tant qu'assemblée législative démocratique et à assurer l'indépendance des députés dans l'accomplissement de leurs tâches.

2. Toute demande adressée au Président par une autorité compétente d'un Etat membre en vue de lever l'immunité d'un député est communiquée en séance plénière et renvoyée à la commission compétente.

3. Toute demande adressée au Président par un député ou un ancien député en vue de défendre l'immunité et les privilèges est communiquée en séance plénière et renvoyée à la commission compétente.

Le député ou ancien député peut être représenté par un autre député. La demande ne peut être adressée par un autre député sans l'accord du député concerné.

4. Dans les cas où un député est arrêté ou privé de sa liberté de déplacement en violation supposée de ses privilèges et immunités, le Président peut prendre d'urgence, après consultation du président et du rapporteur de la commission compétente, une initiative visant à confirmer les privilèges et immunités du député concerné. Le Président communique son initiative à la commission et en informe le Parlement. »

## 2. *Droit comparé*

### a) **La portée de l'inviolabilité parlementaire**

44. La notion d'immunité parlementaire n'est pas une notion homogène. La plupart des Etats européens reconnaissent en effet aux parlementaires deux types d'immunité parlementaire : d'une part, *l'irresponsabilité du parlementaire*, qui soustrait l'intéressé à toute poursuite judiciaire en raison des opinions exprimées et des votes émis dans l'exercice de ses fonctions ; d'autre part, *l'inviolabilité du parlementaire*, qui met le parlementaire à l'abri de toute arrestation, détention ou procédure judiciaire, sauf autorisation de la chambre à laquelle il appartient, pour des actes accomplis en dehors de ses fonctions. C'est sur ce dernier aspect de l'immunité parlementaire que porte la présente étude de droit comparé (cf. rapport de la Commission de Venise sur le régime des immunités parlementaires, 1996).

45. La portée précise de l'inviolabilité varie beaucoup d'un pays à l'autre. La nature même de cet aspect de l'immunité donne lieu, pour sa mise en œuvre, à une diversité de régimes juridiques. Certains Etats ne connaissent pas cette institution (Pays-Bas, Saint-Marin). Dans d'autres pays, tels que le Royaume-Uni, sa portée est très limitée : l'inviolabilité ne joue qu'en matière civile, alors qu'en matière pénale le parlementaire ne jouit d'aucune protection particulière et est traité à l'égal des autres citoyens. En Irlande et en Norvège, l'inviolabilité parlementaire vise à empêcher que le député soit arrêté pendant une session et lorsqu'il se rend au Parlement ou en revient ; elle offre donc une protection limitée au parlementaire.

46. Cela étant, la plupart des Etats parties à la Convention accordent à leurs députés, pendant la durée de leur mandat, une immunité extra-fonctionnelle de poursuites en matière pénale (Albanie, Allemagne, Autriche – si l'acte n'est manifestement pas étranger aux fonctions politiques –, Chypre, Espagne, Grèce, Hongrie, Lituanie, Pologne, Russie, Serbie, Suisse) et/ou une protection contre la contrainte et les mesures privatives de liberté (arrestation ou détention dans tous les pays qui prévoient l'immunité à l'égard des poursuites, auxquels s'ajoutent la Belgique, la France, la Géorgie, l'Italie, le Portugal et la Roumanie). Dans certains cas, le parlementaire

est à l'abri des fouilles corporelles, des perquisitions à domicile ou de l'interception des communications (Géorgie, Hongrie, Italie, Roumanie, Suisse). Ces poursuites ou mesures ne peuvent être mises en œuvre qu'avec l'assentiment de l'assemblée dont l'intéressé fait partie, excepté à Chypre, où cette compétence relève du pouvoir judiciaire.

47. Dans plusieurs Etats, la portée de l'inviolabilité a été limitée, comme en témoignent certaines réformes constitutionnelles récentes. Ainsi, en France, depuis la réforme constitutionnelle de 1995, l'autorisation de la chambre n'est plus nécessaire pour le déclenchement de poursuites pénales, mais uniquement pour la détention, l'arrestation et les autres mesures de contrôle judiciaire. La même évolution s'est produite en Italie, la loi constitutionnelle n° 3 du 29 octobre 1993 ayant exclu la nécessité d'une autorisation préalable de la chambre pour que les parlementaires puissent être soumis à des poursuites pénales. En Roumanie, depuis la réforme constitutionnelle de 2003, un sénateur peut faire l'objet d'une enquête judiciaire ou être poursuivi au pénal pour des actes ne relevant pas des votes ou des opinions politiques émis au titre dudit mandat.

48. En Allemagne, il existe au *Bundestag* une pratique qui consiste à lever de manière générale, au début de la législature, l'immunité de poursuites pour toutes les infractions (à l'exception des faits diffamatoires de caractère politique). Cette mesure vise à protéger la réputation de tous les membres du Parlement, dans la mesure où l'attention des médias ne serait pas attirée sur eux si une procédure était engagée à leur encontre.

49. Pour ce qui est de la portée *ratione materiae* de l'inviolabilité parlementaire, c'est-à-dire des actes couverts par l'immunité, il existe dans la majorité des Etats parties à la Convention une tendance à exclure du bénéfice de l'immunité les cas de flagrant délit. Dans ce cas, l'autorisation de la chambre n'est pas requise, ce qui n'empêche pas celle-ci de statuer ultérieurement sur les poursuites ou la détention, pour éventuellement en demander la suspension ou la levée (parmi d'autres, la Géorgie et la Roumanie). Certaines législations excluent du champ de l'inviolabilité certains actes en raison de leur nature ou de la gravité de la peine encourue (la Constitution portugaise exclut, dans certaines conditions, les crimes intentionnels punissables d'une peine d'emprisonnement de plus de trois ans).

50. La durée de l'immunité parlementaire varie de même en fonction des Etats. Certains régimes parlementaires étendent ce privilège aux procédures pénales engagées à l'encontre du député avant son élection (Allemagne, Belgique, Espagne, Hongrie, Italie, Portugal). Dans d'autres Etats, même si l'autorisation du Parlement n'est pas exigée pour la poursuite des procédures déjà entamées avant l'élection du député, l'assemblée peut, soit d'office, soit

à la demande de l'intéressé, requérir la suspension des actes de procédure ou la levée des mesures de contrainte pendant la durée du mandat parlementaire (France, Pologne, Suisse).

**b) La procédure de levée de l'immunité**

51. L'immunité parlementaire peut être levée dans la plupart des pays. La procédure de levée d'immunité est généralement identique. Elle est d'ordinaire prévue par le règlement de la chambre. Elle est déclenchée par une proposition ou une demande d'autorisation émanant de l'autorité publique compétente (le plus souvent le procureur général), de la personne lésée ou du parlementaire lui-même. Elle est transmise au président de l'assemblée, soit directement, soit dans certains cas par l'intermédiaire d'une autre autorité (ministre de la Justice, premier ministre), et est ensuite examinée par une commission parlementaire *ad hoc* ou spécialisée, qui est chargée d'émettre un avis après avoir entendu le parlementaire concerné. Il revient à la chambre en session plénière, après débat ou non, et à huit clos ou non, d'accorder ou non la levée de l'immunité. La possibilité d'introduire un recours contre la décision de la chambre de lever l'immunité n'existe que dans très peu de pays (Autriche, Allemagne).

**c) La possibilité pour le parlementaire de renoncer volontairement à l'immunité**

52. La possibilité pour un parlementaire de renoncer à son immunité reste peu répandue (Pologne, Suisse) et se limite parfois à des infractions mineures (les contraventions, en Hongrie) ou déterminées (la diffamation, en Irlande, au Royaume-Uni). En Pologne, la Constitution reconnaît le droit pour le parlementaire concerné de consentir aux poursuites pénales. En Suisse, la loi sur l'Assemblée fédérale garantit au député le droit d'accepter par écrit les poursuites ou l'arrestation.

53. Dans la plupart des Etats parties, l'impossibilité de renoncer volontairement à l'immunité procède de l'idée que celle-ci n'est pas un privilège accordé aux parlementaires à titre individuel, mais un privilège attribué au Parlement pour garantir son bon fonctionnement. Dans la tradition juridique française, les dispositions relatives à l'immunité sont d'ordre public et les parlementaires ne peuvent pas y renoncer volontairement. Les actes accomplis en violation de l'immunité sont nuls. L'immunité doit être soulevée d'office par le juge. De cette conception se rapproche la pratique du Parlement européen, suivant laquelle une renonciation en la matière est dépourvue d'effets juridiques.

#### d) Bilan comparatif

54. Cette présentation comparative ne permet pas de conclure à l'existence d'une situation uniforme quant aux pratiques parlementaires existantes. Il convient cependant de souligner qu'une majorité d'Etats du continent européen ont reconnu l'immunité parlementaire, entendue en tant qu'inviolabilité, et l'ont intégrée dans leur ordre constitutionnel comme pièce essentielle au bon fonctionnement de l'assemblée législative.

55. Il demeure qu'il existe des divergences non négligeables quant à la nature et au degré de la protection offerte aux parlementaires par le biais de l'inviolabilité. Reflétant l'expérience politique et historique propre à chaque Etat, ces divergences traduisent bien souvent les nécessités qui en sont le fondement. Comprise en effet comme indissociable de la séparation des pouvoirs, de la préservation de l'autonomie parlementaire ou de la protection de l'opposition au sein du Parlement, l'étendue de ce privilège apparaît se définir, dans chaque Etat, en fonction du degré d'autonomie requis pour que le Parlement soit en mesure de s'acquitter de ses fonctions.

## EN DROIT

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

56. Le requérant se plaint d'avoir été privé de son droit au bénéfice d'un procès équitable et de l'atteinte consécutive à l'exercice de ses droits de la défense, dans la mesure où il se trouve privé de la possibilité de s'innocenter. Il invoque à cet égard l'article 6 § 1 de la Convention, ainsi libellé :

« Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle (...) »

57. Le Gouvernement s'oppose à cette thèse.

#### A. Sur l'applicabilité de l'article 6 § 1

##### 1. L'arrêt de la chambre

58. A l'unanimité, la chambre a conclu à l'applicabilité de l'article 6 § 1 après avoir rappelé que, dans les affaires *A. c. Royaume-Uni* (n° 35373/97, CEDH 2002-X), *Cordova c. Italie (n° 1)* (n° 40877/98, CEDH 2003-I), *Cordova c. Italie (n° 2)* (n° 45649/99, CEDH 2003-I) et *Tsalkitzis c. Grèce* (n° 11801/04, 16 novembre 2006), la Cour avait affirmé le principe du

contrôle de la compatibilité de l'immunité de juridiction avec le droit à un tribunal, tel que consacré par l'article 6 § 1. Ne voyant aucune raison pouvant justifier une approche différente en l'espèce, dès lors qu'était en cause une accusation en matière pénale portée contre le requérant, la chambre a estimé que la procédure litigieuse relevait du champ d'application de l'article 6 § 1 (arrêt de la chambre, §§ 62-63).

## 2. *Thèses des parties*

### a) **Le requérant**

59. Le requérant soutient que les accusations portées contre lui sont de nature à entacher sa personne, sa carrière professionnelle d'avocat ainsi que sa carrière parlementaire. De même, la suspension des poursuites à son encontre et l'incertitude en résultant sont à son avis de nature à susciter des interrogations au sein de l'opinion publique. A cet égard, il précise que la presse diffuse régulièrement la liste des parlementaires faisant l'objet de demandes de levée d'immunité et que son nom y figure, associé à celui de personnes coupables, selon lui, de corruption.

60. Le requérant affirme également que son droit d'accès à un tribunal est entravé par le groupe majoritaire au sein de l'Assemblée nationale. A cet égard, il soutient que le droit à un procès équitable implique la possibilité effective de voir sa cause examinée par un tribunal. Or, en l'occurrence, si cette possibilité existe, elle reste purement théorique et il s'en trouve privé dans la pratique. Depuis son élection, sa cause est en effet pendante sans qu'aucune décision définitive n'ait été adoptée, et dès lors il est privé du droit d'être jugé dans un délai raisonnable. Le fait que ces procédures demeurent pendantes depuis son élection, pour une durée qui sera portée à neuf ans à la fin de son mandat, constitue une atteinte à ses droits de la personnalité et à sa carrière politique.

### b) **Le Gouvernement**

61. Le Gouvernement estime que la présente affaire est sans précédent dans la jurisprudence de la Cour, de sorte que les principes dégagés par cette dernière dans les affaires *Cordova* (n° 1) et (n° 2) et *Tsalkitzis*, précitées, et *De Jorio c. Italie* (n° 73936/01, 3 juin 2004) ne sont pas applicables au cas d'espèce.

62. Il affirme par ailleurs que les droits civils du requérant au respect de son honneur et de sa réputation n'ont pas été lésés par la suspension des poursuites pénales. Se fondant sur l'arrêt *Helmers c. Suède* (29 octobre 1991, § 29, série A n° 212-A), il soutient que si elle n'avait pas été suspendue, la procédure pénale n'aurait permis de statuer que sur les droits civils de

la partie demanderesse. En outre, jusqu'à la suspension des poursuites, il ne s'est rien passé qui puisse donner à penser que les accusations portées contre le requérant étaient étayées, et rien de tel n'a été suggéré dans les médias. La réélection de l'intéressé pour un second mandat prouve que sa bonne renommée et sa réputation n'ont pas été affectées par les poursuites dont il fait l'objet. D'ailleurs, si le public est informé de ces poursuites, il sait également que les faits reprochés au requérant ne relèvent pas de la corruption. Les craintes du requérant à cet égard sont donc injustifiées.

63. Le Gouvernement se fonde en outre sur l'arrêt *Deweere c. Belgique*, (27 février 1980, § 49, série A n° 35), dans lequel la Cour a souscrit à l'avis de la Commission selon lequel le droit à un tribunal, tel que consacré au premier paragraphe de l'article 6 de la Convention, contient des limitations implicites, dont deux exemples sont le classement et le non-lieu. Il s'ensuit selon le Gouvernement que la partie demanderesse ne peut prétendre au droit d'obtenir la poursuite de la procédure pénale. Reconnaître que le requérant, en qualité de défendeur, puisse avoir le droit d'obtenir la poursuite de la procédure alors même que la partie plaignante ne jouit pas d'un tel droit, serait aller au-delà des limites du droit d'accès à un tribunal.

### 3. *Appréciation de la Cour*

#### a) **Précédents jurisprudentiels**

64. La Cour rappelle qu'elle a été plusieurs fois saisie déjà de litiges mettant en cause la question de l'immunité de juridiction accordée aux membres des parlements nationaux au regard des exigences du droit à un procès équitable (voir notamment *A. c. Royaume-Uni, Cordova (n° 1)*, *Cordova (n° 2)* et *Tsalkitzis*, précités, et, plus récemment, *C.G.I.L. et Cofferati c. Italie*, n° 46967/07, 24 février 2009). Les affaires dont elle a ainsi eu à connaître avaient trait au droit d'une personne, lésée par les paroles ou les actes d'un parlementaire, de se voir reconnaître un recours juridictionnel. La contestation dont la Cour était alors saisie portait sur l'immunité parlementaire en tant qu'elle pouvait faire obstacle à la compétence des juridictions nationales, interdisant à une revendication civile d'être portée devant un juge. En conséquence, l'article 6 trouvait à s'appliquer.

65. Reconnaissant, au travers de cette jurisprudence, l'applicabilité de l'article 6, la Cour a contrôlé la conformité à la Convention des immunités parlementaires, à l'aune du droit à un tribunal garanti par celle-ci. Dans ce contexte, elle a eu l'occasion de tempérer les effets de l'immunité de juridiction accordée aux parlementaires en consacrant le principe selon lequel il ne serait pas compatible avec la prééminence du droit dans une société démocratique qu'un Etat puisse soustraire à la compétence des tribunaux

toute une série d'actions civiles ou exonérer de toute responsabilité de larges groupes ou catégories de personnes (*A. c. Royaume-Uni*, § 63, *Cordova (n° 1)*, § 58, *Cordova (n° 2)*, § 59, et *Tsalkitzis*, § 46, précités).

66. La Cour constate que les faits de la présente affaire diffèrent considérablement de ceux énoncés dans les affaires précitées. En effet, pour la première fois, la Cour doit connaître de circonstances dans lesquelles c'est le bénéficiaire d'une inviolabilité parlementaire qui se plaint de ne pouvoir être jugé. La nature des droits en cause et la contestation que la Cour doit trancher sont donc sensiblement distinctes de celles qu'elle a eu à examiner jusqu'à présent. Ne sont plus en cause en l'espèce les droits ou revendications « civils » de tiers, mais le droit du parlementaire faisant l'objet d'une accusation pénale à ce que sa cause soit entendue par un tribunal. La présente requête pose dès lors une question de droit nouvelle.

#### **b) Sur la nature du droit en cause**

67. La Cour observe que le requérant fait l'objet de deux procédures pénales, engagées avant son accession au mandat parlementaire. Par le jeu de l'inviolabilité parlementaire, ces actions ont toutes deux été suspendues, l'une au stade des poursuites, l'autre en cours de procès. Dans ce contexte, la Cour estime opportun de rappeler que le droit de tout accusé à ce que sa cause soit entendue par un tribunal n'est pas absolu mais se prête à des limitations implicites (dont *Deweer*, précité, § 49, qui renvoie au rapport de la Commission du 5 octobre 1978, série B n° 33, § 58, fournit deux exemples : le classement et le non-lieu).

68. Si l'article 6 de la Convention ne consacre pas un droit à l'obtention d'un résultat déterminé à l'issue d'un procès pénal ni, par conséquent, au prononcé d'une décision expresse de condamnation ou d'acquiescement sur les accusations formulées (*Withey c. Royaume-Uni* (déc.), n° 59493/00, CEDH 2003-X), se trouve incontestablement reconnu le droit de tout accusé de voir sa cause jugée par un tribunal dans un délai raisonnable, une fois le processus judiciaire entamé. Ce droit trouve son assise dans la nécessité de veiller à ce qu'un accusé ne demeure pas trop longtemps dans l'incertitude de la solution qui sera réservée à l'accusation pénale portée contre lui (*Stögmüller c. Autriche*, 10 novembre 1969, § 9, série A n° 9, et *Wemhoff c. Allemagne*, 27 juin 1968, § 18, série A n° 7).

69. A cet égard, la Cour souligne que l'inviolabilité parlementaire n'est qu'un aménagement de procédure qui ne fait pas échapper le député aux conséquences de ses actes. Cette inviolabilité ne met donc aucunement fin aux procédures pénales engagées contre le requérant mais a uniquement pour effet de suspendre leur cours. Parce que la prescription des infractions ne joue pas lorsque les procédures pénales sont suspendues pour cause

d'immunité parlementaire (paragraphe 30, 34-36 ci-dessus), l'action de la justice est seulement différée jusqu'à l'expiration du mandat parlementaire du requérant, et les poursuites à son encontre pourront être reprises dès la fin de celui-ci. En l'espèce, l'intéressé demeure donc sous le coup des accusations pénales dont il fait l'objet depuis plus de six ans.

70. Or les vicissitudes d'une procédure pénale s'inscrivant dans la durée s'accompagnent généralement d'une stigmatisation de l'auteur allégué d'une infraction. La situation d'une personne est donc nécessairement affectée par le fait qu'elle se trouve durant une longue période sous le coup d'une accusation pénale pendante contre elle. Dès lors, il ne fait aucun doute que la présente affaire met en cause le droit du requérant à ce que sa cause soit entendue par un tribunal dans un délai raisonnable, élément inhérent au droit à un procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention (*Deweer*, précité, § 48). Il convient en conséquence de conclure à l'applicabilité de l'article 6 § 1 de la Convention.

## **B. Sur l'observation de l'article 6 § 1**

### *1. L'arrêt de la chambre*

71. La chambre a conclu, par quatre voix contre trois, à la violation de l'article 6 § 1, après avoir jugé que la procédure de levée de l'inviolabilité parlementaire et ses modalités de mise en œuvre avaient nui à l'effectivité du droit d'accès du requérant à un tribunal, à un point ne pouvant être estimé proportionné au but légitime poursuivi (arrêt de la chambre, §§ 94 et 95).

### *2. Thèses des parties*

#### **a) Le requérant**

72. Le requérant estime qu'il faut assurer aux parlementaires la liberté de s'exprimer et d'agir, et ne conteste pas la légitimité du système d'immunité parlementaire tel qu'institué par la Constitution turque lorsque sa mise en œuvre tend à cet objectif. De même considère-t-il qu'il faut reconnaître au Parlement une marge d'appréciation en la matière. Il soutient cependant que cette protection relève de l'immunité entendue au sens d'irresponsabilité et que ce n'est pas là l'objet de la requête. Sa requête se limite à la question de l'inviolabilité. A cet égard, il dénonce les abus de ce système qui empêche les poursuites pénales et ne permet pas aux parlementaires de renoncer à leur immunité pour se protéger de toute atteinte à leur réputation. En l'occurrence, il n'y a selon lui aucun motif d'utilité publique, ni aucune nécessité sociale justifiant le refus de lever son immunité.

73. Le requérant critique également la procédure parlementaire de levée d'immunité, lui reprochant notamment sa durée. Il affirme en outre que les décisions relatives aux immunités parlementaires sont adoptées globalement et automatiquement, sans prise en considération dans chaque cas des caractéristiques propres à l'affaire. A cet égard, il n'est tenu compte d'aucun critère objectif lors de l'examen des demandes de levée d'immunité parlementaire. Selon lui, une telle pratique n'est pas conforme aux principes de la démocratie et de l'Etat de droit, car de nature à porter atteinte au respect dû au Parlement ainsi qu'à son efficacité. D'après le requérant, si en apparence la non-levée de son immunité est le fait de l'Assemblée nationale, en réalité c'est le résultat des directives du gouvernement, issu de la majorité parlementaire. L'organe législatif se trouverait ainsi placé sous l'influence de l'organe exécutif.

74. En outre, lors de l'audience devant la Cour, le requérant a mis en exergue les conséquences négatives, en matière de corruption, de l'étendue de l'immunité parlementaire turque, soutenant que celle-ci contribue à transformer le Parlement en refuge contre les condamnations ou poursuites pénales. A cet égard, il a précisé qu'au cours de la 22<sup>e</sup> législature l'assemblée plénière de l'Assemblée nationale avait décidé de surseoir jusqu'à la fin de la législature à l'examen de tous les dossiers dont elle était saisie. Selon lui, les députés de la majorité, en raison d'appréhensions personnelles et politiques, utilisent leur position majoritaire à mauvais escient, se servant de la protection parlementaire pour prévenir tout risque face à des demandes de levée d'immunité dont ils feraient eux-mêmes l'objet, détournant ainsi l'institution de son objet. Enfin, lors de sa plaidoirie, il a déclaré que la suppression de l'inviolabilité parlementaire, en ce qu'elle pouvait constituer une protection contre des poursuites pour crimes infamants, était une promesse électorale faite par son parti et à laquelle il entendait se tenir.

#### **b) Le Gouvernement**

75. Le Gouvernement rappelle que la Cour a déjà reconnu la légitimité de l'immunité parlementaire et précise que celle-ci tend à sécuriser les activités politiques et à maintenir le pluralisme et le bon fonctionnement du Parlement. Il affirme en outre que l'interprétation rigoureusement étroite de la portée de la restriction aux poursuites pénales pour cause d'immunité parlementaire posée dans les affaires *Cordova (n° 1)* et *Cordova (n° 2)*, (arrêts précités) ne peut être appliquée dans le cas d'espèce. S'il en allait autrement, cela reviendrait en effet à considérer que tout système parlementaire d'immunité prévoyant la suspension des poursuites pénales viole le droit d'accès à un tribunal, ce qui ne laisserait dès lors plus de place à l'immunité parlementaire et contraindrait les Etats parties à ne pas l'accorder.

76. Le Gouvernement soutient également, au vu de la liste des infractions à l'origine des demandes de levée d'immunité parlementaire de la dernière législature, que l'on ne peut prétendre que l'immunité est l'un des problèmes majeurs dans le contexte de la lutte contre la corruption. Il conteste en outre l'argument de la chambre selon lequel il n'existe pas de critères présidant à la prise de décision lors de la procédure de levée d'immunité parlementaire et affirme que de tels critères ont été développés par la pratique parlementaire et la jurisprudence constitutionnelle. Pour déboucher sur une levée d'immunité, l'accusation doit ainsi être réelle, sérieuse et dépourvue de motivation politique; l'opinion publique doit avoir été affectée par la procédure criminelle et il doit être devenu nécessaire de lever l'immunité pour protéger l'honneur et la dignité du parlementaire; enfin, l'accusation ne doit pas relever du champ d'application de la liberté d'expression et d'opinion telle que garantie par le premier paragraphe de l'article 83 de la Constitution.

77. Enfin, le Gouvernement soutient que la portée de l'immunité parlementaire au regard des actes commis avant et pendant le mandat parlementaire relève de la marge d'appréciation de l'État partie. Lorsque la substance du droit d'accès à un tribunal est garantie dans les affaires d'immunité parlementaire telles que l'espèce, la limitation de l'étendue de l'immunité par la Cour serait une négation injustifiée de la marge d'appréciation des États. Il considère à cet égard que les parlements nationaux sont les mieux placés pour se prononcer sur la portée de l'immunité parlementaire. Les mêmes arguments valent pour la décision du Parlement de lever l'immunité d'un député ainsi que pour la détermination des conséquences de la levée ou de la non-levée de cette immunité. Dans le cas contraire, le pouvoir discrétionnaire autonome des parlements nationaux serait menacé.

78. Si, par son arrêt, la Cour permettait aux parlementaires de demander et d'obtenir individuellement la levée de leur immunité, cela ferait peser une pression sur les autres députés et conduirait ceux-ci à renoncer à leur immunité, ce qui ne serait pas bénéfique à une démocratie pluraliste. Le Gouvernement invite à cet égard la Cour à évaluer les conséquences négatives de la démarche consistant à priver les députés de leur immunité, laquelle leur apporte la sécurité dans l'exercice de leurs fonctions législatives.

### *3. Appréciation de la Cour*

#### **a) Principes généraux**

79. Le droit d'accès à un tribunal, reconnu par l'article 6 § 1 de la Convention, n'est pas absolu: il se prête à des limitations implicitement

admises, car il commande de par sa nature même une réglementation par l'Etat. Les Etats contractants jouissent en la matière d'une certaine marge d'appréciation. Il appartient en revanche à la Cour de statuer en dernier ressort sur le respect des exigences de la Convention; elle se doit de vérifier que les limitations mises en œuvre ne restreignent pas le droit de l'individu d'une manière ou à un point tels qu'il s'en trouve atteint dans sa substance même. En outre, pareille limitation ne se concilie avec l'article 6 § 1 que si elle tend à un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé (*Waite et Kennedy c. Allemagne* [GC], n° 26083/94, § 59, CEDH 1999-I). En effet, le droit d'accès à un tribunal se trouve atteint dans sa substance lorsque sa réglementation cesse de servir les buts de la sécurité juridique et de la bonne administration de la justice et constitue une sorte de barrière qui empêche le justiciable de voir son litige tranché au fond par la juridiction compétente (*Tsalkitzis*, précité, § 44).

80. Par ailleurs, la Cour a déjà affirmé que lorsqu'un Etat reconnaît une immunité aux membres de son Parlement, la protection des droits fondamentaux peut s'en trouver affectée (*ibidem*, § 45). On ne peut, pour autant, de façon générale, considérer l'immunité parlementaire comme une restriction disproportionnée au droit d'accès à un tribunal tel que le consacre l'article 6 § 1. De même que ce droit est inhérent à la garantie d'un procès équitable assurée par cet article, de même certaines restrictions doivent être considérées comme lui étant inhérentes; on en trouve un exemple dans les limitations généralement admises par les Etats contractants comme relevant de la doctrine de l'immunité parlementaire (*A. c. Royaume-Uni*, précité, § 83).

81. A cet égard, la Cour a déjà reconnu que le fait pour les Etats d'accorder généralement une immunité plus au moins étendue aux parlementaires constitue une pratique de longue date, qui vise les buts légitimes que sont la protection de la liberté d'expression au Parlement et le maintien de la séparation des pouvoirs législatif et judiciaire (*A. c. Royaume-Uni*, §§ 75-78, *Cordova (n° 1)*, § 55, *Cordova (n° 2)*, § 56, et *De Jorio*, § 49, précités). Les différentes formes que peut revêtir l'immunité parlementaire peuvent en effet servir la protection d'une démocratie politique effective, pierre angulaire du système de la Convention, dans la mesure notamment où elles tendent à protéger l'autonomie législative et l'opposition parlementaire.

82. La Cour note en outre que l'aménagement des immunités parlementaires relève du champ du droit parlementaire, pour lequel une large marge d'appréciation est laissée aux Etats membres. Dès lors, la création d'exceptions à l'immunité parlementaire, dont l'application serait

fonction des faits particuliers de chaque cause, aurait pour effet de saper considérablement les buts poursuivis (*A. c. Royaume-Uni*, précité, § 88).

83. Cela étant, du point de vue de sa compatibilité avec la Convention, plus une immunité est large, plus les raisons qui la justifient doivent être impérieuses (*ibidem*, § 78). L'absence d'un lien évident avec une activité parlementaire appelle en effet une interprétation étroite de la notion de proportionnalité entre le but visé et les moyens employés. Il en est particulièrement ainsi lorsque les restrictions au droit d'accès découlent d'une délibération d'un organe politique (*Tsalkitzis*, précité, § 49). A cet égard, dès lors qu'est en cause une querelle entre particuliers, on ne saurait justifier un déni d'accès à la justice par le seul motif que la querelle pourrait être d'une nature politique ou liée à une activité politique (*Cordova (n° 1)*, § 62, *Cordova (n° 2)*, § 63, et *De Jorio*, § 53 précités).

84. Selon la Cour, bien que formulés dans un contexte différent et non transposables tels quels à la présente affaire, les critères et principes de contrôle de la compatibilité de l'immunité de juridiction des parlementaires avec le droit à un tribunal, ainsi développés dans sa jurisprudence, peuvent la guider dans son appréciation des circonstances de l'espèce.

#### b) Application en l'espèce

85. A titre liminaire, la Cour observe que si le régime constitutionnel en vigueur en Turquie garantit à la fois l'irresponsabilité et l'inviolabilité des députés, c'est uniquement sur ce dernier aspect de l'immunité parlementaire que portent les faits de la présente affaire. A cet égard, elle estime également utile de préciser qu'il ne lui appartient pas de se prononcer *in abstracto* sur la compatibilité avec la Convention du régime d'inviolabilité parlementaire tel qu'il existe en Turquie, mais d'apprécier *in concreto* l'incidence de l'application des dispositions constitutionnelles sur le droit du requérant à un tribunal, tel que garanti à l'article 6 § 1 de la Convention.

86. Dès lors, les observations générales du requérant selon lesquelles l'inviolabilité parlementaire en Turquie ferait obstacle à la lutte contre la corruption, de même que ses critiques quant à une extension abusive de la portée de cette inviolabilité aux fins personnelles des parlementaires sont sans incidence sur le litige dont elle se trouve saisie. Ainsi en est-il également de la promesse électorale dont il se prévaut de mettre un terme au régime d'inviolabilité parlementaire.

87. En effet, il n'appartient pas à la Cour de se prononcer de manière abstraite sur la définition constitutionnelle ou la portée de la protection que les Etats accordent à leurs députés mais il lui revient uniquement de déterminer dans quelle mesure l'inviolabilité parlementaire peut passer pour constituer, dans les circonstances de l'espèce, une limitation légitime

et proportionnelle au droit du requérant de voir sa cause entendue par un tribunal, tel que garanti par l'article 6 § 1.

88. La Cour a déjà reconnu que les particularismes inhérents au régime des immunités parlementaires et la dérogation au droit commun qu'il emporte visent à permettre la libre expression des représentants du peuple et à empêcher que des poursuites partisans puissent porter atteinte à la fonction parlementaire (*A. c. Royaume-Uni*, §§ 75-77, *Cordova (n° 1)*, § 55, *Cordova (n° 2)*, § 56, et *De Jorio*, § 49, précités). En l'occurrence, toutefois, elle relève que le requérant n'admet la légitimité de l'immunité parlementaire que lorsque celle-ci tend à protéger la liberté d'expression des députés dans l'exercice de leurs fonctions, la déniait pour les actes qui en sont indépendants.

89. A cet égard, la Cour observe que la Cour constitutionnelle turque a eu l'occasion de se prononcer sur la légitimité de l'inviolabilité parlementaire telle qu'instaurée par l'article 83 de la Constitution. Elle a ainsi précisé que le but poursuivi par cette immunité était de permettre à ceux qui exercent les fonctions législatives de le faire « en étant préservés, de manière sûre (...) de tout souci et de toute pression », et ainsi d'éviter que les députés soient empêchés d'« exercer leurs fonctions, même temporairement, en raison d'une procédure pénale arbitraire » (paragraphe 33 ci-dessus).

90. Dans ces conditions, la Cour estime que le constat opéré dans les affaires précitées quant à la légitimité des buts poursuivis par l'immunité parlementaire vaut également en l'espèce. Elle considère en effet que les garanties offertes par l'immunité parlementaire, en ses deux aspects (irresponsabilité et inviolabilité), procèdent de la même nécessité, à savoir assurer l'indépendance du Parlement dans l'accomplissement de sa mission. Or il ne fait aucun doute que l'inviolabilité contribue à permettre cette pleine indépendance en prévenant toute éventualité de poursuites pénales inspirées par l'intention de nuire à l'activité politique du député (*fumus persecutionis*), protégeant par là même l'opposition des pressions ou abus de la majorité.

91. La Cour admet également que des poursuites pénales engagées contre un député, de même que les mesures coercitives dont elles peuvent être assorties, peuvent affecter le fonctionnement même de l'assemblée à laquelle l'intéressé appartient et perturber la sérénité des travaux parlementaires. Elle reconnaît en ce sens la finalité institutionnelle de cette prérogative qui vise à garantir le fonctionnement normal et l'intégrité de l'institution parlementaire. Dans ces conditions, la Cour ne peut qu'admettre la légitimité – invoquée par le Gouvernement (paragraphe 75 et 78 ci-dessus) – des buts poursuivis par ce régime dérogatoire au droit commun.

92. A cet égard toutefois, la Cour souscrit à l'appréciation de la chambre (arrêt de la chambre, § 83) selon laquelle elle ne saurait, sans avoir égard aux circonstances de l'espèce, tirer du constat de légitimité de l'inviolabilité parlementaire une présomption de conformité de celle-ci avec la Convention. Elle doit au préalable vérifier la proportionnalité de cette mesure au regard du droit du requérant découlant de l'article 6 de la Convention. En effet, quelle que soit la légitimité des justifications à l'origine de l'inviolabilité parlementaire, derrière la protection des pouvoirs constitués se trouve également assurée dans la pratique la protection individuelle des députés contre toute poursuite judiciaire ou condamnation pénale dont ils pourraient faire l'objet durant leur mandat. Or, dans les circonstances particulières de l'espèce, cette protection se retourne contre son bénéficiaire, qui souhaite en obtenir la levée.

93. Dans ce contexte, la Cour doit vérifier si l'inviolabilité parlementaire, telle que mise en œuvre par les instances parlementaires, ne restreint pas le droit du requérant découlant de l'article 6 de la Convention d'une manière ou à un point tels qu'il s'en trouve atteint dans sa substance même. Ce contrôle de proportionnalité implique la prise en compte du juste équilibre à ménager entre l'intérêt général que constitue la préservation de l'intégrité du Parlement et l'intérêt individuel du requérant. En outre, en se prononçant sur la proportionnalité, la Cour doit prêter une attention particulière à la portée de l'inviolabilité en l'espèce. Il lui incombe notamment de vérifier si cette disposition constitutionnelle, dans les circonstances de la présente affaire, n'a pas abouti à un déni de justice. En effet, la Cour ne doit pas perdre de vue que l'article 6 § 1 doit être lu à la lumière du principe fondamental qui prohibe le déni de justice (*Golder*, précité, § 35).

94. A cet égard, la Cour rappelle que, saisie de la question de la compatibilité de l'immunité parlementaire avec les droits garantis par la Convention, elle a attribué de l'importance au degré de rattachement pouvant exister entre l'acte reproché au député et l'exercice de sa fonction parlementaire *stricto sensu* (voir notamment *Cordova (n° 1)*, § 63, *Cordova (n° 2)*, § 64, et *De Jorio*, § 54, précités). Eu égard à la nature même de l'inviolabilité parlementaire, la Cour estime toutefois qu'une telle approche ne saurait prévaloir en tant que telle dans le cas d'espèce.

95. En effet, dans la plupart des systèmes constitutionnels, l'inviolabilité parlementaire assure aux députés une protection contre les poursuites judiciaires pour des faits n'ayant aucun lien avec la fonction parlementaire. En l'occurrence, les poursuites pénales engagées contre le requérant ont trait à des actes personnels commis avant son entrée en fonction. Dans ce contexte, il convient de garder à l'esprit que les exemptions qui caractérisent l'inviolabilité parlementaire tendent à protéger, au-delà du

député, l'intégrité de la représentation nationale. Partant, c'est au regard des exigences de préservation de la finalité institutionnelle de l'inviolabilité parlementaire que doit s'apprécier l'incidence de sa mise en œuvre sur le droit du requérant. A cet égard, moins la mesure de protection considérée sert l'intégrité du Parlement, plus sa justification doit être impérieuse.

96. La Cour souligne par ailleurs que si elle doit se prononcer sur les limites de l'immunité parlementaire au regard des droits consacrés par la Convention, il ne fait aucun doute que les décisions de levée ou de non-levée de l'immunité relèvent de la marge d'appréciation des Etats et qu'il ne lui appartient pas d'y substituer sa propre appréciation aux fins de déterminer si le bénéfice de l'immunité est ou n'est pas nécessaire ou approprié dans un cas particulier. Dès lors que la pratique parlementaire se concilie avec les impératifs de la prééminence du droit tels que consacrés par la Convention, la Cour ne saurait servir de mécanisme de contrôle de la pertinence des choix opérés par les instances parlementaires en la matière.

97. Pour s'assurer du respect de cette prééminence, il convient au préalable d'apprécier la configuration institutionnelle du régime d'inviolabilité en droit turc ainsi que les conditions de sa mise en œuvre. A cet égard, la Cour rappelle que l'inviolabilité n'est pas un attribut personnel à la disposition du député, mais un attribut rattaché à son statut, raison pour laquelle elle ne peut faire l'objet d'une renonciation (paragraphe 32 et 33 ci-dessus). Certes, l'inviolabilité octroyée aux députés turcs apparaît à maints égards plus étendue que celle accordée aux membres du corps législatif dans certains autres Etats signataires (paragraphe 45-53 ci-dessus). En particulier, cette inviolabilité vaut aussi bien pour les infractions pénales qu'ils auraient commises avant l'obtention du statut parlementaire que pour celles qu'ils auraient commises pendant la durée du mandat, et elle préserve des arrestations, interrogatoires, mises en détention et poursuites judiciaires (paragraphe 30 ci-dessus).

98. La Cour estime toutefois que la portée de cette protection ne peut être considérée comme excessive en soi. En effet, l'inviolabilité parlementaire en Turquie est relative ; elle est non seulement limitée dans le temps, à la durée du mandat parlementaire, mais aussi assortie d'un tempérament, à savoir qu'elle peut être levée. Elle ne joue en outre qu'en matière pénale, ce qui signifie que les députés turcs ne sont pas protégés contre les poursuites civiles dans ce contexte. Elle est par ailleurs inopérante dans certains cas de flagrant délit ou de crimes particuliers contre le régime ou l'Etat (paragraphe 30 ci-dessus). De surcroît, si la portée de l'inviolabilité parlementaire turque est plus largement définie, elle ne semble pas pour autant aller à l'encontre des solutions adoptées dans la plupart des systèmes de droit parlementaire européens (paragraphe 44-55 ci-dessus).

99. Cela étant, dans les circonstances de l'espèce, il est évident que l'institution, telle que décrite, a pour effet d'empêcher l'aboutissement des poursuites pénales diligentées contre le requérant. L'intérêt de celui-ci à cet égard doit cependant être évalué à l'aune de son droit à un tribunal et non au regard d'un quelconque droit d'obtenir, à sa demande, la levée de son immunité. En effet, les décisions en la matière relèvent des actes internes du Parlement et donc de la seule compétence de ce dernier. A cet égard, il incombe néanmoins à la Cour de vérifier que la procédure parlementaire en la matière se concilie avec les droits garantis par la Convention.

100. En l'occurrence, la Cour observe que la procédure parlementaire d'examen des demandes de levée d'immunité est définie et encadrée par l'article 83 de la Constitution et les articles 131 à 134 du règlement de l'Assemblée nationale, qui en fixent le déroulement (paragraphes 30 et 32 ci-dessus). La procédure en question apparaît en outre soumise à un certain formalisme, qui garantit à l'intéressé le respect de ses droits de la défense à toutes les étapes du processus décisionnel ainsi qu'un droit de recours contre les décisions des instances parlementaires (paragraphes 31-32 ci-dessus). Dans les circonstances de l'espèce, le requérant a d'ailleurs eu la possibilité d'exercer les droits ainsi garantis en formant opposition contre les décisions de surseoir aux poursuites pénales dont il fait l'objet (paragraphes 15, 22 et 27 ci-dessus).

101. Au vu des arguments du requérant quant à l'imprécision des modalités du processus décisionnel, la Cour estime par ailleurs utile de souligner que le mécanisme de mise en œuvre de la responsabilité parlementaire, au travers d'une décision de levée ou de non-levée de l'immunité, est un mécanisme qui s'inscrit dans l'exercice de l'autonomie parlementaire. Les décisions prises en la matière par les instances parlementaires, organes politiques par définition, sont donc des décisions par nature politiques et non des décisions juridictionnelles, de sorte qu'on ne saurait attendre d'elles qu'elles satisfassent aux mêmes critères de motivation que ces dernières.

102. Au demeurant, les listes soumises par les parties quant aux demandes de levée d'immunité dont les instances parlementaires ont été saisies lors de la 22<sup>e</sup> législature et depuis le début de la 23<sup>e</sup> législature (paragraphes 26 et 37 ci-dessus) illustrent l'existence d'une constante dans la pratique des organes parlementaires depuis le début de la 22<sup>e</sup> législature, consistant à ne faire droit à aucune demande de levée d'immunité parlementaire. Cette pratique étant appliquée sans distinction aux membres de la majorité et à ceux de l'opposition, les décisions des instances parlementaires de ne pas donner suite aux demandes de levée de l'immunité du requérant s'avèrent exemptes de toutes considérations personnelles (*intuitus personae*), au regard tant de la personnalité de l'intéressé que de son appartenance politique. La

procédure suivie en l'espèce apparaît dès lors dépourvue de tout caractère discriminatoire ou arbitraire.

103. Cela étant, la Cour relève que le requérant se plaint également du délai d'examen des demandes de levée d'immunité, délai qui à ses yeux constitue un abus de procédure aboutissant à un déni de justice. A cet égard, au vu tant des dispositions de droit interne que de la pratique parlementaire en la matière, il y a lieu de remarquer que si l'examen par les commissions parlementaires compétentes des demandes de levée d'immunité est circonscrit dans le temps par des délais prédéfinis (paragraphe 32 ci-dessus), tel n'est pas le cas une fois ces demandes transmises à l'assemblée plénière.

104. En l'occurrence, la Cour ne peut ignorer que le requérant demeure sous le coup des accusations pénales dont il fait l'objet depuis plus de six ans, durée qui pourra être prolongée jusqu'à ce que son mandat parlementaire prenne fin. Dès lors, il ne fait aucun doute que l'incertitude inhérente à toute procédure pénale s'est trouvée accentuée en l'espèce par la procédure parlementaire litigieuse, les délais accusés par celle-ci allongeant d'autant ceux des procédures pénales.

105. Cependant, si la chambre a estimé qu'un tel délai de procédure était préjudiciable au requérant (arrêt de la chambre, § 91), la Grande Chambre ne peut quant à elle faire abstraction ni des particularités propres au statut du requérant ni de la spécificité de la procédure litigieuse. En effet, elle considère qu'un aspect fondamental de la question est le lien qui rattache les immunités des députés à leur statut.

106. A cet égard, il convient de souligner qu'avant même de se présenter aux élections législatives, le requérant faisait l'objet des poursuites pénales dont il se plaint. Or, en qualité d'avocat, il ne pouvait ignorer les conséquences de son élection sur ces poursuites. En se présentant pour un premier puis un second mandat législatif, il était conscient d'adhérer à un statut particulier de nature à retarder l'aboutissement des poursuites pénales qui le visaient. De même savait-il, compte tenu du statut auquel il adhérait, qu'il ne pourrait renoncer à son inviolabilité ni obtenir, par la seule manifestation de sa volonté, la levée de celle-ci (paragraphe 32 ci-dessus).

107. Eu égard à la contestation particulière dont elle se trouve saisie, dans le cadre de laquelle l'immunité n'est pas perçue comme un avantage pour son titulaire mais comme un inconvénient lié à la fonction parlementaire, la Cour estime en outre que le degré de préjudice subi constitue également un facteur à prendre en compte pour déterminer l'incidence du délai, inhérent à la qualité de député, sur le droit du requérant à voir sa cause entendue par un tribunal. L'examen de ce facteur commande une analyse contextuelle.

108. En l'occurrence, la Cour estime important de souligner qu'il faut évaluer le préjudice éventuellement subi par le requérant en gardant

à l'esprit que le délai litigieux correspond à la durée de la procédure parlementaire d'examen des demandes de levée d'immunité et non au temps pris pour instruire les poursuites pénales en tant que telles. A cet égard, la Cour estime qu'en l'espèce rien ne permet de considérer que l'intéressé ne puisse toujours bénéficier d'un procès équitable à l'expiration de son mandat. En effet, cette possibilité ne semble aucunement compromise par la procédure parlementaire, d'autant que celle-ci ne met pas en cause la présomption d'innocence dont jouit tout accusé. Sur ce point, il ne faut pas perdre de vue que les décisions prises par les organes parlementaires dans ce contexte apparaissent dépourvues de toute finalité pénale ou répressive et sont destinées en principe – puisqu'elles consistent en un refus de lever l'immunité – à protéger les députés et non à leur nuire.

109. En l'espèce, non seulement l'effet dirimant de l'inviolabilité parlementaire sur la poursuite des procédures pénales n'est que temporaire, mais en outre les instances parlementaires n'interviennent pas en principe dans le cours de la justice en tant que tel. En l'occurrence, en examinant la demande de levée d'immunité du requérant, lesdites instances semblent simplement avoir apprécié si l'inviolabilité, en tant qu'empêchement temporaire à l'action de la justice, devait être levée sur-le-champ ou s'il était préférable d'attendre l'expiration du mandat parlementaire. Ainsi n'ont-elles fait que suspendre le cours de la justice, sans influencer sur celui-ci ni y participer.

110. Concernant par ailleurs les allégations du requérant selon lesquelles les poursuites diligentées à son encontre ont pour effet de ternir sa réputation, la Cour souligne qu'il est dans la nature même de cette forme de préjudice de prendre naissance dès qu'une accusation officielle est portée. Cela étant, en l'occurrence il ne fait aucun doute pour la Cour que la protection de l'honneur et de la réputation du requérant est assurée par le respect du principe de la présomption d'innocence.

111. Au vu de tout ce qui précède, la Cour estime que si le délai inhérent à la procédure parlementaire est de nature à affecter le droit du requérant à voir sa cause entendue par un tribunal, en retardant son exercice, il ne porte pas pour autant atteinte, en l'espèce, à la substance même de ce droit. En effet, limitée dans le temps et assortie de règles spécifiques concernant notamment la suspension du cours de la prescription, l'immunité litigieuse ne constitue qu'un obstacle procédural temporaire au dénouement des poursuites pénales, obstacle qui n'enlève aucunement à l'intéressé la possibilité de voir son litige tranché au fond.

112. Toutefois, au regard des exigences de la prééminence du droit, une immunité comme celle dont se trouve assortie le mandat du requérant ne vaut qu'en raison de la légitimité des buts visés, à savoir la préservation

de l'intégrité du Parlement et la protection de l'opposition. A cet égard, la Cour reconnaît qu'en l'occurrence l'impossibilité pour le requérant de renoncer au bénéfice de son inviolabilité s'inscrit dans la perspective des buts légitimes ainsi définis (paragraphe 90 et 91 ci-dessus). En ce sens, elle admet qu'une renonciation individuelle du requérant ne peut suppléer une décision de l'Assemblée parlementaire.

113. Enfin, le droit d'obtenir un jugement sur des accusations pénales n'étant pas absolu, notamment lorsqu'il n'en résulte aucune conséquence fondamentale irréversible au détriment des parties, la Cour estime que dans les circonstances de l'espèce la non-levée de l'immunité parlementaire du requérant n'a pas porté atteinte au droit de l'intéressé à un tribunal au point de passer pour disproportionnée au but légitime poursuivi.

114. En conséquence, la Cour conclut à la non-violation de l'article 6 § 1 de la Convention.

#### PAR CES MOTIFS, LA COUR

*Dit*, par treize voix contre quatre, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention.

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 3 décembre 2009.

Vincent Berger  
Jurisconsulte

Jean-Paul Costa  
Président

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

- opinion concordante du juge Malinverni ;
- opinion dissidente du juge Bonello à laquelle se rallient les juges Zupančič et Gyulumyan ;
- opinion dissidente de la juge Power.

J.-P.C.  
V.B.

## OPINION CONCORDANTE DU JUGE MALINVERNI

J'ai conclu avec la majorité à l'absence de violation de l'article 6 § 1 de la Convention dans la présente affaire mais, en même temps, je ne suis pas entièrement satisfait de cette conclusion.

Si j'ai voté pour la non-violation, c'est principalement parce que, à mes yeux, l'ampleur de l'immunité octroyée aux parlementaires relève de la marge d'appréciation dont jouissent les Etats et qu'il n'appartient pas à la Cour d'y substituer sa propre appréciation aux fins de déterminer si son bénéfice est ou n'est pas nécessaire ou approprié dans un cas particulier.

A cet égard, on peut observer que l'inviolabilité octroyée aux parlementaires turcs apparaît de manière générale plus étendue que celle accordée aux représentants du peuple dans la plupart des autres Etats. En particulier, cette inviolabilité s'applique aussi aux actes commis avant l'obtention du statut de parlementaire. Toutefois, à ce propos, la Cour a déjà eu l'occasion d'affirmer que l'application d'une règle concernant une immunité parlementaire absolue ne saurait être considérée en soi comme excédant la marge d'appréciation dont jouissent les Etats pour limiter le droit d'accès d'une personne à un tribunal (*A. c. Royaume-Uni*, n° 35373/97, § 87, CEDH 2002-X).

Les conditions liées à la *levée* de l'immunité parlementaire varient elles aussi d'un Etat à l'autre. Dans plusieurs Etats, la décision de lever l'immunité parlementaire d'un député est de nature purement politique, ce qui signifie que le Parlement exerce en la manière une compétence discrétionnaire, en ce qu'il est le seul capable de juger de ce qui peut se faire à l'encontre de sa souveraineté et de son indépendance. Dans la pratique, cependant, un certain nombre de critères ont pu tout de même être dégagés, de telle sorte que la décision ne puisse apparaître comme arbitraire.

Or, la lecture des dispositions qui régissent la procédure de levée de l'immunité parlementaire en Turquie, à savoir l'article 83 de la Constitution et les articles 131 à 134 du règlement de l'Assemblée nationale, révèle qu'aucun critère objectif n'a été établi en vue de définir les conditions de levée de l'inviolabilité. Cette lacune a d'ailleurs été confirmée par la Cour constitutionnelle turque (arrêt de la chambre, §§ 32 et 88). En conséquence, au vu des pièces du dossier, la commission mixte ne semble pas avoir motivé sa décision de suspension des poursuites pénales contre le requérant.

Cette absence de motivation, combinée avec l'absence de critères objectifs clairement définis quant aux conditions de levée de l'immunité, a eu pour conséquence de priver le requérant des moyens de défendre ses droits et de la possibilité d'apprécier la manière dont l'Assemblée nationale,

organe compétent pour statuer en dernier ressort sur la levée de l'immunité parlementaire, adopterait sa décision (arrêt de la chambre, § 89).

En outre, la demande du requérant est demeurée inscrite sur l'agenda de l'Assemblée pendant une longue période, sans que celle-ci ne se prononce. La procédure de levée de l'inviolabilité ne semble donc être soumise, en Turquie, à aucun impératif de célérité. Or, l'absence de décision quant au maintien ou non de son inviolabilité parlementaire a pu être perçue par le requérant comme une manœuvre dilatoire destinée à retarder l'action en justice.

L'opacité du processus décisionnel de levée de l'immunité parlementaire en Turquie mérite donc d'être critiquée. Ce processus, qui semble être dépourvu de critères objectifs définissant les conditions de cette levée, et l'inertie dont ont fait preuve les autorités compétentes, qui se sont abstenues de statuer sur la demande du requérant pendant de longs mois, ne sont assurément pas satisfaisants.

Enfin et surtout, même si elle est encore peu répandue et se limite le plus souvent à des infractions mineures (paragraphe 52 de l'arrêt), la possibilité pour un parlementaire de *renoncer volontairement* à son immunité constitue une piste qui mériterait d'être explorée. Dans un cas comme la présente affaire, une telle possibilité permettrait à une personne d'exercer de manière concurrente, et sans qu'ils s'excluent mutuellement, deux droits fondamentaux : le droit d'être élu au Parlement, consacré par l'article 3 du Protocole n° 1, et le droit d'être jugé, garanti par l'article 6 (voir l'opinion dissidente du juge Bonello, à laquelle se sont ralliés les juges Zupančič et Gyulumyan).

Cette possibilité doit d'autant plus être encouragée que, contrairement à l'irresponsabilité, la raison d'être de l'inviolabilité est de nos jours de plus en plus remise en cause, à tel point que, dans plusieurs Etats, elle a tout simplement disparu du système de protection institué à l'égard des parlementaires<sup>1</sup>.

---

1. Voir Commission de Venise, Rapport sur le régime des immunités parlementaires (CDL-INF (96) 7) du 4 juin 1996, §§ 59 et suiv.

OPINION DISSIDENTE DU JUGE BONELLO À LAQUELLE SE  
RALLIENT LES JUGES ZUPANČIČ ET GYULUMYAN

(Traduction)

Cet arrêt, je pense, est le tout premier dans lequel un tribunal des droits de l'homme affirme qu'une personne ne peut prétendre à la jouissance concurrente de deux droits fondamentaux. J'espère aussi que c'est le dernier.

Etablir ce dont cette affaire ne traite *pas* est tout aussi important que d'établir ce dont elle traite. Elle n'invite pas la Cour à déterminer si l'immunité parlementaire est compatible avec la Convention et, le cas échéant, dans quelle mesure. Contrairement à tous les précédents arrêts portant sur l'immunité parlementaire, cette affaire traite la question bien plus restreinte de savoir si l'on peut empêcher un député visé par des accusations pénales de renoncer à son immunité parlementaire pour obtenir une décision sur lesdites accusations. La majorité a jugé qu'il ne correspondait pas à l'intérêt général de permettre à un député de renoncer volontairement à son immunité pour pouvoir être jugé.

Je désapprouve radicalement cette conclusion. Contrairement à la majorité, j'ai voté en faveur d'un constat de violation de l'article 6 dans la mesure où je perçois un besoin social *bien plus* pressant de ne pas entraver le cours de la justice, d'autoriser une personne accusée à exercer son droit fondamental d'accès à un tribunal et à faire usage de son droit fondamental d'être jugé dans un délai raisonnable. A mon sens, ces valeurs sont bien plus impérieuses que de consacrer et d'introniser un système d'immunités et de privilèges spéciaux, dont on jouit toujours arbitrairement et souvent abusivement.

Les circonstances essentielles de l'affaire sont les suivantes. En 2002, le requérant, membre de l'opposition élu député à la Grande Assemblée nationale de Turquie, fut formellement inculpé pour insulte à l'encontre d'un avocat et d'un fonctionnaire. Il sollicita la levée de son immunité parlementaire afin de pouvoir être jugé, mais la commission mixte de l'Assemblée nationale aussi bien que l'assemblée plénière rejetèrent ses demandes et en fait suspendirent les poursuites contre lui jusqu'à la fin de la législature en cours. En 2007, l'intéressé fut réélu, ce qui eut pour conséquence d'interrompre la procédure pénale au moins jusqu'en 2011. Si le requérant est réélu à ce moment-là, la procédure dirigée contre lui ne pourra s'achever avant 2015, soit environ treize ans après la première inculpation.

L'article 6 consacre plusieurs garanties touchant au procès équitable, notamment le droit d'être jugé dans un délai raisonnable et le droit d'accès

à un tribunal. Le requérant et la Cour ont choisi d'aborder l'affaire comme portant essentiellement sur le droit d'accès, droit non absolu qui peut être limité en vertu de considérations d'intérêt général.

Mon dissentiment repose sur ce que j'estime être deux réflexions évidentes : premièrement, il n'existe pas de considérations d'intérêt général suffisamment impérieuses pour priver le requérant de son droit fondamental d'accès à un tribunal ; deuxièmement, la Cour aurait dû requalifier le grief en déni de procès équitable dans un délai raisonnable, eu égard au fait que la modeste procédure pour insulte qui vise le requérant durera au moins neuf ans, voire bien davantage.

### **Article 6 – droit à un tribunal c. intérêt général**

En pratique, et en 2009, les considérations d'« intérêt général » en faveur du maintien de l'immunité parlementaire – même lorsque la personne mise en cause insiste elle-même pour y renoncer – me laissent totalement froid. L'immunité parlementaire a été créée il y a des siècles de cela, dans l'intention louable de protéger les parlementaires de la tyrannie des puissants ; au fil de l'histoire, elle s'est bien souvent changée en tyrannie de quelques parlementaires sur moins puissants qu'eux. Dans les démocraties fonctionnelles modernes, où les parlementaires n'ont plus à craindre d'être châtiés par un despote, l'immunité parlementaire sert bien plus sûrement à protéger les politiciens malhonnêtes contre des poursuites légitimes qu'à protéger les politiciens honnêtes contre des poursuites illégitimes.

Les vertus théoriques de l'immunité parlementaire – historiquement fort justifiées quelques siècles en arrière – ont perdu leurs beaux atours d'antan. Dans les démocraties bien ajustées d'aujourd'hui, les politiciens ont moins à craindre les droits divins du monarque que d'abuser eux-mêmes des divines injustices de l'autocrate. L'immunité encourage les parlementaires à se montrer forts face aux faibles davantage qu'il ne protège les autres de la faiblesse face aux forts.

Dans le cadre de l'exercice de proportionnalité, la Cour devait mettre en balance, d'un côté, le droit de toute personne tenant à être jugée alors qu'elle est accusée d'une infraction pénale et, de l'autre, cette institution ancienne dont les avantages apparaissent bien plus théoriques que réels mais dont l'abus semble bien plus réel que théorique. La Cour s'est prononcée en faveur d'un parlement qui décide en arbitre exclusif si et à quel moment il convient de lever l'immunité. Elle a soutenu la Grande Assemblée nationale de Turquie, qui a toute latitude pour lever le privilège sans justifier sa décision, pour au contraire ne pas le lever, là encore sans se justifier, ou encore pour ne rien faire, la constante demeurant celle-ci : ne pas donner de raisons. Entre la protection de ce principe peu scrupuleux et la protection

de droits fondamentaux, c'est cette kermesse de l'arbitraire que la Cour a jugée digne d'un degré supérieur de protection. Il ne s'agit pas là de la contribution la plus fine de la Cour à la prééminence du droit; elle est même plutôt médiocre si l'on attache quelque importance à la sécurité juridique.

Là encore, dans l'exercice de proportionnalité, la Cour n'a pas pensé aux droits des deux personnes qui auraient été insultées par le requérant-député. La privation d'une procédure pénale contre le requérant non seulement a fait fi des droits fondamentaux de l'intéressé d'avoir accès à un tribunal et d'être jugé dans un délai raisonnable, mais de plus a contrarié tout espoir de ses victimes alléguées de voir passer la justice. Ces personnes doivent elles aussi attendre jusqu'en 2011 ou 2015, en priant ardemment pour que le requérant ne soit pas réélu, car s'il obtient un nouveau mandat leurs espérances de justice un temps ravivées seront reléguées jusqu'en 2015. La Cour a condamné le requérant au statut de perpétuel suspect et ses accusateurs à l'attente de leur propre Godot – le tout en vertu d'une justice sans cesse ajournée. Y a-t-il une nécessité sociale impérieuse au point de nier à l'accusé le droit de défendre sa réputation et à ses accusateurs le droit de protéger la leur ? Je l'ai recherchée avec anxiété mais pour l'heure n'en ai trouvé nulle trace. C'est le secret le mieux gardé de la Cour.

Ce que la Cour semble avoir pris en compte avec un respect révérencieux, dans le cadre de l'exercice de proportionnalité, c'est le fait que la Grande Assemblée nationale de Turquie refuse de lever l'immunité de députés accusés d'infractions pénales *des deux côtés de l'assemblée*. Cette impartialité empêche les poursuites et éventuelles sanctions contre toutes les personnes soupçonnées d'infractions, indépendamment de leur couleur politique. La Cour juge cela honorable, et je respecte cette appréciation. Mais il s'agit là d'une non-discrimination que je ne peux pas cautionner. Je n'applaudirais pas la discrimination entre le bien et le bien, mais en revanche puis déceler quelque vertu dans la non-discrimination entre le mal et le mal. Il s'agit plus de fraternité que d'égalité, avec certaines libertés en plus. Cela revient à lire «Ali Baba et les quarante députés» comme pièce morale<sup>1</sup>. A présent nous avons les bons, les mauvais et les honorables.

Je pense que la Cour aurait aussi pu apprécier l'existence d'un besoin social impérieux depuis l'autre bout du télescope: si l'immunité du requérant avait été levée et si la procédure pour insulte avait suivi son cours devant les juridictions pénales, la démocratie parlementaire turque aurait-elle reçu un coup fatal au point de ne pouvoir espérer s'en remettre ? Si la

1. D'après des informations fournies par le Gouvernement, il y a 315 demandes pendantes concernant la levée de l'immunité parlementaire pour permettre la poursuite d'une procédure pénale contre un député.

demande formée par le requérant en vue d'être jugé avait été accueillie, un terrible désastre aurait-il menacé les institutions ? Si l'Assemblée avait permis à l'honorable M. Kart d'être jugé, ainsi qu'il y tenait, un monde pétrifié aurait-il assisté à l'effondrement de ce qu'il restait de bon dans l'univers du mal ? J'ai quelque peine à croire que le petit procès pour insulte de M. Kart risquait de ravir à la Révolution française le titre de tsunami politique du millénaire. Ah, et le bruit des galops que l'on entend au loin ? Les cavaliers de l'apocalypse, ce me semble.

J'aurais voté avec enthousiasme comme la majorité si celle-ci avait montré en quoi le fait de permettre la tenue du procès de M. Kart signifiait frôler un Holocauste *bis*. De toute évidence, la Cour était préoccupée – et c'est louable – à l'idée des retombées négatives du procès sur la règle parlementaire ; il eût été utile qu'elle indique la nature de ces retombées.

### **Article 6 – droit d'être jugé dans un délai raisonnable**

De mon point de vue, le requérant a à tort estimé que cette affaire soulevait la question du déni de son droit d'accès à un tribunal. La Cour aurait pu, et aurait dû, requalifier d'office la question essentielle comme étant celle du déni d'un procès équitable dans un délai raisonnable, et non celle du déni d'accès à un tribunal. La Cour a à maintes reprises (plus de cinquante fois), lorsqu'il y avait lieu et dans l'intérêt de la protection des droits de l'homme, requalifié la substance de la question à trancher<sup>1</sup>. En maintenant le grief dans le domaine de l'accès à un tribunal – droit non absolu découlant de l'article 6 –, la Cour a été contrainte de mettre en balance le droit du requérant et l'intérêt général, exercice qu'elle aurait pu éviter en examinant l'affaire sous l'angle du « délai excessif ».

L'article 6 établit que *toute personne a droit* à ce que sa cause soit entendue dans un délai raisonnable par un tribunal qui décidera du bien-fondé de *toute* accusation en matière pénale. Toute personne accusée d'avoir commis une infraction pénale a un droit fondamental à ce que son procès se déroule et s'achève dans un délai raisonnable. En l'espèce, bien que le requérant soit formellement accusé d'avoir commis des infractions pénales, son procès ne pourra s'achever que neuf ans au moins – voire quinze ans ou plus – après que les charges lui auront été notifiées.

Pour la Cour, la tenue d'un procès dans un délai raisonnable – de la formulation des accusations jusqu'au jugement final – a toujours constitué un élément fondamental de l'ensemble des droits touchant au procès équitable. Cette garantie vise à protéger tout justiciable contre des retards

1. De l'arrêt *Handyside c. Royaume-Uni* (7 décembre 1976, § 41, série A n° 24) à l'arrêt *Errico c. Italie* (n° 29768/05, § 30, 24 février 2009).

procéduraux excessifs et, dans les affaires pénales plus spécifiquement, à éviter qu'une personne ne demeure trop longtemps dans l'incertitude quant à son sort<sup>1</sup>. La Cour a maintes fois constaté la violation de ce droit s'agissant de procès qui avaient duré bien moins que neuf ans. Et pourtant le procès du requérant, qui durera au moins neuf années, voire bien plus, a réussi haut la main et par défaut le test de Strasbourg.

Au paragraphe 113, la majorité a inséré une proposition totalement nouvelle et, à mon sens, imprudente et dangereuse : « le droit d'obtenir un jugement sur des accusations pénales n'[est] pas absolu, notamment lorsqu'il n'en résulte aucune conséquence fondamentale irréversible au détriment des parties ». Même si j'admettais par principe cette incursion dans la protection des droits de l'homme (ce qui n'est absolument pas le cas), la « conséquence fondamentale irréversible » d'une procédure pénale qui dure au moins neuf ans est si criante qu'il n'est nul besoin d'amplification. Peut-on dire que l'écoulement de neuf années est irréversible ou non dommageable ? Encore une fois, il eût été utile que la Cour indique précisément les conclusions factuelles spécifiques sur lesquelles elle a fondé ce rejet révolutionnaire de l'impératif du « délai raisonnable ».

Quelle que soit leur importance, les intérêts généraux ne devraient jamais l'emporter sur le noyau dur des droits découlant de l'article 6, tels le droit d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial ou le droit à un procès équitable dans un délai raisonnable. Si la Cour permettait qu'il en soit ainsi, pour la première fois peut-être elle « relativiserait » ces garanties qui sont au cœur de l'article 6 en les soumettant à une mise en balance et à des critères de proportionnalité. Je n'ose imaginer que le temps viendra où la Cour approuvera le procès d'une personne accusée par un tribunal partial qui est dans la poche des autorités, ce pour des motifs d'intérêt général. Et je me méfierais beaucoup d'un tribunal qui a accepté un procès inéquitable frôlant les rives lointaines de l'éternité, ce en raison d'un impératif social. Ce serait le début d'une pente glissante au bout de laquelle l'article 6, à coup sûr, deviendrait stérile et vide de sens, une course tête baissée pour un rendez-vous avec des droits de l'homme imaginaires et dénués de substance.

### **Conflit entre droits fondamentaux**

L'évocation au paragraphe 106 de la renonciation « implicite » du requérant au noyau dur de ses droits en vertu de l'article 6 frise le cynisme. La Cour a jugé qu'en exerçant son droit fondamental de briguer un siège au Parlement le requérant avait renoncé à son droit fondamental d'être jugé, ce dans un délai raisonnable.

1. *Stögmüller c. Autriche*, 10 novembre 1969, § 40, série A n° 9.

C'est je crois la toute première fois dans sa longue histoire que la Cour affirme, en substance, que pour pouvoir jouir d'un droit fondamental une personne doit sacrifier l'exercice d'un autre droit. Le droit d'être élu au parlement est un droit fondamental (consacré à l'article 3 du Protocole n° 1), et il en va de même du droit d'être jugé dans un délai raisonnable. Le requérant a pensé naïvement qu'il pouvait jouir de ces deux droits; or la Cour l'a bien vite détrompé: c'est soit l'un soit l'autre. Vous êtes député? Alors oubliez le procès. Vous voulez être jugé? Alors dites au revoir à votre mandat parlementaire<sup>1</sup>. La Cour a souvent dû poser des limites à l'exercice par une personne de droits fondamentaux lorsque ceux-ci se heurtaient aux droits fondamentaux de tiers. Mais jamais, d'après mon expérience, on n'a dit implicitement à un requérant que la Cour applique la Convention sur une base *aut aut*. La Cour a donné à M. Kart la possibilité de « céder » un droit acquis à la naissance s'il souhaitait vraiment exercer l'autre. Il est tolérable de vouloir jouir d'un droit fondamental; espérer jouir de deux droits relève de l'avidité pure et simple.

---

1. Voir, *mutatis mutandis*, l'opinion en partie dissidente du juge Spielmann, à laquelle s'est ralliée la juge Tulkens, dans l'affaire *Lykourazos c. Grèce*, n° 33554/03, CEDH 2006-VIII).

## OPINION DISSIDENTE DE LA JUGE POWER

*(Traduction)*

Je suis parvenue à la même conclusion que le juge Bonello. Les restrictions qui frappent, dans le chef du requérant, le droit d'accès à un tribunal et le droit à un procès dans un délai raisonnable constituent à mes yeux une violation de l'article 6. La défense de droits aussi fondamentaux, vu les circonstances, n'aurait pas miné l'importance du principe de l'immunité parlementaire. J'ajouterai, ci-après, quelques brèves remarques.

La présente affaire ne traite pas de la compatibilité de l'immunité parlementaire elle-même avec la Convention; elle ne porte pas non plus sur le fait que l'Etat défendeur, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, applique largement ce principe aux députés, les mettant ainsi, à quelques exceptions près, hors d'atteinte du droit pénal même pour des affaires totalement dénuées de rapport avec leur travail de parlementaires. L'espèce porte sur la question de savoir si le requérant devrait être autorisé à se défaire de la couverture de l'immunité que lui confère sa charge publique pour faire trancher, dans un délai raisonnable, des poursuites pénales qui étaient déjà pendantes avant son élection et qui sont totalement étrangères à ses tâches de parlementaire.

L'immunité parlementaire est un important pilier de l'histoire constitutionnelle, et j'admets que les Etats membres jouissent en la matière d'une grande marge d'appréciation. Cependant, quelle que soit l'importance de cette institution, il ne faut jamais perdre de vue sa raison d'être. En étendant inutilement et sans esprit critique le principe de l'immunité parlementaire à des questions qui n'ont rien à voir avec la charge publique concernée, on risque d'altérer la confiance du public dans le système même de la démocratie parlementaire<sup>1</sup>. Plus la conduite « couverte » est éloignée des tâches relevant de la charge publique, plus solidement il faut justifier le fait d'autoriser l'application du bénéfice de l'immunité et, par extension, plus il est impérieux de justifier le refus de lever l'immunité lorsque des droits fondamentaux sont en jeu. Lorsque l'immunité opère de telle manière que des personnes sont protégées de l'action des tribunaux pénaux ou ne peuvent accéder à ceux-ci dans le contexte d'affaires sans rapport avec la charge publique, il faut à mon sens que soit établie, et de manière convaincante,

---

1. Cela est démontré par les conclusions du GRECO (Groupe d'Etats contre la corruption) dans le rapport d'évaluation sur la Turquie du 10 mars 2006, exposées au paragraphe 40 de l'arrêt rendu en l'espèce par la chambre.

la raison de refuser sa levée. Or, on ne trouve en l'espèce aucun critère spécifique et objectif permettant de justifier pareil refus.

Je suis en désaccord avec l'avis de la majorité concernant l'effet de la suspension du cours de la justice (paragraphe 109 de l'arrêt), qui repose en fait sur l'idée que le requérant est en quelque sorte responsable de la privation des droits découlant de l'article 6 (paragraphe 106 de l'arrêt). Au fond, l'intéressé est tenu de choisir entre deux droits. La suspension d'une procédure est une mesure grave et, à mon avis, elle ne devrait être demandée qu'en cas de stricte nécessité. Or pareille nécessité n'a pas été établie en l'espèce. Les droits du requérant peuvent être défendus sans que cela n'implique une atteinte à l'intérêt général que l'immunité parlementaire vise à préserver.



KART v. TURKEY  
*(Application no. 8917/05)*

GRAND CHAMBER<sup>1</sup>

JUDGMENT OF 3 DECEMBER 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>**Impossibility for a member of parliament to waive his parliamentary immunity in order to defend himself in criminal proceedings against him****Article 6 § 1**

*Applicability – Criminal proceedings – Access to a court – Reasonable time – Impossibility for a member of parliament (MP) to waive his parliamentary immunity in order to defend himself in criminal proceedings against him – Protecting the independence of Parliament – Margin of appreciation – Relative scope of parliamentary inviolability – Delay in access to a court – MP agrees to waive his own inviolability – Temporary procedural obstacle – Single suspension with no intervention in the course of justice – Proportionality*

\*

\* \*

In the course of his professional activities as a lawyer, two sets of criminal proceedings were brought against the applicant. He was then elected as a member of parliament (MP) to the Grand National Assembly of Turkey (“the National Assembly”), giving him parliamentary immunity. The criminal proceedings against him were suspended in accordance with the Constitution and the Code of Criminal Procedure. An application was made to the National Assembly’s joint committee to lift the applicant’s parliamentary immunity, but the committee decided to suspend the criminal proceedings against the applicant until he ceased to be an MP, and transmitted that decision to the plenary Assembly of the National Assembly. The applicant challenged the decision, relying on his right to be tried in a fair trial, but the proceedings were suspended. The applicant was re-elected to Parliament. The files concerning his request for his parliamentary immunity to be lifted remained pending before the National Assembly’s joint committee.

In its Chamber judgment of 8 July 2008, the Court found a violation of Article 6 § 1 of the Convention.

*Held*

Article 6 § 1: (a) *Applicability* – A person’s situation was necessarily affected by having criminal charges hanging over him for a long time. This case concerned the applicant’s right to have his case heard by a court within a reasonable time.

---

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

(b) *Observation* – The impact of parliamentary immunity on the applicant’s right was to be assessed with regard to the institutional aim of parliamentary immunity, which was to ensure the independence, integrity and smooth functioning of Parliament in the performance of its duties. The less the immunity served the integrity of Parliament, the more compelling its justification had to be.

Decisions whether or not to lift parliamentary immunity fell within the margin of appreciation left to the States. The immunity enjoyed by Turkish MPs did seem broader in many respects than in certain other Contracting States, but it did not appear to be in conflict with the solutions adopted by those States. The scope of the protection afforded could not be considered excessive as such. The protection was relative: it was limited in time to the duration of the MP’s term of office, but it could also be lifted. It was only effective in criminal matters. It did not apply in cases of *flagrante delicto* or in certain crimes against the regime or the State.

In the present case it was clear that immunity had effectively prevented the criminal proceedings against the applicant from running their course. However, the applicant’s interest in this regard was to be examined in terms of his right to a court and not of any right to be able to waive his immunity at will. Indeed, such decisions were internal matters that fell within the exclusive scope of the Parliament. The Court had nevertheless to verify that the Parliament’s procedure in the matter was compatible with the rights enshrined in the Convention. The parliamentary procedure for examining requests for the lifting of immunity was defined and regulated by the Constitution and the Rules of Procedure of the National Assembly. It seemed to be subject to a degree of formalism which guaranteed the MP’s rights of defence at every stage of the decision-making process as well as a right of appeal against the decisions of the parliamentary bodies concerned. Here, criminal charges had been pending against the applicant for over six years, a situation which would conceivably have continued until he ceased to be an MP. The uncertainty inherent in any criminal proceedings was thus accentuated here by the impugned parliamentary procedure, the length of which had delayed the criminal proceedings accordingly. However, while the Chamber had found the delay in the proceedings prejudicial to the applicant, the Grand Chamber could not ignore the specificities inherent in the applicant’s status or in the impugned procedure. The link between the MPs’ status and their immunity was a fundamental aspect of the case. The criminal charges against the applicant had been pending before he stood for election. As a lawyer he could not have been unaware of the consequences of his election for the criminal proceedings.

There was no reason to believe that the applicant would not be given a fair trial when his term as an MP expired. In this case the delaying effect of his parliamentary immunity on the criminal proceedings was only temporary. The parliamentary bodies had only considered whether or not the applicant’s immunity should be lifted because it was a temporary obstruction to the proceedings. The effect was simply to suspend the course of justice, not to influence or participate in it. Lastly,

the applicant's honour and reputation were protected by the principle of the presumption of innocence.

In view of the above, while the delay inherent in the parliamentary procedure had affected the applicant's right to have his case heard in court, by delaying the proceedings, it had not, in this particular case, undermined the very substance of that right.

As the right to obtain a judgment in respect of criminal accusations was not absolute, in particular when there was no fundamental irreversible detrimental effect on the parties, the failure to lift the applicant's parliamentary immunity did not impair his right to a court to a degree disproportionate to the legitimate aim pursued.

*Conclusion:* no violation (thirteen votes to four).

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

*Golder v. the United Kingdom*, 21 February 1975, Series A no. 18

*Waite and Kennedy v. Germany* [GC], no. 26083/94, ECHR 1999-I

*A. v. the United Kingdom*, no. 35373/97, ECHR 2002-X

*Cordova v. Italy (no. 1)*, no. 40877/98, ECHR 2003-I

*Cordova v. Italy (no. 2)*, no. 45649/99, ECHR 2003-I

*De Jorio v. Italy*, no. 73936/01, 3 June 2004

*Tsalkitzis v. Greece*, no. 11801/04, 16 November 2006



**In the case of Kart v. Turkey,**

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

Jean-Paul Costa, *President*,  
Nicolas Bratza,  
Peer Lorenzen,  
Josep Casadevall,  
Giovanni Bonello,  
Corneliu Bîrsan,  
Boštjan M. Zupančič,  
Lech Garlicki,  
Alvina Gyulumyan,  
Khanlar Hajiyev,  
Egbert Myjer,  
Mark Villiger,  
Giorgio Malinverni,  
András Sajó,  
Nona Tsotsoria,  
Ann Power,  
Işıl Karakaş, *judges*,

and Vincent Berger, *Jurisconsult*,

Having deliberated in private on 4 March and 4 November 2009,

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

**PROCEDURE**

1. The case originated in an application (no. 8917/05) against the Republic of Turkey lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by a Turkish national, Mr Atilla Kart (“the applicant”), on 8 February 2005.

2. The applicant complained, in particular, that the refusal to lift his parliamentary immunity had hindered criminal proceedings against him, thereby depriving him of his right to a fair trial under Article 6 § 1 of the Convention.

3. The application was allocated to the Second Section of the Court (Rule 52 § 1 of the Rules of Court). On 15 January 2008, following a hearing on the admissibility and merits (Rule 54 § 3), it was declared partly admissible by a Chamber of that Section, composed of Françoise Tulkens,

András Baka, Rıza Türmen, Mindia Ugrekhelidze, Vladimiro Zagrebelsky, Danutė Jočienė and Dragoljub Popović, judges, and Sally Dollé, Section Registrar. On 8 July 2008 the same Chamber delivered a judgment in which it held by four votes to three that there had been a violation of Article 6 § 1 of the Convention.

4. On 1 December 2008, following a request by the Turkish Government (“the Government”) dated 6 October 2008, a panel of the Grand Chamber decided to refer the case to the Grand Chamber in accordance with Article 43 of the Convention.

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

6. The applicant and the Government each filed observations on the merits of the case.

7. A hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 4 March 2009 (Rule 59 § 3).

There appeared before the Court:

(a) *for the Government*

Mr M. Özmen,  
Mr İ. Neziroğlu,  
Ms E. Demir,  
Ms N. Uğural,  
Ms N. Çetin,

*Co-Agent,*

*Advisers;*

(b) *for the applicant*

Ms G. Egeli,  
Mr A. Kart,

*Counsel,  
Applicant.*

The Court heard addresses by Mr Kart and Mr Özmen.

## THE FACTS

### I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

8. The applicant was born in 1954 and lives in Ankara.

9. In the parliamentary elections of 3 November 2002, as a member of the People’s Republican Party (CHP), he was elected member of parliament (MP) for the Konya constituency to the Grand National Assembly of Turkey (“the National Assembly”).

10. Prior to his election he practised as a lawyer in Konya and, in the course of his professional activities, two sets of criminal proceedings were

brought against him, one for insulting a lawyer and the other for insulting a public official.

11. Once elected as an MP he enjoyed parliamentary immunity.

12. On 23 December 2002 the Karapınar public prosecutor applied to the General Directorate of the Ministry of Justice to have the applicant's parliamentary immunity lifted for the purposes of the criminal proceedings against him for insulting a lawyer.

13. On 17 January 2003 the General Directorate of the Ministry of Justice transmitted the request to the Prime Minister's Office.

14. On an unspecified date examination of the matter of the lifting of the applicant's parliamentary immunity in the proceedings concerning the insulting of a lawyer was referred to the National Assembly's joint committee ("the joint committee") under Rules 131 et seq. of the Rules of Procedure of the National Assembly. The joint committee decided to stay the proceedings until the dissolution of the 22nd Parliament.

15. The applicant challenged that decision. His file was then sent before the plenary Assembly of the National Assembly ("the plenary Assembly").

16. On 11 April 2003 the Konya Assize Court ("the Assize Court") adopted a decision suspending the criminal proceedings against the applicant for insulting a public official, by virtue of Article 83 of the Constitution and Article 253 § 4 of the Code of Criminal Procedure.

17. On 4 December 2003 the Assize Court transmitted the case file to the Ministry of Justice with a view to having the applicant's parliamentary immunity lifted.

18. On 23 December 2003 the Department of Criminal Affairs of the Ministry of Justice referred the matter to the Prime Minister.

19. The Prime Minister's Office transmitted the case file to the joint committee.

20. On 28 May 2004, after noting that the applicant had requested the lifting of his immunity, the joint committee decided, in view of the nature of the charges, to stay the proceedings against him for insulting a public official until the end of his term of parliamentary office. It transmitted its decision to the plenary Assembly.

21. When the plenary Assembly met on 8 December 2004 the joint committee's report was read and appended to the minutes of the meeting.

22. On 15 December 2004 the applicant challenged the joint committee's decision. In his pleadings he made the point that parliamentary immunity had not been introduced to render MPs unaccountable or immune from punishment, but to allow them to discharge their duties in all freedom and independence and without fear. Unlike non-liability, he argued, inviolability was by nature a relative and temporary privilege.

However, the scope of the inviolability, the procedure for lifting it and the shortcomings in its implementation had undermined due respect for the National Assembly. The applicant added that it was unacceptable in a society governed by the rule of law that an arrangement originally intended to help MPs to discharge their duties should be transformed into a personal privilege.

23. On 7 February 2005 the Secretariat of the Speaker's Office informed the applicant that the two files concerning the lifting of his immunity had been placed on the agenda of the plenary Assembly.

24. At the meeting of the plenary Assembly on 16 February 2005 the applicant once again asked to be allowed to avail himself of his right to be judged in a fair trial and requested that the obstacles to his exercise of that right be removed.

25. The applicant was re-elected as a CHP party MP for the Konya constituency in the parliamentary elections of 22 July 2007.

26. On 8 January 2008 the Speaker of the National Assembly sent him a letter informing him of progress with the procedures for lifting his parliamentary immunity.

The relevant passages read as follows:

"... during the 22nd Parliament [2002-07] 299 files concerning immunity were forwarded to the joint committee. In 252 cases the committee decided to stay the proceedings until the next dissolution. In 226 cases that decision was challenged. The files corresponding to those cases were placed on the plenary Assembly's agenda for examination. However, the plenary Assembly did not examine them.

During the 22nd Parliament two files concerned your immunity. The first, file no. 3/176, concerned the proceedings brought against you by the Konya-Ereğli public prosecutor for insulting a lawyer; the second, file no. 3/453, concerned the proceedings before the Konya Assize Court for insulting a public official. In both cases the joint committee decided to stay the proceedings until the end of your term of office. Following your appeal, the files were placed on the plenary Assembly's agenda but have not been examined.

In this 23rd Parliament [which started in 2007] 77 files concerning the lifting of immunity remain pending before the joint committee. Two of those files are in your name; they were given the numbers 3/107 and 3/129 following your re-election on 22 July 2007. Since the beginning of this Parliament all the files, including yours, have been sent before three preparatory committees set up by the joint committee. These committees started work on 27 December 2007 ... They are to announce their decisions within a month of that date."

27. On 23 and 24 January 2008 the applicant filed two defence memorials against the suspension of the two sets of criminal proceedings against him. In them he repeated his wish to be allowed to exercise his right to a fair trial.

28. The reports of the joint committee recommending a stay of the criminal proceedings against the applicant until the end of his term as an MP were placed on the National Assembly's agenda of 15 January 2009, together with the applicant's objections to those findings.

29. The matter is still pending before the Assembly.

## II. RELEVANT DOMESTIC AND INTERNATIONAL LAW AND PRACTICE

### A. Relevant domestic law and practice

#### 1. Provisions of domestic law

30. Article 83 of the Turkish Constitution, on the subject of parliamentary immunity, reads as follows:

“Members of the Turkish Grand National Assembly shall not be liable for their votes and statements in the course of the Assembly's work, for the views they express before the Assembly or, unless the Assembly decides otherwise on the proposal of the Bureau for that sitting, for repeating or revealing these outside the Assembly.

A member who is alleged to have committed an offence before or after election shall not be arrested, questioned, detained or tried unless the Assembly decides otherwise. This provision shall not apply in cases where a member is caught in the act of committing a crime punishable by a heavy penalty and in cases subject to Article 14 of the Constitution if an investigation has been initiated before the election. However, in such situations the competent authority shall notify the Turkish Grand National Assembly immediately and directly.

The execution of a criminal sentence imposed on a member of the Turkish Grand National Assembly either before or after his election shall be suspended until he ceases to be a member; the statute of limitations does not apply during the term of office.

Investigation and prosecution of a re-elected deputy shall be subject to whether or not the Assembly lifts immunity in the case of the individual involved.

Political party groups in the Turkish Grand National Assembly shall not hold discussions or take decisions regarding parliamentary immunity.”

31. Article 85 of the Constitution reads as follows:

“If the parliamentary immunity of a deputy has been waived ..., the deputy in question or another deputy may, within seven days from the day of the decision of the Grand National Assembly of Turkey, appeal to the Constitutional Court for the decision to be annulled on the grounds that it is contrary to the Constitution, law or the rules or procedure of the Turkish Grand National Assembly. The Constitutional Court shall decide on the appeal within fifteen days.”

32. The Rules of Procedure of the Grand National Assembly of Turkey provide, *inter alia*:

**“Immunity**

**Requests to lift immunity and the committee competent to examine them**

Rule 131: requests for the lifting of a member’s parliamentary immunity shall be transmitted by the Speaker’s Office to the joint committee, composed of members of the constitutional and judicial committees. ...

**The preparatory committee and its hearings**

Rule 132: the Chair of the joint committee shall appoint a preparatory committee composed of five sworn members to examine files concerning immunity. ...

This committee shall examine all the documents and, if necessary, hear the member concerned; it shall not hear witnesses.

The preparatory committee shall submit its report within one month of being convened.

The joint committee shall finalise the report within one month.

**The report of the joint committee**

Rule 133: the joint committee shall examine the report and its appendices [submitted by] the preparatory committee.

The joint committee shall decide whether to lift the member’s immunity or to stay the proceedings until the end of the term of parliamentary or ministerial office.

If the joint committee’s report recommends lifting immunity or if an objection is received within the conditions set out in paragraph 3, the report shall be examined by the plenary Assembly.

If the proceedings have been stayed and that decision is not overturned by the plenary Assembly, no action may be taken against the member concerned until the end of his or her term of parliamentary office, even if the legislature has been renewed.

**The rights of the defence**

Rule 134: When a request to lift a member’s immunity has been received, the member concerned may, if he wishes, defend himself or be defended by another member before the preparatory committee, the joint committee and the plenary Assembly.

The matter shall be decided on the evidence if a member who has asked to speak in his defence fails to answer the invitation to do so.

In any event, the defence shall have a say.

The mere fact that a member requests permission to waive his or her immunity shall not suffice.”

33. On 21 March 1994 the Turkish Constitutional Court adopted a series of judgments<sup>1</sup> in cases concerning the lifting of several MPs' parliamentary immunity. Those cases gave the Constitutional Court an opportunity to clarify the scope of parliamentary immunity. The relevant passages of the judgments read as follows:

“(a) Meaning of non-liability and parliamentary immunity

All democratic countries have granted the members of their legislative assemblies certain privileges and immunities in order to allow them to perform their legislative tasks properly. Quite evidently, the aim of granting the members of legislative assemblies a different status from that enjoyed by other citizens is not to make them a privileged group who are above the law.

Parliamentary immunity is not an aim; it is a means of enabling MPs to fulfil the nation's wishes in full by perfectly reflecting the wishes of the people within the Assembly.

Even though Article 83 of the Constitution is entitled 'Parliamentary Immunity', it actually establishes two institutions: parliamentary non-liability and parliamentary immunity. The first paragraph of the Article explains that the members of the Grand National Assembly of Turkey are not liable for their votes and statements in the course of the Assembly's work, for the views they express before the Assembly or, unless the Assembly decides otherwise on the proposal of the Speaker, for repeating or revealing these outside the Assembly.

The second paragraph of the Article stipulates that a member who is alleged to have committed an offence before or after election may not be arrested, questioned, detained or tried unless the Assembly decides otherwise. The only cases where this provision does not apply are those where a member is caught in the act of committing a crime punishable by a heavy penalty, provided that proceedings were initiated before the election, and cases subject to Article 14 of the Constitution.

Article 83 of the Constitution does not specify on what grounds immunity may be lifted, and the Rules of Procedure of the Assembly do not cover the subject. That does not mean that the legislature has a free hand in the matter. The rationale for immunity and the way in which it has developed over the years show that Parliament's powers concerning the lifting of immunity are not absolute but limited. Furthermore, the fact that immunity has a place in the Constitution means that the rules and aims of immunity must be defined in the light of the rules and aims of the Constitution. There is no doubt that the intention, when immunity was provided for in Article 83, was to allow those responsible for legislative duties to carry them out in the knowledge that they were safely sheltered, and rightly so, from all worry and pressure. In other words, the aim of parliamentary immunity is to ensure that MPs are not prevented, even temporarily, from fulfilling their functions by arbitrary criminal proceedings. So the

---

1. Cases nos. 1994/11 E. 1994/30 K.; 1994/6 E. 1994/25 K.; 1994/18 E. 1994/37 K.; 1994/13 E. 1994/32 K.; 1994/5 E. 1994/24 K.; 1994/20 E. 1994/39 K.

powers of the legislature in the matter are limited by the purpose for which immunity was institutionalised in the Constitution.

...

Provision has been made for decisions of the Grand National Assembly of Turkey concerning the lifting of immunity to be scrutinised by the Constitutional Court with regard to their conformity not only with the Constitution but also with the Rules of Procedure ...

When such decisions of the Grand National Assembly of Turkey are scrutinised, attention must be paid to the seriousness of the accusation and whether or not it is politically motivated. In addition, the decision must be in conformity with the rationale behind immunity as a constitutional institution.

In criminal proceedings an MP whose parliamentary immunity has been lifted is like any other citizen. He enjoys all the guarantees set out in the Constitution and laws of the Republic of Turkey. All the principles that apply to citizens likewise apply to him. He may, for example, be taken into police custody, questioned, detained and, to all intents and purposes, subjected like any other citizen to all the applicable procedural rules. ...”

34. Under Article 107 of the old Criminal Code enshrined in Law no. 765 of 1 March 1926:

“If the opening of proceedings is subject to authorisation, adoption of a decision or the resolution of a problem pending before another body ..., the running of time for the purposes of limitation shall be suspended until such authorisation is obtained, such decision adopted or such problem resolved.”

35. Law no. 5237 on the new Criminal Code was passed on 26 September 2004 and published in the Official Gazette on 12 October 2004. Article 67 of the Code provides:

(1) When the investigation or prosecution depend on authorisation, adoption of a decision or the necessary resolution of a problem pending before another body, the running of time for the purposes of limitation shall be suspended until such authorisation [is granted], such decision adopted or such problem resolved ...

(2) Where an offence has been committed, the running of time shall be suspended from the time when:

- (a) the prosecutor questions or takes a statement from the suspect or the accused;
- (b) a decision is taken to remand the suspect or the accused in custody;
- (c) an indictment for the offence is issued;
- (d) a conviction is pronounced, even if it concerns only some of the accused parties.

(3) A suspension of limitation causes time to begin to run again. Where there is more than one ground for suspension of limitation, time begins to run again from the date of the last event triggering suspension ...”

36. Under Article 253 § 4 of the old Code of Criminal Procedure enshrined in Law no. 1412 of 4 April 1929, when the criminal proceedings, and therefore the trial, are subject to a condition precedent and it is established that the condition has not been met, a decision to stay the trial is adopted until the condition has been met.

On 4 April 2004 a new Code of Criminal Procedure was introduced.

## *2. Application of domestic law*

37. On 29 January 2008 the Secretariat of the National Assembly took stock of the number of cases where parliamentary immunity had been lifted since 1991. It found that the National Assembly had lifted the parliamentary immunity of seventeen MPs in the course of the 19th, 20th and 21st Parliaments.

According to the lists and information provided by the parties, during the 22nd Parliament 299 files concerning the lifting of immunity were pending before parliamentary bodies, but no decisions to lift immunity were taken. Since the start of the 23rd Parliament, 315 files concerning the lifting of immunity have apparently been pending before the National Assembly.

## **B. Relevant European law and practice**

### *1. Relevant Council of Europe and European Union documents*

#### **(a) The Parliamentary Assembly of the Council of Europe**

38. Article 40 of the Statute of the Council of Europe (5 May 1949) provides:

“a. The Council of Europe, representatives of members and the Secretariat shall enjoy in the territories of its members such privileges and immunities as are reasonably necessary for the fulfilment of their functions. These immunities shall include immunity for all representatives to the Consultative [Parliamentary] Assembly from arrest and all legal proceedings in the territories of all members, in respect of words spoken and votes cast in the debates of the Assembly or its committees or commissions.”

39. The General Agreement on Privileges and Immunities of the Council of Europe (2 September 1949) includes the following provisions:

#### **Article 14**

“Representatives to the Consultative [Parliamentary] Assembly and their substitutes shall be immune from all official questioning and from arrest and all legal proceedings in respect of words spoken or votes cast by them in the exercise of their functions.”

### Article 15

“During the sessions of the Consultative [Parliamentary] Assembly, the representatives to the Assembly and their substitutes, whether they be members of parliament or not, shall enjoy:

a. on their national territory, the immunities accorded in those countries to members of parliament;

b. on the territory of all other member States, exemption from arrest and prosecution.

This immunity also applies when they are travelling to and from the place of meeting of the Consultative [Parliamentary] Assembly. It does not, however, apply when representatives and their substitutes are found committing, attempting to commit, or just having committed an offence, nor in cases where the Assembly has waived the immunity.”

40. The Protocol to the General Agreement on Privileges and Immunities of the Council of Europe (6 November 1952) provides:

### Article 3

“The provisions of Article 15 of the Agreement shall apply to representatives to the [Parliamentary] Assembly, and their substitutes, at any time when they are attending or travelling to and from meetings of committees and sub-committees of the Consultative [Parliamentary] Assembly, whether or not the Assembly is itself in session at such time.”

### Article 5

“Privileges, immunities and facilities are accorded to the representatives of members not for the personal benefit of the individuals concerned, but in order to safeguard the independent exercise of their functions in connection with the Council of Europe. Consequently, a member has not only the right but the duty to waive the immunity of its representative in any case where, in the opinion of the member, the immunity would impede the course of justice and it can be waived without prejudice to the purpose for which the immunity is accorded.”

41. In its Resolution 1490 (2006) on the Interpretation of Article 15.a of the General Agreement on Privileges and Immunities of the Council of Europe, the Parliamentary Assembly of the Council of Europe stated:

“1. The Parliamentary Assembly refers to its Resolution 1325 (2003) and Recommendation 1602 (2003) on immunities of members of the Parliamentary Assembly, which underlined that immunities are granted in order to preserve the integrity of the Assembly and to safeguard the independence of its members in exercising their European office.

...

8. It resolves to interpret Article 15.a as follows: regardless of the national regime of immunity, Assembly representatives or substitutes shall be protected against prosecution and arrest in the exercise of their functions as Assembly members or when

travelling on Assembly business, whether this is inside or outside of their national territory. If they are not active within this meaning or not travelling on Assembly business, the national regime shall apply within their country.

9. The Assembly also considers that it is appropriate for the relevant Assembly organs, when examining requests for the waiver of immunity and for the defence of immunity of its members, to question whether the competent national authorities have respected the European Convention on Human Rights as interpreted by the European Court of Human Rights and other relevant Council of Europe legal instruments and texts which the respective countries have ratified or accepted. The Assembly should express its concern when Council of Europe norms have been obviously disregarded in respect of one of its members.

...

11. Consequently the Assembly decides to:

11.1. add the following paragraph after paragraph 6 in Rule 64 of the Assembly's Rules of Procedure:

'a. When dealing with requests for the waiver of the Council of Europe immunity, or with requests to defend that immunity of an Assembly member, the competent Assembly bodies shall interpret Article 15.a of the General Agreement on Privileges and Immunities of the Council of Europe as follows. Assembly representatives or substitutes are immune from prosecution and arrest in the exercise of their functions as Assembly members or when travelling on Assembly business, whether this is inside or outside of their national territory. If they are not active within this meaning or not travelling on Assembly business, the national regime shall apply within their country.

b. The terms 'in the exercise of their functions' include all official duties discharged by Assembly representatives and substitutes in the member States on the basis of a decision by a competent Assembly body and with the consent of the appropriate national authorities.

c. In case of doubt, the Bureau of the Assembly shall decide if Assembly members' activities took place in the exercise of their functions.'

**(b) Immunity in the European Parliament**

42. Article 10 of the Protocol on Privileges and Immunities of the European Communities (8 April 1965) provides:

"During the sessions of the Assembly, its members shall enjoy:

(a) in the territory of their own State, the immunities accorded to members of their Parliament;

(b) in the territory of any other member State, immunity from any measure of detention and from legal proceedings.

Immunity shall likewise apply to members while they are travelling to and from the place of meeting of the Assembly.

Immunity cannot be claimed when a member is found in the act of committing an offence and shall not prevent the Assembly from exercising its right to waive the immunity of one of its members.”

43. Rule 6 of the Rules of Procedure of the European Parliament, concerning the waiver of parliamentary immunity, states:

“1. In the exercise of its powers in respect of privileges and immunities, Parliament shall seek primarily to uphold its integrity as a democratic legislative assembly and to secure the independence of its members in performance of their duties.

2. Any request addressed to the President by a competent authority of a member State that the immunity of a member be waived shall be announced in Parliament and referred to the committee responsible.

3. Any request addressed to the President by a member or a former member to defend privileges and immunities shall be announced in Parliament and referred to the committee responsible.

The member or former member may be represented by another member. The request may not be made by another member without the agreement of the member concerned.

4. As a matter of urgency, in circumstances where a member is arrested or has his freedom of movement curtailed in apparent breach of his privileges and immunities, the President, after having consulted the chairman and rapporteur of the committee responsible, may take an initiative to assert the privileges and immunities of the member concerned. The President shall communicate his initiative to the committee and inform Parliament.”

## 2. *Comparative law*

### (a) **The scope of parliamentary inviolability**

44. Parliamentary immunity is not a homogeneous notion. Most European states recognise two categories of immunity for parliamentarians: firstly, the “non-liability” of parliamentarians in respect of judicial proceedings for opinions expressed and votes cast in the discharge of their parliamentary duties; secondly, their “inviolability” or “immunity in the strict sense”, shielding them from all arrest, detention or prosecution for offences unrelated to their parliamentary duties without the consent of the Chamber to which they belong. This comparative law study focuses on the latter aspect of parliamentary immunity (see the Venice Commission’s Report on the regime of parliamentary immunity, 1996).

45. The precise scope of the inviolability varies considerably from one country to another. The very nature of this aspect of immunity results in a wide array of legal approaches to its implementation. In some States there is no such institution (the Netherlands, San Marino). In others its scope is very limited. For example, in the United Kingdom inviolability covers civil matters only and MPs enjoy no particular protection in criminal matters and are treated like any other individual. In Ireland and Norway parliamentary inviolability serves to prevent MPs from being arrested during sessions or on their way to or from Parliament. It therefore affords them limited protection.

46. That said, most of the States Parties to the Convention grant their MPs immunity from criminal prosecution during their term as MPs that goes beyond the exercise of parliamentary functions (Albania, Austria and Germany – if the act does not clearly fall outside the ambit of their political activities – and Cyprus, Greece, Hungary, Lithuania, Poland, Russia, Serbia, Spain and Switzerland) and/or protection against imprisonment or deprivation of liberty (arrest or detention in all those countries which provide for immunity from prosecution, as well as Belgium, France, Georgia, Portugal and Romania). In certain cases MPs are protected from body searches, house searches and interception of their communications (Georgia, Hungary, Italy, Romania and Switzerland). Such proceedings or measures may be executed only with the consent of the assembly to which the MP belongs, except in Cyprus, where such decisions lie with the courts.

47. In several States the scope of inviolability has been restricted, as witnessed by some recent constitutional reforms. In France, for example, since the constitutional reform of 1995, the Chamber's authorisation is no longer necessary for criminal proceedings to be brought, but only for detention, arrest and other judicial supervision measures. A similar change came about in Italy when Constitutional Law no. 3 of 29 October 1993 did away with the need for the prior authorisation of Parliament in order for criminal proceedings to be brought against an MP. In Romania, since the constitutional reform of 2003, senators may be placed under judicial investigation or criminal proceedings brought against them for acts not connected with votes cast or political opinions expressed in the course of their duties as senators.

48. In Germany's *Bundestag* the practice is generally for a new parliament to lift immunity from prosecution for all offences (with the exception of defamation of a political character) at the start of the parliamentary term. The aim of this is to protect the reputation of each MP, by ensuring that they attract less media attention if proceedings are brought against them.

49. As to the scope of parliamentary inviolability *ratione materiae*, that is to say the acts it covers, there is a general tendency in the States Parties

to the Convention for cases of *flagrante delicto* to be excluded. In such cases the prior authorisation of the Chamber concerned is not required, but even this does not necessarily prevent Parliament from examining the matter and subsequently requesting the suspension of the proceedings or the custodial measures (Georgia and Romania, for example). In some countries the law excludes certain types of act from inviolability, or the criterion may be the severity of the penalty incurred (the Portuguese Constitution excludes, in certain circumstances, deliberate offences punishable with imprisonment for over three years).

50. The duration of parliamentary inviolability also varies from one country to another. Some countries extend parliamentary immunity to criminal proceedings brought prior to the MP's election (Belgium, Germany, Hungary, Italy, Portugal and Spain). In other countries, even if parliamentary authorisation is not required in order for proceedings initiated prior to the MP's election to be continued, Parliament may, of its own motion or at the request of the interested party, request the suspension of the proceedings or the waiving of restrictive measures during the MP's term of office (France, Poland and Switzerland).

**(b) Procedure for lifting immunity**

51. Parliamentary immunity may be lifted in most countries. The procedure for lifting immunity is generally the same. It is usually provided for in the Chamber's Rules of Procedure. It is set in motion by a proposal or a request for authorisation by the competent public authority (in most cases the Principal State Prosecutor), the injured party or the parliamentarian concerned. The request is transmitted to the Speaker of the Parliament, either directly or in certain cases through another authority (the Minister of Justice, the Prime Minister), then examined by a special or *ad hoc* parliamentary committee, which gives an opinion after hearing the MP concerned. It is then for the full Chamber to decide, with or without a debate, in private or in public, whether or not to lift immunity. The possibility of appealing against a decision of the Chamber to lift immunity exists in very few countries (Austria and Germany).

**(c) Possibility for MPs to waive their own immunity**

52. The possibility for MPs to waive their own parliamentary immunity is not widespread (Poland and Switzerland) and is sometimes limited to minor offences (summary offences in Hungary) or to specific offences (defamation in Ireland and the United Kingdom). Under Poland's Constitution MPs have the right to consent to criminal proceedings. In

Switzerland the Federal Assembly Act gives MPs the right to consent in writing to be prosecuted or arrested.

53. In most of the Contracting States no provision is made for MPs to forgo their immunity of their own free will because immunity is a privilege granted not to MPs on an individual basis but to Parliament, to guarantee its smooth operation. In France provisions governing immunity are traditionally a matter of public policy and MPs cannot renounce it. Any act that violates parliamentary immunity is considered null and void. The question of immunity must be raised by a judge. A similar approach has been adopted in the European Parliament, where renunciation of immunity has no legal effect.

**(d) Conclusion**

54. This comparative presentation does not reveal any uniform pattern of existing parliamentary practice. It is worth noting, however, that a majority of European countries have recognised parliamentary immunity and incorporated it in their constitutional systems as an essential factor in the smooth functioning of the legislature.

55. There are nevertheless marked differences in the nature and scope of the protection inviolability offers MPs. They reflect the different political and historical experiences of the States, and often illustrate the needs that underlie inviolability. It would appear that the scope of this privilege, which is considered as an inextricable part of the separation of powers, the autonomy of Parliament or the protection of the parliamentary opposition, is defined in each State in keeping with the degree of autonomy necessary for Parliament to be able to fulfil its duties.

## THE LAW

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

56. The applicant complained that he had been deprived of his right to a fair trial and of the resulting restrictions on the rights of the defence, in that he had been deprived of the opportunity to clear his name. He relied on Article 6 § 1 of the Convention, which reads as follows:

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

57. The Government rejected that argument.

## A. Applicability of Article 6 § 1 of the Convention

### 1. *The Chamber judgment*

58. The Chamber unanimously found that Article 6 § 1 was applicable, after pointing out that in *A. v. the United Kingdom* (no. 35373/97, ECHR 2002-X), *Cordova v. Italy (no. 1)* (no. 40877/98, ECHR 2003-I), *Cordova v. Italy (no. 2)* (no. 45649/99, ECHR 2003-I) and *Tsalkitzis v. Greece* (no. 11801/04, 16 November 2006) the Court had affirmed the principle of reviewing the compatibility of immunity from prosecution with the right to a court enshrined in Article 6 § 1. Seeing no reason to depart from that approach in this case, which concerned “a criminal charge” against the applicant, the Chamber considered that the procedure at issue fell within the scope of Article 6 § 1 (Chamber judgment, §§ 62-63).

### 2. *The parties' submissions*

#### (a) **The applicant**

59. The applicant alleged that the accusations against him were likely to harm his reputation and his career as a lawyer and an MP. Similarly, the suspension of the proceedings against him and the resulting uncertainty were likely to discredit him in the public eye. The press regularly published a list of MPs in respect of whom requests had been made to lift their immunity, and his name was on that list alongside the names of people he alleged were guilty of corruption.

60. The applicant further submitted that his right of access to a court had been impaired by the majority group in the National Assembly. He argued that the right to a fair trial implied the effective possibility of having one's case heard by a court. In the instant case, however, if that possibility existed, it was purely hypothetical and it had not been open to him in practice. Since his election his case had been pending without any final decision being reached, depriving him of his right to a trial within a reasonable time. The fact that the proceedings had been pending since his election, and would have been so for nine years by the time he ceased to be an MP, had compromised his reputation and his political career.

#### (b) **The Government**

61. The Government submitted that this case had no precedent in the Court's case-law, so that the principles it had established in *Cordova (no. 1)* and *(no. 2)* and *Tsalkitzis*, cited above, and *De Jorio v. Italy* (no. 73936/01, 3 June 2004) were not applicable to the present case.

62. They also argued that the applicant's civil rights to respect for his honour and reputation had not been impaired by the stay of the criminal proceedings. Basing themselves on the *Helmers v. Sweden* judgment (29 October 1991, § 29, Series A no. 212-A), they submitted that if the criminal proceedings had not been stayed, it would only have been possible to rule on the claimant's civil rights. Furthermore, prior to the staying of the prosecution nothing had occurred that might have given the impression that the accusations against the applicant were substantiated, and no such thing had been suggested in the media. His re-election for a second term showed that his good name and reputation had not been affected by the proceedings against him. In any event, if the public knew about the proceedings they also knew that the accusations against the applicant did not concern corruption. So the applicant's fears on that score were unjustified.

63. The Government also referred to the *Deweert v. Belgium* judgment (27 February 1980, § 49, Series A no. 35), in which the Court agreed with the Commission's opinion that the right to a court, as enshrined in the first paragraph of Article 6 of the Convention, was subject to implied limitations, two examples of which were the decision not to prosecute and the discontinuance of the proceedings. According to the Government, it followed that the claimant could not claim the right to have the criminal proceedings continued. To acknowledge that the applicant, as the defendant, might have the right to obtain the continuation of the proceedings when even the complainant had no such right, would be stretching the limits of the right of access to a court.

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

#### (a) **Precedents**

64. The Court has already examined several cases concerning the immunity from legal proceedings granted to members of national parliaments in relation to the right to a fair trial (see, for example, *A. v. the United Kingdom*, *Cordova (no. 1)*, *Cordova (no. 2)*, and *Tsalkitzis*, all cited above; and, more recently, *C.G.I.L. and Cofferati v. Italy*, no. 46967/07, 24 February 2009). The cases it has examined all concerned the right of persons who considered they had been wronged by the words or deeds of an MP to take court action. They complained before the Court that parliamentary immunity obstructed the work of the national courts, preventing civil complaints from being brought before a judge. Article 6 was therefore applicable.

65. Through this jurisprudence the Court, acknowledging the applicability of Article 6, verified the conformity of parliamentary

immunities with the Convention, against the benchmark of the right to a court guaranteed by the Convention. It was an opportunity for the Court to temper the effects of the immunity from legal proceedings enjoyed by MPs by establishing the principle that it would not be consistent with the rule of law in a democratic society if a State could remove from the jurisdiction of the courts a whole range of civil claims or confer immunities from civil liability on large groups or categories of persons (see *A. v. the United Kingdom*, cited above, § 63; *Cordova (no. 1)*, cited above, § 58; *Cordova (no. 2)*, cited above, § 59; and *Tsalkitzis*, cited above, § 46).

66. There is no denying, however, that the facts of the instant case differ considerably from those in the above-mentioned cases. For the first time the Court is faced with a case where the beneficiary of the parliamentary inviolability has complained that his inviolability prevented him from being tried. The nature of the rights at issue and the complaint the Court must judge are thus substantially distinct from those it has examined to date. It is no longer a matter of the “civil” rights or claims of third parties, but of the right of an MP accused of a criminal offence to have his case heard by a court. This application therefore raises a new legal issue.

**(b) The nature of the right concerned**

67. The Court notes that the applicant has two sets of criminal proceedings pending against him which were instituted prior to his election to Parliament. Because of his parliamentary inviolability, both sets of proceedings were stayed, one at the prosecution stage and the other during the trial. It should be remembered in this context that the right of everyone charged with a criminal offence to have his case heard by a court is not absolute but subject to implied limitations (of which *Deweer*, cited above, § 49, which refers to the Commission’s report of 5 October 1978, Series B no. 33, § 58, gives two examples: the decision not to prosecute and the discontinuance of the proceedings).

68. While there is no right under Article 6 of the Convention to a particular outcome of criminal proceedings or, therefore, to a formal conviction or acquittal following the laying of criminal charges (see *Withey v. the United Kingdom* (dec.), no. 59493/00, ECHR 2003-X), there is indisputably a right to have one’s case heard by a court within a reasonable time once the judicial process has been set in motion. That right is based on the need to ensure that accused persons do not have to remain too long in a state of uncertainty as to the outcome of the criminal accusations against them (see *Stögmüller v. Austria*, 10 November 1969, § 9, Series A no. 9, and *Wemhoff v. Germany*, 27 June 1968, § 18, Series A no. 7).

69. Parliamentary inviolability, it should be remembered, is merely a procedural arrangement; it does not absolve an MP of liability for the consequences of his actions. Nor does it terminate the proceedings against the applicant, it just suspends them. As time ceases to run for the purposes of limitation when criminal proceedings are suspended because of parliamentary immunity (see paragraphs 30 and 34-36 above), the course of justice is simply delayed until the accused ceases to be an MP, when the proceedings against him can be resumed. In the instant case the applicant has therefore had criminal accusations pending against him for over six years.

70. However, the vicissitudes of criminal proceedings that remain pending for too long generally also harm the reputation of the alleged offender. The person's situation is thus necessarily affected when criminal accusations remain pending against them for a long period. That being so, there is no doubt that what is at issue in the instant case is the applicant's right to have his case heard within a reasonable time, which is an inherent element of the right to a fair trial under Article 6 of the Convention (see *Deweer*, cited above, § 48). It must therefore be concluded that Article 6 § 1 of the Convention is applicable.

## **B. Compliance with Article 6 § 1**

### *1. The Chamber judgment*

71. The Chamber found by four votes to three that there had been a violation of Article 6 § 1, after having held that the arrangements for implementing parliamentary inviolability and the procedure for lifting it had undermined the effectiveness of the applicant's right of access to a court to an extent that could not be considered proportionate to the legitimate aim pursued (Chamber judgment, §§ 94 and 95).

### *2. The parties' submissions*

#### **(a) The applicant**

72. The applicant agreed that MPs must have freedom to express themselves and to act and did not dispute the legitimacy of the system of parliamentary immunity as instituted by the Turkish Constitution when that was the purpose it served. He also accepted that Parliament should enjoy a margin of appreciation in the matter. He submitted, however, that this protection was afforded by immunity in the sense of non-liability, which was not the object of his application. His application was limited to the question of immunity in the sense of "inviolability". He complained of the

abuses of this system which obstructed criminal proceedings and prevented MPs from waiving their immunity in order to protect themselves against attacks on their reputation. In this case he submitted that there were no public-interest considerations and no social need that warranted the refusal to lift his immunity.

73. The applicant also criticised the parliamentary procedure for lifting immunity and in particular its length. He argued that decisions concerning parliamentary immunity were adopted in a general, automatic manner, with no consideration of the specific characteristics of each case. No objective criteria were taken into account when applications for the lifting of parliamentary immunity were examined. In his opinion such a practice was not in keeping with the principles of democracy and the rule of law as it was capable of undermining the respect owed to Parliament, and its efficacy. According to the applicant, while the failure to lift his immunity appeared to be the work of the National Assembly, it was in fact the result of government directives, issued by the parliamentary majority. The legislative, he argued, was thus under the influence of the executive.

74. Furthermore, at the hearing before the Court the applicant had pointed out the negative consequences, in terms of corruption, of the scope of parliamentary immunity in Turkey, submitting that it contributed to making Parliament a refuge from criminal conviction or prosecution. In the course of the 22nd Parliament the plenary Assembly had decided to suspend the examination of all requests for the lifting of immunity for the duration of the parliament. According to the applicant, MPs from the majority, because of personal and political apprehensions, abused their position in the majority, using parliamentary privilege to avoid any risk in the event of requests to lift their own immunity, thereby diverting immunity away from its real purpose. Lastly, in his oral submissions he had stated that his party had made an electoral promise to do away with parliamentary inviolability in so far as it protected MPs from prosecution for shameful crimes and that he intended to keep that promise.

**(b) The Government**

75. The Government pointed out that the Court had already acknowledged the legitimacy of parliamentary immunity, submitting that immunity helped to protect political activities, maintain pluralism in Parliament and enable Parliament to function smoothly. They submitted that the strictly narrow interpretation, adopted in the *Cordova (no. 1)* and *Cordova (no. 2)* cases cited above, of the extent of the restriction on

criminal proceedings as a result of parliamentary immunity could not apply in the present case. That would amount to considering that any system of parliamentary immunity providing for the suspension of criminal proceedings violated the right of access to a court, which would leave no room at all for parliamentary immunity and would oblige the States Parties not to grant it.

76. The Government also submitted, having regard to the list of the offences at the origin of the requests to lift parliamentary immunity received during the last parliament, that immunity could not be said to be one of the major problems in the battle against corruption. They also challenged the Chamber's argument that there was a lack of criteria governing the taking of decisions concerning the lifting of parliamentary immunity, arguing that such criteria had been developed through parliamentary practice and constitutional case-law. Thus, if immunity was to be lifted the accusation had to be genuine, serious and not politically motivated; public opinion had to have been affected by the criminal proceedings and it must have become necessary to lift the immunity in order to protect the honour and dignity of the MP concerned; and lastly, the accusation must not fall within the scope of the freedom of expression and opinion guaranteed by the first paragraph of Article 83 of the Constitution.

77. Lastly, the Government submitted that the scope of parliamentary immunity in respect of acts committed prior to and during an MP's term of office fell within the margin of appreciation of the State. When the essence of the right of access to a court was guaranteed in cases concerning parliamentary immunity, as in the present case, the limitation by the Court of the scope of that immunity would be an unjustified denial of the margin of appreciation of the States. They argued that the national parliaments were best placed to determine the scope of parliamentary immunity. The same arguments applied to decisions whether to lift an MP's immunity, and to assessing the consequences of lifting or not lifting immunity. If this were not the case, the independent discretionary powers of the national parliaments would be threatened.

78. If the Court, in its judgment, were to permit MPs individually to request and obtain the lifting of their immunity, it would put pressure on other MPs to waive their immunity, which would not be a good thing for pluralist democracy. The Government invited the Court to weigh up the negative effects of depriving MPs of their immunity, which protected them in the performance of their legislative duties.

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

#### (a) **General principles**

79. The right of access to a court secured by Article 6 § 1 of the Convention is not absolute, but may be subject to limitations; these are permitted by implication since the right of access by its very nature calls for regulation by the State. In this respect, the Contracting States enjoy a certain margin of appreciation, although the final decision as to the observance of the Convention's requirements rests with the Court. It must be satisfied that the limitations applied do not restrict or reduce the access left to the individual in such a way or to such an extent that the very essence of the right is impaired. Furthermore, a limitation will not be compatible with Article 6 § 1 if it does not pursue a legitimate aim and if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be achieved (see *Waite and Kennedy v. Germany* [GC], no. 26083/94, § 59, ECHR 1999-I). The right of access to a court is impaired when the rules cease to serve the aims of legal certainty and the proper administration of justice and form a sort of barrier preventing the litigant from having his or her case determined on the merits by the competent court (see *Tsalkitzis*, cited above, § 44).

80. The Court has already held that when a State affords immunity to its MPs, the protection of fundamental rights may be affected (*ibid.*, § 45). That does not mean, however, that parliamentary immunity can be regarded in principle as imposing a disproportionate restriction on the right of access to a court as embodied in Article 6 § 1. Just as the right of access to a court is an inherent part of the fair trial guarantee in that Article, so some restrictions on access must likewise be regarded as inherent, an example being those limitations generally accepted by the Contracting States as part of the doctrine of parliamentary immunity (see *A. v. the United Kingdom*, cited above, § 83).

81. The Court has already acknowledged that the long-standing practice for States generally to confer varying degrees of immunity on parliamentarians pursues the legitimate aims of protecting free speech in Parliament and maintaining the separation of powers between the legislature and the judiciary (see *A. v. the United Kingdom*, cited above, §§ 75-78; *Cordova (no. 1)*, cited above, § 55; *Cordova (no. 2)*, cited above, § 56; and *De Jorio*, cited above, § 49). Different forms of parliamentary immunity may indeed serve to protect the effective political democracy that constitutes one of the cornerstones of the Convention system, particularly where they protect the autonomy of the legislature and the parliamentary opposition.

82. The Court further notes that the regulation of parliamentary immunity belongs to the realm of parliamentary law, in which a wide margin of appreciation is left to member States. That being so, the creation of exceptions to parliamentary immunity, the application of which depended upon the individual facts of any particular case, would seriously undermine the legitimate aims pursued (see *A. v. the United Kingdom*, cited above, § 88).

83. However, from the point of view of its compatibility with the Convention, the broader an immunity, the more compelling must be its justification (*ibid.*, § 78). Indeed, the lack of any clear connection with parliamentary activity requires the Court to adopt a narrow interpretation of the concept of proportionality between the aim sought to be achieved and the means employed. This is particularly so where the restrictions on the right of access stem from the resolution of a political body (see *Tsalkitzis*, cited above, § 49). Thus, where a personal quarrel was involved it would not be right to deny someone access to a court purely on the basis that the quarrel might be political in nature or connected with political activities (see *Cordova (no. 1)*, cited above, § 62; *Cordova (no. 2)*, cited above, § 63; and *De Jorio*, cited above, § 53).

84. Although they were formulated in a different context and cannot be transposed as such to the present case, the Court considers that the criteria and principles thus developed in its case-law for verifying the compatibility of MPs' immunity from jurisdiction with the right to a court can guide it in its assessment of the circumstances of the instant case.

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

85. First of all, the Court notes that although the Turkish constitutional system guarantees MPs both non-liability and inviolability, the instant case concerns only the latter aspect of parliamentary immunity. It also points out that it is not for the Court to rule *in abstracto* on the compatibility of the Turkish system of parliamentary inviolability with the Convention, but to ascertain *in concreto* what effect the application in this case of the provisions of the Constitution had on the applicant's right to a court under Article 6 of the Convention.

86. That being so, the applicant's general observations that parliamentary inviolability in Turkey hinders the fight against corruption, like his allegations of abusive extension of the scope of the inviolability to serve MPs' personal needs, have no bearing on the application before it. The same applies to the electoral promise to do away with parliamentary inviolability to which he refers.

87. It is not for the Court to rule in an abstract manner on the constitutional definition or the scope of the protection the States accord their MPs. The only thing the Court must determine here is to what extent parliamentary inviolability may be considered, in the circumstances of the present case, to amount to a legitimate and proportionate limitation of the applicant's right to have his case heard by a court as secured under Article 6 § 1.

88. The Court has already found that the inherent characteristics of the system of parliamentary immunity and the resulting derogation from the ordinary law pursue the aim of allowing free speech for representatives of the people and preventing partisan complaints from interfering with parliamentary functions (see *A. v. the United Kingdom*, cited above, §§ 75-77; *Cordova (no. 1)*, cited above, § 55; *Cordova (no. 2)*, cited above, § 56; and *De Jorio*, cited above, § 49). In the instant case, however, it notes that the applicant accepts the legitimacy of parliamentary immunity only in so far as it serves to protect the freedom of speech of MPs in the performance of their duties, but rejects it in respect of actions unconnected with parliamentary duties.

89. The Court notes in this connection that the Turkish Constitutional Court has already ruled on the legitimacy of parliamentary inviolability as instituted under Article 83 of the Constitution, stating that the intention of this immunity was to allow those responsible for legislative duties to carry them out in the knowledge that they were “safely sheltered ... from all worry and pressure” and to make sure that MPs “are not prevented, even temporarily, from fulfilling their functions by arbitrary criminal proceedings” (see paragraph 33 above).

90. In these conditions the Court considers that the finding in the cases cited above concerning the legitimacy of the aims pursued by parliamentary immunity also applies to the present case. It considers that the guarantees offered by both types of parliamentary immunity (non-liability and inviolability) serve the same need – that of ensuring the independence of Parliament in the performance of its task. Without a doubt, inviolability helps to achieve the full independence of Parliament by preventing any possibility of politically motivated criminal proceedings (*fumus persecutionis*) and thereby protecting the opposition from pressure or abuse on the part of the majority.

91. The Court further recognises that bringing proceedings against MPs, together with the coercive measures that may entail, may affect the very functioning of the Assembly of which they are members and disrupt Parliament's work. In this sense it recognises the institutional aim of this prerogative, which is to guarantee the smooth functioning and the integrity

of Parliament. In these conditions the Court cannot but recognise the legitimacy, relied on by the Government (see paragraphs 75 and 78 above), of the aim pursued by this exception to the ordinary law.

92. However, the Court agrees with the Chamber's finding (Chamber judgment, § 83) that having established the legitimacy of parliamentary inviolability, the Court cannot arrive at any conclusion concerning its compatibility with the Convention without considering the circumstances of the case. It must first assess the proportionality of the measure in relation to the applicant's rights under Article 6 of the Convention. No matter how legitimate the justifications for parliamentary inviolability, in practice it protects not only the constituent powers but also individual MPs against any judicial proceedings or criminal conviction while they are members of parliament. In the particular circumstances of the present case, however, the protection concerned did not serve the interests of its beneficiary, who wanted it lifted.

93. In this context the Court must verify whether parliamentary inviolability as implemented by the Turkish Parliament has restricted the applicant's right under Article 6 of the Convention in such a way or to such a degree that its very essence is impaired. Verifying the proportionality of the measure means taking into account the fair balance which has to be struck between the general interest in preserving Parliament's integrity and the applicant's individual interests. In so doing the Court must pay particular attention to the scope of the inviolability in the instant case. In particular it is for the Court to examine whether or not the provision of the Constitution, in the circumstances of the instant case, led to a denial of justice. The Court must not lose sight of the fact that Article 6 § 1 must be read in the light of the fundamental principle which forbids the denial of justice (see *Golder v. the United Kingdom*, 21 February 1975, § 35, Series A no. 18).

94. The Court reiterates in this connection that when examining the question of the compatibility of parliamentary immunity with the rights guaranteed by the Convention it has attached importance to the extent to which the offence of which the MP is accused is linked to his parliamentary duties in their strict sense (see, among other authorities, *Cordova (no. 1)*, cited above, § 63; *Cordova (no. 2)*, cited above, § 64; and *De Jorio*, cited above, § 54). Having regard to the very nature of parliamentary inviolability, the Court nevertheless considers that the same approach cannot be taken in the present case.

95. In most constitutional systems inviolability protects MPs against judicial proceedings in respect of acts not related to their parliamentary duties. In this case the criminal proceedings brought against the applicant

concern personal acts committed prior to his election to Parliament. It must be remembered in this context that the exemptions that characterise parliamentary inviolability are intended to protect – above and beyond individual MPs – the integrity of the national parliament. That being so, it is in relation to the need to preserve the institutional purpose of parliamentary inviolability that the effect on the applicant’s rights of the manner in which inviolability was applied in his case must be examined: the less the protective measure serves to protect the integrity of Parliament, the more compelling its justification must be.

96. The Court emphasises in addition that while its role is to assess the limits of parliamentary immunity with regard to the rights enshrined in the Convention, decisions whether or not to lift immunity indubitably fall within the margin of appreciation of the States and it is not for the Court to substitute its own assessment for that of the national authorities as to whether immunity is necessary or appropriate in a given case. Provided that parliamentary practice is in keeping with the imperatives of the rule of law as embodied in the Convention, it is not the Court’s role to serve as a supervisory mechanism for verifying the appropriateness of the choices made by parliamentary authorities in the matter.

97. In order to make sure that the rule of law has been respected, the first step is to examine the institutional configuration of the system of parliamentary inviolability in Turkish law and the conditions of its implementation. The Court reiterates in this regard that inviolability is not a personal privilege for the benefit of the MP but rather a privilege linked to his or her status, which is why it cannot be waived by the beneficiary (see paragraphs 32 and 33 above). It is true that the inviolability enjoyed by Turkish MPs appears to be broader in many respects than that enjoyed by MPs in certain other Contracting States (see paragraphs 45-53 above). In particular, it covers criminal offences they allegedly committed before their election as well as those allegedly committed during their term in Parliament, and protects them from arrest, questioning, detention and judicial proceedings (see paragraph 30 above).

98. The Court considers, however, that the scope of the protection thus afforded cannot be deemed to be excessive in itself. Parliamentary inviolability in Turkey is relative; not only is it limited in time to the duration of the MP’s term but it is also subject to an exception, in that it may be lifted. It also applies only to criminal matters, which means that Turkish MPs are not protected against civil actions. Nor does it apply in certain cases of *flagrante delicto* or specific crimes against the regime or the State (see paragraph 30 above). Furthermore, while the scope of parliamentary inviolability in Turkey is more broadly defined, it does not seem to be at

odds with the solutions adopted in most European parliamentary systems (see paragraphs 44-55 above).

99. In the circumstances of the present case, however, the institution as described has clearly had the effect of preventing criminal proceedings against the applicant from taking their full course. The applicant's interest in this respect must be weighed against his right to a court and not against any right to have his immunity lifted at his request. Such decisions are a matter for the internal proceedings of Parliament and therefore fall within that body's sphere of competence alone. The Court's role is to examine whether the parliamentary procedure followed is compatible with the rights guaranteed by the Convention.

100. In the present case the Court notes that the parliamentary procedure for examining requests to lift immunity is defined and regulated by Article 83 of the Constitution and Rules 131 to 134 of the Rules of Procedure of the National Assembly, which lay down the procedure to follow (see paragraphs 30 and 32 above). The procedure in question also appears to be subject to certain formalities which secure respect for the rights of the defence at every stage of the decision-making process and a right of appeal against the decisions taken by the relevant parliamentary bodies (see paragraphs 31 and 32 above). Indeed, in the present case the applicant had the possibility of exercising the rights thus guaranteed by filing an objection to the decisions to suspend the criminal proceedings against him (see paragraphs 15, 22 and 27 above).

101. As to the applicant's arguments that the decision-making procedure lacked clarity, the Court points out that the machinery for implementing parliamentary liability by a decision to lift or not to lift immunity is one of the ways in which Parliament exercises its autonomy. The decisions taken in the matter by parliamentary bodies, which are political bodies by definition, are therefore political decisions by nature and not court decisions, so they cannot be expected to satisfy the same criteria as court decisions when it comes to giving reasons.

102. Furthermore, the lists submitted by the parties concerning the requests for the lifting of immunity pending before the 22nd Parliament and at the start of the 23rd Parliament (see paragraphs 26 and 37 above) show the existence of a constant trend in the practice of the parliamentary bodies concerned since the election of the 22nd Parliament not to grant any request to lift an MP's immunity. As this practice is applied without distinction both to members of the majority and to those of the opposition, Parliament's decisions not to allow requests for the lifting of immunity are free of any personal considerations (*intuitus personae*), be it with regard to the personality of the interested party or to his political convictions. The

procedure followed in the present case thus seems to have been devoid of any discriminatory or arbitrary character.

103. The Court notes, nevertheless, that the applicant also complains about the time taken to examine his requests to have his immunity lifted, which amounted in his opinion to an abuse of process and led to a denial of justice. It is worth noting here, in the light of both the provisions of domestic law and parliamentary practice in the matter, that while the examination of the requests by the relevant parliamentary committees is limited in time by predefined deadlines (see paragraph 32 above), that is not the case once they have been transferred to the plenary Assembly.

104. In the instant case the Court cannot ignore the fact that the applicant has had criminal accusations hanging over him for over six years, and the situation could remain the same until he ceases to be an MP. There is therefore no denying that the uncertainty inherent in any criminal proceedings has been accentuated in this case by the impugned parliamentary procedure, as the delays it has caused have resulted in equivalent delays in the criminal proceedings.

105. However, while the Chamber found that such a delay was prejudicial to the applicant (Chamber judgment, § 91), the Grand Chamber is unable to ignore the special nature of the applicant's status and the specificity of the impugned procedure. The Grand Chamber considers that the connection between the MP's parliamentary immunity and his status is a fundamental aspect of the matter at issue.

106. It should be noted here that the criminal proceedings at the origin of the applicant's complaint were brought against him before he stood for election to Parliament. As a lawyer he could not have been unaware of the consequences his election would have on the proceedings in question. In standing for election, then standing for a second term, he was aware that his special status would delay the outcome of the criminal proceedings against him. He also knew that because of his status he would not be able to waive his inviolability or have it lifted merely at his request (see paragraph 32 above).

107. Having regard to the unusual complaint before it, in which immunity is perceived not as an advantage for the beneficiary but as a disadvantage linked to parliamentary office, the Court finds that the degree of prejudice suffered is also a factor to be taken into account in determining the impact of the delay, inherent in MP status, on the applicant's right to have his case heard by a court. Examining that factor requires analysis of the context.

108. In the present case the Court considers it important when assessing any prejudice suffered by the applicant to bear in mind that the impugned

delay is the time taken by the parliamentary procedure for examining requests for the lifting of immunity and not the time taken to complete criminal proceedings as such. In the instant case there is no reason to consider that the applicant will not be able to have a fair trial when he ceases to be an MP. The parliamentary procedure does not appear to adversely affect that possibility in any way, particularly as it has no effect on the presumption of innocence to which all accused persons are entitled. Sight should not be lost here of the fact that the decisions taken by parliamentary bodies in this connection serve no penal or repressive purpose but are aimed in principle – as the lifting of immunity is generally refused – at protecting MPs rather than harming them.

109. In the present case, not only is the obstruction to criminal proceedings as a result of parliamentary inviolability only temporary, but in principle Parliament does not intervene at all in the course of justice as such. In this case, when examining the applicant's request to lift his immunity Parliament seems only to have considered whether inviolability, as a temporary obstacle to judicial action, should be lifted immediately or whether it was preferable to wait until the end of the applicant's term in Parliament. The effect was thus merely to suspend the course of justice, without influencing it or taking part in it.

110. As to the applicant's allegations that the proceedings against him had tarnished his reputation, the Court points out that it is in the very nature of this form of prejudice to manifest itself as soon as an official accusation is lodged. In this case, however, there is no doubt in the Court's mind that the applicant's honour and reputation were protected by respect for the principle of the presumption of innocence.

111. In the light of the above, the Court considers that while the delay inherent in the parliamentary procedure did affect the applicant's right to have his case heard by a court, in delaying the proceedings it did not, in the instant case, impair the very essence of that right. As it is limited in time and covered by special rules concerning, *inter alia*, the suspension of the running of time for the purposes of limitation, the impugned immunity merely constitutes a temporary procedural obstacle to the criminal proceedings, by no means depriving the applicant of the possibility of having his case tried on the merits.

112. With regard to the requirements of the rule of law, however, the type of immunity associated with the applicant's status as an MP is valid only because of the legitimacy of the aims pursued, namely, to preserve the integrity of Parliament and protect the opposition. The Court acknowledges that the applicant's inability in this case to waive his inviolability falls within the scope of the legitimate aims thus defined (see paragraphs 90 and 91

above). In that sense it accepts that individual renunciation by the applicant is no substitute for a decision of the National Assembly.

113. Lastly, as the right to obtain a judgment in respect of criminal accusations is not absolute, in particular when there is no fundamental irreversible detrimental effect on the parties, the Court considers that in the circumstances of the instant case the failure to lift the applicant's parliamentary immunity did not impair his right to a court to a degree disproportionate to the legitimate aim pursued.

114. Consequently, the Court finds that there has been no violation of Article 6 § 1 of the Convention.

### FOR THESE REASONS, THE COURT

*Holds*, by thirteen votes to four, that there has been no violation of Article 6 § 1 of the Convention.

Done in English and in French, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 3 December 2009.

Vincent Berger  
Jurisconsult

Jean-Paul Costa  
President

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

- (a) concurring opinion of Judge Malinverni;
- (b) dissenting opinion of Judge Bonello joined by Judges Zupančič and Gyulumyan;
- (c) dissenting opinion of Judge Power.

J.-P.C.  
V.B.

## CONCURRING OPINION OF JUDGE MALINVERNI

(*Translation*)

I found, with the majority, that there was no violation of Article 6 § 1 of the Convention in the present case; at the same time, however, I am not entirely satisfied with that finding.

If I voted for a finding of no violation it was mainly because, in my view, the scope of the immunity afforded to members of parliament (MPs) falls within the margin of appreciation left to the States and it is not for the Court to substitute its own assessment in order to determine whether or not immunity is necessary or appropriate in a given case.

Clearly, however, the inviolability enjoyed by Turkish MPs generally appears broader in scope than that enjoyed by their counterparts in most other States. In particular, it also covers acts committed prior to their election to Parliament. On this subject, however, the Court has already had occasion to say that the application of a rule of absolute parliamentary immunity cannot be said to exceed the margin of appreciation allowed to States in limiting an individual's right of access to a court (see *A. v. the United Kingdom* [GC], no. 35373/97, § 87, ECHR 2002-X).

The conditions governing the *lifting* of parliamentary immunity also vary from one country to another. In several States the decision to lift an MP's parliamentary immunity is purely a matter of policy, which means that Parliament uses its power of discretion and it alone is able to determine what may or may not be done against its sovereignty and independence. In practice, however, certain criteria have been developed, so that the decision does not appear arbitrary.

However, a look at the provisions that regulate the procedure for lifting parliamentary immunity in Turkey, namely, Article 83 of the Constitution and Rules 131 to 134 of the Rules of Procedure of the National Assembly, reveals that no objective criteria have been established to define the conditions for lifting immunity. This void has actually been confirmed by Turkey's Constitutional Court (Chamber judgment, §§ 32 and 88). Consequently, in the light of the materials in the case file, the joint committee does not appear to have given reasons for its decision to suspend the criminal proceedings against the applicant.

The effect of this lack of reasons, combined with the lack of clearly defined objective criteria as regards the conditions for lifting immunity, was to deprive the applicant of the means of defending his rights and of the possibility of knowing on what basis the National Assembly, the body

ultimately responsible for deciding whether to lift parliamentary immunity, would adopt its decision (Chamber judgment, § 89).

Furthermore, the applicant's request remained on the Assembly's agenda for a long time, without any decision being pronounced. The procedure for lifting immunity in Turkey therefore appears not to be subject to any requirement for prompt action. The applicant may well, therefore, have seen the lack of a decision concerning the lifting of his immunity as a tactic designed to delay the court action.

The opacity of the decision-making process concerning the lifting of parliamentary immunity in Turkey is thus open to criticism. The procedure, which appears devoid of any objective criteria defining the conditions for lifting immunity, and the inertia shown by the competent authorities, who failed to reply to the applicant's request for many months, are certainly not satisfactory.

Lastly, and above all, although it is not widespread and is sometimes limited to minor offences (see paragraph 52 of the judgment), the possibility for MPs *to waive their parliamentary immunity of their own free will* is an avenue worth exploring. In a case like the present one, this possibility would afford the person concerned the benefit of two fundamental rights simultaneously – the right to be elected to Parliament, enshrined in Article 3 of Protocol No. 1, and the right to be judged, guaranteed by Article 6 – instead of them being mutually exclusive (see the dissenting opinion of Judge Bonello, joined by Judges Zupančič and Gyulumyan).

This possibility should be encouraged all the more in so far as, unlike *non-liability*, the very principle of *inviolability* is increasingly being called into question nowadays, to the point where, in some States, it has quite simply disappeared from the system of protection afforded to MPs<sup>1</sup>.

---

1. See the Venice Commission's Report on the regime of parliamentary immunity of 4 June 1996 (CDL-INF (96) 7, §§ 59 et seq.).

## DISSENTING OPINION OF JUDGE BONELLO JOINED BY JUDGES ZUPANČIČ AND GYULUMYAN

I believe this judgment to be the very first in which a court of human rights has inferred that a person cannot claim the concurrent enjoyment of two fundamental human rights. I hope it is also the last.

As important as establishing what this case is about, is establishing what this case is *not* about. This application does not call on the Court to determine whether parliamentary immunity is compatible with the Convention and, if so, to what extent. Unlike all previous judgments on parliamentary immunity, this case examines the far narrower issue whether a member of parliament (MP) facing criminal charges can be prevented from renouncing his parliamentary immunity in order to have those criminal charges against him determined. The majority have ruled that it is not in the general interest to allow an MP to waive his immunity voluntarily to enable him to stand criminal trial.

I disagree radically with this conclusion. Unlike the majority, I voted for finding a violation of Article 6, in as much as I perceive far, but *far* more pressing social necessities in not obstructing the course of justice, in authorising an accused person to exercise his fundamental right of access to a court and to make use of his fundamental right to be tried within a reasonable time. Far more compelling values these, in my view, than first embalming and then enthroning a system of special privileges and immunities enjoyed always arbitrarily and often abusively.

The bare facts of the case are as follows. The applicant, an elected opposition member of the Grand National Assembly of Turkey, was formally charged in 2002 with insulting a lawyer and a public officer. He requested that his parliamentary immunity be lifted in order to stand trial, but both the joint committee of the National Assembly and the plenary Assembly discarded his requests and in substance stayed the criminal proceedings against the applicant until the dissolution of the then current Parliament. In 2007 the applicant was re-elected and this had the effect of stopping the continuation of criminal proceedings at least till 2011. Should the applicant then be re-elected, the criminal charges against him could not be terminated before 2015 – some fifteen years after he was first criminally charged.

Article 6 enshrines several fair trial guarantees. Among others, the right to be tried within a reasonable time and the right of access to a court. The applicant and the Court chose to examine the case as one primarily relating to the right of access – a right which is not absolute and can be restricted by general interest considerations.

My dissent relies on what I consider two self-evident reflections: firstly, that there exist no general interest considerations sufficiently compelling to deprive the applicant of his fundamental right of access to a court. Secondly, that the Court should have requalified the complaint as a denial of a fair hearing within a reasonable time, in view of the fact that those modest proceedings against the applicant for insult will last at least ten years and possibly much longer.

### **Article 6 – Right to a court v. general interest**

The ‘general interest’ considerations in favour of sustaining parliamentary immunity – even when the accused himself insists on renouncing it – in practice and in the year 2009 leave me tremendously unthrilled. Parliamentary immunity was born centuries ago with the laudable intent of shielding parliamentarians from the tyranny of the powerful; it has, over the years, more often than not morphed into the tyranny of some parliamentarians over those less powerful. In modern functional democracies, where parliamentarians need no longer tremble at the retribution of despots, parliamentary immunity has become far more conspicuous for protecting dishonest politicians from honest prosecutions than for protecting honest politicians from dishonest ones.

The paper virtues of parliamentary immunity, historically quite justifiable centuries ago, are, over the years, wearing quite threadbare. In well-adjusted democracies, politicians today need fear less the divine rights of kings than themselves abusing the divine wrongs of autocrats. This privilege encourages more parliamentarians to be strong against the weak rather than it shields the weak from the strong.

In its proportionality exercise, the Court had to balance out the right of any person eager to be tried when accused of criminal offences, against an ancient institute whose actual advantages appear far more theoretical than real, but whose actual abuse seems far more real than theoretical. The Court threw its weight in favour of Parliament being the exclusive arbiter of when, and if, immunity should be lifted. The Court backed the Turkish Grand National Assembly, which has unfettered discretion whether to waive the privilege without giving reasons, whether not to waive the privilege, again without giving reasons, or whether to take the day off – the constant being always: do not give reasons. Between safeguarding this unprincipled principle and safeguarding fundamental human rights, the Court has found this *kermesse* of arbitrariness worthy of a higher level of protection – not the Court’s sharpest contribution to the rule of law, and rather unimpressive if legal certainty is anywhere on your agenda.

Again, in the proportionality exercise, the Court failed to spare a thought for the rights of the two victims of the applicant MP's alleged insults. The frustration of the criminal proceedings against the applicant not only disregarded his own fundamental rights of access to a court and to be tried within a reasonable time, but also thwarted any expectations his alleged victims may have had of seeing some justice done. They too can wait till the year 2011 or 2015, praying fervently that the applicant is not re-elected as otherwise their expectations of justice somehow reawakening will be relegated to 2015. The Court has condemned the applicant to the status of perpetual suspect, and his accusers to waiting for their own Godot – under a semblance of serially postponed justice. Is there a social need so pressing as to deny the accused the right to vindicate his reputation, and his accusers the right to vindicate theirs? I have searched for it anxiously, but have so far failed to detect any trace of it. It is the Court's best kept secret.

What the Court seems to have factored into the proportionality exercise, and with some reverential awe, is the fact that the Grand National Assembly refuses to lift the immunity of MPs *from both sides of the house* with criminal charges against them. An even-handedness that inhibits the prosecution and the possible punishment of all suspected delinquents, whatever their political colour. The Court finds that laudable, and I respect its appreciation. But this is a non-discrimination that earns next to no points from me. I would not applaud discrimination between good and good, but can find minimal virtue in non-discrimination between bad and bad. This is more fraternity than equality, and with some liberties thrown in as well. It is like reading "Ali Baba and the Forty MPs" as a morality play<sup>1</sup>. We now have the good, the bad, and the Honourable.

I believe that the Court had the option to analyse the existence of a pressing social need from the other end of the telescope: had the applicant's immunity been lifted and the private proceedings for insult gone through the criminal courts, would parliamentary democracy in Turkey have received a blow so fatal that it could never have hoped to recover? Had the applicant been granted his request to face trial, would dire disaster have threatened the institutions? Had the Assembly allowed the Hon. Mr Kart to be tried, as he insisted, would a petrified world have witnessed the collapse of what good was left in a universe of evil? I have some problems with believing that Mr Kart's petty trial on charges of insult would have challenged the French Revolution for the title of political tsunami of the millennium. Ah, and

---

1. According to information furnished by the Government, there are 315 requests pending for the lifting of parliamentary immunity to authorise the continuation of criminal proceedings against MPs.

those thumping hoofs in the distance? The Horsemen of the Apocalypse, methinks.

I would have voted enthusiastically with the majority had they shown that allowing Mr Kart's trial meant flirting with some Holocaust Mark II. The Court was obviously and commendably concerned with the harmful repercussions Mr Kart's trial would have had on parliamentary rule. It would have been helpful had it pointed out which.

### **Article 6 – Right to be tried within a reasonable time**

This case was, in my view, improperly classified by the applicant as one calling in question the denial of his right of access to a court. The Court could, and should, have reclassified of its own motion the core issue of this case as that of denial of a fair trial within a reasonable time, rather than that of denial of access to a court. The Court has repeatedly (over fifty times) when the occasion arose, and in the interest of the protection of human rights, reclassified the substance of the issue to be determined<sup>1</sup>. Leaving the complaint in the domain of access to a court – an Article 6 right that is not absolute – compelled the Court to indulge in balancing the right of the applicant against the general interest – an exercise which would have been avoidable had the case been examined under its 'undue delay' profile.

Article 6 establishes that, in the determination of *any* criminal charge, *everyone* is *entitled* to a fair hearing within a reasonable time. It is the fundamental human right of every person charged with any criminal offence to have his trial held and concluded within a reasonable time. In the applicant's case, though he stands formally accused of criminal offences, his trial cannot be concluded before the lapse of at least ten years from the service of the criminal charges on him – possibly fifteen years and even more.

For this Court, a trial within a reasonable time from charges to final judgment has, so far, constituted a salient element in the cluster of fair trial rights. The guarantee is intended to protect any party to court proceedings against excessive procedural delays, and more specifically, in criminal matters, to avoid that a person charged should remain too long in a state of uncertainty about his or her fate<sup>2</sup>. The Court has repeatedly found violations of this right in trials that dragged on for periods far shorter than ten years. And yet the applicant's trial, lasting at least ten years and possibly much longer, effortlessly passed the Strasbourg test by default.

1. From the judgment *Handyside v. the United Kingdom* (7 December 1976, § 41, Series A no. 24) to the judgment *Errico v. Italy* (no. 29768/05, § 30, 24 February 2009).

2. *Stögmüller v. Austria*, 10 November 1969, p. 24, § 40, Series A no. 9.

In paragraph 113 the majority inserted a wholly novel and, in my view, reckless and hazardous proposition:

“... the right to obtain a judgment in respect of criminal accusations is not absolute, in particular where there is no fundamental irreversible detrimental effect on the parties ...”

Even were I to accept in principle this inroad in human rights protection (which I definitely do not) the “irreversible detrimental effect” of criminal proceedings lasting at least ten years speaks so loud it requires no assistance or amplification. How reversible are ten years that have already elapsed? How undetrimental is that? Again, it would have been helpful had the Court listed in any detail the specific evidentiary findings of fact on which it justified such a revolutionary rejection of the “reasonable time” imperative.

General interests, however prominent, should never be allowed to override the core Article 6 rights, such as being tried by an independent and impartial tribunal or receiving a fair hearing within a reasonable time. In doing so the Court would be ‘relativising’, perhaps for the first time, those core Article 6 guarantees, subjecting them to balancing exercises and to proportionality tests. I dread to believe that the time will ever come when the Court will uphold the trial of an accused by a partial tribunal in the pocket of the authorities on general interest grounds. And I would be very wary of a court that accepted an unfair trial held at the more delightful fringe of eternity because some social need so required. This would be the beginning of the slippery slope towards ensuring that Article 6 really becomes sterile and meaningless, a headlong rush not to miss an appointment with human rights figment and platitude.

### **Conflict of fundamental rights**

The reference to the applicant’s ‘implicit’ waiver to his core Article 6 rights contained in paragraph 106 verges on the cynical. The Court has found that in exercising his fundamental right to stand for Parliament, the applicant has waived his fundamental right to stand trial, and that, within a reasonable time.

This, I believe, is the very first time in its long history that the Court has, in substance, affirmed that to enjoy one fundamental right a person has to sacrifice the enjoyment of another. The right to be elected to Parliament is a fundamental right (enshrined in Article 3 of Protocol No. 1). So is the right to be tried within a reasonable time. Foolishly, the applicant expected to enjoy both rights, and the Court quickly disabused him of that illusion – it is either one or the other. Member of parliament? Forget about a trial. Want

to be tried? Wave your parliamentary mandate goodbye<sup>1</sup>. The Court has often had to limit the enjoyment of the human rights of one person when these come into collision with those of others. Never, in my experience, has an applicant been told implicitly that the Court applies the Convention on an *aut aut* basis. The Court has given Mr Kart a chance of trading in one birthright if he really desires to exercise the other. Wanting to enjoy one fundamental human right is tolerable; expecting to enjoy two is downright greedy.

---

1. See, *mutatis mutandis*, the partly dissenting opinion of Judge Spielmann joined by Judge Tulkens in *Lykourazos v. Greece*, no. 33554/03, ECHR 2006-VIII.

## DISSENTING OPINION OF JUDGE POWER

I have come to the same conclusion as Judge Bonello. The restrictions upon the applicant's rights of access to a court and his right to a trial within a reasonable time are, in my view, in violation of Article 6. The vindication of such core rights, on the facts of this case, would not have undermined the importance of the principle of parliamentary immunity. I would add the following brief remarks.

The case is not about the compatibility of parliamentary immunity *per se* with the Convention; nor is it about the extensive application of this principle which the respondent State, in its discretion, affords to members of parliament – effectively placing them, with limited exceptions, beyond the reach of criminal law even in respect of matters that are wholly unrelated to their work as parliamentarians. The case concerns whether the applicant ought to be entitled to lift the mantle of immunity which his public office confers upon him in order to have determined, within a reasonable time, outstanding criminal proceedings which were pending prior to his election and which are entirely unconnected with his work as a parliamentarian.

Parliamentary immunity is an important pillar in constitutional history and I accept that a wide margin of appreciation is left to member States in this regard. Important as that institution is, however, one must never lose sight of the purpose for which it was intended. An uncritical and unnecessary extension of the principle to matters wholly dissociated from public office risks jeopardising public confidence in the system of parliamentary democracy itself<sup>1</sup>. The more remote the shielded behaviour is from the duties of public office, the greater the justification must be for permitting the benefit of immunity to apply and, by extension, the more pressing the need to justify a refusal of its waiver where core human rights are at stake. Where the immunity operates in such a way as to afford protection from or bar access to the criminal courts in relation to matters that are entirely unconnected with public office then, in my view, the justification for refusing to waive it must be established, convincingly. Specific and objective criteria which could justify such a refusal are not to be found in this case.

I disagree with the majority's view concerning the effect of the "suspension" of justice (see paragraph 109 of the judgment) based, as it is, upon a certain blaming of the applicant for the deprivation of his rights under Article 6 (see paragraph 106 of the judgment). Essentially, he is obliged to choose

---

1. This is demonstrated by the findings of the Group of States against corruption (GRECO) Evaluation Team in its Report on Turkey of 10 March 2006 and which are set out in paragraph 40 of the Chamber's judgment in this case.

between two rights. The suspension of justice is a serious matter and, in my view, should not be required unless strictly necessary. Such necessity has not been established in this case. The rights of the applicant are capable of being vindicated without damaging or undermining the general interest which parliamentary immunity seeks to preserve.

MUÑOZ DÍAZ c. ESPAGNE  
*(Requête n° 49151/07)*

TROISIÈME SECTION

ARRÊT DU 8 DÉCEMBRE 2009<sup>1</sup>

---

1. Texte français original.



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Refus de reconnaître la validité d'un mariage rom en vue de l'attribution d'une pension de réversion****Article 14 de la Convention combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1**

*Discrimination – Refus de reconnaître la validité d'un mariage rom en vue de l'attribution d'une pension de réversion – Minorité nationale – Respect des biens – Croyances collectives d'une communauté culturellement bien définie – Consensus international – Obligation de prendre en compte les spécificités des personnes appartenant à des minorités nationales – Bonne foi de la requérante quant à la validité de son mariage – Attitude incohérente des autorités – Différence de traitement disproportionnée*

\*

\* \*

En 1971, la requérante et M.D., appartenant tous deux à la communauté rom, se marièrent selon les rites propres à leur communauté. Elle eut avec lui six enfants, qui furent inscrits dans le livret de famille délivré par l'administration espagnole. En 1986, la requérante et sa famille se virent reconnaître le statut de famille nombreuse, pour lequel la condition de conjoint était requise. En 2000, M.D. décéda. Il avait cotisé à la sécurité sociale pendant plus de dix-neuf ans et était titulaire d'une carte de bénéficiaire où la requérante figurait en tant qu'épouse. Après son décès, la requérante demanda à bénéficier d'une pension de réversion, qui lui fut refusée au motif qu'elle n'était pas l'épouse de M.D. au regard du droit civil. L'intéressée saisit alors la juridiction du travail et se vit accorder le droit de percevoir une pension de réversion. Le jugement fut infirmé par le tribunal supérieur de justice. Le recours d'*amparo* devant le Tribunal constitutionnel fut rejeté en 2007.

Article 14 de la Convention combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1 : du fait de l'appartenance de la requérante à la communauté rom et de sa qualité de conjointe de M.D., qui a été reconnue dans certains cas par les autorités espagnoles, les intérêts patrimoniaux de l'intéressée entrent dans le champ d'application de l'article 1 du Protocole n° 1, ce qui suffit pour rendre l'article 14 de la Convention applicable. La loi générale sur la sécurité sociale reconnaît le droit à une pension de réversion au conjoint survivant ainsi que le droit du conjoint de bonne foi à une pension de réversion en cas de mariage nul. La question qui se pose dans la présente affaire est celle de savoir si le fait pour la requérante de s'être vu dénier le droit de

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

percevoir une pension de réversion révèle un traitement discriminatoire fondé sur l'appartenance de l'intéressée à la minorité rom, par rapport à la façon dont la législation et la jurisprudence traitent des situations analogues, lorsque les intéressés croient de bonne foi à l'existence du mariage même si celui-ci n'était pas légalement valable. Lorsque la requérante se maria en 1971 selon les rites et traditions roms, il n'était pas possible en Espagne, sauf déclaration préalable d'apostasie, de se marier autrement que conformément aux rites du droit canonique de l'Eglise catholique. Or on ne pouvait exiger de la requérante, sans porter atteinte à son droit à la liberté religieuse, qu'elle se mariât légalement, à savoir selon le droit canonique en vigueur en 1971, lorsqu'elle manifesta son consentement pour se marier selon les rites roms. Certes, à la suite de l'entrée en vigueur de la Constitution espagnole de 1978, la requérante aurait pu se marier civilement. Elle soutient qu'en toute bonne foi elle croyait que le mariage célébré conformément aux rites et traditions roms entraînait tous les effets propres à cette institution. Les autorités n'ont d'ailleurs pas nié sa bonne foi. A cet égard, il convient de prendre en considération l'appartenance de la requérante à une communauté au sein de laquelle la validité du mariage selon ses propres rites et traditions n'a jamais été contestée ni considérée comme contraire à l'ordre public par les autorités nationales. Ainsi, la force des croyances collectives d'une communauté culturellement bien définie ne saurait être ignorée. De plus, un consensus international se fait jour au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe pour reconnaître les besoins particuliers des minorités et l'obligation de protéger leur sécurité, leur identité et leur mode de vie. Si l'appartenance à une minorité ne dispense pas de respecter les lois régissant le mariage, cela peut influencer sur la manière d'appliquer ces lois. En l'espèce, la conviction de la requérante quant à l'existence de sa condition de femme mariée, avec tous les effets inhérents à cet état, a indéniablement été renforcée par l'attitude des autorités, qui lui ont reconnu la qualité d'épouse de M.D. et, très concrètement, par la délivrance de certains documents de la sécurité sociale. Par conséquent, le refus de lui reconnaître la qualité de conjoint aux fins de l'obtention d'une pension de réversion contredit la reconnaissance préalable de cette qualité par les autorités dans d'autres situations. Ce refus a par ailleurs omis de tenir compte des spécificités sociales et culturelles de la requérante, comme l'exige la Convention-cadre du Conseil de l'Europe pour la protection des minorités nationales. Partant, cette situation constitue une différence de traitement disproportionnée par rapport au traitement donné, par la loi ou par la jurisprudence, à d'autres situations qui doivent être tenues pour équivalentes en ce qui concerne les effets de la bonne foi, tels que la croyance de bonne foi en l'existence de mariage nul. Enfin, la Cour ne saurait accepter la thèse du Gouvernement selon laquelle il aurait suffi à la requérante de se marier civilement pour obtenir la pension réclamée. En effet, l'interdiction de discrimination consacrée par l'article 14 de la Convention n'a de sens que si, dans chaque cas particulier, la situation personnelle du requérant par rapport aux critères énumérés dans cette disposition est prise en compte telle quelle. Une approche contraire, consistant à débouter la victime au

motif qu'elle aurait pu échapper à la discrimination en modifiant l'un des éléments litigieux – en l'occurrence, en se mariant civilement – viderait l'article 14 de sa substance.

*Conclusion*: violation (six voix contre une).

Article 41: la Cour a accordé à la requérante une somme pour l'ensemble des préjudices subis.

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

*Gaygusuz c. Autriche*, 16 septembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-IV

*Buckley c. Royaume-Uni*, 25 septembre 1996, *Recueil* 1996-IV

*National and Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society et Yorkshire Building Society c. Royaume-Uni*, 23 octobre 1997, *Recueil* 1997-VII

*Domalewski c. Pologne* (déc.), n° 34610/97, CEDH 1999-V

*Thlimmenos c. Grèce* [GC], n° 34369/97, CEDH 2000-IV

*Janković c. Croatie* (déc.), n° 43440/98, CEDH 2000-X

*Chapman c. Royaume-Uni* [GC], n° 27238/95, CEDH 2001-I

*Koua Poirrez c. France*, n° 40892/98, CEDH 2003-X

*Connors c. Royaume-Uni*, n° 66746/01, 27 mai 2004

*Kopecný c. Slovaquie* [GC], n° 44912/98, CEDH 2004-IX

*Stec et autres c. Royaume-Uni* (déc.) [GC], nos 65731/01 et 65900/01, CEDH 2005-X

*Stec et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 65731/01, CEDH 2006-VI

*D.H. et autres c. République tchèque* [GC], n° 57325/00, CEDH 2007-IV

*Burden c. Royaume-Uni* [GC], n° 13378/05, CEDH 2008

*Andrejeva c. Lettonie* [GC], n° 55707/00, CEDH 2009



**En l'affaire Muñoz Díaz c. Espagne,**

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

Josep Casadevall, *président*,  
Elisabet Fura,  
Corneliu Bîrsan,  
Boštjan M. Zupančič,  
Alvina Gyulumyan,  
Egbert Myjer,  
Luis López Guerra, *juges*,

et de Santiago Quesada, *greffier de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 26 mai 2009 et 17 novembre 2009,

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

**PROCÉDURE**

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 49151/07) dirigée contre le Royaume d'Espagne et dont une ressortissante de cet Etat, M<sup>me</sup> María Luisa Muñoz Díaz (« la requérante »), a saisi la Cour le 29 octobre 2007 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »).

2. La requérante est représentée par M<sup>e</sup> M. Queipo de Llano López-Cózar, avocate à Madrid. Le gouvernement espagnol (« le Gouvernement ») est représenté par son agent, I. Blasco Lozano, chef du service juridique des droits de l'homme au ministère de la Justice.

3. La requérante, rom de nationalité espagnole, se plaignait du refus de lui verser une pension de réversion à la suite du décès de M.D., lui aussi rom de nationalité espagnole, au seul motif qu'ils ne formaient pas, aux yeux de la législation espagnole, un couple marié. Elle alléguait la violation de l'article 14 de la Convention combiné avec les articles 1 du Protocole n° 1 et 12 de la Convention.

4. Le 13 mai 2008, la Cour a décidé de communiquer la requête au Gouvernement. Comme le permet l'article 29 § 3 de la Convention, il a en outre été décidé que la chambre se prononcerait en même temps sur la recevabilité et le fond de l'affaire.

5. Les parties ont présenté leurs observations. Des observations ont également été reçues de l'Unión Romani que le président avait autorisée à intervenir dans la procédure écrite en qualité d'*amicus curiae* (articles 36 § 2 de la Convention et 44 § 2 du règlement).

6. Une audience s'est déroulée en public au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 26 mai 2009 (article 59 § 3 du règlement).

Ont comparu :

– *pour le Gouvernement*

M. I. Blasco Lozano, chef du service des droits de l'homme  
au ministère de la Justice, *agent,*

– *pour la requérante*

M<sup>e</sup> M. Queipo de Llano López-Cózar,  
M<sup>e</sup> S. Sánchez Lorente, *conseils.*

– *pour la tierce partie*

M. J. D. Ramírez Heredia, président de l'Unión Romaní.

La Cour a entendu M. Blasco Lozano, M<sup>e</sup> Queipo de Llano López-Cózar et M<sup>e</sup> Sánchez Lorente en leurs déclarations ainsi qu'en leurs réponses aux questions posées par les juges López Guerra et Myjer. Elle a aussi entendu M. Ramírez Heredia et M<sup>me</sup> Muñoz Díaz, la requérante.

## EN FAIT

### I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

7. La requérante est née en 1956 et réside à Madrid.

8. La requérante et M. D., appartenant tous deux à la communauté rom, se marièrent en novembre 1971 selon les rites propres à leur communauté. Le mariage fut célébré conformément aux coutumes et traditions culturelles roms, et reconnu par leur communauté. Pour la communauté rom, le mariage célébré selon ses coutumes entraîne les effets sociaux découlant du mariage, la reconnaissance publique, l'obligation de vie commune et l'ensemble des autres devoirs et droits qui découlent d'une telle institution.

9. La requérante eut six enfants, qui furent inscrits dans le livret de famille délivré au couple par l'administration espagnole (*Registro civil*) le 11 août 1983.

10. Le 14 octobre 1986, la requérante et sa famille se virent reconnaître la situation de famille nombreuse de première catégorie, sous le n° 28/2220/8, en application de la loi n° 25/1971 du 19 juin 1971 sur la protection des familles nombreuses.

11. Le 24 décembre 2000, l'époux de la requérante décéda. Maçon de profession, au moment de son décès, il travaillait et avait cotisé à la sécurité

sociale pendant dix-neuf ans, trois mois et huit jours et avait, à sa charge, son épouse (en tant que telle) et ses six enfants. Il était titulaire d'une carte de bénéficiaire de la sécurité sociale, tamponnée par l'agence n° 7 de Madrid de l'Institut national de la sécurité sociale.

12. La requérante demanda à bénéficier d'une pension de réversion. Par une décision du 27 mars 2001, l'Institut national de la sécurité sociale (INSS) la lui refusa pour la raison suivante :

« [La requérante] n'est pas et n'a jamais été l'épouse de la personne décédée avant la date de son décès, comme l'exige le paragraphe 2 de la septième disposition additionnelle de la loi n° 30/1981 du 7 juillet 1981 (en vigueur au moment des faits), combiné avec l'article 174 de la loi générale sur la sécurité sociale (LGSS), approuvée par le décret royal législatif n° 1/1994 du 20 juin 1994. »

13. Cette décision fut confirmée par une décision du 10 mai 2001 du même Institut.

14. La requérante saisit alors la juridiction du travail. Par un jugement du 30 mai 2002 du juge du travail n° 12 de Madrid, elle se vit accorder le droit de percevoir une pension de réversion avec une base de 903,29 euros par mois, des effets civils étant ainsi reconnus à son mariage rom. La partie pertinente du jugement était libellée comme suit :

« (...) Dans notre pays, la minorité rom [*etnia gitana*] est implantée depuis des temps immémoriaux et il est connu que cette minorité célèbre le mariage selon des rites et traditions qui ont force de loi entre les parties. Ces mariages ne sont pas considérés comme contraires à la morale ni à l'ordre public et sont reconnus socialement.

(...) L'article 61 du code civil énonce que le mariage a des effets civils dès sa célébration mais que l'inscription au Registre civil est nécessaire pour que ces effets soient reconnus. A cet égard, le mariage rom n'est pas inscrit au Registre civil, car il n'a pas été considéré par l'Etat comme une composante de la culture ethnique qui est présente dans notre pays depuis des siècles.

(...) L'argument qui est opposé à la requérante pour refuser de lui verser la pension de réversion est exclusivement la non-reconnaissance des effets civils de son mariage avec l'ayant droit (actif de nationalité espagnole, assujetti aux droits et obligations régis par le droit interne et communautaire), nonobstant le fait que l'Espagne a ratifié la Convention internationale de l'ONU du 7 mars 1966 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale.

(...) L'absence de réglementation de la reconnaissance des effets civils du mariage rom ne saurait empêcher l'action protectrice que l'Etat s'est imposée en définissant les normes de sécurité sociale.

(...) La directive 2000/43/CE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique est applicable au cas d'espèce, où la prestation refusée trouve son origine dans la relation de travail de l'ayant droit, décédé d'une cause naturelle lorsqu'il était en activité. (...) L'article 4 § 1 du Code civil énonce [qu'] « il est procédé à une application par analogie des normes lorsque celles-ci n'envisagent pas le cas d'espèce mais en visent un autre,

analogue, avec lequel une similitude d'objet peut être perçue». Ladite application par analogie est applicable au cas d'espèce.

(...)

Le mariage de la requérante n'est pas inscrit au Registre civil, encore que cela ne soit pas expressément exclu. Ne lui sont reconnus ni les effets civils, ni la jouissance de la protection sociale du survivant en cas de décès d'un des deux conjoints. Le mariage rom est ignoré par la législation espagnole, malgré l'enracinement socioculturel que ladite ethnie a dans notre pays. Cependant, comme il a été dit précédemment, le mariage conforme à des rites et coutumes religieux qui étaient encore récemment étrangers à notre société dispose [bien] d'un cadre légal. Ce sont donc des cas analogues, exception faite qu'il ne s'agit pas d'une religion. Ils ont une similitude d'objet (communauté de cultures et coutumes qui sont présents au sein de l'Etat espagnol). Le refus de l'INSS d'octroyer à la requérante une pension de réversion, avec comme seul obstacle le fait que le mariage contracté par l'ayant droit et sa veuve ne soit pas reconnu, révèle un traitement discriminatoire à raison de l'appartenance ethnique, contraire à l'article 14 de la Constitution espagnole et à la directive 2000/43/CE.»

15. L'INSS fit appel. Par un arrêt du 7 novembre 2002, le tribunal supérieur de justice de Madrid infirma le jugement attaqué. La décision était motivée comme suit :

« (...) Il convient de signaler que le principe d'égalité et de non-discrimination repose sur l'idée que des situations égales doivent faire l'objet d'un traitement égal et sur [l'idée] qu'un traitement égal appliqué à des situations qui ne sont pas égales constitue une injustice. Cela suppose également qu'il ne faut pas s'écarter de la loi applicable à tous d'une manière [qui permettrait de] faire davantage d'exceptions que celles prévues expressément dans ladite loi.

(...) Il faut distinguer ce qui relève de la législation en vigueur et applicable à tout moment de ce qui peut s'entendre comme souhaitable par un secteur de la société.

(...) En conformité avec ce qui est prévu par l'article 49 du code civil, chaque Espagnol (comme la requérante et l'ayant droit) peut choisir soit un mariage civil devant le juge, le maire ou un fonctionnaire public désigné [par le même code], soit un mariage religieux prévu par la loi.

(...) Conformément à tout cela, si le mariage civil doit se célébrer à travers des formes réglementées, le mariage religieux doit l'être également, sous des formes prévues par une confession religieuse – ces formes étant posées par l'Etat, ou, à défaut, admises par la législation de ce dernier. [C'est dans ces circonstances] que le mariage produit des effets civils.

(...) Le mariage célébré uniquement et exclusivement selon les rites roms n'entre dans aucun des cas énoncés, car même s'il s'agit d'une ethnie, les normes ou formes de cette dernière ne produisent pas d'effet juridique au-delà de son cadre, et ne sont pas consacrées par la loi qui prévoit la pension litigieuse. [Ce mariage], qui a certes un sens et bénéficie d'une reconnaissance sociale dans le milieu concerné, n'exclut pas et ne remplace pas actuellement la loi en vigueur et applicable à l'espèce, tant qu'il

s'agit d'un mariage entre Espagnols célébré en Espagne. Une ethnie, d'autre part, ne constitue pas autre chose qu'un groupe qui se différencie pour un motif fondé sur la race (...) et un rite n'est pas autre chose qu'une coutume ou cérémonie.

(...) S'agissant donc d'une coutume, celle-ci, selon l'article 1 § 3 du Code civil, n'intervient qu'à défaut de loi applicable. (...) Ne sont pas remis en question la moralité ou la conformité de ce rite à l'ordre public, mais uniquement sa capacité d'engendrer des obligations *erga omnes*, alors qu'il existe en Espagne des normes légales régissant le mariage. La réponse, évidemment, se doit d'être négative.

(...)

Le mariage, pour produire des effets civils, ne peut être que celui célébré civilement ou religieusement d'après les termes exprimés précédemment. Le mariage rom ne correspond pas, dans l'actuelle configuration de notre droit, à la nature des mariages précités. L'article 174 de la LGSS exige la qualité de conjoint du défunt pour avoir le bénéfice de la pension de réversion, et la notion de conjoint est interprétée strictement selon une jurisprudence constitutionnelle et ordinaire constante (malgré des voix dissidentes), conformément à laquelle sont exclus de cette prestation les concubins de fait ainsi que beaucoup d'autres qui, en définitive, ne sont pas mariés en conformité avec la loi applicable.»

16. La requérante saisit alors le Tribunal constitutionnel d'un recours d'*amparo* en invoquant le principe de non-discrimination fondée sur la race et la condition sociale. Par un arrêt du 16 avril 2007, le Tribunal constitutionnel rejeta le recours, en s'exprimant dans les termes suivants :

« (...) Le Tribunal, siégeant en formation plénière, a réitéré (...) les raisons permettant de conclure que limiter la pension de réversion aux cas de cohabitation institutionnalisée en tant que mari et femme, en excluant d'autres formes d'unions ou cohabitations, ne constitue pas une discrimination pour des raisons sociales. A cet égard, il a été soutenu que le législateur dispose d'une importante marge de manœuvre pour déterminer la configuration du système de sécurité sociale ainsi que pour apprécier les circonstances socioéconomiques s'agissant d'administrer des ressources limitées pour répondre à un grand nombre de besoins sociaux, compte tenu du fait que le droit à la pension de réversion n'est pas strictement conditionné, dans un régime contributif, à une situation réelle de nécessité ou de dépendance économique, ou encore d'une incapacité de travail pour le conjoint survivant. En tout état de cause, la Chambre plénière du Tribunal s'est aussi exprimée sur le fait que l'extension, par le législateur, de la pension de réversion à d'autres unions différentes, n'est pas non plus prohibée par l'article 14 de la Constitution espagnole.

(...)

Une discrimination supposée pour des considérations sociales est à écarter pour les raisons précitées. (...) Aucune violation de l'article 14 ne peut découler du fait de limiter concrètement la pension de réversion au lien matrimonial.

De la même manière, il n'y a pas de traitement discriminatoire direct ou indirect, pour des raisons raciales ou ethniques, découlant du fait que l'union de la requérante,

conforme aux rites et coutumes roms, n'ait pas été assimilée au lien matrimonial à l'égard des effets de ladite pension, et que le même régime juridique que celui des unions « *more uxorio* » lui ait été appliqué.

D'une part, (...) le Tribunal a réitéré que « la discrimination par indifférenciation » ne ressort pas de l'article 14 de la Constitution espagnole, car le principe d'égalité ne consacre pas un droit à un traitement [différencié], ni ne vient protéger le manque de distinction entre des cas différents. Il n'existe donc pas un droit subjectif à un traitement normatif différencié. (...)

D'autre part, l'exigence légale d'un lien matrimonial comme condition de jouissance de la pension de réversion et l'interprétation ressortant de la décision attaquée, qui tient compte du lien matrimonial issu des formes légalement reconnues d'accès au mariage et non d'autres formes de cohabitation, notamment les unions selon les usages et coutumes roms – cette exigence n'étant en aucun cas liée à des considérations raciales ou ethniques, mais au fait [pour les intéressés] d'avoir pris librement la décision de ne pas formaliser le mariage par les voies légales, civiles ou confessionnelles reconnues – ne prend jamais en considération l'appartenance à une race ni les coutumes d'une ethnie déterminée au détriment des autres. En conséquence, il n'y a là aucune forme de discrimination dissimulée à l'égard de l'ethnie rom. (...)

Il faut enfin rejeter l'idée que la reconnaissance d'effets civils au lien matrimonial émanant de certains rites religieux déterminés, mais non à ceux célébrés en vertu des rites et coutumes roms, et le refus de l'organe juridictionnel de procéder à une application par analogie [...], entraînent, directement ou indirectement, la discrimination ethnique alléguée. (...)

Pour résumer, compte tenu du fait que la loi établit une possibilité générale, neutre d'un point de vue racial et ethnique, d'accéder à une forme civile du mariage, et que le législateur, lorsqu'il a décidé d'attacher des effets légaux à d'autres formes d'accession au lien matrimonial, l'a fait sur la base exclusive de considérations religieuses et par conséquent sans invoquer aucune raison ethnique, aucun traitement discriminatoire à connotation ethnique tel qu'allégué ne peut être constaté. »

17. Une opinion dissidente était jointe à l'arrêt. Elle se référait à l'arrêt n° 199/2004, dans lequel le Tribunal constitutionnel avait conclu à la violation du droit à l'égalité s'agissant du veuf d'une fonctionnaire, après avoir constaté l'existence d'une relation conjugale mais non d'un mariage, dans la mesure où il n'y avait pas d'inscription au registre civil, les contractants ayant en effet refusé expressément l'inscription audit registre de leur relation conjugale qui avait été célébrée sous une forme religieuse.

18. Pour le magistrat dissident, ce cas du conjoint survivant d'un mariage religieux non inscrit était comparable à celui de la requérante, en ce que les deux demandeurs revendiquaient une pension de réversion sur le fondement de ce qu'ils estimaient être un lien matrimonial, malgré l'absence d'inscription de ce lien au registre civil.

19. D'autre part, le magistrat dissident rappela que, bien que l'Espagne fût partie à la Convention-cadre pour la protection des minorités

nationales, signée à Strasbourg le 1<sup>er</sup> février 1995, la jurisprudence du Tribunal constitutionnel ne prenait pas en compte les rites, pratiques et coutumes d'une ethnie ou groupe concrets, ou encore ne considérait pas comme valables ou susceptibles de protection constitutionnelle les actes de personnes appartenant à des minorités qui réclamaient le respect de leurs traditions culturelles.

20. Selon le magistrat dissident, la situation exposée par ce recours d'*amparo* démontrait, pour la première fois, que la protection des minorités avait une portée constitutionnelle beaucoup plus étendue que la simple réponse reçue par la requérante. La requérante n'aurait pas dû être contrainte de saisir les instances supranationales afin d'obtenir la protection réclamée. Dans les cas de protection des minorités ethniques, la garantie de l'égalité exigeait des mesures de discrimination positive en faveur de la minorité défavorisée et que soit respectée, avec la sensibilité adéquate, la valeur subjective qu'une personne appartenant à ladite minorité attache et exige quant au respect de ses traditions et à l'héritage de son identité culturelle. Le magistrat dissident conclut ainsi :

« Il est disproportionné que l'Etat espagnol, qui a pris en considération la requérante et sa famille rom en leur attribuant un livret de famille, en leur reconnaissant la qualité de famille nombreuse, en leur accordant à elle et ses six enfants une assistance en matière de santé et qui a perçu les cotisations correspondantes de son mari rom pendant dix-neuf ans, trois mois et huit jours, ne veuille pas aujourd'hui reconnaître le mariage rom en matière de pension de réversion. »

21. Le 3 décembre 2008, en application de la troisième disposition additionnelle de la loi n° 40/2007 du 4 décembre 2007 relative à certaines mesures de sécurité sociale, la requérante se vit octroyer une pension de réversion à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2007, en tant que compagne de M.D.

## II. LES DROITS INTERNE ET EUROPÉEN PERTINENTS

22. Les dispositions constitutionnelles applicables sont les suivantes :

### Article 14

« Les Espagnols sont égaux devant la loi ; ils ne peuvent faire l'objet d'aucune discrimination fondée sur la naissance, la race, le sexe, la religion, les opinions ou sur n'importe quelle autre condition ou circonstance personnelle ou sociale. »

### Article 16

« 1. La liberté idéologique, religieuse et de culte des individus et des communautés est garantie sans autres restrictions, quant à ses manifestations, que celles qui sont nécessaires au maintien de l'ordre public protégé par la loi.

2. Nul ne pourra être obligé de déclarer son idéologie, sa religion ou ses croyances.

(...) »

**Article 32 § 2**

«1. L'homme et la femme ont le droit de contracter mariage en pleine égalité juridique.

2. La loi déterminera les formes du mariage, l'âge et la capacité requis pour le contracter, les droits et les devoirs des conjoints, les causes de séparation et de dissolution et leurs effets.»

23. Les dispositions pertinentes du code civil, dans sa version en vigueur en 1971, se lisent ainsi :

**Article 42**

«La loi reconnaît deux types de mariage : le mariage canonique et le mariage civil.

Le mariage doit être contracté canoniquement lorsqu'au moins un des contractants se réclame de la religion catholique.

Le mariage civil est autorisé lorsqu'il est prouvé qu'aucun des contractants ne se réclame de la religion catholique.»

24. Les dispositions applicables en l'espèce du règlement du Registre civil tel qu'en vigueur au moment des faits (décret n° 1138/1969 du 22 mai 1969) sont ainsi libellées :

**Article 245**

«Les personnes ayant renoncé à la religion catholique doivent, dans les plus brefs délais, présenter la preuve que ladite renonciation a été communiquée par l'intéressé au curé de son domicile (...)»

**Article 246**

«(...)

2. Dans les cas non prévus par la disposition précédente, la preuve de non-appartenance à la religion catholique peut être apportée soit par une attestation certifiant l'appartenance à une autre confession religieuse, délivrée par le ministre compétent ou le représentant autorisé de l'association confessionnelle en cause, soit par une déclaration expresse de l'intéressé devant le fonctionnaire du Registre.»

25. Les dispositions pertinentes du code civil, dans sa version actuellement en vigueur, sont les suivantes :

**Article 44**

«L'homme et la femme ont le droit de se marier conformément aux dispositions du présent code.»

**Article 49**

«Tout ressortissant espagnol peut se marier en Espagne ou à l'étranger :

1. Devant un juge, un maire ou un fonctionnaire visé par le présent code.
2. Dans la forme religieuse légalement prévue.

[Tout ressortissant espagnol] peut aussi se marier à l'étranger conformément aux formes requises par la loi du lieu de la célébration.»

26. Les dispositions pertinentes de la loi n° 30/1981 du 7 juillet 1981, portant modification des dispositions du code civil réglementant le mariage et la procédure à suivre pour les cas de nullité, séparation de corps et divorce se lisent comme suit :

#### **Dixième disposition additionnelle**

« (...) »

2. [S'agissant des personnes] qui n'ont pas pu se marier en raison de la législation en vigueur à ce jour mais qui ont vécu comme [un couple marié], lorsque le décès de l'un des partenaires survient avant l'entrée en vigueur de la présente loi, le survivant aura droit aux prestations visées à l'alinéa premier de la présente disposition et à la pension correspondante conformément à l'alinéa suivant. »

27. L'article 2 de la loi n° 25/1971 du 19 juin 1971 relative à la protection des familles nombreuses est ainsi libellé :

« 1. Est considérée comme une famille nombreuse celle qui, réunissant les autres conditions fixées par la présente loi, est constituée par :

a) le chef de famille, son conjoint et quatre enfants ou plus (...) »

28. L'article 174 de la LGSS (telle qu'en vigueur au moment des faits) se lit ainsi :

« 1. Le conjoint survivant (...) a droit à la pension de réversion.

2. (...) En cas de nullité du mariage, le droit à la pension de réversion est reconnu au conjoint survivant, proportionnellement à la période de cohabitation avec l'ayant droit, sous réserve qu'il n'ait pas fait preuve de mauvaise foi et qu'il ne se soit pas remarié (...) »

29. L'article 174 de la LGSS, approuvée par le décret royal législatif n° 1/1994 du 20 juin 1994, est ainsi libellé :

« 1. A droit à une pension de réversion à vie (...) le conjoint survivant lorsque, au décès de son conjoint, ce dernier travaillait (...) et avait cotisé pendant la période fixée par la loi (...) »

2. Dans les cas de séparation de corps ou de divorce, le droit à la pension de réversion est reconnu à celui qui est ou a été le conjoint légitime, sous réserve, dans ce dernier cas, qu'il ne soit pas remarié, proportionnellement à la période de cohabitation avec le conjoint décédé et indépendamment des causes à l'origine de la séparation des corps ou du divorce.

En cas de nullité du mariage, le droit à la pension de réversion est reconnu au conjoint survivant sous réserve qu'il n'ait pas fait preuve de mauvaise foi et qu'il ne se soit pas remarié, proportionnellement à la période de cohabitation avec l'ayant cause. (...) »

30. La loi n° 40/2007 du 4 décembre 2007 sur des mesures relatives à la sécurité sociale portant modification de la LGSS énonce notamment :

**Troisième disposition additionnelle**

« Exceptionnellement, le droit à la pension de réversion sera reconnu lorsque le décès de l'ayant droit a eu lieu avant l'entrée en vigueur de la présente loi, sous réserve que les conditions suivantes soient réunies :

a. au moment du décès de l'ayant droit, actif et cotisant à la sécurité sociale tel que visé par l'article 174 du texte simplifié de la loi générale sur la sécurité sociale, [le survivant] n'a pas pu faire valoir le droit à la pension de réversion ;

b. le bénéficiaire et l'ayant droit ont cohabité de façon ininterrompue en tant que concubins [...] pendant au moins les six années précédant le décès de ce dernier ;

c. l'ayant droit et le bénéficiaire ont eu des enfants en commun ;

d. le bénéficiaire n'a pas un droit reconnu à percevoir une pension contributive de la sécurité sociale.

e. pour avoir accès à la [présente] pension, la demande doit être présentée dans un délai non prorogeable de douze mois suivant l'entrée en vigueur de cette loi. La reconnaissance du droit à pension produira ses effets à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2007, sous réserve que toutes les conditions prévues par cette disposition soient réunies. »

31. Divers accords de coopération ont été conclus entre le gouvernement et des confessions religieuses : accord avec le Saint-Siège (Concordat de 1979), accord avec la Fédération évangélique par la loi n° 24/1992 du 10 novembre 1992, accord avec la Commission islamique par la loi n° 26/1992 du 10 novembre 1992 et accord avec la Fédération israélite par la loi n° 25/1992 du 10 novembre 1992. Les mariages conclus selon les rites de ces confessions sont par conséquent reconnus par l'Etat espagnol comme constituant une forme de manifestation du consentement pour se marier. Ils produisent donc des effets civils en vertu des accords passés avec l'Etat.

32. La jurisprudence pertinente du Tribunal constitutionnel se lit ainsi :

« Les arrêts du Tribunal constitutionnel n° 260/1988 du 22 décembre 1988 et n° 155/1998 du 13 juin 1998, parmi d'autres, concernent des droits à pension de réversion dans des cas où le mariage canonique n'était pas possible en raison de l'impossibilité de divorcer.

L'arrêt du Tribunal constitutionnel n° 180/2001 du 17 septembre 2001 reconnaît le droit à indemnisation pour décès du compagnon si le mariage canonique n'était pas possible en raison d'une contradiction avec la liberté de conscience et de religion (avant la modification législative opérée en 1981).

L'arrêt du Tribunal constitutionnel n° 199/2004, du 15 novembre 2004 porte sur un droit à pension de réversion dérivé d'un mariage canonique ne remplissant pas

les conditions formelles posées par la loi puisqu'il était volontairement non inscrit au Registre civil. Le Tribunal constitutionnel a reconnu dans ce cas le droit du veuf à percevoir une pension de réversion.»

33. La Convention-cadre du Conseil de l'Europe pour la protection des minorités nationales, ouverte à la signature le 1<sup>er</sup> février 1995, contient notamment les dispositions suivantes :

#### **Article 1**

«La protection des minorités nationales et des droits et libertés des personnes appartenant à ces minorités fait partie intégrante de la protection internationale des droits de l'homme et, comme telle, constitue un domaine de la coopération internationale.

(...)»

#### **Article 4**

« 1. Les Parties s'engagent à garantir à toute personne appartenant à une minorité nationale le droit à l'égalité devant la loi et à une égale protection de la loi. A cet égard, toute discrimination fondée sur l'appartenance à une minorité nationale est interdite.

2. Les Parties s'engagent à adopter, s'il y a lieu, des mesures adéquates en vue de promouvoir, dans tous les domaines de la vie économique, sociale, politique et culturelle, une égalité pleine et effective entre les personnes appartenant à une minorité nationale et celles appartenant à la majorité. Elles tiennent dûment compte, à cet égard, des conditions spécifiques des personnes appartenant à des minorités nationales.

3. Les mesures adoptées conformément au paragraphe 2 ne sont pas considérées comme un acte de discrimination.»

#### **Article 5**

« 1. Les Parties s'engagent à promouvoir les conditions propres à permettre aux personnes appartenant à des minorités nationales de conserver et développer leur culture, ainsi que de préserver les éléments essentiels de leur identité que sont leur religion, leur langue, leurs traditions et leur patrimoine culturel.

2. Sans préjudice des mesures prises dans le cadre de leur politique générale d'intégration, les Parties s'abstiennent de toute politique ou pratique tendant à une assimilation contre leur volonté des personnes appartenant à des minorités nationales et protègent ces personnes contre toute action destinée à une telle assimilation.»

34. L'Espagne a signé la convention le jour où elle a été ouverte à la signature et l'a ratifiée le 1<sup>er</sup> septembre 1995. Elle est entrée en vigueur à son égard le 1<sup>er</sup> février 1998.

## EN DROIT

### I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 14 DE LA CONVENTION COMBINÉ AVEC L'ARTICLE 1 DU PROTOCOLE N° 1

35. La requérante se plaint que le refus de lui accorder une pension de réversion au motif que son mariage célébré selon les rites de la minorité rom à laquelle elle appartient est dépourvu d'effets civils porte atteinte au principe de non-discrimination reconnu par l'article 14 de la Convention, combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1. Les dispositions citées sont ainsi libellées :

#### **Article 14 de la Convention**

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

#### **Article 1 du Protocole n° 1**

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

(...)»

#### **A. Sur la recevabilité**

36. 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.

#### **B. Sur le fond**

##### *1. Arguments des parties*

##### **a) La requérante**

37. La requérante observe que le Gouvernement n'explique pas pourquoi sa situation est considérée comme une relation *more uxorio* et non comme un mariage nul de bonne foi qui serait susceptible de lui donner droit, en tant que conjoint survivant, à une pension de réversion. Elle souligne qu'elle

n'avait aucune raison de penser que les droits sociaux dont elle bénéficiait pendant la vie de son mari lui seraient retirés lors du décès de ce dernier.

38. La requérante souligne que, dans d'autres cas, l'inexistence de tout mariage «légal» n'a pas empêché l'octroi d'une telle pension : ainsi, dans la loi générale portant sur la sécurité sociale, le droit à une pension est reconnu au conjoint de bonne foi en cas de nullité du mariage. En outre, la jurisprudence a reconnu le droit à pension dans le cas d'unions non inscrites au Registre civil lorsque les parties croyaient à l'existence du mariage, ou lorsque la loi empêchait le mariage en raison de l'impossibilité de divorcer, ou lorsque le mariage était en contradiction avec les croyances des intéressés.

#### **b) Le Gouvernement**

39. Le Gouvernement s'oppose à cette thèse. Il estime que, la loi appliquée à la requérante étant la même pour tous les Espagnols, aucune discrimination fondée sur l'ethnie ou une autre raison n'est à relever, la différence de traitement alléguée étant due au fait que la requérante n'était pas mariée mais avait une relation *more uxorio* avec M.D.

40. Le Gouvernement souligne que rien n'oblige à traiter de la même façon ceux qui respectent les formalités prévues par la loi et ceux qui, sans en être empêchés, ne les respectent pas. L'exigence posée par la loi de l'existence d'un lien matrimonial légal pour percevoir une pension de réversion ne constitue pas une différence fondée sur des raisons raciales ou ethniques. Le refus d'accorder ladite pension à la requérante a pour cause sa décision libre et volontaire de ne pas se conformer aux formalités légales du mariage, qui ne sont pas basées sur l'appartenance à une race déterminée, ni sur les traditions, usages ou coutumes d'une ethnie faisant tort à autrui. Ces formalités ne constituent donc pas une discrimination directe ou indirecte des Roms.

#### **c) La tierce partie**

41. L'Unión Romaní souligne que le mariage rom n'est pas différent des autres types de mariage. Elle explique que le mariage rom existe dès qu'une femme et un homme expriment leur volonté de vivre ensemble avec le souhait de fonder une famille, qui est le fondement de la communauté rom. Elle estime disproportionné le fait que l'Etat espagnol, après avoir fourni à la requérante et à sa famille un livret de famille, leur avoir reconnu la situation de famille nombreuse, accordé une assistance en matière de santé à l'intéressée et ses six enfants et encaissé les cotisations de son mari pendant plus de dix-neuf ans, méconnaisse aujourd'hui la validité de son mariage rom en matière de pension de réversion.

2. *Sur l'applicabilité de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1*

42. La Cour rappelle que l'article 14 de la Convention n'a pas d'existence indépendante puisqu'il vaut uniquement pour la jouissance des droits et libertés garantis par les autres clauses normatives de la Convention et de ses Protocoles (voir, parmi beaucoup d'autres, *Burden c. Royaume-Uni* [GC], n° 13378/05, § 58, CEDH 2008). L'application de l'article 14 ne présuppose pas nécessairement la violation de l'un des droits matériels garantis par la Convention. Il faut, mais il suffit, que les faits de la cause tombent « sous l'empire » de l'un au moins des articles de la Convention (voir, parmi beaucoup d'autres, *Gaygusuz c. Autriche*, 16 septembre 1996, § 36, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-IV, *Thlimmenos c. Grèce* [GC], n° 34369/97, § 40, CEDH 2000-IV, *Koua Poirrez c. France*, n° 40892/98, § 36, CEDH 2003-X, et *Andrejeva c. Lettonie* [GC], n° 55707/00, § 74, CEDH 2009). L'interdiction de la discrimination que consacre l'article 14 dépasse donc la jouissance des droits et libertés que la Convention et ses Protocoles imposent à chaque Etat de garantir. Elle s'applique également aux droits additionnels, relevant du champ d'application général de tout article de la Convention, que l'Etat a volontairement décidé de protéger (*Stec et autres c. Royaume-Uni* (déc.) [GC], nos 65731/01 et 65900/01, § 40, CEDH 2005-X).

43. Il convient dès lors de déterminer si l'intérêt de la requérante à percevoir de l'Etat une pension de réversion tombe « sous l'empire » ou « dans le champ d'application » de l'article 1 du Protocole n° 1.

44. La Cour a affirmé que tous les principes qui s'appliquent généralement aux affaires concernant l'article 1 du Protocole n° 1 gardent toute leur pertinence dans le domaine des prestations sociales (*Andrejeva*, précité, § 77). Ainsi, cette disposition ne garantit, en tant que tel, aucun droit de devenir propriétaire d'un bien (*Kopecký c. Slovaquie* [GC], n° 44912/98, § 35 b), CEDH 2004-IX) ni, en tant que tel, aucun droit à une pension d'un montant donné (voir, par exemple, *Domalewski c. Pologne* (déc.), n° 34610/97, CEDH 1999-V, et *Janković c. Croatie* (déc.), n° 43440/98, CEDH 2000-X). En outre, l'article 1 n'impose aucune restriction à la liberté pour les Etats contractants de décider d'instaurer ou non un régime de protection sociale ou de choisir le type ou le niveau des prestations censées être accordées au titre de pareil régime. En revanche, dès lors qu'un Etat contractant met en place une législation prévoyant le versement d'une prestation sociale – que l'octroi de cette prestation dépende ou non du versement préalable de cotisations –, cette législation doit être considérée comme engendrant un intérêt patrimonial relevant du champ d'application

de l'article 1 du Protocole n° 1 pour les personnes remplissant ses conditions (*Stec et autres*, décision précitée, § 54).

45. Comme la Cour l'a dit dans la décision *Stec et autres* (*ibidem*, § 55) :

« Dans des cas tels celui de l'espèce, où des requérants formulent sur le terrain de l'article 14 combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1 un grief aux termes duquel ils ont été privés, en tout ou en partie et pour un motif discriminatoire visé à l'article 14, d'une prestation donnée, le critère pertinent consiste à rechercher si, n'eût été la condition d'octroi litigieuse, les intéressés auraient eu un droit, sanctionnable devant les tribunaux internes, à percevoir la prestation en cause (...). Si [l'article 1 du] Protocole n° 1 ne comporte pas un droit à percevoir des prestations sociales, de quelque type que ce soit, lorsqu'un Etat décide de créer un régime de prestations il doit le faire d'une manière compatible avec l'article 14. »

46. Compte tenu de ce qui précède, du fait de l'appartenance de la requérante à la communauté rom et de sa qualité de conjointe de M.D., reconnue dans certains cas par les autorités espagnoles mais pas en ce qui concerne la pension de réversion, la Cour estime que les intérêts patrimoniaux de la requérante entrent dans le champ d'application de l'article 1 du Protocole n° 1 et du droit au respect des biens qu'il garantit, ce qui suffit pour rendre l'article 14 de la Convention applicable.

### 3. Sur l'observation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1

#### a) La jurisprudence de la Cour

47. Selon la jurisprudence établie de la Cour, la discrimination consiste à traiter de manière différente, sauf justification objective et raisonnable, des personnes placées dans des situations comparables. Le « manque de justification objective et raisonnable » signifie que la distinction litigieuse ne poursuit pas un « but légitime » ou qu'il n'y a pas de « rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé » (*D.H. et autres c. République tchèque* [GC], n° 57325/00, §§ 175 et 196, CEDH 2007-IV, et la jurisprudence y citée).

48. Les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des distinctions de traitement (voir, notamment, *Gaygusuz*, précité, § 42, et *Thlimmenos*, précité, § 40). L'étendue de cette marge varie selon les circonstances, les domaines et le contexte. Ainsi, par exemple, l'article 14 n'interdit pas à un Etat membre de traiter des groupes de manière différenciée pour corriger des « inégalités factuelles » entre eux ; de fait, dans certaines circonstances, c'est l'absence d'un traitement différencié pour corriger une inégalité qui peut, sans

justification objective et raisonnable, emporter violation de la disposition en cause (*Thlimmenos*, précité, § 44, *Stec et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 65731/01, § 51, CEDH 2006-VI, et *D.H. et autres*, précité, § 175).

49. De même, une ample marge d'appréciation est d'ordinaire laissée à l'Etat pour prendre des mesures d'ordre général en matière économique ou sociale. Grâce à une connaissance directe de leur société et de ses besoins, les autorités nationales se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour déterminer ce qui est d'utilité publique en matière économique ou en matière sociale. La Cour respecte en principe la manière dont l'Etat conçoit les impératifs de l'utilité publique, sauf si son jugement se révèle « manifestement dépourvu de base raisonnable » (voir, par exemple, *National and Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society et Yorkshire Building Society c. Royaume-Uni*, 23 octobre 1997, § 80, *Recueil* 1997-VII, et *Stec et autres*, précité, § 52).

50. Enfin, en ce qui concerne la charge de la preuve sur le terrain de l'article 14 de la Convention, la Cour a déjà jugé que, lorsqu'un requérant a établi l'existence d'une différence de traitement, il incombe au Gouvernement de démontrer que cette différence de traitement était justifiée (*D.H. et autres*, précité, § 177).

#### **b) Application de la jurisprudence à la présente affaire**

51. Quant aux circonstances de la présente affaire, la requérante se plaint du refus de lui accorder une pension de réversion en raison du fait qu'elle n'était pas mariée avec M.D., son union selon les rites et traditions roms ayant été considérée comme une relation *more uxorio*, une simple union de fait. Pour la requérante, assimiler sa relation avec M.D. à une simple union de fait quant à l'octroi de la pension de réversion, constitue une discrimination contraire à l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1. Cette discrimination repose sur le fait que sa demande de pension de réversion a reçu un traitement différent par rapport à d'autres cas équivalents dans lesquels le droit à l'octroi de la pension de réversion a été reconnu, en l'absence même de mariage selon les formalités légalement établies, alors que, dans son cas, ni sa bonne foi ni les conséquences de son appartenance à la minorité rom n'ont été prises en compte.

52. La Cour constate que la requérante s'est mariée avec M. D. en novembre 1971 selon les rites et traditions propres à la communauté rom. De cette union sont nés six enfants. L'intéressée a vécu avec M.D. jusqu'au décès de ce dernier, le 24 décembre 2000. Le Registre civil leur a délivré un livret de famille le 11 août 1983, où sont inscrits le couple et ses enfants. Le 14 octobre 1986, ils ont obtenu le titre administratif de famille nombreuse, pour lequel la condition de « conjoint » était requise (paragraphe 27 ci-

dessus) et ont bénéficié de tous les droits y afférents. Par ailleurs, M.D. était affilié à la sécurité sociale et y a cotisé pendant dix-neuf ans, trois mois et huit jours, et il était en possession d'une carte de bénéficiaire où figuraient à sa charge la requérante, en tant qu'épouse, et ses six enfants. Pour la Cour il s'agit là d'un document officiel dans la mesure où il est tamponné par l'agence n° 7 de Madrid de l'Institut national de la sécurité sociale.

53. Concernant le régime relatif aux pensions de réversion applicable au moment des faits, la Cour observe que la loi générale sur la sécurité sociale, dans sa version en vigueur à l'époque, reconnaissait le droit à une pension de réversion au conjoint survivant. Cette disposition légale était toutefois complétée et nuancée tant dans la loi elle-même que dans la jurisprudence des tribunaux internes, y compris celle du Tribunal constitutionnel (paragraphe 32 ci-dessus).

La jurisprudence constitutionnelle prend en effet en compte, pour la reconnaissance de pensions de réversion, tant l'existence de la bonne foi que la présence de circonstances exceptionnelles rendant impossible la célébration du mariage, même lorsque le mariage légalement valable n'avait pas eu lieu. La Cour relève que la dixième disposition additionnelle de la loi n° 30/1981 du 7 juillet 1981, qui modifie le régime matrimonial (paragraphe 26 ci-dessus) reconnaît le droit à percevoir une pension de réversion même en l'absence de mariage, en cas d'impossibilité de prestation du consentement par le rite canonique. Elle observe que, selon l'interprétation de cette disposition par la jurisprudence constitutionnelle, il est possible d'octroyer des pensions de réversion en cas d'impossibilité de se marier (canoniquement) en raison de l'inexistence de divorce, ou encore lorsque le mariage est en contradiction avec les croyances des conjoints (paragraphe 32 ci-dessus). Quant à la loi générale portant sur la sécurité sociale telle qu'en vigueur au moment des faits, elle reconnaît, dans son article 174, le droit du conjoint de bonne foi à une pension de réversion en cas de mariage nul. Le Tribunal constitutionnel a par ailleurs reconnu, notamment dans son arrêt n° 199/2004 (paragraphe 32 ci-dessus), un droit à une pension de réversion dans le cas d'un mariage canonique alors que les conditions légalement requises n'étaient pas remplies, l'union n'ayant pas été inscrite au Registre civil pour des motifs de conscience.

54. Au vu de ce qui précède, la question qui se pose dans la présente affaire est celle de savoir si le fait pour la requérante de s'être vu dénier le droit de percevoir une pension de réversion révèle un traitement discriminatoire fondé sur l'appartenance de l'intéressée à la minorité rom, par rapport à la façon dont la législation et la jurisprudence traitent de situations analogues, lorsque les intéressés croient de bonne foi à l'existence du mariage même si celui-ci n'était pas légalement valable.

55. La requérante base sa prétention, d'une part, sur sa conviction que son union célébrée conformément aux rites et traditions roms était valable et, d'autre part, sur la conduite des autorités, qui lui ont reconnu officiellement la qualité d'épouse de M.D. et, par conséquent, ont admis selon elle la validité de son mariage.

56. La Cour estime que les deux questions sont intimement liées. Elle observe que les autorités nationales n'ont pas nié que la requérante croyait de bonne foi à la réalité de son mariage. La conviction de l'intéressée est d'autant plus crédible que les autorités espagnoles lui ont délivré plusieurs documents officiels attestant de sa qualité d'épouse de M.D.

Pour la Cour, il convient de souligner l'importance des croyances que la requérante tire de son appartenance à la communauté rom, communauté qui a ses propres valeurs établies et enracinées dans la société espagnole.

57. La Cour observe en l'espèce que, lorsque la requérante se maria en 1971 conformément aux rites et traditions roms, il n'était pas possible en Espagne, sauf déclaration préalable d'apostasie, de se marier autrement que conformément aux rites du droit canonique de l'Église catholique. La Cour estime qu'on ne pouvait exiger de la requérante, sans porter atteinte à son droit à la liberté religieuse, qu'elle se mariât légalement, à savoir selon le droit canonique en 1971, lorsqu'elle manifesta son consentement pour se marier selon les rites roms.

58. Certes, à la suite de l'entrée en vigueur de la Constitution espagnole de 1978 et en vertu de la loi n° 30/1981 du 7 juillet 1981 (paragraphe 26 ci-dessus), la requérante aurait pu se marier civilement. La requérante soutient qu'en toute bonne foi, elle croyait que le mariage célébré conformément aux rites et traditions roms entraînait tous les effets propres à cette institution.

59. Pour apprécier la bonne foi de la requérante, la Cour doit prendre en considération l'appartenance de celle-ci à une communauté au sein de laquelle la validité du mariage selon ses propres rites et traditions n'a jamais été contestée ni considérée comme contraire à l'ordre public par le Gouvernement ou par les autorités nationales, qui ont même reconnu à certains égards la qualité d'épouse de la requérante. Elle estime que la force des croyances collectives d'une communauté culturellement bien définie ne peut pas être ignorée.

60. La Cour observe à cet égard qu'un consensus international se fait jour au sein des Etats contractants du Conseil de l'Europe pour reconnaître les besoins particuliers des minorités et l'obligation de protéger leur sécurité, leur identité et leur mode de vie (voir le paragraphe 33 ci-dessus, notamment la Convention-cadre du Conseil de l'Europe pour la protection des minorités), non seulement dans le but de protéger les intérêts des minorités elles-mêmes mais aussi pour préserver la diversité culturelle

qui est bénéfique à la société dans son ensemble (*Chapman c. Royaume-Uni* [GC], n° 27238/95, § 93, CEDH 2001-I).

61. La Cour estime que, si l'appartenance à une minorité ne dispense pas de respecter les lois régissant le mariage, cela peut influencer sur la manière d'appliquer ces lois. La Cour a déjà eu l'occasion de souligner dans l'arrêt *Buckley c. Royaume-Uni* (25 septembre 1996, *Recueil* 1996-IV) (certes dans un contexte différent), que la vulnérabilité des Roms, du fait qu'ils constituent une minorité, implique d'accorder une attention spéciale à leurs besoins et à leur mode de vie propre, tant dans le cadre réglementaire valable en matière d'aménagement que lors de la prise de décision dans des cas particuliers (*ibidem*, §§ 76, 80, 84, *Chapman*, précité, § 96, et *Connors c. Royaume-Uni*, n° 66746/01, § 84, 27 mai 2004).

62. En l'espèce, la conviction de la requérante quant à sa condition de femme mariée avec tous les effets inhérents à cet état a indéniablement été renforcée par l'attitude des autorités, qui lui ont reconnu la qualité d'épouse de M.D. et, très concrètement, par la délivrance de certains documents de la sécurité sociale, notamment le document d'inscription au système, qui établissaient sa condition d'épouse et mère d'une famille nombreuse, situation considérée comme spécialement digne d'aide et qui exigeait, par application de la loi n° 25/1971 du 19 juin 1971, la reconnaissance de la qualité de conjoint.

63. Pour la Cour, la bonne foi de la requérante quant à la validité de son mariage, confirmée par la reconnaissance officielle de sa situation par les autorités, a engendré chez l'intéressée l'attente légitime d'être considérée comme l'épouse de M.D. et de former un couple marié reconnu avec celui-ci. Après le décès de M.D. il est naturel que la requérante ait nourri l'espoir de se voir reconnaître une pension de réversion.

64. Par conséquent, le refus de reconnaître la qualité de conjointe à la requérante aux fins de l'obtention d'une pension de réversion contredit la reconnaissance préalable de cette qualité par les autorités. Ce refus a par ailleurs omis de tenir compte des spécificités sociales et culturelles de la requérante pour apprécier la bonne foi de celle-ci. A cet égard, la Cour rappelle que, conformément à la Convention-cadre du Conseil de l'Europe pour la protection des minorités nationales (paragraphes 33 et 34 ci-dessus), les Etats parties à ladite Convention s'obligent à tenir dûment compte des conditions spécifiques des personnes appartenant à des minorités nationales.

65. La Cour estime que le refus de reconnaître le droit pour la requérante de percevoir une pension de réversion constitue une différence de traitement par rapport au traitement donné, par la loi ou par la jurisprudence, à d'autres situations qui doivent être tenues pour équivalentes en ce qui concerne les effets de la bonne foi, tels que la croyance de bonne foi en l'existence d'un

mariage nul (article 174 de la loi générale sur la sécurité sociale (LGSS), ou la situation examinée dans l'arrêt du Tribunal constitutionnel n° 199/2004 du 15 novembre 2004 – paragraphes 29 et 32 ci-dessus –, qui concernait la non-formalisation, pour des raisons de conscience, d'un mariage canonique). La Cour estime avéré que, compte tenu des circonstances de l'espèce, cette situation constitue une différence de traitement disproportionnée vis-à-vis de la requérante par rapport au traitement réservé au mariage de bonne foi.

66. Certes, l'article 174 de la LGSS, tel qu'en vigueur au moment des faits, ne reconnaissait la pension de réversion en cas d'absence de mariage légal que lorsque le mariage était nul de bonne foi. Cependant, cette disposition ne permet pas à l'Etat défendeur de s'exonérer de toute responsabilité au regard de la Convention. La Cour observe à cet égard que la loi n° 40/2007 a introduit dans la LGSS la possibilité de se voir octroyer une pension de réversion pour les cas d'unions de fait (paragraphe 30 ci-dessus).

67. La Cour constate que, dans son jugement rendu le 30 mai 2002, le juge du travail n° 12 de Madrid a interprété la législation applicable en faveur de la requérante. Il a fait référence à l'article 4 § 1 du code civil, selon lequel les normes peuvent être appliquées par analogie lorsqu'elles ne visent pas le cas d'espèce mais un autre, analogue, avec lequel une similitude d'objet peut être perçue. Il a dès lors interprété la législation applicable conformément aux critères exposés par la Cour dans l'arrêt *Buckley* précité.

68. Ce jugement a toutefois été infirmé par l'arrêt d'appel du 7 novembre 2002. Le tribunal supérieur de justice de Madrid a en effet considéré (paragraphe 15 ci-dessus) que «le principe d'égalité et de non-discrimination repose sur l'idée que des situations égales doivent faire l'objet d'un traitement égal» et «qu'un traitement égal appliqué à des situations qui ne sont pas égales constitue une injustice». La Cour relève qu'aucune conclusion n'a été tirée par la juridiction d'appel des spécificités de la minorité rom, bien que le tribunal ait reconnu que le mariage rom a «certes un sens et bénéficie d'une reconnaissance sociale dans le milieu concerné» et que la moralité ou la conformité de ce rite à l'ordre public n'étaient pas mises en cause. Pour le tribunal supérieur de justice il est clair que cette situation «n'exclut pas et ne remplace pas actuellement la loi en vigueur et applicable à l'espèce».

69. A la lumière de ce qui précède et compte tenu des circonstances spécifiques de la présente affaire, la Cour estime qu'il est disproportionné que l'Etat espagnol, qui a attribué à la requérante et sa famille rom un livret de famille, leur a reconnu le statut de famille nombreuse, leur a octroyé, à l'intéressée et à ses six enfants, une assistance en matière de santé, et qui a perçu les cotisations de son mari rom à la sécurité sociale pendant plus de

dix-neuf ans, ne veuille pas aujourd'hui reconnaître les effets du mariage rom en matière de pension de réversion.

70. Enfin, la Cour ne saurait accepter la thèse du Gouvernement selon laquelle il aurait suffi à la requérante de se marier civilement pour obtenir la pension réclamée. En effet, l'interdiction de discrimination consacrée par l'article 14 de la Convention n'a de sens que si, dans chaque cas particulier, la situation personnelle du requérant par rapport aux critères énumérés dans cette disposition est prise en compte telle quelle. Une approche contraire, consistant à débouter la victime au motif qu'elle aurait pu échapper à la discrimination en modifiant l'un des éléments litigieux – par exemple, en se mariant civilement – viderait l'article 14 de sa substance.

71. En conséquence, la Cour conclut qu'il y a eu en l'espèce violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1.

## II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 14 DE LA CONVENTION COMBINÉ AVEC L'ARTICLE 12

72. La requérante se plaint que l'absence en Espagne de reconnaissance d'effets civils au mariage rom – le seul à avoir des effets *erga omnes* au sein de sa propre communauté – alors que cette minorité est implantée en Espagne depuis au moins cinq cents ans, porte atteinte à son droit au mariage. Elle invoque l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 12, qui sont ainsi libellés :

### Article 14

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

### Article 12

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

73. Le Gouvernement conteste cette thèse. Il soutient que rien n'empêchait la requérante de se marier civilement et estime que les articles 12 et 14 de la Convention ne peuvent pas être interprétés comme obligeant à traiter sur un pied d'égalité d'une part les mariages respectant les formalités légalement prévues et d'autre part toute autre union dans laquelle lesdites formalités n'ont pas été respectées. Il se réfère à la marge d'appréciation dont disposent les Etats pour déterminer l'exercice des droits prévus par l'article 12 de la Convention.

74. Pour le Gouvernement, le droit de se marier a été pleinement respecté en l'espèce, dans les mêmes conditions que pour tout autre citoyen. Aucune discrimination n'est à relever. La requérante a volontairement décidé de ne pas se marier selon les formes légalement établies. On ne saurait donc reprocher à l'Etat espagnol de ne pas attribuer les mêmes effets à cette union qu'aux mariages ayant respecté les prévisions légales. Les articles 12 et 14 de la Convention ne peuvent pas être interprétés comme contraignant l'Etat à accepter une forme concrète de prestation du consentement pour se marier du seul fait de l'ancrage social ou des traditions d'une communauté. Il n'est par conséquent pas contraire à l'article 12 de la Convention que l'Etat impose des formalités déterminées pour la prestation d'un tel consentement.

75. La requérante fait valoir qu'en 1971, lorsqu'elle a épousé M.D. selon les rites roms, seul le mariage religieux existait en Espagne, le mariage civil n'intervenant que dans les cas d'apostasie. Elle s'est mariée selon les rites roms parce que c'étaient les seuls rites reconnus par sa communauté et qu'en toute bonne foi, elle n'était pas libre de donner son consentement autrement. En conséquence, la requérante s'insurge contre le fait d'avoir été privée de droits sociaux sous prétexte qu'elle n'était pas mariée avec M.D., dont elle refuse d'être considérée comme la compagne.

76. Pour la requérante, la non-reconnaissance en droit espagnol des rites roms en tant que forme d'expression du consentement pour se marier, alors que certains rites religieux constituent des formes valables d'expression du consentement s'analyse, *per se*, en une violation des droits invoqués. La requérante note que le mariage rom existe depuis plus de cinq cents ans dans l'histoire espagnole; il s'agit d'une forme de prestation du consentement qui n'est ni civile ni religieuse, mais intimement ancrée dans la culture de sa communauté, reconnue et bénéficiant d'effets *erga omnes* au sein de cette dernière, par l'effet validant de la coutume. La loi espagnole ne tient pas compte des spécificités de la minorité rom, puisqu'elle l'oblige à se soumettre à une forme d'expression du consentement que les membres de cette communauté ne reconnaissent pas.

77. L'Unión Romani se réfère au caractère définitif du consentement donné lors du mariage rom et demande la reconnaissance par l'Etat de la validité de leurs rites. Elle fait valoir que la communauté rom en Espagne maintient ses traditions depuis des siècles, et invite la Cour à dire que le respect des minorités ethniques, de leurs traditions et de leur héritage et identité culturels fait partie inhérente de la Convention.

78. La Cour rappelle que l'article 12 garantit le droit fondamental, pour un homme et une femme, de se marier et de fonder une famille (*F. c. Suisse*, 18 décembre 1987, § 32, série A n° 128, et *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], n° 28957/95, § 98, CEDH 2002-VI). L'exercice du droit de

se marier emporte des conséquences sociales, personnelles et juridiques. Il obéit aux lois nationales des Etats contractants, mais les limitations en résultant ne doivent pas le restreindre ou réduire d'une manière ou à un degré qui l'atteindraient dans sa substance même (*I. c. Royaume-Uni* [GC], n° 25680/94, § 79, 11 juillet 2002).

79. La Cour observe que le mariage civil en Espagne tel qu'en vigueur depuis 1981 est ouvert à tous, et estime que sa réglementation n'implique pas de discrimination pour des raisons d'ordre religieux ou autre. La même formule devant un maire, un juge ou un autre fonctionnaire désigné s'applique à tous de la même façon. Aucune exigence de déclaration de religion ou croyances, ou d'appartenance à un groupe culturel, linguistique, ethnique ou autres n'est demandée.

80. Il est vrai que certaines formes religieuses de prestation du consentement sont admises en droit espagnol, mais ces formes religieuses (catholique, protestante, musulmane et israélite) sont reconnues en vertu des accords passés avec l'Etat par ces confessions, et produisent donc les mêmes effets que le mariage civil, alors que d'autres formes (religieuses ou traditionnelles) ne sont pas reconnues. La Cour constate toutefois qu'il s'agit d'une différence dérivée de l'appartenance à une confession religieuse, non pertinente dans le cas de la communauté rom. Mais cette différence n'empêche pas ou n'interdit pas le mariage civil, ouvert aux Roms dans les mêmes conditions d'égalité qu'aux personnes n'appartenant pas à la communauté rom, et elle répond à des motifs que le législateur doit prendre en compte, et qui relèvent, comme le Gouvernement le souligne, de sa marge d'appréciation.

81. Partant, la Cour estime que le fait que les unions roms n'ont pas d'effets civils dans le sens souhaité par la requérante ne constitue pas une discrimination prohibée par l'article 14. Il s'ensuit que ce grief est manifestement mal fondé et doit être rejeté en application de l'article 35 §§ 3 et 4 de la Convention.

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

82. 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**

83. La requérante réclamait au départ 60 959,09 euros (EUR) au titre du préjudice matériel qu'elle aurait subi. Lors de l'audience du 26 mai

2009, elle a indiqué percevoir une pension de réversion depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2007, par application de la troisième disposition additionnelle de la loi n° 40/2007 du 4 décembre 2007, portant sur des mesures relatives à la sécurité sociale, en tant que compagne de fait de M.D. (paragraphe 21 ci-dessus). Elle a dès lors réduit ses prétentions pour dommage matériel à la somme de 53 319,88 EUR. Elle réclame également 30 479,54 EUR au titre du préjudice moral.

84. Le Gouvernement s'oppose à cette thèse.

85. La Cour rappelle ensuite que le principe sous-tendant l'octroi d'une satisfaction équitable est bien établi : il faut, autant que faire se peut, placer l'intéressé dans une situation équivalente à celle où il se trouverait si la violation de la Convention n'avait pas eu lieu (voir, *mutatis mutandis*, *Kingsley c. Royaume-Uni* [GC], n° 35605/97, § 40, CEDH 2002-IV). Par ailleurs, la condition *sine qua non* à l'octroi d'une réparation d'un dommage matériel est l'existence d'un lien de causalité entre le préjudice allégué et la violation constatée (*Nikolova c. Bulgarie* [GC], n° 31195/96, § 73, CEDH 1999-II), et il en va de même du dommage moral (*Kadiķis c. Lettonie* (n° 2), n° 62393/00, § 67, 4 mai 2006).

86. Sans vouloir spéculer sur le montant exact de la pension à laquelle la requérante aurait pu prétendre si la violation constatée de l'article 14 n'avait pas eu lieu, la Cour doit tenir compte du fait qu'elle a subi un tort moral et matériel certain. Statuant en équité, comme le veut l'article 41 de la Convention, et eu égard à toutes les circonstances particulières de l'affaire, elle lui alloue 70 000 EUR, tous chefs de préjudice confondus (voir, *mutatis mutandis*, *Koua Poirrez c. France*, n° 40892/98, § 70, CEDH 2003-X).

## **B. Frais et dépens**

87. La requérante demande 3 480 EUR pour les frais et dépens engagés devant le Tribunal constitutionnel et 3 382,56 EUR pour ceux afférents à la procédure devant la Cour. Elle apporte les justificatifs de ces montants.

88. Selon la jurisprudence de la Cour, un requérant ne peut obtenir le remboursement de ses frais et dépens que dans la mesure où se trouvent établis leur réalité, leur nécessité et le caractère raisonnable de leur taux. En l'espèce et compte tenu des documents en sa possession et des critères susmentionnés, la Cour estime raisonnable la somme de 6 862,56 EUR au titre des frais et dépens exposés dans le cadre de la procédure nationale et devant la Cour, somme dont il faut déduire les 1 450 EUR déjà versés en l'espèce par le Conseil de l'Europe au titre de l'assistance judiciaire. Elle accorde donc à la requérante 5 412,56 EUR.

### C. Intérêts moratoires

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

#### PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Déclare*, à l'unanimité, recevable le grief tiré de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1 ;
2. *Déclare*, à la majorité, irrecevable le grief tiré de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 12 ;
3. *Dit*, par six voix contre une, qu'il y a eu violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1 ;
4. *Dit*, par six voix contre une,
  - a) que l'Etat défendeur doit verser à la requérante, dans les trois mois à compter du jour où l'arrêt sera devenu définitif conformément à l'article 44 § 2 de la Convention, les sommes suivantes :
    - i. 70 000 EUR (soixante-dix mille euros), plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt, pour l'ensemble des préjudices subis,
    - ii. 5 412,56 EUR (cinq mille quatre cent douze euros cinquante-six centimes), plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt par la requérante, pour frais et dépens ;
  - b) qu'à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement, ces montants seront à majorer d'un intérêt simple à un taux égal à celui de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne applicable pendant cette période, augmenté de trois points de pourcentage ;
5. *Rejette* à l'unanimité la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en français, puis communiqué par écrit le 8 décembre 2009, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Santiago Quesada  
Greffier

Josep Casadevall  
Président

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 45 § 2 de la Convention et 74 § 2 du règlement, l'exposé de l'opinion séparée du juge Myjer.

J.C.M.  
S.Q.

## OPINION DISSIDENTE DU JUGE MYJER

(Traduction)

«*María Luisa Muñoz pide en Estrasburgo una reparación histórica para los gitanos*» (Historique: María Luisa Muñoz demande réparation pour la communauté rom à la Cour de Strasbourg), a titré le *Nevipens Romani* (exemplaire du 1-15 juin 2009). Le sous-titre se lit ainsi: «*Catorce millones de gitanos podrían verse beneficiados de la decisión del Tribunal de Derechos Humanos*» (Quatorze millions de Roms pourraient bénéficier de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme).

Je suis très sincèrement en faveur de l'égalité des Roms, cause soutenue par le Conseil de l'Europe depuis de nombreuses années. Et je peux tout à fait comprendre que les Roms souhaitent qu'un mariage contracté entre deux personnes de l'ethnie rom selon les traditions et rites roms soit reconnu comme un mariage légalement valable par les autorités civiles. Cela dit, j'estime qu'il n'appartient pas à la Cour de traduire un tel souhait en une obligation découlant de la Convention.

Dans son titre 1, la Convention énumère les droits fondamentaux que les Etats contractants sont tenus de garantir à toute personne relevant de leur juridiction. La Cour a pour tâche « d'assurer le respect des engagements résultant pour les Hautes Parties contractantes de la présente Convention et de ses Protocoles » (article 19). A cette fin, elle se voit reconnaître une compétence qui « s'étend à toutes les questions concernant l'interprétation et l'application de la Convention et de ses Protocoles qui lui seront soumises » (article 32). Ce faisant, il lui faut se borner autant que possible à examiner les problèmes soulevés par le cas concret dont on l'a saisie (voir, parmi de nombreux exemples, *Deweer c. Belgique*, 27 février 1980, § 40, série A n° 35, et *Minelli c. Suisse*, 25 mars 1983, § 35, série A n° 62). Sa tâche ne consiste donc point à examiner *in abstracto*, au regard de la Convention, le texte de droit interne incriminé (voir, parmi beaucoup d'autres, *F c. Suisse*, 18 décembre 1987, § 31, série A n° 128).

Certes, la Convention est un instrument vivant et la Cour a eu l'occasion d'étendre la portée des droits qu'elle garantit au-delà du sens originel à la lumière d'évolutions sociales qui n'avaient pas été prévues au moment où la Convention a été élaborée (voir, par exemple, *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, § 41, série A n° 31, et *Opuz c. Turquie*, n° 33401/02, § 164, CEDH 2009). Ce faisant, la Cour a reconnu que la dignité et la liberté de l'homme sont l'essence même de la Convention (*Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], n° 28957/95, § 90, CEDH 2002-VI), mais a toutefois mis en balance l'intérêt général et l'intérêt de la personne concernée (*ibidem*, § 93).

Cependant, la compétence de la Cour ne va pas jusqu'à créer des droits qui ne sont pas énumérés dans la Convention, aussi utiles ou même souhaitables soient-ils. Si la Cour interprétait la Convention de la sorte, elle en viendrait à perdre toute crédibilité en tant que juridiction aux yeux des Etats contractants, compromettant ainsi le système unique de protection des droits de l'homme au niveau international dont elle a été la pièce maîtresse jusqu'à présent.

L'article 12, qui garantit «le droit au mariage», abandonne clairement les modalités d'exercice de ce droit aux autorités nationales («selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit»). Ainsi que la Cour l'a conclu dans l'arrêt *F. c. Suisse* (précité, § 32) :

«Par l'article 12 (...) se trouve garanti le droit fondamental, pour un homme et une femme, de se marier et de fonder une famille. Son exercice entraîne des conséquences d'ordre personnel, social et juridique. Il «obéit aux lois nationales des Etats contractants», mais «les limitations en résultant ne doivent pas (...) restreindre ou réduire» le droit en cause «d'une manière ou à un degré qui l'atteindraient dans sa substance même» (...)

Dans tous les Etats membres du Conseil de l'Europe, ces «limitations» apparaissent comme autant de conditions et figurent dans des règles soit de forme, soit de fond. Les premières portent notamment sur la publicité et la célébration du mariage; les secondes ont trait surtout à la capacité, au consentement et à certains empêchements.»

Pour autant que je sache, tous les Etats contractants attachent des conséquences juridiques à un mariage légal. Ces conséquences juridiques sont diverses par nature; elles peuvent par exemple avoir trait à l'obligation mutuelle d'entretien – dans certains cas même après la fin du mariage –, aux droits à pension ou à sécurité sociale du conjoint survivant en cas de décès de l'autre, ou à des droits en matière de succession. Ces conséquences sont également susceptibles de concerner des tiers, qui peuvent être en droit de saisir les biens de la communauté pour garantir le paiement des dettes dues par un seul des époux. Certaines Parties contractantes prévoient l'enregistrement de partenariats, et attachent à des partenariats enregistrés tout ou partie des conséquences juridiques d'un mariage.

La Cour a tardé à intervenir dans l'exercice par les Parties contractantes de leurs prérogatives en la matière; jusqu'ici, son intervention s'est limitée à des cas où le droit national empêchait un homme et une femme de se marier (*F. c. Suisse*, précité, et *B. et L. c. Royaume-Uni*, n° 36536/02, 13 septembre 2005). L'espèce est différente.

Je relève, comme la majorité (paragraphe 80 de l'arrêt), que «le mariage civil [est] ouvert aux Roms dans les mêmes conditions d'égalité qu'aux personnes n'appartenant pas à la communauté rom». La requérante n'a donc pas été victime d'une «différence de traitement» relevant de l'article 14 de la

Convention. Plus généralement, faute de toute différence de traitement, je récusé l'idée que l'Etat aurait l'obligation positive d'adapter ses lois relatives au mariage aux souhaits d'individus ou de groupes ayant un style de vie particulier, même dans le cas où ces individus ou groupes, comme c'est le cas des Roms en Espagne, constituent une part importante de la population. Je souscris donc à la conclusion de la majorité déclarant le grief tiré de l'article 14 combiné avec l'article 12 irrecevable.

En revanche, je me démarque de la majorité en ce que j'estime qu'il n'y a pas eu violation de l'article 14 combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1. Même si les membres de la majorité déclarent être parvenus à cette conclusion en se fondant exclusivement sur les circonstances particulières de l'affaire, j'ai le sentiment (inconfortable) qu'ils aient pu vouloir attirer l'attention des autorités espagnoles sur ce qu'ils percevaient comme un refus d'adopter une législation reflétant de manière adéquate la situation spécifique des Roms. Ce point de vue ressort à mon avis du paragraphe 61 de l'arrêt, où la majorité déclare que « si l'appartenance à une minorité ne dispense pas de respecter les lois régissant le mariage, cela peut influencer sur la manière d'appliquer ces lois ». Je me demande si pareille déclaration peut véritablement se fonder sur la jurisprudence citée aux paragraphes 60 et 61 de l'arrêt, laquelle – comme cela est reconnu dans l'arrêt lui-même – a été développée dans un contexte factuel et juridique différent, à savoir celui de l'aménagement du territoire.

Il ne paraît pas davantage évident qu'un tel raisonnement soit valable dans le cadre de l'application d'une législation relative à la sécurité sociale accordant des prestations aux bénéficiaires. A mon sens, il serait plus logique de faire le parallèle avec l'affaire *Goudswaard-Van der Lans c. Pays-Bas* ((déc.), n° 75255/01, CEDH 2005-XI), qui énonce :

« (...) si la Convention telle que complétée par ses Protocoles oblige les Parties contractantes à respecter les choix individuels en matière de style de vie, dans la mesure où elle n'autorise pas explicitement des restrictions, elle ne fait pas peser sur elles une obligation positive de soutenir des choix individuels de style de vie à partir de fonds qui leur sont confiés en leur qualité de comptables des deniers publics. »

La situation en l'espèce se distingue de celle d'un couple non marié qui a des enfants et fonde une famille. La Cour reconnaît depuis longtemps que des enfants nés hors mariage ne sauraient être traités différemment – que ce soit sur le plan patrimonial ou s'agissant d'autres questions liées à la famille – des enfants issus de couples mariés (principe énoncé dans l'arrêt *Marckx*, précité; comparer également avec, parmi d'autres, *Kroon et autres c. Pays-Bas*, 27 octobre 1994, § 30, série A n° 297-C). A mon sens, ce principe a pour corollaire que, si les autorités espagnoles avaient refusé de reconnaître à la requérante la qualité de mère d'une famille nombreuse

et de lui accorder les allocations correspondantes, ou d'inscrire les enfants dans le livret de famille, elles auraient sans doute été reconnues coupables de discrimination à l'égard de la requérante et de sa famille. Cependant, comme il est souligné dans l'arrêt *Marckx* (précité, § 67), ce raisonnement ne saurait être renversé :

« L'article 12 serait aussi violé en ce que la loi ne donne pas aux parents « naturels » les mêmes droits qu'à des époux. Les requérantes semblent ainsi l'interpréter comme exigeant que toutes les conséquences juridiques attachées au mariage vailent également pour des situations comparables par certains côtés à celui-ci. La Cour ne saurait souscrire à une telle opinion ; elle estime avec la Commission que le problème dont il s'agit sort du cadre de l'article 12. »

On peut se demander si la requérante pouvait raisonnablement ne pas avoir conscience du statut juridiquement précaire de son mariage rom. Je ne suis pas persuadé que l'attitude des autorités espagnoles ait pu légitimement amener la requérante à présumer que son mariage était valable au regard du droit espagnol. Je suis prêt à croire qu'elle ignorait tout du contexte juridique lorsqu'elle s'est mariée à l'âge de quinze ans selon les rites roms. Cependant, j'estime abusif de rendre l'État défendeur responsable de son ignorance. Il serait encore plus abusif de reprocher une faute aux autorités espagnoles en raison de l'égalité de traitement qu'elles ont reconnu à la requérante et à sa famille par rapport à des familles fondées sur l'institution du mariage.

Les observations écrites et la plaidoirie orale de la partie tierce, l'Unión Romani, m'ont donné l'impression qu'on avait fait du cas de la requérante une affaire de principe en vue d'obtenir la satisfaction d'une revendication ancienne, à savoir la reconnaissance de la légalité du mariage rom. C'est ce qui ressort également des titres de journaux que j'ai cités ci-dessus. Il semble qu'il y ait à l'heure actuelle de nombreux Roms espagnols qui se marient deux fois, d'une part selon le droit espagnol et d'autre part conformément aux traditions roms. Cette situation diffère quelque peu de celle qui a cours dans de nombreux pays, y compris le mien (les Pays-Bas), dans lesquels un mariage légal est célébré devant une autorité publique, puis est suivi, si les parties le souhaitent, d'une cérémonie religieuse.

A cet égard, je doute qu'il existe une base factuelle ou légale quelconque à ce qui est affirmé au paragraphe 57 de l'arrêt : peut-on vraiment dire qu'« on ne pouvait exiger de la requérante, sans porter atteinte à son droit à la liberté religieuse, qu'elle se mariât légalement, à savoir selon le droit canonique en 1971, lorsqu'elle manifesta son consentement pour se marier selon les rites roms » ? On ne sait rien de l'obédience religieuse de la requérante, si tant est qu'elle en ait une. En outre, la Convention (et notamment son article 9, qui garantit la liberté de religion) n'était pas encore en vigueur à l'égard

de l'Espagne en 1971. Quoi qu'il en soit, c'est là un *obiter dictum* bien audacieux.

Je relève avec plaisir que, le 3 décembre 2008, en application de la troisième disposition additionnelle de la loi n° 40/2007 du 4 décembre 2007 relative à certaines mesures de sécurité sociale, la requérante s'est vu octroyer une pension de réversion à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2007, en tant que compagne de M.D. (paragraphe 21 de l'arrêt). Ainsi, une solution souhaitable a été trouvée au niveau approprié, à savoir le niveau national.

MUÑOZ DÍAZ v. SPAIN  
*(Application no. 49151/07)*

THIRD SECTION

JUDGMENT OF 8 DECEMBER 2009<sup>1</sup>

---

1. Translation; original French.



SUMMARY<sup>1</sup>**Refusal to recognise validity of Roma marriage for purposes of entitlement to survivor's pension****Article 14 of the Convention in conjunction with Article 1 of Protocol No. 1**

*Discrimination – Refusal to recognise validity of Roma marriage for purposes of entitlement to survivor's pension – National minority – Peaceful enjoyment of possessions – Collective beliefs of a culturally well-defined community – International consensus – Obligation to take account of specificities of persons belonging to national minorities – Applicant's good faith as to validity of her marriage – Inconsistent attitude of authorities – Disproportionate difference in treatment*

\*

\* \*

In 1971 the applicant and M.D., who both belonged to the Roma community, were married in accordance with their community's specific rites. Together they had six children, who were listed in the family record book issued by the Spanish authorities. In 1986 the applicant and her family were granted "large-family" status, for which spousal status was required. In 2000 M.D. died. He had been paying social security contributions for over nineteen years and held a benefit card on which the applicant was indicated as his spouse. After his death the applicant applied for a survivor's pension but it was refused on the ground that she was not the wife of M.D. according to the Civil Register. The applicant applied to the Labour Court and was recognised as being entitled to a survivor's pension. However, the judgment was quashed by the Higher Court of Justice. The applicant lodged an *amparo* appeal before the Constitutional Court, but it was dismissed in 2007.

*Held*

Article 14 in conjunction with Article 1 of Protocol No. 1: On account of the fact that the applicant belonged to the Roma community and that she was M.D.'s spouse, as recognised in certain cases by the Spanish authorities, her property rights fell within the scope of Article 1 of Protocol No. 1, this being sufficient to render Article 14 applicable. The General Social Security Act recognised an entitlement to a survivor's pension for the surviving spouse, and also for a spouse acting in good faith where the marriage was null and void. The question in the present case was whether the fact that the applicant had been denied the right to receive a survivor's

---

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

pension revealed discriminatory treatment based on her affiliation to the Roma community, in relation to the manner in which legislation and case-law treated similar situations, where those concerned believed in good faith in the existence of a marriage even if it was not legally valid. At the time of the applicant's marriage in 1971 according to Roma rites and traditions, it had not been possible in Spain, except by making a prior declaration of apostasy, to be married otherwise than in accordance with the canon-law rites of the Catholic Church. The applicant could not have been required, without infringing her right to religious freedom, to marry legally, that is to say under canon law as it stood in 1971, when she expressed her consent to marry according to Roma rites. Admittedly, following the entry into force of the Spanish Constitution of 1978, the applicant could have opted for a civil marriage. She had argued, however, that she had believed in good faith that the marriage solemnised according to Roma rites and traditions had produced all the effects inherent in the institution of marriage. The authorities, moreover, had not contested her good faith. In this connection the Court had to take into consideration the fact that she belonged to a community within which the validity of the marriage, according to its own rites and traditions, had never been disputed, nor had it been regarded as contrary to public order by the domestic authorities. Thus, the force of the collective beliefs of a community that was well-defined culturally could not be ignored. Moreover, there was an emerging international consensus among the member States of the Council of Europe recognising the special needs of minorities and an obligation to protect their security, identity and lifestyle. While the fact of belonging to a minority did not create an exemption from compliance with marriage laws, it might affect the manner in which those laws were applied. In the present case, the applicant's belief that she was a married woman, with all the effects inherent in that status, was undeniably strengthened by the attitude of the authorities, who had recognised her as M.D.'s wife and had done so very concretely by issuing her with certain social security documents. Consequently, the refusal to recognise the applicant as a spouse for the purposes of entitlement to the survivor's pension had been at odds with the authorities' previous recognition of such status in other situations. Moreover, the applicant's particular social and cultural situation had not been taken into account, contrary to the requirement of the Council of Europe's Framework Convention for the Protection of National Minorities. Accordingly, the applicant's situation revealed a disproportionate difference in treatment compared to that normally granted, by statute or case-law, to other situations which had to be regarded as equivalent in terms of the effects of good faith, such as the belief in good faith in the validity of a marriage that was null and void. Lastly, the Court could not accept the Government's argument that it would have been sufficient for the applicant to enter into a civil marriage in order to obtain the pension. The prohibition of discrimination enshrined in Article 14 was meaningful only if, in each particular case, the applicant's personal situation in relation to the criteria listed in that provision was taken into account exactly as it

stood. To proceed otherwise, dismissing the victim's claims on the ground that he or she could have avoided the discrimination by altering one of the factors in question – in the present case, by entering into a civil marriage – would render Article 14 devoid of substance.

*Conclusion:* violation (six votes to one).

Article 41: The Court made the applicant an award for all heads of damage combined.

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

*Gaygusuz v. Austria*, 16 September 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-IV

*Buckley v. the United Kingdom*, 25 September 1996, *Reports* 1996-IV

*National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society and Yorkshire*

*Building Society v. the United Kingdom*, 23 October 1997, *Reports* 1997-VII

*Domalewski v. Poland* (dec.), no. 34610/97, ECHR 1999-V

*Thlimmenos v. Greece* [GC], no. 34369/97, ECHR 2000-IV

*Janković v. Croatia* (dec.), no. 43440/98, ECHR 2000-X

*Chapman v. the United Kingdom* [GC], no. 27238/95, ECHR 2001-I

*Koua Poirrez v. France*, no. 40892/98, ECHR 2003-X

*Connors v. the United Kingdom*, no. 66746/01, 27 May 2004

*Kopecný v. Slovakia* [GC], no. 44912/98, ECHR 2004-IX

*Stec and Others v. the United Kingdom* (dec.) [GC], nos. 65731/01 and 65900/01, ECHR 2005-X

*Stec and Others v. the United Kingdom* [GC], nos. 65731/01 and 65900/01, ECHR 2006-VI

*D.H. and Others v. the Czech Republic* [GC], no. 57325/00, ECHR 2007-IV

*Burden v. the United Kingdom* [GC], no. 13378/05, ECHR 2008

*Andrejeva v. Latvia* [GC], no. 55707/00, ECHR 2009



**In the case of Muñoz Díaz v. Spain,**

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

Josep Casadevall, *President*,

Elisabet Fura,

Corneliu Bîrsan,

Boštjan M. Zupančič,

Alvina Gyulumyan,

Egbert Myjer,

Luis López Guerra, *judges*,

and Santiago Quesada, *Section Registrar*,

Having deliberated in private on 26 May and on 17 November 2009,

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

**PROCEDURE**

1. The case originated in an application (no. 49151/07) against the Kingdom of Spain lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by a Spanish national, Mrs María Luisa Muñoz Díaz (“the applicant”), on 29 October 2007.

2. The applicant was represented by Ms M. Queipo de Llano López-Cózar, a lawyer practising in Madrid. The Spanish Government (“the Government”) were represented by their Agent, Mr I. Blasco Lozano, Head of the Human Rights Department at the Ministry of Justice.

3. The applicant, a Rom of Spanish nationality, complained about a refusal to grant her a survivor’s pension, following the death of M.D., also a Rom of Spanish nationality, on the sole ground that they were not a married couple under Spanish law. She alleged that there had been a violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 1 of Protocol No. 1 and Article 12 of the Convention.

4. On 13 May 2008 the Court decided to give notice of the application to the Government. As provided for by Article 29 § 3 of the Convention, it was also decided that the Chamber would examine the admissibility and merits of the case at the same time.

5. The parties filed their observations. In addition, third-party comments were received from Unión Romaní which had been given leave by the President to intervene in the written procedure as *amicus curiae* (Article 36 § 2 of the Convention and Rule 44 § 2 of the Rules of Court).

6. A hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 26 May 2009 (Rule 59 § 3).

There appeared before the Court:

(a) *for the Government*

Mr I. Blasco Lozano, Head of the Human Rights Department at  
the Ministry of Justice, *Agent*;

(b) *for the applicant*

Ms M. Queipo de Llano López-Cózar,  
Mr S. Sánchez Lorente, *Counsel*;

(c) *for the third party*

Mr J.D. Ramírez Heredia, Chairman of Unión Romaní.

The Court heard addresses by Mr Blasco Lozano, Ms Queipo de Llano López-Cózar and Mr Sánchez Lorente and their replies to questions from Judges López Guerra and Myjer. It also heard statements by Mr Ramírez Heredia and by Mrs Muñoz Díaz, the applicant.

## THE FACTS

### I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

7. The applicant was born in 1956 and lives in Madrid.

8. The applicant and M.D., both members of the Roma community, were married in November 1971 according to their community's own rites. The marriage was solemnised in accordance with Roma customs and cultural traditions and was recognised by that community. For the Roma community, a marriage solemnised according to its customs gives rise to the usual social effects, to public recognition, to an obligation to live together and to all other rights and duties that are inherent in the institution of marriage.

9. The applicant had six children, who were registered in the family record book issued to the couple by the Spanish civil registration authorities (*Registro civil*) on 11 August 1983.

10. On 14 October 1986 the applicant and her family were granted first-category large-family status, under the number 28/2220/8, pursuant to the Large-Family Protection Act (Law no. 25/1971 of 19 June 1971).

11. On 24 December 2000 the applicant's husband died. He was a builder and at the time of his death had been working and paying social security

contributions for nineteen years, three months and eight days, supporting his wife (registered as such) and his six children as his dependants. He had been issued with a social security benefit card, stamped by Agency no. 7 of Madrid of the National Institute of Social Security (*Instituto Nacional de la Seguridad Social* – “the INSS”).

12. The applicant applied for a survivor’s pension. In a decision of 27 March 2001, the INSS refused to grant her one on the following ground:

“[she was] not and [had] never been the wife of the deceased prior to the date of death, as required by paragraph 2 of the seventh amendment to Law no. 30/1981 of 7 July 1981 (in force at the material time), combined with section 174 of the General Social Security Act [*Ley General de la Seguridad Social* – “the LGSS”] approved by Royal Legislative Decree no. 1/1994 of 20 June 1994.”

13. That decision was confirmed by a decision of the same Institute dated 10 May 2001.

14. The applicant filed a claim with the Labour Court. In a judgment dated 30 May 2002 of Labour Court no. 12 of Madrid, she was granted an entitlement to receive a survivor’s pension with a base rate of 903.29 euros per month, her Roma marriage thus being recognised as having civil effects. The relevant part of the judgment read as follows:

“... In our country the Roma minority (*etnia gitana*) has been present since time immemorial and it is known that this minority solemnises marriage according to rites and traditions that are legally binding on the parties. These marriages are not regarded as being contrary to morality or public order and are recognised socially.

... Article 61 of the Civil Code provides that marriage has civil effects from the time it is solemnised but that it must be registered in the Civil Register if those effects are to be recognised. Roma marriages are not registered in the Civil Register because they have not been regarded by the State as a feature of the ethnic culture which has existed in our country for centuries.

... The argument relied upon against the applicant in order to deny her a survivor’s pension is solely the non-recognition of the civil effects of her marriage to the insured person (a working man of Spanish nationality with rights and obligations governed by domestic and European Community law), notwithstanding the fact that Spain has ratified the United Nations International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination of 7 March 1966.

... The lack of regulation of the recognition of the civil effects of Roma marriage cannot hinder the protective action to which the State has committed itself by laying down social security norms.

... Directive 2000/43/EC implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin is applicable to the present case, where the denied benefit derives from the employment relationship of the insured person, who died from natural causes while he was still working. ... Article 4 § 1 of the Civil Code states [that] ‘norms are applied *mutatis mutandis* where they do not specifically

contemplate the case in question but a comparable one which can be regarded as having a similar object'. Such application *mutatis mutandis* is applicable to the present case.

...

The applicant's marriage is not registered in the Civil Register, although that is not expressly ruled out. It is not recognised as having civil effects or as giving rise to the enjoyment of social protection by the survivor on the death of either spouse. Roma marriage is not covered by Spanish legislation, in spite of that ethnic minority's social and cultural roots in our country. However, as noted above, marriages solemnised according to certain religious rites and customs that were, until quite recently, foreign to our society, [do] have a legal framework. These are therefore similar cases, albeit that it is not a religion that is concerned here. They have a similar object (community of cultures and customs present within the Spanish State). The refusal by the INSS to grant the applicant a survivor's pension, the sole obstacle being that the marriage between the widow and the deceased is not recognised, reveals discriminatory treatment on grounds of ethnic affiliation in breach of Article 14 of the Spanish Constitution and Directive 2000/43/EC."

15. The INSS appealed. In a judgment of 7 November 2002, the Madrid Higher Court of Justice quashed the impugned judgment, giving the following reasons:

"... It should be noted that the principle of equality and non-discrimination is based on the idea that equal situations should be treated equally and on [the idea] that equal treatment applied to situations which are not equal constitutes injustice. This also means that the law applicable to all should not be departed from in such a manner [as to enable] the creation of more exceptions than those that are expressly contemplated in that law.

... A distinction must be made between the legislation that is in force and is applicable at all times and what may be considered desirable by a given sector of society.

... Under the provisions of Article 49 of the Civil Code, every Spanish national (such as the applicant and the deceased) may opt for a civil marriage before a magistrate, a mayor or a public official designated [by that Code], or for a religious marriage as provided for by law.

... In accordance with the foregoing, if a civil marriage is to be solemnised through regulated formalities, that must also be the case for a religious marriage, whose formalities will be those of the religious denomination – such formalities being laid down by the State, or otherwise accepted by its legislation. [It will be in such circumstances] that the marriage produces civil effects.

... A marriage solemnised solely and exclusively according to Roma rites is not covered by any of the above-mentioned cases, as even though an ethnic group is concerned, the norms or formalities of that group do not produce any legal effect outside its own environment and are not enshrined in the law that provides for the impugned pension. [Such a marriage], which is certainly meaningful and enjoys social

recognition in the environment concerned, does not exclude, and currently does not supersede, the law that is in force and is applicable to the present case, in so far as it concerns a marriage between Spanish nationals that took place in Spain. An ethnic group, moreover, is merely a group which is differentiated on grounds of race ... and a rite is merely a custom or ceremony.

... As far as customs are concerned, under Article 1 § 3 of the Civil Code they only apply in the absence of an applicable law. ... The morality of the rite or its conformity with public order are not called into question, but only its capacity to produce *erga omnes* obligations, whereas in Spain there are statutory norms governing marriage. The answer, clearly, can only be in the negative.

...

A marriage, in order to produce civil effects, can only be one that is solemnised civilly or religiously according to the terms set out above. Roma marriage does not correspond, in the current framework of our law, to the nature of the marriages referred to above. Section 174 of the LGSS requires that a person be the spouse of the deceased in order to benefit from the survivor's pension, and the notion of spouse has been interpreted strictly according to an established constitutional and ordinary case-law (in spite of dissenting views), according to which a couple living together *de facto* as husband and wife and many others who, in reality, are not married under the applicable law, are excluded from the benefit of that pension."

16. The applicant lodged an *amparo* appeal with the Constitutional Court, relying on the principle of non-discrimination in terms of race and social condition. In a judgment of 16 April 2007, the Constitutional Court dismissed the appeal as follows:

"... The court, in a plenary sitting, reiterated ... the reasons for concluding that to limit the survivor's pension to cases of institutionalised cohabitation as husband and wife, excluding other forms of partnership or cohabitation, did not constitute discrimination on social grounds. In this connection, it was submitted that the legislature retained a significant degree of discretion in determining the configuration of the social security system and in assessing the socio-economic circumstances in a context of the administration of limited resources with a view to addressing a large number of social needs, bearing in mind that an entitlement to a survivor's pension was not strictly conditional, in a contribution-related system, on an actual situation of necessity or economic dependence, or even unfitness for work, in the case of the surviving spouse. In any event, the plenary court also commented on the fact that the extension, by the legislature, of the survivor's pension to other forms of partnership was not prohibited by Article 14 of the Spanish Constitution either.

...

A supposed discrimination on social grounds must be rejected for the reasons given above. ... No violation of Article 14 arises from the fact of limiting the survivor's pension in practice to married couples.

Similarly, no discriminatory treatment, whether direct or indirect, for racial or ethnic reasons, arises from the fact that the applicant's partnership, in accordance with the rites and customs of the Roma community, has not been assimilated with marriage for the purposes of the said pension, and that the same legal rules as those applying to '*more uxorio*' cohabitation have been applied to it.

Firstly, ... the court reiterated that 'discrimination by absence of differentiation' did not arise from Article 14 of the Spanish Constitution, as the principle of equality did not afford a right to [differentiated] treatment, nor did it protect the lack of distinction between different cases. There was thus no individual right to differentiated normative treatment. ...

Secondly, the statutory requirement of a marital relationship as a condition for the enjoyment of a survivor's pension, and the interpretation arising from the impugned decision, taking into account the marital relationship that stems from the legally recognised forms of access to marriage, and not any other forms of cohabitation, in particular partnerships according to Roma habits and customs – such requirement not being in any way related to racial or ethnic considerations, but to the fact [for the interested parties] of having freely chosen not to formalise marriage by recognised statutory, civil or religious procedures – never takes into consideration a person's race or the customs of a given ethnic group to the detriment of others. As a result, there is no form of covert discrimination here against the Roma ethnic group. ...

Lastly, the court must reject the idea that the recognition of the civil effects of a marital relationship created by certain specific religious rites, but not one that has been solemnised according to Roma rites and customs, and the refusal of the judicial body to accept the latter *mutatis mutandis* [...], may entail directly or indirectly, the alleged ethnic discrimination. ...

To sum up, in view of the fact that the law establishes a general possibility – neutral from a racial and ethnic point of view – of marrying in the civil form, and that the legislature, in deciding to attach statutory effects to other forms of accession to a marital relationship, did so exclusively on the basis of religious considerations and thus without reference to any ethnic grounds, no discriminatory treatment with an ethnic connotation, as alleged, may be found."

17. A dissenting opinion was appended to the judgment. It referred to judgment no. 199/2004, in which the Constitutional Court had found a violation of the right to equality in a case concerning the widower of a civil servant, after finding that a marital relationship existed but not a marriage, since it had not been registered civilly, the parties having expressly refused such registration of their marital relationship which had been solemnised in a religious form.

18. For the dissenting judge, that case of a surviving spouse from an unregistered religious marriage was comparable to that of the applicant, in that the two claimants had applied for a survivor's pension on the basis of

what they considered to be a marital relationship, albeit that it had not been registered civilly.

19. Furthermore, the dissenting judge pointed out that, even though Spain was a party to the Framework Convention for the Protection of National Minorities, which it signed at Strasbourg on 1 February 1995, the case-law of the Constitutional Court did not take into account the rites, practices or customs of a specific ethnic group, nor did it regard as valid and subject to constitutional protection the acts of individuals belonging to minorities who sought respect for their cultural traditions.

20. According to the dissenting judge, the situation presented in this *amparo* appeal showed, for the first time, that the protection of minorities had a much broader constitutional significance than simply the response received by the applicant. The applicant should not have been obliged to take her case to a supranational body in order to obtain the protection claimed. In cases concerning the protection of ethnic minorities, the guarantee of equality required measures of positive discrimination in favour of the underprivileged minority, and respect, with the appropriate sensitivity, for the subjective value that a person belonging to such a minority accorded and required as regards respect for its traditions and the heritage of its cultural identity. The dissenting judge concluded as follows:

“It is disproportionate for the Spanish State, which took into consideration the applicant and her Roma family by issuing them with a family record book, granting them large-family status, affording health-care assistance to her and her six children and collecting the corresponding contributions from her Roma husband for nineteen years, three months and eight days, now to refuse to recognise the Roma marriage when it comes to the survivor’s pension.”

21. On 3 December 2008, under the third amendment of Law no. 40/2007 of 4 December 2007 pertaining to certain social security measures, the applicant was granted a survivor’s pension with effect from 1 January 2007, as the partner of M.D.

## II. RELEVANT DOMESTIC AND EUROPEAN LAW

22. The relevant provisions of the Spanish Constitution are as follows:

### **Article 14**

“Spaniards shall be equal before the law; they may not be discriminated against in any way on account of birth, race, sex, religion, opinion or any other condition or personal or social circumstance.”

### **Article 16**

“1. Freedom of ideas, religion and worship shall be guaranteed to individuals and communities without any restrictions on its expression other than those necessary for the maintenance of public order as protected by law.

2. No one shall be required to declare his ideological, religious or other beliefs.

...”

### **Article 32 § 2**

“1. Men and women shall have the right to enter into a marriage with full legal equality.

2. The law shall determine the forms of marriage, the requisite age and capacity for marriage, the rights and duties of the spouses, the grounds for separation and dissolution and the effects thereof.”

23. The relevant provisions of the Civil Code, as in force in 1971, read as follows:

### **Article 42**

“The law recognises two forms of marriage: the canonical form and the civil form.

Marriage shall be solemnised in the canonical form when at least one of the participants identifies with the Catholic faith.

Civil marriage shall be authorised where it is established that neither of the parties identifies with the Catholic faith.”

24. The provisions applicable to the present case of the Civil Registration Rules, as in force at the relevant time (Decree no. 1138/1969 of 22 May 1969), read as follows:

### **Article 245**

“Persons who have renounced the Catholic faith shall, as soon as possible, provide proof that they have given notice of such renunciation to the priest of their home parish.”

### **Article 246**

“...

2. In cases not provided for by the previous provision, proof of non-affiliation to the Catholic faith may be produced, either by a certificate of affiliation to another religious denomination, delivered by the competent minister or the authorised representative of the religious association in question, or in the form of an express declaration by the person concerned before the registrar.”

25. The relevant provisions of the Civil Code, in its current version, read as follows:

#### Article 44

“A man and a woman shall have the right to enter into marriage in accordance with the provisions of the present Code.”

#### Article 49

“Any Spanish national is entitled to marry in Spain or abroad:

1. Before a magistrate, a mayor or a public servant designated by the present Code.
2. In the religious form provided for by law.

[Any Spanish national] may also marry abroad in accordance with the formalities required by the law in the place where the marriage is solemnised.”

26. The relevant provision of Law no. 30/1981 of 7 July 1981, amending the provisions of the Civil Code pertaining to marriage and the procedure to be followed for cases of nullity, judicial separation and divorce, reads as follows:

#### Tenth amendment

“ ...

2. [As regards persons] who have not been able to marry on account of the legislation currently in force but who have lived as [a married couple], when the death of one of the partners has occurred before the entry into force of the present Law, the survivor will be entitled to the benefits provided for in the first paragraph of the present provision and to the corresponding pension in accordance with the following paragraph.”

27. Section 2 of the Large-Family Protection Act (Law no. 25/1971 of 19 June 1971) reads as follows:

“1. A family shall be classified as large when, in addition to fulfilling the other conditions laid down herein, it is made up of:

- (a) the head of the household, his spouse and four or more children ...”

28. Section 174 of the *Ley General de la Seguridad Social* (“the LGSS”) (as in force at the material time) read as follows:

“1. The surviving spouse ... shall be entitled to a survivor’s pension.

2. ... In the event of nullity of a marriage, the surviving spouse’s entitlement to the survivor’s pension shall be recognised in proportion to the period of his or her cohabitation with the insured person, provided he or she has not acted in bad faith and has not remarried ...”

29. Section 174 of the LGSS, approved by Royal Legislative Decree no. 1/1994 of 20 June 1994, reads as follows:

“1. A survivor’s pension shall be granted for life ... to the surviving spouse when, on the death of his or her spouse the latter had been working ... and had paid contributions for the statutory period ...

2. In the event of judicial separation or divorce, a survivor's pension shall be granted to a person who is or was a lawful spouse, provided in the case of divorce that he or she has not remarried, in proportion to the period of cohabitation with the deceased spouse and regardless of the causes of the judicial separation or divorce.

In the event of nullity of a marriage, a survivor's pension shall be granted to the surviving spouse provided that he or she has not acted in bad faith and has not remarried, in proportion to the period of his or her cohabitation with the insured person. ...”

30. Law no. 40/2007 of 4 December 2007 on social security measures, amending the LGSS, reads as follows:

### **Third transitional amendment**

“Exceptionally, a survivor's pension shall be granted where the death of the insured person occurred before the entry into force of the present Act, subject to fulfilment of the following conditions:

(a) at the time of the death of the insured person, who was working and paying social security contributions as provided for by section 174 of the simplified text of the General Social Security Act, [the survivor] was unable to claim an entitlement to the survivor's pension;

(b) the beneficiary and the insured person lived together continuously as unmarried partners ... for at least six years prior to the death;

(c) the insured person and the beneficiary had children together;

(d) the beneficiary has no recognised entitlement to receive a contributory pension from the social security;

(e) to have access to the pension [hereunder], the claim must be filed within a non-extendable period of twelve months following the entry into force of the present Act. The recognition of the pension entitlement will take effect from 1 January 2007, subject to the fulfilment of all the conditions provided for in the present provision.”

31. Various cooperation agreements have been entered into between the Government and religious denominations: agreement with the Holy See (Concordat of 1979), agreement with the Evangelical Federation under Law no. 24/1992 of 10 November 1992, agreement with the Islamic Commission under Law no. 26/1992 of 10 November 1992, and agreement with the Jewish Federation under Law no. 25/1992 of 10 November 1992. Marriages solemnised according to the rites of those religious denominations are therefore recognised by the Spanish State as constituting a valid form of expression of consent to marriage. They thus produce civil effects by virtue of agreements entered into with the State.

32. The relevant case-law of the Constitutional Court is as follows:

“Constitutional Court judgments no. 260/1988 of 22 December 1988 and no. 155/1998 of 13 June 1998, among others, concerned entitlements to a survivor's pension in cases where canonical marriage had not been possible because of the impossibility of divorce.

Constitutional Court judgment no. 180/2001 of 17 September 2001 recognised the right to compensation for the death of a partner if a canonical marriage had not been possible on account of a conflict with freedom of conscience or religion (before the legislative amendment of 1981).

Constitutional Court judgment no. 199/2004 of 15 November 2004 concerned a survivor's pension entitlement derived from a canonical marriage that did not fulfil the statutory conditions of form because the parties had voluntarily omitted to register it in the Civil Register. The Constitutional Court recognised in that case an entitlement for the widower to receive a survivor's pension."

33. The Council of Europe's Framework Convention for the Protection of National Minorities, opened for signature on 1 February 1995, contains the following provisions in particular:

#### **Article 1**

"The protection of national minorities and of the rights and freedoms of persons belonging to those minorities forms an integral part of the international protection of human rights, and as such falls within the scope of international cooperation.

..."

#### **Article 4**

"1. The Parties undertake to guarantee to persons belonging to national minorities the right of equality before the law and of equal protection of the law. In this respect, any discrimination based on belonging to a national minority shall be prohibited.

2. The Parties undertake to adopt, where necessary, adequate measures in order to promote, in all areas of economic, social, political and cultural life, full and effective equality between persons belonging to a national minority and those belonging to the majority. In this respect, they shall take due account of the specific conditions of the persons belonging to national minorities.

3. The measures adopted in accordance with paragraph 2 shall not be considered to be an act of discrimination."

#### **Article 5**

"1. The Parties undertake to promote the conditions necessary for persons belonging to national minorities to maintain and develop their culture, and to preserve the essential elements of their identity, namely their religion, language, traditions and cultural heritage.

2. Without prejudice to measures taken in pursuance of their general integration policy, the Parties shall refrain from policies or practices aimed at assimilation of persons belonging to national minorities against their will and shall protect these persons from any action aimed at such assimilation."

34. Spain signed the Convention on the day that it was opened for signature and ratified it on 1 September 1995. It came into force in respect of Spain on 1 February 1998.

## THE LAW

### I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 14 OF THE CONVENTION TAKEN IN CONJUNCTION WITH ARTICLE 1 OF PROTOCOL No. 1

35. The applicant complained that the refusal to grant her a survivor's pension, on the ground that her marriage solemnised according to the rites of the Roma minority to which she belonged had no civil effects, infringed the principle of non-discrimination recognised by Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 1 of Protocol No. 1. The provisions in question read as follows:

#### **Article 14 of the Convention**

“The enjoyment of the rights and freedoms set forth in [the] Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.”

#### **Article 1 of Protocol No. 1**

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

### **A. Admissibility**

36. The Court finds that this complaint is not manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 of the Convention. No other ground for declaring it inadmissible has been established. It must therefore be declared admissible.

### **B. Merits**

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

##### **(a) The applicant**

37. The applicant observed that the Government had not explained why her situation had been regarded as a “*more uxorio*” cohabitation and not as

a marriage which was null and void but believed in good faith to exist, and which might entitle her, as surviving spouse, to a survivor's pension. She pointed out that there had been no reason for her to believe that the welfare entitlements she had enjoyed during her husband's life would be withdrawn from her after his death.

38. The applicant emphasised that, in other cases, the inexistence of a "legal" marriage had not precluded the granting of such a pension: under the General Social Security Act a pension entitlement was granted, in the event of the nullity of a marriage, to a spouse who had shown good faith. In addition, case-law afforded a pension entitlement to couples who believed in the existence of a marriage even though it was not registered civilly, to couples who were prevented from legally marrying because of the impossibility of divorce, or to couples who did not marry because it was against their beliefs.

**(b) The Government**

39. The Government contested that argument. They took the view that, the law applicable to the applicant being the same for all Spanish nationals, there had been no discrimination based on ethnic origin or any other reason and that the alleged difference in treatment could be explained by the fact that the applicant had not married M.D. but had had a *more uxorio* relationship with him.

40. The Government emphasised that there was no obligation to treat in the same manner those who had complied with the statutory formalities and those who, without being prevented from doing so, had not complied with them. The statutory requirement that there had to be a legal marital relationship for a survivor's pension entitlement to be granted did not constitute discrimination on racial or ethnic grounds. The refusal to grant the said pension to the applicant stemmed solely from her free and voluntary decision not to observe the statutory formalities of marriage, which were not based on the fact of belonging to a particular race, nor on the traditions, habits or customs of a particular ethnic group to the detriment of others. Those formalities did not therefore constitute direct or indirect discrimination against the Roma community.

**(c) The third party**

41. Unión Romaní pointed out that Roma marriage was no different to any other types of marriage. It explained that Roma marriage existed when a man and a woman expressed their intention to live together and their desire to found a family, which was the foundation of the Roma community. It took the view that it was disproportionate for the Spanish State, having issued

the applicant and her family with a family record book, having granted them large-family status, having provided the applicant and her six children with health care and having collected her husband's contributions for over nineteen years, now to disregard the validity of her Roma marriage when it came to the survivor's pension.

2. *The applicability of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 1 of Protocol No. 1*

42. The Court reiterates that Article 14 of the Convention has no independent existence since it has effect solely in relation to the enjoyment of the rights and freedoms safeguarded by the other substantive provisions of the Convention and of the Protocols thereto (see, among many other authorities, *Burden v. the United Kingdom* [GC], no. 13378/05, § 58, ECHR 2008). The application of Article 14 does not necessarily presuppose the violation of one of the substantive rights guaranteed by the Convention. It is necessary but it is also sufficient for the facts of the case to fall "within the ambit" of one or more of the Convention Articles (see, among many other authorities, *Gaygusuz v. Austria*, 16 September 1996, § 36, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-IV; *Thlimmenos v. Greece* [GC], no. 34369/97, § 40, ECHR 2000-IV; *Koua Poirrez v. France*, no. 40892/98, § 36, ECHR 2003-X; and *Andrejeva v. Latvia* [GC], no. 55707/00, § 74, ECHR 2009). The prohibition of discrimination in Article 14 thus extends beyond the enjoyment of the rights and freedoms which the Convention and Protocols require each State to guarantee. It applies also to those additional rights, falling within the general scope of any Convention Article, for which the State has voluntarily decided to provide (see *Stec and Others v. the United Kingdom* (dec.) [GC], nos. 65731/01 and 65900/01, § 40, ECHR 2005-X).

43. It should therefore be determined whether the applicant's interest in receiving a survivor's pension from the State falls "within the ambit" or "within the scope" of Article 1 of Protocol No. 1.

44. The Court has previously held that all principles which apply generally in cases concerning Article 1 of Protocol No. 1 are equally relevant when it comes to welfare benefits (see *Andrejeva*, cited above, § 77). Thus this provision does not, as such, guarantee the right to acquire property (see *Kopecký v. Slovakia* [GC], no. 44912/98, § 35 (b), ECHR 2004-IX) or, as such, any entitlement to a pension of a given amount (see, for example, *Domalewski v. Poland* (dec.), no. 34610/97, ECHR 1999-V, and *Janković v. Croatia* (dec.), no. 43440/98, ECHR 2000-X). In addition, Article 1 places no restriction on the Contracting State's freedom to decide whether or not to have in place any form of social security scheme, or to choose the type or amount of benefits to provide under any such scheme. If, however,

a Contracting State has in force legislation providing for the payment as of right of a welfare benefit – whether conditional or not on the prior payment of contributions – that legislation must be regarded as generating a proprietary interest falling within the ambit of Article 1 of Protocol No. 1 for persons satisfying its requirements (see *Stec and Others* (dec.), cited above, § 54).

45. As the Court held in *Stec and Others* (dec.), (cited above, § 55):

“In cases, such as the present, concerning a complaint under Article 14 in conjunction with Article 1 of Protocol No. 1 that the applicant has been denied all or part of a particular benefit on a discriminatory ground covered by Article 14, the relevant test is whether, but for the condition of entitlement about which the applicant complains, he or she would have had a right, enforceable under domestic law, to receive the benefit in question ... Although [Article 1 of] Protocol No. 1 does not include the right to receive a social security payment of any kind, if a State does decide to create a benefits scheme, it must do so in a manner which is compatible with Article 14.”

46. In view of the foregoing, since the applicant belongs to the Roma community and was the spouse of M.D., as had been recognised for certain purposes by the Spanish authorities but not for the survivor’s pension, the Court finds that the applicant’s proprietary interests fall within the ambit of Article 1 of Protocol No. 1 and the right guaranteed therein to the peaceful enjoyment of possessions, this being sufficient for Article 14 of the Convention to be engaged.

3. *Compliance with Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 1 of Protocol No. 1*

(a) **The Court’s case-law**

47. According to the Court’s established case-law, discrimination means treating differently, without an objective and reasonable justification, persons in relevantly similar situations. The “lack of objective and reasonable justification” means that the impugned difference in treatment does not pursue a “legitimate aim” or that there is not a “reasonable relationship of proportionality” between the means employed and the aim sought to be realised” (see *D.H. and Others v. the Czech Republic* [GC], no. 57325/00, §§ 175 and 196, ECHR 2007-IV, with further references).

48. The Contracting States enjoy a certain margin of appreciation in assessing whether and to what extent differences in otherwise similar situations justify different treatment (see, among other authorities, *Gaygusuz*, § 42, and *Thlimmenos*, § 40, both cited above). The scope of this margin will vary according to the circumstances, the subject matter and the background. Thus, for example, Article 14 does not prohibit a

member State from treating groups differently in order to correct “factual inequalities” between them; indeed in certain circumstances a failure to attempt to correct inequality through different treatment may, without objective and reasonable justification, give rise to a breach of that Article (see *Thlimmenos*, cited above, § 44; *Stec and Others v. the United Kingdom* [GC], nos. 65731/01 and 65900/01, § 51, ECHR 2006-VI; and *D.H. and Others*, cited above, § 175).

49. Similarly, a wide margin is usually allowed to the State when it comes to general measures of economic or social strategy. Because of their direct knowledge of their society and its needs, the national authorities are in principle better placed than the international judge to appreciate what is in the public interest on social or economic grounds, and the Court will generally respect the State’s policy choice unless it is “manifestly without reasonable foundation” (see, for example, *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society and Yorkshire Building Society v. the United Kingdom*, 23 October 1997, § 80, *Reports* 1997-VII, and the Grand Chamber judgment in *Stec and Others*, cited above, § 52).

50. Lastly, as regards the burden of proof in the sphere of Article 14 of the Convention, the Court has established that once the applicant has shown a difference in treatment, it is for the Government to show that it was justified (see *D.H. and Others*, cited above, § 177).

**(b) Application of the case-law to the present case**

51. As to the circumstances of the present case, the applicant complained about the refusal to grant her a survivor’s pension on the ground that she had not been married to M.D, her marriage according to Roma rites and traditions having been regarded as a *more uxorio* relationship – a mere *de facto* marital relationship. For the applicant, to treat her relationship with M.D. as a mere *de facto* marital relationship for the purposes of the survivor’s pension constituted discrimination in breach of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 1 of Protocol No. 1. That discrimination was based on the fact that her application for a survivor’s pension had received different treatment in relation to other equivalent cases in which an entitlement to a survivor’s pension had been recognised even though the beneficiary had not been married according to the statutory formalities, whereas, in her case, neither her good faith nor the consequences of the fact that she belonged to the Roma minority had been taken into account.

52. The Court finds that the applicant was married to M.D. in November 1971 according to the rites and traditions of the Roma community. They had six children together. The applicant lived with M.D. until his death on 24 December 2000. On 11 August 1983 the civil registration authorities

issued them with a family record book indicating the couple and their children. On 14 October 1986 they were granted the administrative status of “large family”, for which the parents had to be “spouses” (see paragraph 27 above), and were able to exercise all the corresponding rights. Moreover, M.D. was covered by social security, to which he contributed for nineteen years, three months and eight days, and his social security benefit card indicated that he supported the applicant, as his wife, and his six children. The Court notes that this is an official document as it is stamped by Agency no. 7 of Madrid of the National Institute of Social Security.

53. As regards the arrangements for survivor’s pensions at the material time, the Court observes that the General Social Security Act, according to the version then in force, recognised an entitlement to a survivor’s pension for the surviving spouse. That statutory provision was, however, supplemented and nuanced both in the law itself and in the case-law of the domestic courts, including that of the Constitutional Court (see paragraph 32 above).

The constitutional case-law has indeed taken into account, in recognising survivor’s pensions, the existence both of good faith and of exceptional circumstances rendering the celebration of marriage impossible, even though no legally valid marriage has taken place. The Court notes that the tenth amendment to Law no. 30/1981 of 7 July 1981, amending the provisions pertaining to marriage (see paragraph 26 above), recognised an entitlement to a survivor’s pension even in the absence of marriage, in cases where it had not been possible to give consent according to canonical rites. It observes that, according to the interpretation of that provision by constitutional case-law, a survivor’s pension may be granted in the event of an impediment to marriage (in the canonical form), for example where a divorce could not be obtained, or where marriage was against the couple’s beliefs (see paragraph 32 above). The General Social Security Act, as in force at the material time, recognised in section 174 an entitlement to a survivor’s pension where there had been a belief in good faith in the existence of a marriage that was null and void. The Constitutional Court has moreover recognised, in particular in its judgment no. 199/2004 (see paragraph 32 above), a survivor’s pension entitlement in the event of a canonical marriage where the statutory requirements were not met, as the marriage had not been registered in the Civil Register for reasons of conscience.

54. In view of the foregoing, the question arising in the present case is whether the fact that the applicant was denied the right to receive a survivor’s pension reveals discriminatory treatment based on her affiliation to the Roma minority, in relation to the manner in which legislation and case-law have treated similar situations where the persons concerned believed in

good faith that they were married even though the marriage was not legally valid.

55. The applicant based her claim, firstly, on her conviction that her marriage, solemnised according to Roma rites and traditions, was valid, and secondly, on the conduct of the authorities, which had officially recognised her as the spouse of M.D. and had consequently accepted, in her submission, the validity of her marriage.

56. The Court takes the view that the two questions are closely linked. It observes that the domestic authorities did not deny that the applicant believed in good faith that she was really married. Her belief was all the more credible as the Spanish authorities had issued her with a number of official documents certifying her status as spouse of M.D.

For the Court, it is necessary to emphasise the importance of the beliefs that the applicant derives from belonging to the Roma community – a community which has its own values that are well established and deeply rooted in Spanish society.

57. The Court observes, in the present case, that when the applicant got married in 1971 according to Roma rites and traditions, it was not possible in Spain, except by making a prior declaration of apostasy, to be married otherwise than in accordance with the canon-law rites of the Catholic Church. The Court takes the view that the applicant could not have been required, without infringing her right to religious freedom, to marry legally, that is to say under canon law, in 1971, when she expressed her consent to marry according to Roma rites.

58. Admittedly, following the entry into force of the Spanish Constitution of 1978 and by virtue of Law no. 30/1981 of 7 July 1981 (paragraph 26 above), the applicant could have opted for a civil marriage. The applicant argued, however, that she believed in good faith that the marriage solemnised according to Roma rites and traditions produced all the effects inherent in the institution of marriage.

59. In order to assess the applicant's good faith the Court must take into consideration the fact that she belongs to a community within which the validity of the marriage, according to its own rites and traditions, has never been disputed or regarded as being contrary to public order by the Government or the domestic authorities, which even recognised in certain respects the applicant's status as spouse. The Court takes the view that the force of the collective beliefs of a community that is well-defined culturally cannot be ignored.

60. The Court observes in this connection that there is an emerging international consensus among the Contracting States of the Council of Europe recognising the special needs of minorities and an obligation

to protect their security, identity and lifestyle (see paragraph 33 above, in particular the Council of Europe's Framework Convention for the Protection of National Minorities), not only for the purpose of safeguarding the interests of the minorities themselves but to preserve a cultural diversity that is of value to the whole community (see *Chapman v. the United Kingdom* [GC], no. 27238/95, § 93, ECHR 2001-I).

61. The Court takes the view that, while the fact of belonging to a minority does not create an exemption from complying with marriage laws, it may have an effect on the manner in which those laws are applied. The Court has already had occasion to point out in its *Buckley* judgment (albeit in a different context), that the vulnerable position of Roma means that some special consideration should be given to their needs and their different lifestyle both in the relevant regulatory framework and in reaching decisions in particular cases (see *Buckley v. the United Kingdom*, 25 September 1996, §§ 76, 80 and 84, *Reports* 1996-IV; *Chapman*, cited above, § 96; and *Connors v. the United Kingdom*, no. 66746/01, § 84, 27 May 2004).

62. In the present case, the applicant's belief that she was a married woman, with all the effects inherent in that status, was undeniably strengthened by the attitude of the authorities, who had recognised her as the wife of M.D. and had done so very concretely by issuing her with certain social security documents, in particular a registration document showing her as a wife and the mother of a large family, this situation being regarded as particularly worthy of assistance and requiring, pursuant to Law no. 25/1971 of 19 June 1971, recognition of status as spouse.

63. For the Court, the applicant's good faith as to the validity of her marriage, being confirmed by the authorities' official recognition of her situation, gave her a legitimate expectation of being regarded as the spouse of M.D. and of forming a recognised married couple with him. After the death of M.D. it was natural for the applicant to hope that she would be entitled to a survivor's pension.

64. Consequently, the refusal to recognise the applicant as a spouse for the purposes of the survivor's pension was at odds with the authorities' previous recognition of such status. Moreover, the applicant's particular social and cultural situation were not taken into account in order to assess her good faith. In this connection, the Court notes that, under the Framework Convention for the Protection of National Minorities (see paragraphs 33 and 34 above), the States Parties to the Convention are required to take due account of the specific conditions of persons belonging to national minorities.

65. The Court takes the view that the refusal to recognise the applicant's entitlement to a survivor's pension constituted a difference in treatment in

relation to the treatment afforded, by statute or case-law, to other situations that must be considered equivalent in terms of the effects of good faith, such as belief in good faith in the existence of a marriage that is null and void (section 174 of the General Social Security Act, and Constitutional Court judgment no. 199/2004 of 15 November 2004 – see paragraphs 29 and 32 above –, concerning a failure to register a religious marriage on grounds of conscience). The Courts finds it established that, in the circumstances of the present case, the applicant's situation reveals a disproportionate difference in treatment in relation to the treatment of marriages that are believed in good faith to exist.

66. Admittedly, section 174 of the LGSS, as in force at the material time, recognised a survivor's pension entitlement in the absence of a legal marriage only where the marriage was null and void and was believed in good faith to exist. However, that provision cannot exempt a respondent State from all responsibility under the Convention. The Court observes in this connection that Law no. 40/2007 introduced into the LGSS the possibility for a survivor's pension to be granted in cases of a *de facto* marital relationship (see paragraph 30 above).

67. The Court observes that, in its judgment of 30 May 2002, Labour Court no. 12 of Madrid interpreted the applicable legislation in the applicant's favour. It referred to Article 4 § 1 of the Civil Code, which provides that norms may be applied *mutatis mutandis* where they do not specifically contemplate the case in question but a comparable one, the object in both cases being regarded as similar. The Labour Court accordingly interpreted the applicable legislation in accordance with the criteria set out by the Court in its above-mentioned *Buckley* judgment.

68. The Labour Court judgment was, however, overturned on appeal by the judgment of 7 November 2002. The Higher Court of Justice of Madrid then took the view (see paragraph 15 above) that “the principle of equality and non-discrimination [was] based on the idea that equal situations [had to] be treated equally” and “that equal treatment applied to situations which [were] not equal constitute[d] injustice”. The Court notes that the appellate court drew no conclusion from the specificities of the Roma minority, even though it did recognise that Roma marriage was “certainly meaningful and enjoy[ed] social recognition in the environment concerned” and that the morality of the rite or its conformity with public order were not called into question. For the Higher Court of Justice, it was clear that this situation “[did] not exclude, and currently [did] not supersede, the law that [was] in force and [was] applicable to the present case”.

69. In the light of the foregoing and in view of the specific circumstances of the present case, the Court finds that it is disproportionate for the Spanish

State, which issued the applicant and her Roma family with a family record book, granted them large-family status, afforded health-care assistance to her and her six children and collected social security contributions from her Roma husband for over nineteen years, now to refuse to recognise the effects of the Roma marriage when it comes to the survivor's pension.

70. Lastly, the Court cannot accept the Government's argument that it would have been sufficient for the applicant to enter into a civil marriage in order to obtain the pension claimed. The prohibition of discrimination enshrined in Article 14 of the Convention is meaningful only if, in each particular case, the applicant's personal situation in relation to the criteria listed in that provision is taken into account exactly as it stands. To proceed otherwise in dismissing the victim's claims on the ground that he or she could have avoided the discrimination by altering one of the factors in question – for example, by entering into a civil marriage – would render Article 14 devoid of substance.

71. Consequently, the Court finds that in the present case there has been a violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 1 of Protocol No. 1.

## II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 14 TAKEN IN CONJUNCTION WITH ARTICLE 12 OF THE CONVENTION

72. The applicant complained that the failure in Spain to recognise Roma marriage as having civil effects – it being the only form of marriage to produce effects *erga omnes* within her own community – even though the minority had been present in Spain for at least five hundred years, entailed a breach of her right to marry. She relied on Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 12. Those provisions read as follows:

### **Article 14**

“The enjoyment of the rights and freedoms set forth in [the] Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.”

### **Article 12**

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

73. The Government contested the applicant's argument. They contended that there had been nothing to prevent her from entering into a civil marriage and took the view that Articles 12 and 14 of the Convention could not be interpreted as obliging the authorities to treat, on an equal

footing, married couples who had complied with the statutory formalities and all other couples who had not done so. They referred to the margin of appreciation enjoyed by States in order to determine the exercise of the rights provided for under Article 12 of the Convention.

74. For the Government, the right to marry had been fully upheld in the present case, in the same conditions as for any other citizen. No discrimination could be found. The applicant had voluntarily decided not to get married according to the formalities laid down in the law. The Spanish State could not therefore be criticised for not attributing the same effects to this situation as it did to marriages that met the statutory requirements. Articles 12 and 14 of the Convention could not be interpreted as obliging a State to accept a particular form of expression of consent to marry purely on account of a community's social roots or its traditions. It was not therefore contrary to Article 12 of the Convention for the State to impose particular formalities for the expression of such consent.

75. The applicant asserted that in 1971, when she married M.D. according to the Roma rites, only religious marriage existed in Spain and civil marriage was not possible except in cases of apostasy. She married according to Roma rites because they were the only rites recognised by her community and because, in good faith, she was not free to give her consent in any other form. The applicant therefore protested that she was deprived of welfare entitlements on the pretext that she had not been married to M.D., refusing to be considered merely as his "partner".

76. For the applicant, the non-recognition under Spanish law of Roma rites as a form of expression of consent to marry, while certain religious rites did constitute valid forms of expression of consent, entailed, *per se*, a violation of the rights invoked. The applicant pointed out that Roma marriage had existed for over five hundred years in Spanish history; it consisted of a form of expression of consent which was neither civil nor religious but was deeply rooted in the culture of her community, being recognised and producing effects *erga omnes* in that community, through the validating effect of custom. Spanish law did not take into account the specificities of the Roma minority because it obliged that community to comply with a form of expression of consent that its members did not recognise.

77. Unión Romaní referred to the finality of the consent given in Roma marriage and sought recognition by the State of the validity of their rites. It argued that the Roma community in Spain had maintained its traditions for centuries and invited the Court to find that respect for ethnic minorities, with their traditions and cultural heritage and identity, was an essential component of the Convention.

78. The Court reiterates that Article 12 secures the fundamental right of a man and woman to marry and to found a family (see *F. v. Switzerland*, 18 December 1987, § 32, Series A no. 128, and *Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC], no. 28957/95, § 98, ECHR 2002-VI). The exercise of the right to marry gives rise to social, personal and legal consequences. It is subject to the national laws of the Contracting States but the limitations thereby introduced must not restrict or reduce the right in such a way or to such an extent that the very essence of the right is impaired (see *I. v. the United Kingdom* [GC], no. 25680/94, § 79, 11 July 2002).

79. The Court observes that civil marriage in Spain, as in force since 1981, is open to everyone, and takes the view that its regulation does not entail any discrimination on religious or other grounds. The same form of marriage, before a mayor, a magistrate or another designated public servant, applies to everyone without distinction. There is no requirement to declare one's religion or beliefs or to belong to a cultural, linguistic, ethnic or other group.

80. It is true that certain religious forms of expression of consent are accepted under Spanish law, but those religious forms (Catholic, Protestant, Muslim and Jewish) are recognised by virtue of agreements with the State and thus produce the same effects as civil marriage, whereas other forms (religious or traditional) are not recognised. The Court observes, however, that this is a distinction derived from religious affiliation, which is not pertinent in the case of the Roma community. But that distinction does not impede or prohibit civil marriage, which is open to the Roma under the same conditions of equality as to persons not belonging to their community, and is a response to considerations that have to be taken into account by the legislature within its margin of appreciation, as the Government have argued.

81. Accordingly, the Court finds that the fact that Roma marriage has no civil effects as desired by the applicant does not constitute discrimination prohibited by Article 14. It follows that this complaint is manifestly ill-founded and must be rejected under Article 35 §§ 3 and 4 of the Convention.

### III. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

82. 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

83. The applicant initially claimed 60,959.09 euros (EUR) in respect of the pecuniary damage that she alleged to have sustained. At the hearing of 26 May 2009 she indicated that she had been receiving a survivor's pension since 1 January 2007 by virtue of the third amendment of Law no. 40/2007 of 4 December 2007 on social security measures, as *de facto* partner of M.D. (see paragraph 21 above). She accordingly reduced her claim for pecuniary damage to the sum of EUR 53,319.88. She further claimed EUR 30,479.54 in respect of non-pecuniary damage.

84. The Government contested her claims.

85. The Court reiterates that the well-established principle underlying the provision of just satisfaction is that the applicant should, as far as possible, be put in the position he or she would have enjoyed had the violation of the Convention not occurred (see, *mutatis mutandis*, *Kingsley v. the United Kingdom* [GC], no. 35605/97, § 40, ECHR 2002-IV). Furthermore, the indispensable condition for making an award in respect of pecuniary damage is the existence of a causal link between the damage alleged and the violation found (see *Nikolova v. Bulgaria* [GC], no. 31195/96, § 73, ECHR 1999-II), and this is also true of non-pecuniary damage (see *Kadiķis v. Latvia* (no. 2), no. 62393/00, § 67, 4 May 2006).

86. Without wishing to speculate on the precise amount of the pension to which the applicant would have been entitled had the violation of Article 14 not occurred, the Court must have regard to the fact that she undoubtedly suffered pecuniary and non-pecuniary damage. Ruling on an equitable basis, as is required by Article 41 of the Convention, and having regard to all the special circumstances of the case, it awards her EUR 70,000 to cover all heads of damage (see, *mutatis mutandis*, *Koua Poirrez v. France*, no. 40892/98, § 70, ECHR 2003-X).

### B. Costs and expenses

87. The applicant claimed EUR 3,480 for costs and expenses incurred before the Constitutional Court and EUR 3,382.56 for those relating to the proceedings before this Court. She produced supporting documents in respect of this claim.

88. 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 are reasonable as to quantum. In the present case, regard being had to the documents in its possession and the above criteria, the Court considers it reasonable to award EUR 6,862.56 for the costs and expenses incurred in the domestic

proceedings and the proceedings before it, less the EUR 1,450 already paid by the Council of Europe in the present case by way of legal aid. It thus awards the applicant EUR 5,412.56.

### **C. Default interest**

89. 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. *Declares* unanimously the complaint under Article 14 of the Convention, taken in conjunction with Article 1 of Protocol No. 1, admissible;
2. *Declares* by a majority the complaint under Article 14 of the Convention, taken in conjunction with Article 12, inadmissible;
3. *Holds* by six votes to one that there has been a violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 1 of Protocol No. 1;
4. *Holds* by six votes to one
  - (a) that the respondent State is to pay the applicant, within three months from the date on which the judgment becomes final in accordance with Article 44 § 2 of the Convention, the following amounts:
    - (i) EUR 70,000 (seventy thousand euros), plus any tax that may be chargeable, for all heads of damage combined;
    - (ii) EUR 5,412.56 (five thousand four hundred and twelve euros and fifty-six cents), 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 amounts 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 French, and notified in writing on 8 December 2009, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Santiago Quesada  
Registrar

Josep Casadevall  
President

In accordance with Article 45 § 2 of the Convention and Rule 74 § 2 of the Rules of Court, the dissenting opinion of Judge Myjer is annexed to this judgment.

J.C.M.  
S.Q.

## DISSENTING OPINION OF JUDGE MYJER

“*Maria Luisa Muñoz pide en Estrasburgo una reparación histórica para los gitanos*” (“Maria Luisa Muñoz seeks historic reparation for the Roma at the Strasbourg Court”), according to the headline of *Nevipens Romani* (1-15 June 2009). The subheadline continues: “*Catorce millones de gitanos podrían verse beneficiados de la decisión del Tribunal de Derechos Humanos*” (“Fourteen million Roma stand to benefit from the judgment of the [European] Court of Human Rights”).

I am genuinely in favour of Roma equality; indeed that cause has been the object of the Council of Europe’s efforts for many years. And I can well imagine that Roma may wish a marriage contracted between two persons of Roma ethnicity according to Roma traditions and standards to be recognised as a legally valid marriage by civil authority. Even so, I consider that it is not for this Court to translate such a wish into an obligation flowing from the Convention.

In its Section I, the Convention enumerates fundamental rights which Contracting States are bound to secure to everyone within their jurisdiction (Article 1). The Court’s task is to “ensure the observance of the engagements undertaken by the High Contracting Parties in the Convention and the Protocols thereto” (Article 19). To that end the Court is entrusted with jurisdiction extending to “all matters concerning the interpretation and application of the Convention and the Protocols thereto which are referred to it” (Article 32). In so doing the Court must as far as possible limit its examination to the issues raised by the concrete case before it (see, among many other authorities, *Deweert v. Belgium*, 27 February 1980, § 40, Series A no. 35, and *Minelli v. Switzerland*, 25 March 1983, § 35, Series A no. 62). Its task is not to review *in abstracto* under the Convention the domestic legislation complained of (see, among many other authorities, *F. v. Switzerland*, 18 December 1987, § 31, Series A no. 128).

Admittedly, the Convention is a living instrument and the Court has had occasion to extend the scope of Convention rights beyond their original intended meaning in the light of societal developments not envisaged at the time when the Convention was drafted (see, for example, *Marckx v. Belgium*, 13 June 1979, § 41, Series A no. 31, and *Opuz v. Turkey*, no. 33401/02, § 164, ECHR 2009). In so doing the Court has recognised that “the very essence of the Convention is respect for human dignity and human freedom” (see *Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC], no. 28957/95, § 90, ECHR 2002-VI) but it has nonetheless weighed the general interest against the interest of the individual concerned (*ibid.*, § 93).

However, the Court’s jurisdiction cannot extend to the creation of rights not enumerated in the Convention, however expedient or even desirable such new rights might be. In interpreting the Convention in such a way, the Court may ultimately forfeit its credibility among the Contracting States as a court of law, thus undermining the unique system of international human rights protection of which it has been the linchpin until now.

In guaranteeing “the right to marry”, Article 12 clearly leaves the modalities of the exercise of this right to domestic authority (“according to the national laws governing the exercise of this right”). As the Court held in the above-mentioned *F. v. Switzerland* judgment (§ 32):

“Article 12 secures the fundamental right of a man and a woman to marry and to found a family. The exercise of this right gives rise to personal, social and legal consequences. It is ‘subject to the national laws of the Contracting States’, but ‘the limitations thereby introduced must not restrict or reduce the right in such a way or to such an extent that the very essence of the right is impaired’ ...

In all the Council of Europe’s member States, these ‘limitations’ appear as conditions and are embodied in procedural or substantive rules. The former relate mainly to publicity and the solemnisation of marriage, while the latter relate primarily to capacity, consent and certain impediments.”

As far as I am aware, all Contracting States attribute legal consequences to a lawful marriage. Those legal consequences are diverse in nature; they may relate to, for example, the mutual obligation of maintenance – in some cases, even after a marriage has ended –; pension or social security rights of the surviving spouse in the event of the death of the other; or inheritance rights. They may also be pertinent for third parties, who may have a right to seize marital property to secure the payment of debts owed by only one of the spouses. Some Contracting Parties provide for the registration of partnerships, attributing to registered partnerships all or part of the legal consequences of a marriage.

The Court has been slow to intervene in Contracting Parties’ exercise of their prerogative in such matters; it has hitherto done so only in cases where a man and a woman were actually prevented by operation of law from contracting marriage (see *F. v. Switzerland*, cited above, and *B. and L. v. the United Kingdom*, no. 36536/02, 13 September 2005). The present case is different.

I find, as the majority do (paragraph 80 of the judgment), that “civil marriage ... is open to the Roma under the same conditions of equality as to persons not belonging to their community”. The applicant has therefore not been the victim of a “difference in treatment” relevant to Article 14 of the Convention. More generally, absent any such difference in treatment I do not accept that the State is under a positive obligation to adapt its marriage

laws to the wishes of individuals or groups following a particular lifestyle, not even if, like Roma in Spain, such individuals or groups constitute a large proportion of the population. I therefore concur with the majority in declaring the complaint under Article 14 taken in conjunction with Article 12 inadmissible.

I dissent from the majority in that I find no violation of Article 14 taken in conjunction with Article 1 of Protocol No. 1. Although the majority claim to have arrived at their finding solely on the basis of the specific circumstances of the case, I have an uneasy feeling that they may have been moved to point out to the Spanish authorities what they see as the failure to adopt legislation that adequately reflects the special position of Roma. To me, this is apparent from, for example, paragraph 61 of the judgment, where they state the view that “while affiliation to a minority does not create an exemption from complying with marriage laws, it may have an effect on the manner in which those laws are applied”. I wonder whether such a statement can be based on the case-law cited in paragraphs 60 and 61 of the judgment, which – as the judgment itself admits – was developed against a wholly different factual and legal background, namely that of spatial planning.

Nor is it obvious to me that such reasoning is valid in the context of the application of social security legislation bestowing benefits on recipients. To me, a closer parallel is *Goudswaard-Van der Lans v. the Netherlands* (dec.), no. 75255/01, ECHR 2005-XI, which states:

“... although the Convention, supplemented by its Protocols, binds Contracting Parties to respect lifestyle choices to the extent that it does not specifically admit of restrictions, it does not place Contracting Parties under a positive obligation to support a given individual’s chosen lifestyle out of funds which are entrusted to them as agents of the public weal.”

This situation is distinguishable from that of a couple who are not lawfully married having children and starting a family. The Court has long recognised that children born out of wedlock may not be treated differently – in patrimonial as in other family-related matters – from children born to parents who are married to each other (principle stated in *Marckx*, cited above; compare also, among other examples, *Kroon and Others v. the Netherlands*, 27 October 1994, § 30, Series A no. 297-C). The corollary, in my view, is that if the Spanish authorities had refused to recognise the applicant as the mother of a large family and grant her the attendant pecuniary benefits, or if they had refused to enter the children in the family record book, they would most likely have had to be found to be discriminating against the applicant and her family. But as is pointed out in the *Marckx* judgment (cited above, § 67), that reasoning cannot be turned on its head:

“The fact that, in law, the parents of an ‘illegitimate’ child do not have the same rights as a married couple also constitutes a breach of Article 12 in the opinion of the applicants; they thus appear to construe Article 12 as requiring that all the legal effects attaching to marriage should apply equally to situations that are in certain respects comparable to marriage. The Court cannot accept this reasoning; in company with the Commission, the Court finds that the issue under consideration falls outside the scope of Article 12.”

The question might well be raised whether the applicant could reasonably be unaware of the precarious legal status of her Roma marriage. I am not convinced that the attitude of the Spanish authorities justifies the view that the applicant was entitled to assume that her marriage was valid as a matter of Spanish law. I am prepared to assume that she was unaware of the legal position when she was married according to Roma rites at the age of 15. Even so, I consider it unreasonable to impute her ignorance to the respondent Party. It would be even more unreasonable to impute the equal treatment, in certain respects, of the applicant and her family as compared to marriage-based families to the Spanish authorities as a fault.

I get the impression from the written observations of the intervening third party, Unión Romaní, and their oral submissions at the hearing that the applicant’s case is viewed as a test case to achieve the fulfilment of a long-held wish, namely the recognition of Roma marriage as lawful. This is also reflected by the newspaper headlines which I have quoted above. As matters stand, there appear to be many Spanish Roma who marry twice, both in accordance with Spanish law and according to Roma traditions, to be on the safe side. This is little different from the situation in many other countries, including my own (the Netherlands), in which a lawful marriage is solemnised before a public authority after which, if the parties so wish, a religious ceremony may follow.

In that connection, I have doubts as to whether there is any factual or legal basis to paragraph 57 of the judgment: can it really be said that “the applicant could not have been required, without infringing her right to religious freedom, to marry legally, that is to say under canon law, in 1971, when she expressed her consent to marry according to Roma rites”? Nothing is known about the applicant’s religious affiliation, if any; moreover, the Convention (including Article 9 which guarantees freedom of religion) was not yet in force for Spain in 1971. That aside, a statement like that is a bold one to make *obiter dictum*.

I find it gratifying that on 3 December 2008 “under the third amendment of Law no. 40/2007 of 4 December 2007 pertaining to certain social security measures the applicant was granted a survivor’s pension with

effect from 1 January 2007, as the partner of M.D.” (see paragraph 21 of the judgment). A desirable situation has thus been achieved at the appropriate level, the domestic one.



M. v. GERMANY  
*(Application no. 19359/04)*

FIFTH SECTION

JUDGMENT OF 17 DECEMBER 2009<sup>1</sup>

---

1. English original.



SUMMARY<sup>1</sup>**Continued placement in preventive detention beyond maximum period authorised at time of initial detention****Article 5 § 1**

*Deprivation of liberty – Lawful arrest or detention – Continued placement in preventive detention beyond maximum period authorised at time of initial detention – Procedure prescribed by law – Retroactivity – After conviction – Lack of sufficient causal connection between conviction and continued deprivation of liberty – Reasonably necessary to prevent offence – Potential further offences not sufficiently concrete and specific – Persons of unsound mind*

**Article 7 § 1**

*Penalty – Extension with retrospective effect of maximum period of preventive detention – Retroactivity – Prohibition of retrospective penalties – Qualification of measure under domestic law – Autonomous concept – Nature and purpose of measure – Absence of substantial difference between execution of prison sentence and that of preventive detention order – Absence of substantial measures specifically aimed at prisoners in preventive detention – Preventive and punitive purposes of preventive detention – Severity of measure – Unlimited duration of preventive detention – Extension of period of preventive detention constituting additional penalty*

\*

\* \*

In 1986 the applicant was convicted of attempted murder and robbery and sentenced to five years' imprisonment. In addition, the trial court ordered his placement in preventive detention, a measure considered necessary in view of his strong propensity to commit offences which seriously damaged his victims' physical integrity. He had already been convicted and imprisoned on numerous occasions, notably for attempted murder, theft, assault and blackmail. In the trial court's opinion, he was liable to commit spontaneous acts of violence and was a danger to the public. The applicant finished serving his prison sentence in August 1991 and had been in preventive detention ever since. In April 2001 a court refused to release him on licence and ordered that he be kept in preventive

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

detention beyond the expiry date of the maximum ten-year period previously authorised for such detention. In making that order the court applied the Criminal Code as amended by a law which had entered into force in January 1998 and abolished the maximum period of preventive detention with immediate effect. It stated that the amended provision was applicable also to prisoners who had been placed in preventive detention prior to the law's entry into force and added that, on account of the gravity of the applicant's criminal record and the likelihood of his committing further offences, his continued placement in preventive detention was not disproportionate. The Court of Appeal confirmed that the applicant's dangerousness necessitated his continued preventive detention and added that such detention was not contrary to the prohibition of retrospective provisions in the criminal law. The applicant lodged an unsuccessful constitutional complaint. The Federal Constitutional Court held, in particular, that the abolition of the maximum period of detention, and the application of this measure to criminals who had been placed in preventive detention prior to the entry into force of the new legislation and had not yet finished serving their sentences, were compatible with the Constitution. It also considered that the retrospective application of the amended provision of the Criminal Code was not disproportionate.

*Held*

(1) Article 5 § 1: The Court confirmed that the applicant's preventive detention before the expiry of the ten-year period had resulted from his "conviction" by the trial court in 1986 and was therefore covered by Article 5 § 1 (a). There was, however, no sufficient causal connection between his conviction and his continued deprivation of liberty beyond that period, which had been made possible only by the subsequent change in the law in 1998. The applicant's continued detention had been justified by the courts responsible for the execution of sentences with reference to the risk that the applicant might commit further serious offences – similar to those of which he had previously been convicted – if released. These potential further offences were not, however, sufficiently concrete and specific, as required by the Court's case-law as regards the place and time of their commission and the victims, and did not, therefore, fall within the ambit of Article 5 § 1 (c). Moreover, there was no provision under the new legislation for persons in preventive detention to be brought promptly before a judge and tried for potential future offences, as required under Article 5 § 3 for anyone detained in accordance with § 1 (c) of that Article. The domestic courts had not based their decisions to further detain the applicant on the ground that he was of unsound mind. Therefore, his detention could not be justified under Article 5 § 1 (e) either. In sum, the applicant's preventive detention beyond the ten-year period had not been justified under any of the sub-paragraphs of Article 5 § 1.

*Conclusion:* violation (unanimously).

(2) Article 7 § 1: The Court had to determine whether the applicant's preventive detention constituted a "penalty" within the meaning of this provision. Under

German law, such a measure was not considered a penalty to which the absolute ban on retrospective punishment applied, but rather a measure of correction and prevention aimed at protecting the public from a dangerous offender. However, just like a prison sentence, preventive detention entailed a deprivation of liberty. Persons subject to preventive detention were detained in ordinary prisons, albeit in separate wings. Minor alterations to the detention regime compared to that of an ordinary prisoner serving his sentence, including privileges such as detainees' right to wear their own clothes and to further equip their more comfortable prison cells, could not mask the fact that there was no substantial difference between the execution of a prison sentence and that of a preventive detention order. No substantial measures had been implemented or sufficient psychological support provided to secure the prevention of offences by those concerned. The Court could not therefore subscribe to the Government's argument that preventive detention served a purely preventive, and no punitive, purpose. Pursuant to the Criminal Code, preventive detention orders could be made only against persons who had repeatedly been found guilty of criminal offences of a certain gravity. Given its unlimited duration, preventive detention might well be understood as constituting an additional punishment and entailed a clear deterrent element. Courts belonging to the criminal-justice system were involved in making and implementing orders for preventive detention. The suspension of preventive detention on probation was subject to a court's finding that there was no danger that the detainee would commit further serious offences, a condition which could be difficult to fulfil. This measure appeared, therefore, to be among the most severe – if not the most severe – which could be imposed under the German Criminal Code. In view of the foregoing, the Court concluded that preventive detention under the German Criminal Code was to be qualified as a "penalty" for the purposes of Article 7 § 1 of the Convention. The Court was further unconvinced by the Government's argument that the extension of the applicant's detention merely concerned the execution of the penalty imposed on the applicant by the sentencing court. Given that at the time the applicant committed the offence he could have been kept in preventive detention only for a maximum of ten years, the extension had constituted an additional penalty which had been imposed on him retrospectively, under a law enacted after he had committed his offence.

*Conclusion:* violation (unanimously).

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

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

*X. v. Denmark*, no. 2518/65, Commission decision of 14 December 1965, Collection 18

*X. v. Norway*, no. 4210/69, Commission decision of 24 July 1970, Collection 35

*X. v. Germany*, no. 4324/69, Commission decision of 4 February 1971, unreported

- X. v. the Netherlands*, no. 6591/74, Commission decision of 26 May 1975, Decisions and Reports 3
- Winterwerp v. the Netherlands*, 24 October 1979, Series A no. 33
- Guzzardi v. Italy*, 6 November 1980, Series A no. 39
- Van Droogenbroeck v. Belgium*, 24 June 1982, Series A no. 50
- Hogben v. the United Kingdom*, no. 11653/85, Commission decision of 3 March 1986, Decisions and Reports 46
- Weeks v. the United Kingdom*, 2 March 1987, Series A no. 114
- Dax v. Germany*, no. 19969/92, Commission decision of 7 July 1992, unreported
- Kokkinakis v. Greece*, 25 May 1993, Series A no. 260-A
- Welch v. the United Kingdom*, 9 February 1995, Series A no. 307-A
- Jamil v. France*, 8 June 1995, Series A no. 317-B
- S.W. v. the United Kingdom*, 22 November 1995, Series A no. 335-B
- C.R. v. the United Kingdom*, 22 November 1995, Series A no. 335-C
- Amuur v. France*, 25 June 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-III
- Cantoni v. France*, 15 November 1996, *Reports* 1996-V
- Eriksen v. Norway*, 27 May 1997, *Reports* 1997-III
- Erkalo v. the Netherlands*, 2 September 1998, *Reports* 1998-VI
- Steel and Others v. the United Kingdom*, 23 September 1998, *Reports* 1998-VII
- Adamson v. the United Kingdom* (dec.), no. 42293/98, 26 January 1999
- Baranowski v. Poland*, no. 28358/95, ECHR 2000-III
- Witold Litwa v. Poland*, no. 26629/95, ECHR 2000-III
- Coëme and Others v. Belgium*, nos. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 and 33210/96, ECHR 2000-VII
- Streletz, Kessler and Krenz v. Germany* [GC], nos. 34044/96, 35532/97 and 44801/98, ECHR 2001-II
- Stafford v. the United Kingdom* [GC], no. 46295/99, ECHR 2002-IV
- Waite v. the United Kingdom*, no. 53236/99, 10 December 2002
- Grava v. Italy*, no. 43522/98, 10 July 2003
- Uttley v. the United Kingdom* (dec.), no. 36946/03, 29 November 2005
- Achour v. France* [GC], no. 67335/01, ECHR 2006-IV
- Van der Velden v. the Netherlands* (dec.), no. 29514/05, ECHR 2006-XV
- Nasrulloev v. Russia*, no. 656/06, 11 October 2007
- Saadi v. the United Kingdom* [GC], no. 13229/03, ECHR 2008
- Kafkaris v. Cyprus* [GC], no. 21906/04, ECHR 2008
- Monne v. France* (dec.), no. 39420/06, 1 April 2008
- Mooren v. Germany* [GC], no. 11364/03, 9 July 2009

**In the case of M. v. Germany,**

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

Peer Lorenzen, *President*,  
 Renate Jaeger,  
 Karel Jungwiert,  
 Mark Villiger,  
 Isabelle Berro-Lefèvre,  
 Mirjana Lazarova Trajkovska,  
 Zdravka Kalaydjieva, *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. 19359/04) against the Federal Republic of Germany lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by a German national, Mr M. (“the applicant”), on 24 May 2004. The applicant was granted legal aid. On 7 July 2008 the President of the Chamber acceded to the applicant’s request of 1 July 2008 not to have his identity disclosed (Rule 47 § 3 of the Rules of Court).

2. The applicant alleged a breach of Article 5 § 1 of the Convention on account of his continued preventive detention beyond the ten-year period which had been the maximum for such detention under the legal provisions applicable at the time of his offence and conviction. He further claimed that the retrospective extension of his preventive detention to an unlimited period of time had breached his right under Article 7 § 1 of the Convention not to have a heavier penalty imposed on him than the one applicable at the time of his offence.

3. A Chamber of the Fifth Section communicated the application on 13 March 2007. A hearing on the admissibility and merits took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 1 July 2008 (Rule 54 § 3).

There appeared before the Court:

(a) *for the Government*

Mrs A. Wittling-Vogel, *Ministerialdirigentin*,  
 Mr H. Schöch, Professor of criminal law,

*Agent,*  
*Counsel,*

Mr M. Bornmann, public prosecutor,  
 Mr B. Böhm, *Ministerialdirigent*,  
 Mr B. Bösert, *Ministerialrat*,  
 Mrs G. Launhardt, public prosecutor,  
 Mr J. Bachmann, Governor of Schwalmstadt Prison, *Advisers*;

(b) *for the applicant*

Mr B. Schroer,  
 Mr A.H. Stopp, *Counsel*,  
 Mr T. Schulla, *Adviser*.

The Court heard addresses by Mrs Wittling-Vogel, Mr Schöch and Mr Stopp as well as their replies to questions put to them.

4. By a decision of 1 July 2008, following the hearing, the Court declared the application admissible.

5. The applicant and the Government each filed written observations (Rule 59 § 1).

## THE FACTS

### I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

6. The applicant was born in 1957 and is currently in Schwalmstadt Prison.

#### **A. The applicant's previous convictions and the order for his preventive detention and execution thereof**

##### *1. The applicant's previous convictions*

7. Since the applicant attained the age of criminal responsibility he has been convicted at least seven times and has spent only a couple of weeks outside prison.

8. Between 1971 and 1975 he was repeatedly convicted of theft committed jointly and burglary. He escaped from prison four times.

9. On 5 October 1977 the Kassel Regional Court, applying the criminal law relating to young offenders, convicted the applicant of attempted murder, robbery committed jointly with others, dangerous assault and blackmail and sentenced him to six years' imprisonment. It found that approximately one week after his release from prison the applicant, together with an accomplice, had injured and robbed an acquaintance of his and had forced the victim, a homosexual, to sign a borrower's note. Moreover, he had

injured and attempted to kill his victim one day later when he learned that the latter had reported the robbery to the police. Having regard to a report submitted by expert D., the court found that the applicant suffered from a pathological mental disorder, with the result that his criminal responsibility was diminished (Article 21 of the Criminal Code).

10. On 8 March 1979 the Wiesbaden Regional Court convicted the applicant of dangerous assault, sentenced him to one year and nine months' imprisonment and ordered his subsequent placement in a psychiatric hospital under Article 63 of the Criminal Code (see paragraph 47 below). The applicant had injured a prison guard by throwing a heavy metal box at his head and stabbing him with a screwdriver after having been reprimanded. As confirmed by expert D., the applicant suffered from a serious pathological mental disorder, with the result that his criminal responsibility was diminished.

11. On 9 January 1981 the Marburg Regional Court, on appeal, convicted the applicant of assault of a disabled fellow prisoner following a discussion as to whether or not the cell window should remain open. Incorporating the sentence imposed by the judgment of the Wiesbaden Regional Court of 8 March 1979, it sentenced him to a cumulative sentence of two years and six months' imprisonment. Moreover, it upheld the order for the applicant's placement in a psychiatric hospital. In the proceedings, an expert found that there were no longer any signs that the applicant suffered from a pathological brain disorder.

## *2. The preventive detention order against the applicant*

12. On 17 November 1986 the Marburg Regional Court convicted the applicant of attempted murder and robbery and sentenced him to five years' imprisonment. It further ordered his placement in preventive detention (*Sicherungsverwahrung*) under Article 66 § 1 of the Criminal Code (see paragraphs 49-50 below). It found that when the conditions of his detention in the psychiatric hospital where he had been detained since October 1984 had been relaxed, the applicant had on 26 July 1985 robbed and attempted to murder a woman who had volunteered to spend a day with him in a city away from the hospital. Having regard to the report of a neurological and psychiatric expert, W., the court found that the applicant still suffered from a serious mental disorder which could, however, no longer be qualified as pathological and did not have to be treated medically. He therefore had not acted with diminished criminal responsibility and the preconditions for his placement in a psychiatric hospital under Article 63 of the Criminal Code were no longer met. However, he had a strong propensity to commit offences which seriously damaged his victims' physical integrity. It was to

be expected that he would commit further spontaneous acts of violence and he was dangerous to the public. Therefore, his preventive detention was necessary.

### *3. Execution of the order for the applicant's preventive detention*

13. Since 18 August 1991 the applicant, having served his full prison sentence, has been in preventive detention in Schwalmstadt Prison.

14. On 14 January 1992 the Gießen Regional Court refused to suspend on probation the applicant's preventive detention and his placement in a psychiatric hospital. It relied on a report submitted by expert M.-I., who had concluded that the applicant was likely to commit offences as a result of his propensity to reoffend within the meaning of Article 66 of the Criminal Code, whereas it was not very probable that he would commit offences as a result of his psychiatric condition within the meaning of Article 63 of the Criminal Code.

15. On 26 October 1995 the applicant took advantage of a day release to abscond, but gave himself up to the police on 17 November 1995.

16. On 17 November 1998 the Marburg Regional Court refused to suspend on probation the applicant's preventive detention and his placement in a psychiatric hospital, as it had previously done on 20 September 1994 and 13 November 1996. It took into consideration the fact that in the meantime the applicant, who at that time associated himself with skinheads, had assaulted and broken the nose of a fellow prisoner and had grossly insulted the governor of Schwalmstadt Prison.

## **B. The proceedings at issue**

### *1. The decision of the Marburg Regional Court*

17. On 10 April 2001 the Marburg Regional Court dismissed the applicant's requests to suspend on probation his preventive detention as ordered by that court on 17 November 1986 and his placement in a psychiatric hospital as ordered by it on 9 January 1981. Applying Article 67e § 3 of the Criminal Code (see paragraph 56 below), it declared that no request for review of this decision would be admissible within a two-year period.

18. Having regard to the applicant's previous convictions and his conduct in prison, the Regional Court found that it could not be expected that the applicant, if released, would not commit further serious offences (Article 67d § 2 of the Criminal Code; see paragraph 53 below). The court had heard evidence from the applicant, who was represented by officially

appointed counsel, in person. It had further consulted Schwalmstadt Prison and the Marburg public prosecutor's office, both of which had recommended not suspending on probation the orders for the applicant's detention. It also agreed with the report submitted by an external expert in forensic psychiatry, K. The expert had taken the view that the applicant, who had a narcissistic personality and a total lack of empathy, but could not be regarded as suffering from a psychopathic disorder, needed to be observed for several years before it could be assumed that he was no longer dangerous to the public.

19. The Regional Court stated that it was ordering the applicant's preventive detention also for the period after 8 September 2001, when (after a period during which the applicant had escaped from detention had been deducted) he would have served ten years in preventive detention. There were no constitutional obstacles to such a decision. According to the court, the applicant's continued preventive detention was authorised by Article 67d § 3 of the Criminal Code as amended in 1998 (see paragraph 53 below). In section 1a(3) of the Introductory Act to the Criminal Code, as amended in 1998, the Article in question had been declared applicable also to prisoners whose preventive detention had been ordered prior to the change in the law (see paragraph 54 below). The Federal Constitutional Court had refused to admit a constitutional complaint in which the change in the law had indirectly been at issue. In view of the gravity of the applicant's criminal past and possible future offences his continued preventive detention was not disproportionate.

20. As to the order for the applicant's placement in a psychiatric hospital, his request was premature as he was neither currently detained nor about to be detained in a psychiatric hospital.

## *2. The decision of the Frankfurt am Main Court of Appeal*

21. On 26 October 2001 the Frankfurt am Main Court of Appeal, amending the decision of the Marburg Regional Court in this respect, quashed the order of 9 January 1981 for the applicant's placement in a psychiatric hospital. Upholding the remainder of the Regional Court's decision, it decided not to suspend on probation the applicant's preventive detention as ordered by the Marburg Regional Court's judgment of 17 November 1986, and ordered his continued detention also after the expiry of ten years of detention on 8 September 2001. It confirmed that a request for review of the decision would not be admissible within a two-year period.

22. The Court of Appeal found that the order for the applicant's placement in a psychiatric hospital was devoid of purpose. Having regard

to the expert reports submitted to the criminal courts since 1985 and a new report by expert K. requested by the court itself, it was clear that the applicant no longer suffered from a serious mental disorder which should be qualified as pathological.

23. As to the preventive detention of the applicant, who was represented by counsel, the Court of Appeal, endorsing the reasons given by the Regional Court, found that the applicant's dangerousness necessitated his continued detention. In view of the offences he had committed and could be expected to commit on release, his continued detention was proportionate. No material change in the circumstances decisive for his detention was to be expected within a two-year period (Article 67e § 3 of the Criminal Code).

24. According to the Court of Appeal, Article 67d § 3 of the Criminal Code, as amended in 1998, was constitutional. The court conceded that at the time when the applicant's preventive detention was ordered, it would have ceased after ten years of detention at the latest. However, Article 2 § 6 of the Criminal Code (see paragraph 48 below) authorised a retrospective worsening of the applicant's situation as far as measures of correction and prevention such as preventive detention were concerned. Such measures were not classified as penalties, but as preventive measures, and were therefore not prohibited under Article 103 § 2 of the Basic Law (see paragraph 61 below) as retrospective criminal provisions.

25. Likewise, the applicant's continued preventive detention did not infringe the prohibition in principle of retrospective provisions enshrined in the rule of law. Weighty public-interest grounds, namely the protection of the public from dangerous offenders, justified the adoption of such retrospective provisions by the legislator in the present case.

### *3. The decision of the Federal Constitutional Court*

26. On 26 November 2001 the applicant, represented by counsel, lodged a complaint with the Federal Constitutional Court against the decisions ordering his continued preventive detention even on completion of the ten-year period. He claimed, in particular, that these decisions were based on Article 67d § 3 of the Criminal Code, as amended in 1998, under the terms of which the duration of a convicted person's first period of preventive detention could be extended retrospectively from a maximum period of ten years to an unlimited period of time. Accordingly, this provision violated the prohibition of retrospective punishment under Article 103 § 2 of the Basic Law, the prohibition of retrospective legislation enshrined in the rule of law, the principle of proportionality and his right to liberty under Article 2 § 2, second sentence, of the Basic Law (see paragraph 57 below).

Moreover, the impugned provision entailed his being refused any relaxation in his conditions of detention which would allow him to obtain a positive finding to the effect that he was no longer dangerous to the public. As a consequence, it entailed lifelong imprisonment without any prospect of release.

27. On 5 February 2004 a panel of eight judges of the Federal Constitutional Court, having held a hearing at which it also consulted psychiatric experts and several prison governors, dismissed the applicant's constitutional complaint (no. 2 BvR 2029/01) as ill-founded. In its thoroughly reasoned leading judgment (running to 84 pages), it held that Article 67d § 3 of the Criminal Code, read in conjunction with section 1a(3) of the Introductory Act to the Criminal Code, as amended in 1998, was compatible with the Basic Law.

**(a) Right to liberty**

28. The Federal Constitutional Court held that preventive detention based on Article 67d § 3 of the Criminal Code restricted the right to liberty as protected by Article 2 § 2 of the Basic Law in a proportionate manner.

29. The court stressed that the longer a person was held in preventive detention, the stricter became the requirements concerning the proportionality of the deprivation of liberty. However, Article 67d § 3 of the Criminal Code took into account the increased importance of the right to liberty after ten years in custody. It set a higher standard with respect to the legal interest under threat (protecting only threats to the victims' physical or mental integrity) and the proof of the applicant's dangerousness (requiring a duly substantiated report by an experienced external psychiatric expert). It also made termination of detention the rule and extension the exception, to be used as a measure of last resort. Moreover, the procedural provisions on preventive detention (Articles 67c § 1, 67d §§ 2 and 3 and 67e of the Criminal Code) provided for regular review to determine whether the person's detention could be suspended or terminated. Due to the special significance which the relaxation of detention conditions had for the prognosis of future dangerousness, the court responsible for the execution of the sentence was not permitted to accept without sufficient reason a refusal by the prison authorities to relax detention conditions as a possible precursor to the termination of a detainee's preventive detention.

30. Preventive detention did not serve to avenge past offences but to prevent future ones. Therefore, the *Länder* had to ensure that a detainee was able to have his or her detention conditions improved to the full extent compatible with prison requirements.

**(b) Prohibition of retrospective criminal laws**

31. The Federal Constitutional Court further held that Article 67d § 3 of the Criminal Code, taken in conjunction with section 1a(3) of the Introductory Act to the Criminal Code, did not violate Article 103 § 2 of the Basic Law. The absolute ban on the retrospective application of criminal laws imposed by that Article did not cover the measures of correction and prevention, such as preventive detention, provided for in the Criminal Code.

32. Interpreting the notions of “punished” and “punishable act” in Article 103 § 2 of the Basic Law, the Federal Constitutional Court found that the Article applied only to State measures which expressed sovereign censure of illegal and culpable conduct and involved the imposition of a penalty to compensate for guilt. Having regard to the genesis of the Basic Law and the purpose of Article 103 § 2, it did not apply to other State measures interfering with a person’s rights.

33. In particular, Article 103 § 2 of the Basic Law did not extend to measures of correction and prevention, which had always been understood as differing from penalties under the Criminal Code’s twin-track system of penalties and measures of correction and prevention. The fact that a measure was connected with unlawful conduct or entailed considerable interference with the right to liberty was not enough. Unlike a penalty, preventive detention was not aimed at punishing criminal guilt, but was a purely preventive measure aimed at protecting the public from a dangerous offender. Therefore, preventive detention was not covered by Article 103 § 2, even though it was directly connected with the qualifying offence.

**(c) Protection of legitimate expectations under the rule of law**

34. The Federal Constitutional Court further held, by six votes to two on this issue, that the abolition of the maximum period of detention where preventive detention was ordered for the first time, and the application of the relevant provision (Article 67d § 3 of the Criminal Code read in conjunction with section 1a(3) of the Introductory Act to the Criminal Code) to criminals who had been placed in preventive detention prior to its enactment and entry into force and who had not yet fully served their sentences, were in conformity with the protection of legitimate expectations guaranteed in a State governed by the rule of law (Article 2 § 2 read in conjunction with Article 20 § 3 of the Basic Law; see paragraph 59 below).

35. The court stressed that Article 67d § 3 of the Criminal Code as amended did not retrospectively alter the legal consequences attaching to

the offence as fixed in the final judgment of the sentencing court. It had always been the courts responsible for the execution of sentences which had jurisdiction to decide whether and for how long a convicted person was held in preventive detention.

36. Nevertheless, the maximum duration of a first period of preventive detention as laid down in the old version of Article 67d §§ 1 and 3 of the Criminal Code gave detainees reason to expect release when ten years had elapsed. However, pursuant to Article 2 § 6 of the Criminal Code (see paragraph 48 below), the ten-year maximum duration of preventive detention, like all other measures of correction and prevention, had been subject from the outset to changes in the law.

37. Weighing the interests involved, the Federal Constitutional Court concluded that the legislator's duty to protect members of the public against interference with their life, health and sexual integrity outweighed the detainee's reliance on the continued application of the ten-year limit. As Article 67d § 3 of the Criminal Code was framed as an exception to the rule and in the light of the procedural guarantees which attached to it, its retrospective application was not disproportionate.

**(d) Human dignity**

38. The Federal Constitutional Court further found that a person's human dignity as enshrined in Article 1 § 1 of the Basic Law did not impose a constitutional requirement that there be a fixed maximum period for a convicted person's preventive detention. The person's dignity was not violated even by a long period of preventive detention if this was necessary owing to the continued danger which he or she posed. However, the aim of preventive detention had to be to rehabilitate detainees and to lay the foundations for a responsible life outside prison. Human dignity required laws and enforcement programmes which gave detainees real prospects of regaining their freedom.

39. Preventive detention in its present form met these requirements. The courts responsible for the execution of sentences had, in particular, to examine before the end of a convicted person's prison term (Article 67c § 1 of the Criminal Code) and subsequently at least every two years (Article 67e § 2 of the Criminal Code) whether the measure could be suspended. If ten years had been spent in preventive detention, they declared the measure terminated under Article 67d § 3 of the Criminal Code if no specific dangers remained. In practice, persons in preventive detention were released after having spent a certain length of time in prison.

**(e) Removal from jurisdiction of the lawful judge**

40. Lastly, the Federal Constitutional Court found that the prohibition on being removed from the jurisdiction of the lawful judge, as guaranteed by Article 101 § 1 of the Basic Law (see paragraph 60 below), did not apply. Article 67d § 3 of the Criminal Code did not render unnecessary a court decision on the continuation of preventive detention which took into account all the circumstances of the case in issue.

**C. The execution in practice of the preventive detention order against the applicant**

41. In Schwalmstadt Prison, persons in preventive detention like the applicant are placed in a separate building from prisoners serving their sentence. They have certain privileges compared with convicted offenders serving their sentence. For instance, they have the right to wear and wash their own clothes and have more pocket money. They can practise sport in a separate sports room and may stay outside in the yard for several hours every day. They may equip their more comfortable cells with additional furniture and equipment and have longer visiting hours.

42. As to measures aimed at reintegration into society, persons held in preventive detention in Schwalmstadt Prison, like those detained in other prisons, are offered a weekly discussion group which proposes ideas for recreational activities and for structuring daily life. Furthermore, there are individual discussions to improve the detainee's integration into the group and a residential group evening every two weeks aimed, *inter alia*, at motivating detainees to accept the treatment on offer. Where it is considered appropriate, detainees are offered individual therapy sessions with an external therapist or group therapy in the socio-therapeutic facility of another prison. The detainee may also request a consultation with the psychologist or social worker in charge in order to deal with crisis situations.

43. The applicant has been receiving therapy since he was placed in preventive detention. Since the beginning of 1993 he has had therapy sessions with a psychologist in Schwalmstadt Prison. From September 2000 to March 2003 he also had regular individual therapy sessions with an external psychologist. At that point, the therapy was considered to have been completed and no longer necessary. In addition, the applicant has been examined by psychiatrists at regular intervals in order to evaluate his dangerousness and to permit relaxation of the prison regime as appropriate. As to relaxation of the conditions of the applicant's preventive detention, he is currently granted short periods of leave under escort (*Ausführungen*) a few times per year. He also receives regular visits (on average three times per

month) from his fiancée, to whom he has been engaged since 2005. He has been working, with a short interruption, in prison and is currently working in the prison's metal workshop, with net earnings of approximately 350 to 543 euros (EUR) per month.

44. According to a psychiatric expert report and an additional psychological report drawn up in September 2006, the applicant had made important steps towards reintegration into society, in particular by turning away from his criminal identity, which he had developed since his childhood, and by trying to think before acting. His new relationship with his fiancée could be seen as a further positive development and would also improve his social circumstances in the event of his release from prison. However, this trend had not yet stabilised and a lack of loyalty and empathy towards others as well as a dangerous impulsiveness, which had manifested itself again when the applicant had punched a fellow detainee in the face following a dispute concerning a baking tin in 2005, persisted. The expert recommended maintaining and cautiously extending the current measures to relax the conditions of the applicant's preventive detention.

## II. RELEVANT DOMESTIC, COMPARATIVE AND INTERNATIONAL LAW AND PRACTICE

### A. Domestic law and practice

#### 1. Penalties and measures of correction and prevention

45. The German Criminal Code distinguishes between penalties (*Strafen*) and so-called measures of correction and prevention (*Maßregeln der Besserung und Sicherung*) to deal with unlawful acts. This twin-track system of sanctions, the introduction of which had been considered and discussed since the end of the nineteenth century, was incorporated into the Criminal Code by the Law on dealing with dangerous habitual offenders and on measures of correction and prevention (*Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Besserung und Sicherung*) of 24 November 1933. The rules on preventive detention remained in force, essentially unchanged, after 1945 and underwent several reforms enacted by the legislator from 1969 onwards.

46. Penalties (see Articles 38 et seq. of the Criminal Code) consist mainly of prison sentences and fines. The penalty is fixed according to the defendant's guilt (Article 46 § 1 of the Criminal Code).

47. Measures of correction and prevention (see Articles 61 et seq. of the Criminal Code) consist mainly of placement in a psychiatric hospital

(Article 63 of the Criminal Code) or a detoxification facility (Article 64 of the Criminal Code) or in preventive detention (Article 66 of the Criminal Code). The purpose of these measures is to rehabilitate dangerous offenders or to protect the public from them. They may be ordered for offenders in addition to their punishment (compare Articles 63 et seq.). They must, however, be proportionate to the gravity of the offences committed by, or to be expected from, the defendants as well as to their dangerousness (Article 62 of the Criminal Code).

48. The temporal applicability of provisions of the Criminal Code depends on whether they relate to penalties or measures of correction and prevention. The penalty is determined by the law which is in force at the time of the act (Article 2 § 1 of the Criminal Code); if the law in force on completion of the act is amended before the court's judgment, the more lenient law applies (Article 2 § 3). On the other hand, decisions on measures of correction and prevention are based on the law in force at the time of the decision unless the law provides otherwise (Article 2 § 6).

## *2. Provisions of the Criminal Code and the Code of Criminal Procedure governing preventive detention*

### **(a) The preventive detention order**

49. The sentencing court may, at the time of the offender's conviction, order his preventive detention under certain circumstances in addition to his prison sentence if the offender has been shown to be dangerous to the public (Article 66 of the Criminal Code).

50. In particular, the sentencing court orders preventive detention in addition to the penalty if someone is sentenced for an intentional offence to at least two years' imprisonment and if the following further conditions are satisfied. Firstly, the perpetrator must have been sentenced twice already, to at least one year's imprisonment in each case, for intentional offences committed prior to the new offence. Secondly, the perpetrator must previously have served a prison sentence or must have been detained pursuant to a measure of correction and prevention for at least two years. Thirdly, a comprehensive assessment of the perpetrator and his acts must reveal that, owing to his propensity to commit serious offences, notably those which seriously harm their victims physically or mentally or which cause serious economic damage, the perpetrator presents a danger to the general public (see Article 66 § 1).

51. Article 67c of the Criminal Code governs orders for the preventive detention of convicted persons which are not executed immediately after the judgment ordering them becomes final. Paragraph 1 of the Article provides

that if a term of imprisonment is executed prior to a simultaneously ordered placement in preventive detention, the court responsible for the execution of sentences (that is, a special Chamber of the Regional Court composed of three professional judges; see sections 78a and 78b(1)(1) of the Court Organisation Act) must review, before completion of the prison term, whether the person's preventive detention is still necessary in view of its objective. If that is not the case, it suspends on probation the execution of the preventive detention order; supervision of the person's conduct (*Führungsaufsicht*) commences with suspension.

**(b) The duration of preventive detention**

*(i) Provision in force prior to 31 January 1998*

52. At the time of the applicant's offence and his conviction, Article 67d of the Criminal Code, in so far as relevant, was worded as follows:

**Article 67d – Duration of detention**

“1. Detention in a detoxification facility may not exceed two years and the first period of preventive detention may not exceed ten years. ...

2. If there is no provision for a maximum duration or if the time-limit has not yet expired, the court shall suspend further execution of the detention order on probation as soon as there are justifiable reasons for testing whether the detainee can be released without committing further unlawful acts. Suspension shall automatically entail supervision of the conduct of the offender.

3. If the maximum duration has expired, the detainee shall be released. The measure shall thereby be terminated.”

*(ii) Amended provision in force since 31 January 1998*

53. Article 67d of the Criminal Code was amended while the applicant was in preventive detention for the first time, by the Combating of Sexual Offences and Other Dangerous Offences Act (*Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten*) of 26 January 1998, which entered into force on 31 January 1998. The amended provision, in so far as relevant, provided:

**Article 67d – Duration of detention**

“1. Detention in a detoxification facility may not exceed two years ...

2. If there is no provision for a maximum duration or if the time-limit has not yet expired, the court shall suspend further execution of the detention order as soon as it is to be expected that the person concerned will not commit any further unlawful acts on his or her release. Suspension shall automatically entail supervision of the conduct of the offender.

3. If a person has spent ten years in preventive detention, the court shall declare the measure terminated if there is no danger that the detainee will, owing to his criminal tendencies, commit serious offences resulting in considerable psychological or physical harm to the victims. Termination shall automatically entail supervision of the conduct of the offender.”

54. As to the applicability *ratione temporis* of Article 67d of the Criminal Code as amended, the Introductory Act to the Criminal Code, in so far as relevant, reads:

**Section 1a(3) – Applicability of the rules on preventive detention**

“Article 67d of the Criminal Code, as amended by the Combating of Sexual Offences and Other Dangerous Offences Act of 26 January 1998 (Federal Gazette I, p. 160), shall apply without restriction.”

55. With respect to the judicial examination required under Article 67d § 3 of the Criminal Code and to the subsequent decisions under Article 67d § 2, Article 463 § 3 of the Code of Criminal Procedure, as amended by the Combating of Sexual Offences and Other Dangerous Offences Act, makes it compulsory for the court responsible for the execution of sentences both to consult an expert on the question whether the convicted person is likely to commit serious offences when released and to appoint defence counsel to represent him or her.

**(c) Review of a convicted person’s preventive detention**

56. In addition to Articles 67c § 1 and 67d §§ 2 and 3 of the Criminal Code, Article 67e of the Criminal Code provides for the review of a convicted person’s preventive detention. The court may review at any time whether the further execution of the preventive detention order should be suspended on probation. It is obliged to do so within fixed time-limits (§ 1 of Article 67e). For persons in preventive detention, this time-limit is two years (§ 2 of Article 67e). The court may shorten this time-limit, but may also set terms within the statutory limits for review before which an application for review shall be inadmissible (§ 3 of Article 67e).

*3. Provisions of the Basic Law and case-law of the Federal Constitutional Court*

57. Article 2 § 2, second sentence, of the Basic Law provides that the liberty of the person is inviolable.

58. Pursuant to Article 20 § 3 of the Basic Law, the legislature is bound by the constitutional order, the executive and the judiciary by law and justice.

59. According to the well-established case-law of the Federal Constitutional Court, Article 2 § 2 read in conjunction with Article 20 § 3 of the Basic Law protects legitimate expectations in a State governed by the rule of law. A law may be retrospective in the sense that, while its legal effects are not produced until it is published, its definition covers events “set in motion” before it is published (so-called *unechte Rückwirkung*; see the decisions of the Federal Constitutional Court in the compendium of decisions of the Federal Constitutional Court (*BVerfGE*), vol. 72, pp. 200 et seq., 242, and vol. 105, pp. 17 et seq. and 37 et seq.). In respect of retrospective laws in that sense, the principles of legal certainty and protection of legitimate expectations are not given overall priority over the intention of the legislator to change the existing legal order in response to changing circumstances. The legislator may enact such retrospective laws if the importance of the purpose of the legislation for the common good outweighs the importance of the interest in protecting legitimate expectations (see the judgment of the Federal Constitutional Court in the instant case, pp. 70-73, with many references to its case-law).

60. Pursuant to Article 101 § 1 of the Basic Law, no one may be removed from the jurisdiction of the lawful judge.

61. Under Article 103 § 2 of the Basic Law, an act may be punished only if the fact of its being punishable was determined by law before the act was committed.

#### 4. *Rules and practice in relation to the execution of preventive detention orders*

##### (a) **The Execution of Sentences Act**

62. The (Federal) Execution of Sentences Act (*Strafvollzugsgesetz*) lays down rules for the execution of sentences of imprisonment in prisons and for the execution of measures of correction and prevention depriving the persons concerned of their liberty (see section 1 of the Act). Its provisions were applicable in all *Länder* until 31 December 2007; since then, the *Länder* have had the power to legislate on these issues. In so far as they have already made use of this power, the provisions laid down by the *Länder* on the execution of preventive detention orders do not differ significantly from those laid down in the Execution of Sentences Act.

63. Section 2 of the Execution of Sentences Act deals with the purpose of the execution of sentences of imprisonment. During the execution of a sentence of imprisonment the detainee should become capable henceforth of leading a socially responsible life without committing offences (purpose of

execution; first sentence). The execution of the sentence of imprisonment is also aimed at protecting the public from further offences (second sentence).

64. Sections 129 to 135 of the Execution of Sentences Act contain special rules for the execution of preventive detention orders. Section 129 provides that persons held in preventive detention shall be detained in secure conditions for the protection of the public (first sentence). They are to be given assistance in readjusting to life outside prison (second sentence). Unless stipulated otherwise (in sections 131 to 135 of the said Act), the provisions concerning the execution of prison sentences shall apply *mutatis mutandis* to preventive detention (section 130 of that Act).

65. According to section 131 of the Execution of Sentences Act, the equipment of the institutions in which persons are held in preventive detention, notably detention cells, and particular measures to promote their welfare, must be designed to help detainees to organise their life in the institution in a reasonable manner and to protect them from damage caused by a lengthy deprivation of liberty. Their personal needs are to be taken into account as far as possible. Section 132 of the said Act provides that detainees may wear their own clothes and use their own linen and bedding, unless this is prohibited for security reasons and provided they see to their cleaning, repair and regular changing at their own expense. Moreover, under section 133 of the said Act, detainees are allowed to occupy themselves against payment if this serves the objective of imparting, maintaining or promoting skills needed for paid employment after their release. They also receive pocket money. Pursuant to section 134 of the said Act, the conditions of detention may be relaxed and special leave for a period of up to one month may be granted in order to test detainees' readiness and prepare them for release.

66. Section 140(1) of the Execution of Sentences Act provides that preventive detention is served either in a separate institution or in a separate wing of a prison for the execution of sentences of imprisonment.

**(b) Statistical material**

67. According to statistical material submitted by the Government, which was not contested by the applicant, the German sentencing courts made a total of 75 preventive detention orders in 2005, 42 of which concerned sexual offenders. A total of 415 persons were being held in preventive detention in Germany on 31 March 2007. In 2002, the average duration of a first period of preventive detention was between two years and three months and seven years in the different *Länder*. In that year, 261 persons placed in preventive detention for the first time were affected by

the abolition of the maximum duration of preventive detention of ten years under Article 67d § 3 of the Criminal Code, read in conjunction with section 1a(3) of the Introductory Act to the Criminal Code as amended in 1998. In 2008, 70 persons were still affected by that change in the law and had been in preventive detention for more than ten years.

68. According to statistical material submitted by the Government, which was not contested by the applicant, Germany had 95 prisoners per 100,000 inhabitants in 2006, whereas there were, for example, 333 prisoners per 100,000 inhabitants in Estonia, 185 in the Czech Republic, 149 in Spain, 148 in England and Wales, 85 in France, 83 in Switzerland, 77 in Denmark and 66 in Norway. Furthermore, according to the Council of Europe Annual Penal Statistics, Survey 2006, of 12 December 2007 (PC-CP (2007) 9rev3 of 23 January 2006, p. 47), the total number of prisoners sentenced to terms of imprisonment ranging from ten years up to and including life imprisonment on 1 September 2006 was 2,907 in Germany, 402 in Estonia, 1,435 in the Czech Republic, 3,568 in Spain, 12,049 in England and Wales, 8,620 in France, 172 in Denmark and 184 in Norway.

## **B. Comparative law**

### *1. Systems to protect the public against dangerous offenders*

69. According to the information and material before the Court, the member States of the Council of Europe have chosen different ways of shielding the public from convicted offenders who acted with full criminal responsibility at the time of the offence (as did the applicant at the relevant time) and who risk committing further serious offences on release from detention and therefore present a danger to the public.

70. Apart from Germany, at least seven other Convention States have adopted systems of preventive detention in respect of convicted offenders who are not considered to be of unsound mind, in other words, who acted with full criminal responsibility when committing their offence(s), and who are considered dangerous to the public as they are liable to reoffend. These include Austria (see Articles 23 et seq. and 47 et seq. of the Austrian Criminal Code, and Articles 435 et seq. of the Austrian Code of Criminal Procedure), Denmark (see Articles 70 et seq. of the Danish Criminal Code), Italy (see Articles 199 et seq. of the Italian Criminal Code), Liechtenstein (see Articles 23 et seq. and 47 of the Liechtenstein Criminal Code and Articles 345 et seq. of the Liechtenstein Code of Criminal Procedure), San Marino (see Articles 121 et seq. of the San Marinese Criminal Code),

Slovakia (see Articles 81 and 82 of the Slovakian Criminal Code) and Switzerland (see Articles 56 et seq. of the Swiss Criminal Code). Preventive detention in these States is ordered, as a rule, by the sentencing courts and is generally executed after the persons concerned have served their prison sentences (with the exception of Denmark, where preventive detention is ordered instead of a prison sentence). The detainees' dangerousness is reviewed on a periodic basis and they are released on probation if they are no longer dangerous to the public.

71. As to the place and duration of the placement, persons subject to preventive detention are placed in special institutions in Austria (see Article 23 of the Austrian Criminal Code), Liechtenstein (see Article 23 of the Liechtenstein Criminal Code), San Marino (see Articles 121 et seq. of the San Marinese Criminal Code), Slovakia (see Article 81 of the Slovakian Criminal Code) and Switzerland (see Article 64 of the Swiss Criminal Code). Even though Italian law also stipulates that preventive detention is to be served in special institutions (compare Articles 215 et seq. of the Italian Criminal Code), it appears that in practice these institutions no longer exist and that the persons concerned are kept in ordinary prisons under a special detention regime. Dangerous offenders in preventive detention in Denmark are also kept in ordinary prisons under a special detention regime. In Denmark, Italy, San Marino, Slovakia (see the express provisions of Article 82 § 2 of the Slovakian Criminal Code) and Switzerland, the applicable provisions do not fix a maximum duration of preventive detention. By contrast, in Austria and Liechtenstein, such detention may not exceed ten years (see Article 25 § 1 of both the Austrian and the Liechtenstein Criminal Codes).

72. As regards the temporal applicability of the provisions on preventive detention, it is to be noted that, according to the wording of the applicable provisions in some of the States concerned, they may be applied retrospectively. Thus, pursuant to Article 200 of the Italian Criminal Code, a decision on preventive measures is to be based on the law in force at the time of their execution, and pursuant to Article 2 § 3 of the Slovakian Criminal Code, these decisions are to be based on the law in force at the time of the decision ordering the security measure. Under Article 4 § 1 of the Danish Criminal Code, the question whether an offence is to be punished by preventive detention is decided by applying the law in force at the time of the judgment in the criminal proceedings. The San Marinese Criminal Code likewise does not prohibit the retrospective application of preventive measures. By contrast, retrospective application appears to be prohibited in respect of preventive detention measures pursuant to Articles 23 § 1 et seq. of both the Austrian and the Liechtenstein Criminal Codes and under Swiss law.

73. In many other Convention States, there is no system of preventive detention and offenders' dangerousness is taken into account both in the determination and in the execution of their sentence. On the one hand, prison sentences are increased in the light of offenders' dangerousness, notably in cases of recidivism. In this respect it is to be noted that, unlike the courts in the majority of the Convention States, the sentencing courts in the United Kingdom expressly distinguish between the punitive and the preventive part of a life sentence. The retributive or tariff period is fixed to reflect the punishment of the offender. Once the retributive part of the sentence has been served, a prisoner is considered as being in custody serving the preventive part of his sentence and may be released on probation if he poses no threat to society (see, *inter alia*, sections 269 and 277 of the Criminal Justice Act 2003 and section 28 of the Crime (Sentences) Act 1997). On the other hand, offenders' dangerousness generally has an influence both on their conditions of detention and on their chances of benefiting from a reduction of their sentence or from release on probation.

2. *The distinction between penalties and preventive measures and its consequences*

74. As regards the distinction between penalties and preventive measures in the Convention States and the consequences drawn from the qualification of the sanction in question, it must be noted that the same type of measure may be qualified as an additional penalty in one State and as a preventive measure in another. Thus, the supervision of a person's conduct after release, for example, is an additional penalty under Articles 131-36-1 et seq. of the French Criminal Code and a preventive measure under Articles 215 and 228 of the Italian Criminal Code.

75. Moreover, the Act of 25 February 2008 on post-sentence preventive detention and diminished criminal responsibility due to mental deficiency (*Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*) has introduced preventive detention into French law. Under Article 706-53-13 of the French Code of Criminal Procedure, this measure may be ordered against particularly dangerous offenders who pose a high risk of recidivism because they suffer from a serious personality disorder. The French Constitutional Council, in its decision of 21 February 2008 (no. 2008-562 DC, Official Gazette (*Journal officiel*) of 26 February 2008, p. 3272), found that such preventive detention, which was not based on the guilt of the person convicted but was designed to prevent persons from reoffending, could not be qualified as a penalty (§ 9 of the decision). To that extent, it thus took the same view as the German Federal Constitutional Court in respect of preventive detention under German law

(see paragraphs 31-33 above). Nevertheless, in view of its custodial nature, the time it may last, the fact that it is indefinitely renewable and the fact that it is ordered after conviction by a court, the French Constitutional Council considered that post-sentence preventive detention could not be ordered retrospectively against persons convicted of offences committed prior to the publication of the Act (§ 10 of the decision). In this respect, it came to a different conclusion than the German Federal Constitutional Court (see paragraphs 31-33 and also paragraphs 34-37 above).

### **C. Observations made by international monitoring bodies on preventive detention**

#### *1. The Council of Europe's Commissioner for Human Rights*

76. The Council of Europe's Commissioner for Human Rights, Mr Thomas Hammarberg, stated the following in his report on his visit to Germany from 9 to 11 and from 15 to 20 October 2006 (CommDH(2007)14 of 11 July 2007) regarding the issue of what he referred to as "secured custody" (*Sicherungsverwahrung*):

"203. During the visit, the Commissioner discussed the issue of secured custody with several *Länder* authorities, judges and medical experts. The Commissioner is aware of the public pressure judges and medical experts are exposed to when they make decisions regarding the release of a person who might recommit a serious crime. It is impossible to predict with full certainty whether a person will actually reoffend. Psychiatrists regularly assess the behaviour of an imprisoned person who might act differently outside the prison. In addition, it is difficult to foresee all the conditions that wait for the offender outside the prison.

204. The Commissioner calls for an extremely considerate application of secured custody. Alternative measures should also be considered before recourse to secured custody is taken. The Commissioner is concerned about the rising number of people deprived of their liberty under secured custody. He encourages the German authorities to commission independent studies on the implementation of secured custody in order to evaluate the measure in terms of protecting the general public and its impact on the detained individual.

...

206. Furthermore, the Commissioner was informed that persons kept under secured custody regularly experience a loss of future perspective and give up on themselves. This would appear to call for the provision of psychological or psychiatric care. The medical opinion may occasionally be divided on the efficacy of care provided to persons kept under secured custody, yet the possibility of their eventual rehabilitation and release should not be excluded. Accordingly, people held under secured custody should receive adequate medical treatment or other care that addresses their specific situation."

2. *The European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*

77. In its report to the German Government on its visit to Germany from 20 November to 2 December 2005 (CPT/Inf (2007) 18 of 18 April 2007), the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (“the CPT”) made the following findings in respect of the “Unit for Secure Placement” (*Sicherungsverwahrung*) in Berlin-Tegel Prison:

“94. *Material conditions* in the unit were of a good or even very good standard, with several particularly positive elements: well equipped single rooms with sanitary annexes; a light and reasonably spacious communal environment; a small kitchen with equipment for inmates to prepare hot drinks and light snacks, and an area where washing, drying and ironing could be done.

95. In principle, inmates had access to the same *activities* as ordinary prisoners (in terms of work, education, etc.). In addition, in accordance with the relevant legislation, inmates benefited from a number of special privileges. In particular, cell doors remained open throughout the day, and inmates were granted additional entitlements for visits (two hours instead of one hour per month), outdoor exercise (four hours instead of one hour on non-working days), the supply of parcels (six rather than three per year) and pocket money (if there was no work). It is also noteworthy that all inmates had unrestricted access to the telephone.

96. In theory, at least, the unit offered opportunities for a positive custodial living environment. However, not all inmates were capable of making the best of these opportunities, which was not surprising if one takes into account that, according to medical staff, most if not all of the inmates were suffering from multiple personality disorders. The vast majority of inmates were completely demotivated, with only two taking any outdoor exercise, three working full-time and one part-time. Twelve inmates were offered work, but were not willing to take part in it. Thus, the vast majority of inmates was idling away their time alone in their cells, occupying themselves with watching TV or playing video games.

Even among those inmates who apparently assumed and coped with the responsibility for their daily lives on the unit, the sense was that the activities were strategies to pass time, without any real purpose. As might be expected, this appeared to be related to their indefinite *Sicherungsverwahrung*. Several inmates interviewed expressed a clear sense that they would never get out and one stated that the only thing he could do was prepare himself to die.

97. According to the prison administration, staff worked according to special treatment criteria, the aim being the individual’s release from placement in *Sicherungsverwahrung*; the focus was to minimise the risk to the general public, as well as to deal with the physical and psychological effects of long-term custody. Yet, the delegation observed that in practice, staff (including the social worker) were

conspicuous by their absence in this unit, thereby keeping staff-inmate contacts to a minimum.

...

99. Even for the other inmates who were apparently coping better with their situation, the lack of staff engagement on the unit was not justifiable. Allowing inmates responsibility and a degree of independence does not imply that staff should leave them to their own devices. The duty of care cannot be ignored, particularly in relation to such a special group of inmates. The delegation gained the distinct impression that the staff themselves were not clear as to how to approach their work with these inmates. As well as empowering inmates to take charge of their lives in custody, there is a need for ongoing support to deal with indefinite detention, as well as to address the legacy of serious past histories of aberrant behaviour and apparent psychological problems. Psychological care and support appeared to be seriously inadequate; *the CPT recommends that immediate steps be taken to remedy this shortcoming.*

100. The difficult question of how to implement in practice a humane and coherent *policy* regarding the treatment of persons placed in *Sicherungsverwahrung* needs to be addressed as a matter of urgency at the highest level. Working with this group of inmates is bound to be one of the hardest challenges facing prison staff.

Due to the potentially indefinite stay for the small (but growing) number of inmates held under *Sicherungsverwahrung*, there needs to be a particularly clear vision of the objectives in this unit and of how those objectives can be realistically achieved. The approach requires a high level of care involving a team of multi-disciplinary staff, intensive work with inmates on an individual basis (via promptly-prepared individualised plans), within a coherent framework for progression towards release, which should be a real option. The system should also allow for the maintenance of family contacts, when appropriate.

The CPT recommends that the German authorities institute an immediate review of the approach to *Sicherungsverwahrung* at Tegel Prison and, if appropriate, in other establishments in Germany accommodating persons subject to *Sicherungsverwahrung*, in the light of the above remarks.”

### 3. *The United Nations Human Rights Committee*

78. In its Concluding Observations adopted at its session from 7 to 25 July 2008 on the report submitted by France under Article 40 of the International Covenant on Civil and Political Rights (see CCPR/C/FRA/CO/4 of 31 July 2008), the United Nations Human Rights Committee found:

“16. The Committee is concerned by the State Party’s claim of authority under Act No. 2008/174 (25 February 2008) to place criminal defendants under renewable one-year terms of civil preventive detention (*rétention de sûreté*) because of ‘dangerousness’, even after they have completed their original prison sentences. While the Constitutional Council has prohibited retroactive application of the statute, and

the judge who sentences a criminal defendant contemplates the possibility of future civil preventive detention as part of the original disposition of a case, nonetheless, in the view of the Committee, the practice may remain problematic under Articles 9, 14 and 15 of the Covenant.”

## THE LAW

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

79. The applicant complained that his continued preventive detention beyond the period of ten years which had been the maximum for such detention under the legal provisions applicable at the time of his offence and conviction breached Article 5 § 1 of the Convention which, in so far as relevant, provides:

“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;

...

(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;

...

(e) the lawful detention of persons for the prevention of the spreading of infectious diseases, of persons of unsound mind, alcoholics or drug addicts or vagrants;

...”

80. The Government contested this view.

#### A. The parties’ submissions

##### 1. *The applicant*

81. In the applicant’s submission, his preventive detention was not covered by Article 5 § 1 (a) of the Convention. There was not a sufficient causal connection between his continued detention after the completion of ten years in detention and his conviction in 1986. When the Marburg Regional Court had ordered his preventive detention in 1986, such detention could last for ten years at the most under the applicable legal provisions. It could not be ruled out that the Marburg Regional Court might

not have ordered his preventive detention if it had known that the measure could remain in force for more than ten years. His continued preventive detention after the completion of ten years in detention was therefore based solely on the change in the law in 1998 which had abolished the maximum duration of a first period of preventive detention, and no longer on his conviction in 1986. If there had been no change in the law he would have been released automatically in 2001, without the court responsible for the execution of sentences having jurisdiction to order an extension of his preventive detention. In view of the absolute time-limit on the first period of preventive detention fixed by law at the time of his conviction, the change in the law abolishing the maximum duration concerned the question whether preventive detention should be applicable and not just the arrangements for executing it, so that the causal link between his conviction and his preventive detention no longer existed after ten years of detention.

82. The applicant further took the view that his detention was neither “lawful” nor “in accordance with a procedure prescribed by law” as required by Article 5 § 1. Unlike the Federal Constitutional Court, many scholars considered preventive detention and the abolition of its maximum duration of ten years if ordered for the first time to be unconstitutional. The maximum period for a first period of preventive detention had been fixed by law. When he committed his offence, he could not have foreseen that this maximum duration would be abolished with immediate effect at a time when he was already in preventive detention and that he might be held in preventive detention for a period exceeding ten years. His right to lawful detention could not be balanced against public safety concerns.

## *2. The Government*

83. In the Government’s view, the applicant’s continued preventive detention complied with Article 5 § 1 (a) of the Convention. The applicant’s preventive detention after the completion of ten years of detention had occurred “after conviction”, as there was still a sufficient causal connection between his initial conviction and the deprivation of liberty. In its judgment of 17 November 1986, the Marburg Regional Court had convicted and sentenced the applicant to five years’ imprisonment and had ordered his preventive detention without reference to any maximum duration. Under the provisions of the Criminal Code, it was for the Marburg Regional Court, giving sentence, to decide whether or not to order a measure of prevention, but for the Regional Court responsible for the execution of sentences to decide on the execution of that measure, in particular on the duration of

a convicted person's preventive detention. Thus, both the sentencing court and the court responsible for the execution of sentences had participated in the applicant's "conviction by a competent court". Under Article 2 § 6 of the Criminal Code (see paragraph 48 above), it had always been open to the legislator to reintroduce preventive detention without a maximum duration with immediate effect. In view of this, the subsequent abolition of the maximum duration of a first period of preventive detention had not broken the causal link between the applicant's initial conviction in 1986 and his continued preventive detention.

84. The Government further argued that the applicant's continued preventive detention was "lawful" and "in accordance with a procedure prescribed by law" as stipulated by Article 5 § 1. The domestic courts had confirmed the compliance of the applicant's further detention with national law. Contrary to the applicant's submission, his preventive detention was not based exclusively on the change to Article 67d of the Criminal Code, but had been ordered by the Marburg Regional Court in April 2001 in accordance with the procedures laid down in the Code of Criminal Procedure. It also satisfied the test of foreseeability. The maximum duration of a period of preventive detention did not have to be foreseeable at the time of the offence as the dangerousness of an offender did not necessarily cease after a fixed period of time. Nor could the applicant have legitimately expected that the maximum duration of a first period of preventive detention would not be abolished, not least because priority over that expectation had to be given to the protection of society. According to Article 2 § 6 of the Criminal Code, decisions concerning measures of correction and prevention were to be taken on the basis of the provisions in force at the time of the decision (of both the sentencing court and the courts responsible for the execution of sentences), and not on the basis of those applicable at the time of commission of the offence. Therefore, it had been clear that the legislator could authorise the courts at any time to order preventive detention for an indefinite period of time. Moreover, there had been numerous requests to re-abolish the maximum period for a first period of preventive detention, which had been introduced only in 1975.

85. Furthermore, the Government submitted that the applicant's continued preventive detention was not arbitrary, as the courts responsible for the execution of sentences ordered preventive detention in excess of ten years only as an exception to the rule that the measure was then terminated and on the basis that its extension was possible only if there was a danger that the person concerned would commit serious sexual or violent offences.

## B. The Court's assessment

### 1. Recapitulation of the relevant principles

#### (a) Grounds for deprivation of liberty

86. Article 5 § 1 sub-paragraphs (a) to (f) contain an exhaustive list of permissible grounds for deprivation of liberty, and no deprivation of liberty will be lawful unless it falls within one of those grounds (see, *inter alia*, *Guzzardi v. Italy*, 6 November 1980, § 96, Series A no. 39; *Witold Litwa v. Poland*, no. 26629/95, § 49, ECHR 2000-III; and *Saadi v. the United Kingdom* [GC], no. 13229/03, § 43, ECHR 2008). However, the applicability of one ground does not necessarily preclude that of another; a deprivation of liberty may, depending on the circumstances, be justified under one or more sub-paragraphs (see, among other authorities, *Eriksen v. Norway*, 27 May 1997, § 76, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-III; *Erkalo v. the Netherlands*, 2 September 1998, § 50, *Reports* 1998-VI; and *Witold Litwa*, cited above, § 49).

87. For the purposes of sub-paragraph (a) of Article 5 § 1, the word “conviction”, having regard to the French text (*condamnation*), has to be understood as signifying both a finding of guilt after it has been established in accordance with the law that there has been an offence (see *Guzzardi*, cited above, § 100), and the imposition of a penalty or other measure involving deprivation of liberty (see *Van Droogenbroeck v. Belgium*, 24 June 1982, § 35, Series A no. 50).

88. Furthermore, the word “after” in sub-paragraph (a) does not simply mean that the “detention” must follow the “conviction” in point of time: in addition, the “detention” must result from, follow and depend upon or occur by virtue of the “conviction” (*ibid.*). In short, there must be a sufficient causal connection between the conviction and the deprivation of liberty at issue (see *Weeks v. the United Kingdom*, 2 March 1987, § 42, Series A no. 114; *Stafford v. the United Kingdom* [GC], no. 46295/99, § 64, ECHR 2002-IV; *Waite v. the United Kingdom*, no. 53236/99, § 65, 10 December 2002; and *Kafkaris v. Cyprus* [GC], no. 21906/04, § 117, ECHR 2008). However, with the passage of time, the link between the initial conviction and a further deprivation of liberty gradually becomes less strong (compare *Van Droogenbroeck*, cited above, § 40, and *Eriksen*, cited above, § 78). The causal link required by sub-paragraph (a) might eventually be broken if a position were reached in which a decision not to release or to re-detain was based on grounds that were inconsistent with the objectives of the initial

decision (by a sentencing court) or on an assessment that was unreasonable in terms of those objectives. In those circumstances, a detention that was lawful at the outset would be transformed into a deprivation of liberty that was arbitrary and, hence, incompatible with Article 5 (compare *Van Droogenbroeck*, cited above, § 40; *Eriksen*, cited above, § 78; and *Weeks*, cited above, § 49).

89. Furthermore, under sub-paragraph (c) of Article 5 § 1, detention of a person may be justified “when it is reasonably considered necessary to prevent his committing an offence”. However, that ground of detention is not adapted to a policy of general prevention directed against an individual or a category of individuals who present a danger on account of their continuing propensity to crime. It does no more than afford the Contracting States a means of preventing a concrete and specific offence (see *Guzzardi*, cited above, § 102; compare also *Eriksen*, cited above, § 86). This can be seen both from the use of the singular (“an offence”) and from the object of Article 5, namely to ensure that no one should be dispossessed of his liberty in an arbitrary fashion (see *Guzzardi*, cited above, § 102).

**(b) “Lawful” detention “in accordance with a procedure prescribed by law”**

90. It is well established in the Court’s case-law under the sub-paragraphs of Article 5 § 1 that any deprivation of liberty must, in addition to falling within one of the exceptions set out in sub-paragraphs (a)-(f), be “lawful”. Where the “lawfulness” of detention is in issue, including the question whether “a procedure prescribed by law” has been followed, the Convention refers essentially to national law and lays down the obligation to conform to the substantive and procedural rules thereof (see, among many other authorities, *Erkalo*, cited above, § 52; *Saadi*, cited above, § 67; and *Kafkaris*, cited above, § 116). This primarily requires any arrest or detention to have a legal basis in domestic law but also relates to the quality of the law, requiring it to be compatible with the rule of law, a concept inherent in all the Articles of the Convention (see *Stafford*, cited above, § 63, and *Kafkaris*, cited above, § 116). “Quality of the law” in this sense implies that where a national law authorises deprivation of liberty it must be sufficiently accessible, precise and foreseeable in its application, in order to avoid all risk of arbitrariness (see *Amuur v. France*, 25 June 1996, § 50, *Reports* 1996-III; *Nasrullojev v. Russia*, no. 656/06, § 71, 11 October 2007; and *Mooren v. Germany* [GC], no. 11364/03, § 76, 9 July 2009). The standard of “lawfulness” set by the Convention thus requires that all law be sufficiently precise to allow the person – 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 *Steel and Others v. the United Kingdom*, 23 September 1998, § 54,

*Reports* 1998-VII, and *Baranowski v. Poland*, no. 28358/95, § 52, ECHR 2000-III).

91. Compliance with national law is not, however, sufficient: Article 5 § 1 requires in addition that any deprivation of liberty should be in keeping with the purpose of protecting the individual from arbitrariness (see, among many other authorities, *Winterwerp v. the Netherlands*, 24 October 1979, § 37, Series A no. 33; *Saadi*, cited above, § 67; and *Mooren*, cited above, § 72).

## 2. *Application of these principles to the present case*

92. The Court is called upon to determine whether the applicant, during his preventive detention for a period exceeding ten years, was deprived of his liberty in accordance with one of the sub-paragraphs (a) to (f) of Article 5 § 1. It will examine first whether the applicant's initial placement in preventive detention as such falls under any of the permissible grounds for detention listed in Article 5 § 1. If it does not, the more specific question whether the abolition of the maximum duration of ten years for a first period of preventive detention affected the compatibility with Article 5 § 1 of the applicant's continued detention on expiry of that period need not be answered.

93. In the Government's submission, the applicant's preventive detention was justified under sub-paragraph (a) of Article 5 § 1. It is indeed true that the Commission repeatedly found that preventive detention ordered by a sentencing court in addition to or instead of a prison sentence was, in principle, justified as being "detention of a person after conviction by a competent court" within the meaning of Article 5 § 1 (a) of the Convention (as regards preventive detention pursuant to Article 66 of the German Criminal Code, see *X. v. Germany*, no. 4324/69, Commission decision of 4 February 1971, and *Dax v. Germany*, no. 19969/92, Commission decision of 7 July 1992, with further references; as regards placement "at the disposal of the Government" in the Netherlands, a similar measure concerning persons with certain mental defects, see *X. v. the Netherlands*, no. 6591/74, Commission decision of 26 May 1975, Decisions and Reports (DR) 3, p. 90; as regards preventive detention in Norway, another similar measure applied to persons of impaired mental capacity, see *X. v. Norway*, no. 4210/69, Commission decision of 24 July 1970, Collection 35, pp. 140-50, with further references; and, as regards detention in a special detention centre of persons with certain mental defects in Denmark, see *X. v. Denmark*, no. 2518/65, Commission decision of 14 December 1965, Collection 18, pp. 44-46).

94. The Court itself has affirmed, for instance, that the Belgian system of placement of recidivist and habitual offenders at the Government's disposal, ordered in addition to a prison sentence, constituted detention "after conviction by a competent court" for the purposes of Article 5 § 1 (a) (see *Van Droogenbroeck*, cited above, §§ 33-42). Likewise, it considered the Norwegian system of preventive detention imposed by way of a security measure on persons of underdeveloped or impaired mental capacity to fall in principle within Article 5 § 1 (a) (see *Eriksen*, cited above, § 78).

95. The Court reiterates that "conviction" under sub-paragraph (a) of Article 5 § 1 signifies a finding of guilt of an offence and the imposition of a penalty or other measure involving deprivation of liberty (see paragraph 87 above). It observes that the applicant's preventive detention was ordered by judgment of the Marburg Regional Court of 17 November 1986 (the sentencing court), which found him guilty of, *inter alia*, attempted murder (see paragraph 12 above). Since August 1991 the applicant, having served his prison sentence, has been in preventive detention as the courts responsible for the execution of sentences refused to suspend the preventive detention order on probation (see paragraphs 13 et seq. above).

96. The Court is satisfied that the applicant's initial preventive detention resulted from his "conviction" by the sentencing court in 1986. The latter found him guilty of attempted murder and ordered his preventive detention, a penalty or other measure involving deprivation of liberty. It notes that in the Government's view, preventive detention is not fixed with regard to an offender's personal guilt, but with regard to the danger he presents to the public (see paragraph 113 below). It considers that pursuant to Article 66 § 1 of the Criminal Code, an order of preventive detention is nevertheless always dependent on and ordered together with a court's finding that the person concerned is guilty of an offence (see paragraphs 49-50 above). The applicant's placement in preventive detention was thus initially covered by sub-paragraph (a) of Article 5 § 1. The Court would add, however, that, contrary to the Government's submission, the decisions of the courts responsible for the execution of sentences to retain the applicant in detention do not satisfy the requirement of "conviction" for the purposes of Article 5 § 1 (a) as they no longer involve a finding of guilt of an offence.

97. In order to determine whether the applicant's preventive detention beyond the ten-year period was justified under Article 5 § 1 (a), the Court needs to examine whether that detention still occurred "after conviction", in other words whether there was still a sufficient causal connection between the applicant's conviction by the sentencing court in 1986 and his continuing deprivation of liberty after 8 September 2001.

98. The Court notes that according to the Government, the sentencing court had ordered the applicant's preventive detention without reference to any time-limit and that it was for the courts responsible for the execution of sentences to determine the duration of the applicant's preventive detention. As Article 2 § 6 of the Criminal Code permitted the abolition of the maximum duration of a first period of preventive detention with immediate effect, the courts responsible for the execution of sentences had the power to authorise the applicant's continued preventive detention beyond the ten-year period, following the change in the law in 1998. The Government argued that therefore, the amendment of Article 67d of the Criminal Code did not break the causal link between the applicant's conviction and his continued detention.

99. The Court is not convinced by that argument. It is true that the sentencing court ordered the applicant's preventive detention in 1986 without fixing its duration. However, the sentencing courts never fix the duration, by virtue of the applicable provisions of the Criminal Code (Articles 66 and 67c-e of the Criminal Code; see paragraphs 49 et seq. above); as the Government themselves submitted, the sentencing courts have jurisdiction only to determine whether or not to order preventive detention as such in respect of an offender. The courts responsible for the execution of sentences are subsequently called upon to decide on the detailed arrangements for execution of the order, including the exact duration of the offender's preventive detention. However, the courts responsible for the execution of sentences were competent only to fix the duration of the applicant's preventive detention within the framework established by the order of the sentencing court, read in the light of the law applicable at the relevant time.

100. The Court observes that the order for the applicant's preventive detention was made by the sentencing court in 1986. At that time a court order of that kind, read in conjunction with Article 67d § 1 of the Criminal Code in the version then in force (see paragraph 52 above), meant that the applicant, against whom preventive detention was ordered for the first time, could be kept in preventive detention for a maximum period of ten years. Thus, had it not been for the amendment of Article 67d of the Criminal Code in 1998 (see paragraph 53 above), which was declared applicable also to preventive detention orders which had been made – as had the order against the applicant – prior to the entry into force of that amended provision (section 1a(3) of the Introductory Act to the Criminal Code; see paragraph 54 above), the applicant would have been released when ten years of preventive detention had expired, irrespective of whether he was still considered dangerous to the public. Without that change in the law,

the courts responsible for the execution of sentences would not have had jurisdiction to extend the duration of the applicant's preventive detention. Therefore, the Court finds that there was not a sufficient causal connection between the applicant's conviction by the sentencing court in 1986 and his continued deprivation of liberty beyond the period of ten years in preventive detention, which was made possible only by the subsequent change in the law in 1998.

101. The Court considers that the present case must be distinguished in that respect from that of *Kafkaris* (cited above). In *Kafkaris* it found that there was a sufficient causal connection between the applicant's conviction and his continuing detention after twenty years' imprisonment. Mr Kafkaris' continuing detention beyond the twenty-year term was in conformity with the judgment of the sentencing court, which had passed a sentence of life imprisonment and had expressly stated that the applicant had been sentenced to imprisonment for the remainder of his life as provided by the Criminal Code, and not for a period of twenty years as set out in the Prison Regulations, subordinate legislation in force at the time (*ibid.*, §§ 118-21). By contrast, the preventive detention of the applicant in the present case beyond the ten-year point was not ordered in the judgment of the sentencing court read in conjunction with the provisions of the Criminal Code applicable at the time of that judgment.

102. The Court shall further examine whether the applicant's preventive detention beyond the ten-year point was justified under any of the other sub-paragraphs of Article 5 § 1. It notes in this connection that the domestic courts did not address that issue because they were not required to do so under the provisions of the German Basic Law. It considers that sub-paragraphs (b), (d) and (f) are clearly not relevant. Under sub-paragraph (c), second alternative, of Article 5 § 1, the detention of a person may be justified "when it is reasonably considered necessary to prevent his committing an offence". In the present case the applicant's continued detention was justified by the courts responsible for the execution of sentences with reference to the risk that the applicant could commit further serious offences – similar to those of which he had previously been convicted – if released (see paragraphs 18 and 23 above). These potential further offences are not, however, sufficiently concrete and specific, as required by the Court's case-law (see, in particular, *Guzzardi*, cited above, § 102) as regards, in particular, the place and time of their commission and their victims, and do not, therefore, fall within the ambit of Article 5 § 1 (c). This finding is confirmed by an interpretation of paragraph 1 (c) in the light of Article 5 as a whole. Pursuant to paragraph 3 of Article 5, everyone detained in accordance with the provisions of paragraph 1 (c) of that Article must be brought promptly before a judge and

tried within a reasonable time or be released pending trial. However, persons kept in preventive detention are not to be brought promptly before a judge and tried for potential future offences. The Court notes in this connection that criminological experience shows that there is often a risk of recidivism on the part of a repeatedly convicted offender, irrespective of whether or not he or she has been sentenced to preventive detention (§ 203 of the report of the Council of Europe's Commissioner for Human Rights dated 11 July 2007; see paragraph 76 above).

103. The Court has further considered whether the applicant could have been kept in preventive detention beyond September 2001 under sub-paragraph (e) of Article 5 § 1 as being a person "of unsound mind". While it does not rule out the possibility that the preventive detention of certain offenders may meet the conditions of that ground for detention, it observes that, according to the decision of the Frankfurt am Main Court of Appeal in the instant case, the applicant no longer suffered from a serious mental disorder (see paragraph 22 above). In any event, the domestic courts did not base their decisions to further detain the applicant on the ground that he was of unsound mind. Therefore, his detention cannot be justified under Article 5 § 1 (e) either.

104. The Court further observes that the present application raises an issue in terms of the lawfulness of the applicant's detention. It reiterates that national law must be of a certain quality and, in particular, must be foreseeable in its application, in order to avoid all risk of arbitrariness (see paragraph 90 above). It has serious doubts whether the applicant, at the relevant time, could have foreseen to a degree that was reasonable in the circumstances that his offence could entail his preventive detention for an unlimited period of time. It doubts, in particular, whether he could have foreseen that the applicable legal provisions would be amended with immediate effect after he had committed his crime. However, in view of the above finding that the applicant's preventive detention beyond the ten-year period was not justified under any of the sub-paragraphs of Article 5 § 1, it is not necessary to decide this question.

105. Consequently, there has been a violation of Article 5 § 1 of the Convention.

## II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 7 OF THE CONVENTION

106. The applicant further complained that the retrospective extension of his preventive detention from a maximum period of ten years to an unlimited period of time violated his right not to have a heavier penalty imposed on him than the one applicable at the time of his offence. He relied on Article 7 § 1 of the Convention, which reads:

“1. No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence under national or international law at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the criminal offence was committed.”

107. The Government contested this allegation.

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

#### *1. The applicant*

108. In the applicant's submission, a heavier penalty had been imposed on him retrospectively, contrary to the second sentence of Article 7 § 1 of the Convention, by virtue of the order made for his continued preventive detention after he had been in preventive detention for ten years. Preventive detention constituted a “penalty” within the meaning of that Article. He claimed that the domestic courts' view that, since its introduction into German criminal law, preventive detention had not been considered as a “penalty” and could thus be applied retrospectively, should be given less weight in the light of the fact that preventive detention had been introduced by the Law of 24 November 1933 on dealing with dangerous habitual offenders and on measures of correction and prevention (“the Habitual Offenders Act”), that is, during the Nazi regime. According to section 129 of the Execution of Sentences Act (see paragraph 64 above), the sanction in question, imposed following an offence and administered by the criminal courts, pursued exactly the same aims as the execution of a prison sentence (section 2 of the Execution of Sentences Act; see paragraph 63 above), namely both to protect the public from the detainee (prevention) and to help the latter to readjust to life outside prison (reintegration into society).

109. In the applicant's view, preventive detention was also a penalty by its nature. This was illustrated by the fact that the measure was ordered by the criminal courts in connection with an offence and that the rules governing it were contained in the Execution of “Sentences” Act. Preventive detention was related to an offender's guilt, not least because it could be imposed only following certain previous offences and could not be ordered against a person who had acted without criminal responsibility.

110. The applicant further stressed that there were no special facilities in Germany for persons being held in preventive detention. Persons held in preventive detention in ordinary prisons were granted some minor privileges compared to persons serving their sentence in the same prisons (sections 131-35 of the Execution of Sentences Act; see paragraphs 64-65 above), such as the right to wear their own clothes. However, even if put into practice, these privileges did not alter the fact that the execution of a

preventive detention order did not differ significantly from that of a prison sentence. As a person in preventive detention, the applicant was in fact granted fewer relaxations of the conditions of his sentence than ordinary prisoners. Moreover, no special measures in addition to those taken for ordinary prisoners were taken for persons held in preventive detention to help them prepare for a responsible life outside prison. The applicant's conditions in preventive detention in Schwalmstadt Prison did not differ from those he had encountered when serving the major part of his sentence there. He was working as he had already worked when serving his sentence and, apart from occasional short periods of leave under escort, no efforts were made to prepare him for life outside prison, nor was there any therapy available. If one looked at the realities of detainees' situation rather than the wording of the Criminal Code, there was therefore no substantial difference between the execution of prison sentences and of preventive detention orders.

111. Moreover, the severity of a measure of indefinite preventive detention, which was executed after and in addition to his prison sentence of only five years, was illustrated by the fact that it had led to the applicant being deprived of his liberty – on the basis of the order for his preventive detention alone – for approximately eighteen years already. He claimed that, as a result, he had been detained for a considerably longer period of time than the period generally served by convicted offenders who unlike him had actually killed someone and had been ordered to serve just a prison sentence, without an additional order for their preventive detention. Given that he had been detained for more than twenty-two years already following his conviction in 1986, the fact that there had been only two incidents, which had occurred many years previously in a high-security prison setting, proved that he had learned to control his emotions and that his continued imprisonment was not justified.

112. The applicant submitted that the retrospective prolongation of his preventive detention, a penalty which had been clearly fixed by law at a maximum term of ten years at the time he had committed his offence, therefore violated the principle that only the law can prescribe a penalty (*nulla poena sine lege*), enshrined in Article 7.

## 2. *The Government*

113. In the Government's view, the applicant's preventive detention for a period exceeding ten years did not violate the prohibition under Article 7 § 1 on increasing a penalty retrospectively, because preventive detention was not a "penalty" within the meaning of that provision. German criminal law had a twin-track system of sanctions which made a strict distinction

between penalties and what were referred to as measures of correction and prevention, such as preventive detention. Penalties were of a punitive nature and were fixed with regard to the offender's personal guilt. Measures of correction and prevention, on the other hand, were of a preventive nature and were ordered because of the danger presented by the offender, irrespective of his or her guilt. This twin-track system, introduced in 1933, had been evaluated and confirmed by the democratically elected legislature on several occasions since the end of the Second World War. Preventive detention was a measure of last resort aimed only at the prevention of dangers to the public emanating from the most dangerous offenders, as shown by the restrictive conditions laid down in the Criminal Code concerning preventive detention orders and the continuation of preventive detention (see paragraphs 47 and 49-56 above), and their restrictive application by the domestic courts. Unlike a penalty, preventive detention could be suspended on probation at any time, provided that it could be expected that the detainee would no longer commit serious criminal offences outside prison. As confirmed by the Federal Constitutional Court in its judgment in the present case, preventive detention was therefore not a penalty to which the prohibition of retrospective punishment applied.

114. According to the Government, the execution of preventive detention orders differed significantly from the enforcement of prison sentences, as regards both the legislative provisions (see, in particular, sections 129-35 of the Execution of Sentences Act; paragraphs 64-65 above) and practice. It was true that there were no separate preventive detention facilities in the German *Länder* for economic reasons and in view of the range of treatment facilities required. Creating one central facility in Germany for all persons kept in preventive detention would render impossible visits by relatives or persons helping in the detainee's social reintegration, both of which were desirable. Persons in preventive detention were therefore kept in separate wings of prisons. However, compared to ordinary prisoners, persons in preventive detention had a number of privileges: unlike the former, they had the right to wear their own clothes and to receive longer visits of at least two hours per month. They also had more pocket money and the right to receive more parcels than ordinary prisoners. Moreover, if they so wished, they could have an individual cell which was not locked during the day, which they could furnish and equip in a personal manner. As regards the applicant's preventive detention in particular, the Government stressed that he no longer received any therapy as the psychologist he had consulted had considered his treatment to be completed. The applicant had almost daily discussions with the social worker and the psychologist in charge at his own initiative and participated in a discussion group which met every fortnight.

In line with a psychiatric expert's recommendation, the applicant was benefiting from measures to relax the conditions of his preventive detention, such as short periods of leave under escort (see paragraphs 43-44 above).

115. The severity and duration of preventive detention alone did not suffice to classify it as a "penalty" within the meaning of Article 7 § 1. As found by the competent courts, the applicant was still dangerous to the public, irrespective of whether he had committed any offences in prison, and of what kind. The Government further argued that, according to the Court's judgment in the case of *Kafkaris* (cited above, §§ 151-52), subsequent changes which did not affect the penalty imposed in the initial judgment, but only the duration of the execution of that penalty, did not violate Article 7 § 1. This applied with even greater force to a case like the present one in which the initial judgment ordered a preventive measure (as opposed to a penalty), namely preventive detention, without stating a time-limit.

116. The Government stressed that the twin-track system of penalties and measures of correction and prevention made it possible to limit penalties for all offenders to what was strictly necessary to compensate the perpetrator's guilt. As shown by the penal statistics published by the Council of Europe (see paragraph 68 above), Germany had a low rate of enforced prison sentences as a result and its courts imposed short prison sentences compared to other Council of Europe member States. This proved that the twin-track system led to a restrictive and responsible sanctioning practice. However, the principle enshrined in the Basic Law that punishment should not exceed a person's guilt prevented German criminal courts from imposing longer prison sentences instead of ordering preventive detention to serve the preventive aim of the protection of society. Other Convention States, in particular Austria, Denmark, Italy, Liechtenstein, San Marino, Slovakia and Switzerland, also applied systems of preventive detention.

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

### *1. Recapitulation of the relevant principles*

117. The guarantee enshrined in Article 7, which is an essential element of the rule of law, occupies a prominent place in the Convention system of protection, as is underlined by the fact that no derogation from it is permissible under Article 15 of the Convention in time of war or other public emergency. It should be construed and applied, as follows from its object and purpose, in such a way as to provide effective safeguards against arbitrary prosecution, conviction and punishment (see *S.W. v. the United*

*Kingdom*, 22 November 1995, § 34, Series A no. 335-B; *C.R. v. the United Kingdom*, 22 November 1995, § 32, Series A no. 335-C; *Streletz, Kessler and Krenz v. Germany* [GC], nos. 34044/96, 35532/97 and 44801/98, § 50, ECHR 2001-II; and *Kafkaris*, cited above, § 137).

118. Article 7 embodies, *inter alia*, the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). While it prohibits in particular the retrospective application of the criminal law to an accused's disadvantage (see *Kokkinakis v. Greece*, 25 May 1993, § 52, Series A no. 260-A) or extending the scope of existing offences to acts which previously were not criminal offences, it also lays down the principle that the criminal law must not be extensively construed to an accused's detriment, for instance by analogy (see *Uttley v. the United Kingdom* (dec.), no. 36946/03, 29 November 2005, and *Achour v. France* [GC], no. 67335/01, § 41, ECHR 2006-IV).

119. When speaking of "law" Article 7 alludes to the very same concept as that to which the Convention refers elsewhere when using that term, a concept which implies qualitative requirements, including those of accessibility and foreseeability (see *Cantoni v. France*, 15 November 1996, § 29, *Reports* 1996-V; *Coëme and Others v. Belgium*, nos. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 and 33210/96, § 145, ECHR 2000-VII; and *Achour*, cited above, § 42). These qualitative requirements must be satisfied as regards both the definition of an offence and the penalty the offence in question carries (see *Achour*, cited above, § 41, and *Kafkaris*, cited above, § 140). An individual must know from the wording of the relevant provision and, if need be, with the assistance of the courts' interpretation of it, what acts and omissions will make him criminally liable and what penalty will be imposed for the act committed and/or omission (compare *Cantoni*, cited above, § 29; *Uttley*, cited above; and *Kafkaris*, cited above, § 140).

120. The concept of "penalty" in Article 7 is autonomous in scope. To render the protection afforded by Article 7 effective the Court must remain free to go behind appearances and assess for itself whether a particular measure amounts in substance to a "penalty" within the meaning of this provision (see *Welch v. the United Kingdom*, 9 February 1995, § 27, Series A no. 307-A; *Jamil v. France*, 8 June 1995, § 30, Series A no. 317-B; and *Uttley*, cited above). The wording of the second sentence of Article 7 § 1 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 relevant factors are the characterisation of the measure under domestic law, its nature and purpose, the procedures involved in its making and implementation, and its severity (see *Welch*, cited

above, § 28; *Jamil*, cited above, § 31; *Adamson v. the United Kingdom* (dec.), no. 42293/98, 26 January 1999; *Van der Velden v. the Netherlands* (dec.), no. 29514/05, ECHR 2006-XV; and *Kafkaris*, cited above, § 142). The severity of the measure is not, however, in itself decisive, since, for instance, many non-penal measures of a preventive nature may have a substantial impact on the person concerned (see *Welch*, cited above, § 32; compare also *Van der Velden*, cited above).

121. Both the Commission and the Court in their case-law have drawn a distinction between a measure that constitutes in substance a “penalty” and a measure that concerns the “execution” or “enforcement” of the “penalty”. In consequence, where the nature and purpose of a measure relates to the remission of a sentence or a change in a regime for early release, this does not form part of the “penalty” within the meaning of Article 7 (see, *inter alia*, *Hogben v. the United Kingdom*, no. 11653/85, Commission decision of 3 March 1986, DR 46, p. 231; *Grava v. Italy*, no. 43522/98, § 51, 10 July 2003; and *Kafkaris*, cited above, § 142). However, in practice, the distinction between the two may not always be clear cut (see *Kafkaris*, cited above, § 142; see also *Monne v. France* (dec.), no. 39420/06, 1 April 2008).

## 2. Application of these principles to the present case

122. The Court shall thus examine, in the light of the foregoing principles, whether the extension of the applicant’s preventive detention from a maximum of ten years to an unlimited period of time violated the prohibition of retrospective penalties under Article 7 § 1, second sentence.

123. The Court observes that at the time the applicant committed the attempted murder in 1985, a preventive detention order made by a sentencing court for the first time, read in conjunction with Article 67d § 1 of the Criminal Code in the version then in force, meant that the applicant could be kept in preventive detention for ten years at the most (see also paragraphs 99-100 above). Based on the subsequent amendment in 1998 of Article 67d of the Criminal Code, read in conjunction with section 1a(3) of the Introductory Act to the Criminal Code, which abolished that maximum duration with immediate effect, the courts responsible for the execution of sentences then ordered, in 2001, the applicant’s continued preventive detention beyond the ten-year point. Thus, the applicant’s preventive detention was prolonged with retrospective effect, under a law enacted after the applicant had committed his offence – and at a time when he had already served more than six years in preventive detention.

124. The Court, having regard to the criteria established in its case-law, therefore needs to determine whether the applicant’s preventive detention constitutes a “penalty” within the meaning of the second sentence of

Article 7 § 1. It notes at the outset that the applicant's preventive detention was imposed by the Marburg Regional Court in 1986 following his conviction for a "criminal offence", namely attempted murder and robbery. Indeed, pursuant to Article 66 § 1 of the Criminal Code, preventive detention can only be ordered against someone who has, among other requirements, been sentenced for an intentional offence to at least two years' imprisonment (see paragraphs 49-50 above).

125. As to the characterisation of preventive detention under domestic law, the Court observes that in Germany, such a measure is not considered as a penalty to which the absolute ban on retrospective punishment applies. The findings of the courts responsible for the execution of sentences to that effect in the present case were confirmed by the Federal Constitutional Court in a thoroughly reasoned leading judgment (see paragraphs 27-40 above). Under the provisions of the German Criminal Code, preventive detention is qualified as a measure of correction and prevention. Such measures have always been understood as differing from penalties under the long-established twin-track system of sanctions in German criminal law. Unlike penalties, they are considered not to be aimed at punishing criminal guilt, but to be of a purely preventive nature aimed at protecting the public from a dangerous offender. This clear finding is, in the Court's view, not called into question by the fact that preventive detention was first introduced into German criminal law, as the applicant pointed out, by the Habitual Offenders Act of 24 November 1933, that is, during the Nazi regime. As the Commission found as far back as 1971 (see *X. v. Germany*, cited above), the provisions on preventive detention were confirmed by the German legislator – on several occasions – after 1945.

126. However, as reiterated above (paragraph 120), the concept of "penalty" in Article 7 is autonomous in scope and it is thus for the Court to determine whether a particular measure should be qualified as a penalty, without being bound by the qualification of the measure under domestic law. It notes in this connection that the same type of measure may be and has been qualified as a penalty in one State and as a preventive measure to which the principle of *nulla poena sine lege* does not apply in another. Thus, the "placement at the Government's disposal" of recidivists and habitual offenders in Belgium, for instance, which is in many ways similar to preventive detention under German law, has been considered as a penalty under Belgian law (see *Van Droogenbroeck*, cited above, § 19). The French Constitutional Council, for its part, found in its decision of 21 February 2008 (no. 2008-562 DC) that the preventive detention recently introduced into French law could not be qualified as a penalty, but could nevertheless

not be ordered retrospectively, notably in view of its indefinite duration (see paragraph 75 above; see, for a further example, paragraph 74 above).

127. The Court shall therefore further examine the nature of the measure of preventive detention. It notes at the outset that, just like a prison sentence, preventive detention entails a deprivation of liberty. Moreover, having regard to the manner in which preventive detention orders are executed in practice in Germany, compared to ordinary prison sentences, it is striking that persons subject to preventive detention are detained in ordinary prisons, albeit in separate wings. Minor alterations to the detention regime compared to that of an ordinary prisoner serving his sentence, including privileges such as detainees' right to wear their own clothes and to further equip their more comfortable prison cells, cannot mask the fact that there is no substantial difference between the execution of a prison sentence and that of a preventive detention order. This is further illustrated by the fact that there are very few provisions in the Execution of Sentences Act dealing specifically with the execution of preventive detention orders and that, apart from these, the provisions on the execution of prison sentences apply *mutatis mutandis* (sections 129 to 135 of the said Act; see paragraphs 64-65 above).

128. Furthermore, having regard to the realities of the situation of persons in preventive detention, the Court cannot subscribe to the Government's argument (see paragraph 113 above) that preventive detention served a purely preventive, and no punitive, purpose. It notes that, pursuant to Article 66 of the Criminal Code, preventive detention orders may be made only against persons who have repeatedly been found guilty of criminal offences of a certain gravity. It observes, in particular, that there appear to be no special measures, instruments or institutions in place, other than those available to ordinary long-term prisoners, directed at persons subject to preventive detention and aimed at reducing the danger they present and thus at limiting the duration of their detention to what is strictly necessary in order to prevent them from committing further offences.

129. The Court agrees with the findings of both the Council of Europe's Commissioner for Human Rights (§ 206 of his report; see paragraph 76 above) and the CPT (§ 100 of its report; see paragraph 77 above) that persons subject to preventive detention, in view of its potentially indefinite duration, are in particular need of psychological care and support. The achievement of the objective of crime prevention would require, as stated convincingly by the CPT (*ibid.*), "a high level of care involving a team of multi-disciplinary staff, intensive work with inmates on an individual basis (via promptly-prepared individualised plans), within a coherent framework for progression towards release, which should be a real option". The Court

considers that persons subject to preventive detention orders must be afforded such support and care as part of a genuine attempt to reduce the risk that they will reoffend, thus serving the purpose of crime prevention and making their release possible. The Court does not lose sight of the fact that “[w]orking with this group of inmates is bound to be one of the hardest challenges facing prison staff” (§ 100 of the CPT’s report; see paragraph 77 above). However, in view of the indefinite duration of preventive detention, particular endeavours are necessary in order to support these detainees who, as a rule, will be unable to make progress towards release by their own efforts. It finds that there is currently an absence of additional and substantial measures – other than those available to all long-term ordinary prisoners serving their sentence for punitive purposes – to secure the prevention of offences by the persons concerned.

130. Moreover, pursuant to sections 2 and 129 of the Execution of Sentences Act, the execution of both penalties and measures of correction and prevention serves two aims, namely to protect the public and to help the detainee to become capable of leading a socially responsible life outside prison. Even though it could be said that penalties mainly serve punitive purposes whereas measures of correction and prevention are mainly aimed at prevention, it is nonetheless clear that the aims of these sanctions partly overlap. Furthermore, given its unlimited duration, preventive detention may well be understood as an additional punishment for an offence by the persons concerned and entails a clear deterrent element. In any event, as the Court has previously found, the aim of prevention can also be consistent with a punitive purpose and may be seen as a constituent element of the very notion of punishment (see *Welch*, cited above, § 30).

131. As regards the procedures involved in the making and implementation of orders for preventive detention, the Court observes that preventive detention is ordered by the (criminal) sentencing courts. Its execution is determined by the courts responsible for the execution of sentences, that is, courts also belonging to the criminal justice system, in a separate procedure.

132. Finally, as to the severity of preventive detention – which is not in itself decisive (see paragraph 120 above) – the Court observes that this measure entails detention which, following the change in the law in 1998, no longer has any maximum duration. Moreover, the suspension of preventive detention on probation is subject to a court’s finding that there is no danger that the detainee will commit further (serious) offences (Article 67d of the Criminal Code; see paragraph 53 above), a condition which may be difficult to fulfil (see, to that effect, also the Commissioner for Human Rights’ finding that it was “impossible to predict with full certainty whether

a person will actually reoffend”; § 203 of his report, cited in paragraph 76 above). Therefore, the Court cannot but find that this measure appears to be among the most severe – if not the most severe – which may be imposed under the German Criminal Code. It notes in this connection that the applicant faced more far-reaching detriment as a result of his continued preventive detention – which to date has been more than three times the length of his prison sentence – than as a result of the prison sentence itself.

133. In view of the foregoing the Court, looking behind appearances and making its own assessment, concludes that preventive detention under the German Criminal Code is to be qualified as a “penalty” for the purposes of Article 7 § 1 of the Convention.

134. The Court further reiterates that it has drawn a distinction in its case-law between a measure that constitutes in substance a “penalty” – and to which the absolute ban on retrospective criminal laws applies – and a measure that concerns the “execution” or “enforcement” of the “penalty” (see paragraph 121 above). It therefore has to determine whether a measure which turned a detention of limited duration into a detention of unlimited duration constituted in substance an additional penalty, or merely concerned the execution or enforcement of the penalty applicable at the time of the offence of which the applicant was convicted.

135. The Court observes that in the Government’s submission the sentencing court had ordered the applicant’s preventive detention without stating a time-limit. They argued that the prolongation of that measure therefore merely concerned the execution of the penalty imposed on the applicant by the sentencing court. The Court is not convinced by that argument. As it has found above (see paragraphs 99-101 and 123), at the time the applicant committed his offence, the sentencing court’s order for his preventive detention, read in conjunction with Article 67d § 1 of the Criminal Code in the version then in force, meant that the applicant could be kept in preventive detention for a maximum period of ten years. The prolongation of the applicant’s preventive detention by the courts responsible for the execution of sentences following the change in Article 67d of the Criminal Code therefore concerns not just the execution of the penalty (preventive detention for up to ten years) imposed on the applicant in accordance with the law applicable when he committed his offences. It constitutes an additional penalty which was imposed on the applicant retrospectively, under a law enacted after the applicant had committed his offence.

136. In this respect the present case must again be distinguished from that of *Kafkaris* (cited above). Mr Kafkaris was sentenced to life imprisonment in accordance with the criminal law applicable at the time

of his offence. It could not be said that at the material time, a life sentence could clearly be taken to amount to twenty years' imprisonment (*ibid.*, §§ 143 et seq.). By contrast, in the present case, the applicable provisions of criminal law at the time the applicant committed his offences clearly and unambiguously fixed the duration of a first period of preventive detention at a maximum of ten years.

137. In view of the foregoing, the Court concludes that there has been a violation of Article 7 § 1 of the Convention.

### III. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

138. 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

139. The applicant claimed at least 172,000 euros (EUR) in respect of non-pecuniary damage for the long period of unlawful detention undergone since 2001 in clear contravention of Articles 5 and 7 and despite the fact that he had brought numerous sets of lengthy proceedings in the domestic courts in an attempt to obtain his release. He referred to the amounts of compensation awarded by the Court in the cases of *Karataş v. Turkey* ([GC], no. 23168/94, ECHR 1999-IV), and *Kokkinakis v. Greece* (25 May 1993, Series A no. 260-A) and argued that he should be granted compensation amounting to EUR 2,000 per month, that being the average monthly income attainable in Germany. As to pecuniary damage, the applicant submitted that he had been granted legal aid in the proceedings before the domestic courts. The applicant's lawyer requested any payments to be made into his own account, referring to his power of attorney authorising him, *inter alia*, to accept any payments to be made by the other party to the proceedings.

140. The Government considered the applicant's claim in respect of non-pecuniary damage to be excessive. They argued that under section 7(3) of the Act on Compensation for Criminal Prosecution Measures (*Gesetz über die Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen*), EUR 11 per day was payable in compensation for unlawful detention. They left it to the Court's discretion to fix an equitable amount.

141. The Court observes that it has found that the applicant's detention beyond the ten-year period breached both Article 5 § 1 and Article 7 § 1

of the Convention and that the applicant has thus been detained in breach of the Convention since 8 September 2001 (see paragraph 19 above). This must have caused non-pecuniary damage such as distress and frustration, which cannot be compensated solely by the findings of violations. Having regard to all the circumstances of the case and making its assessment on an equitable basis, it awards the applicant EUR 50,000 under this head, plus any tax that may be chargeable. Having regard to the power of attorney presented by the applicant's lawyer, which authorises him to accept any payments to be made by the other party to the proceedings, it orders this sum, awarded to the applicant, to be paid to him into his lawyer's fiduciary bank account.

### **B. Costs and expenses**

142. The applicant, who was granted legal aid in the proceedings both before the domestic courts and before the Court, did not submit a claim for costs and expenses incurred in either of these proceedings. Accordingly, the Court does not make any award under this head.

### **C. Default interest**

143. 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 5 § 1 of the Convention;
2. *Holds* that there has been a violation of Article 7 § 1 of the Convention;
3. *Holds*
  - (a) that the respondent State is to pay the applicant, within three months from the date on which the judgment becomes final in accordance with Article 44 § 2 of the Convention, EUR 50,000 (fifty thousand euros) in respect of non-pecuniary damage, plus any tax that may be chargeable, to be paid into his lawyer's fiduciary bank account;
  - (b) that from the expiry of the above-mentioned three months until settlement simple interest shall be payable on the above amount at a rate equal to the marginal lending rate of the European Central Bank during the default period plus three percentage points;
4. *Dismisses* the remainder of the applicant's claim for just satisfaction.

Done in English and 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



M. c. ALLEMAGNE  
(*Requête n° 19359/04*)

CINQUIÈME SECTION

ARRÊT DU 17 DÉCEMBRE 2009<sup>1</sup>

---

1. Traduction; original anglais.



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Maintien en détention de sûreté au-delà de la durée maximale autorisée au moment du placement en détention de sûreté****Article 5 § 1**

*Privation de liberté – Arrestation ou détention régulière – Maintien en détention de sûreté au-delà de la durée maximale autorisée au moment du placement en détention de sûreté – Procédure prévue par la loi – Rétroactivité – Après condamnation – Absence de lien de causalité suffisant entre la condamnation et la prolongation de la privation de liberté – Raisonnablement nécessaire pour empêcher une infraction – Autres infractions potentielles insuffisamment concrètes et précises – Aliéné*

**Article 7 § 1**

*Peine – Prolongation rétroactive de la durée maximale de la détention de sûreté – Rétroactivité – Principe de non-rétroactivité – Qualification de la mesure en droit interne – Concept autonome – Nature et but de la mesure – Absence de différence fondamentale entre l'exécution de la peine d'emprisonnement et celle de l'ordonnance de placement en détention de sûreté – Absence de mesure de fond destinée aux personnes en détention de sûreté – Buts préventif et punitif de la détention de sûreté – Gravité de la mesure – Durée illimitée de la détention de sûreté – Prolongation de la période de détention de sûreté constitutive d'une peine supplémentaire*

\*

\* \*

En 1986, le requérant fut déclaré coupable de tentative de meurtre et de vol qualifié et condamné à une peine d'emprisonnement de cinq ans. Le tribunal du fond ordonna aussi son placement en détention de sûreté, mesure jugée nécessaire en raison de la forte propension de l'intéressé à commettre des infractions portant gravement atteinte à l'intégrité physique de ses victimes. Il avait auparavant été condamné et emprisonné à de nombreuses reprises, notamment pour tentative de meurtre, vol, agression et chantage. Selon le tribunal du fond, il était à prévoir qu'il commette de nouveau des actes spontanés de violence, ce qui en faisait un individu dangereux pour la collectivité. Le requérant termina de purger sa peine d'emprisonnement en août 1991 et se trouve depuis lors en détention de sûreté.

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

En avril 2001, un tribunal refusa de le libérer sous conditions et ordonna de le maintenir en détention de sûreté au-delà de la date à laquelle devait expirer la période maximale de dix ans précédemment autorisée pour ce type de détention. A cet égard, le tribunal appliqua le code pénal tel qu'amendé par une loi entrée en vigueur en janvier 1998 et qui supprimait avec effet immédiat le délai maximal de la détention de sûreté. Il déclara que la disposition amendée était applicable aussi aux détenus dont le placement en détention de sûreté avait été ordonné avant l'entrée en vigueur de la loi et ajouta que, en raison du passé criminel chargé du requérant et du risque qu'il commette à l'avenir de nouvelles infractions, son maintien en détention de sûreté n'était pas disproportionné. La cour d'appel confirma que la dangerosité du requérant commandait son maintien en détention de sûreté et ajouta que cette mesure n'était pas contraire au principe de non-rétroactivité prévu en droit pénal. Le requérant forma un recours constitutionnel, en vain. La Cour constitutionnelle fédérale dit en particulier que la suppression du délai maximal applicable à la détention de sûreté, et l'application de cette mesure aux criminels mis en détention de sûreté avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi et n'ayant pas terminé de purger leur peine, étaient conformes à la Constitution. Elle considéra également que l'application rétroactive de la disposition amendée du code pénal n'était pas disproportionnée.

1. Article 5 § 1 : la Cour confirme que le placement du requérant en détention de sûreté avant l'expiration du délai de dix ans découlait de sa « condamnation » prononcée par la juridiction de jugement en 1986 et relevait donc de l'article 5 § 1 a). Cependant, il n'existe pas un lien de causalité suffisant entre la condamnation du requérant et la prolongation de sa privation de liberté au-delà de cette période, prolongation qui n'a été rendue possible qu'à cause de la modification ultérieure de la législation intervenue en 1998. Les tribunaux de l'exécution des peines ont expliqué le maintien en détention par le risque que le requérant ne commette d'autres infractions graves – comparables à celles pour lesquelles il avait été condamné – s'il était libéré. Or ces infractions potentielles ne sont pas aussi concrètes et précises que l'exige la jurisprudence de la Cour, tant en ce qui concerne le lieu et la date où elles pourraient être commises que les victimes visées ; elles ne relèvent donc pas de l'article 5 § 1 c). Par ailleurs, la nouvelle loi ne prévoit pas que les personnes placées en détention de sûreté doivent être aussitôt traduites devant un juge et jugées pour des infractions potentielles, contrairement à ce qu'exige l'article 5 § 3 pour toute personne détenue conformément au paragraphe 1 c) de cet article. Les juridictions internes n'ont pas non plus décidé de prolonger la détention du requérant au motif qu'il était aliéné. Dès lors, sa détention ne se justifie pas non plus sous l'angle de l'article 5 § 1 e). En bref, la détention de sûreté de l'intéressé au-delà du délai en question ne se justifie au titre d'aucun des alinéas de l'article 5 § 1.

*Conclusion* : violation (unanimité).

2. Article 7 § 1 : il incombe à la Cour de déterminer si la détention de sûreté du requérant constitue une « peine » au sens de cette disposition. En droit allemand,

cette mesure n'est pas considérée comme une peine à laquelle s'applique le principe absolu de non-rétroactivité, mais plutôt comme une mesure d'amendement et de prévention destinée à protéger la collectivité des délinquants dangereux. Cependant, tout comme une peine d'emprisonnement, la détention de sûreté entraîne une privation de liberté. Les personnes en détention de sûreté sont incarcérées dans des prisons ordinaires, même si elles le sont dans des ailes séparées. Les modifications minimales dont elles bénéficient par rapport au régime de détention des détenus ordinaires purgeant leur peine, comme des privilèges tels que le droit de porter leurs propres vêtements et d'aménager leurs cellules plus confortables, ne sauraient cacher qu'il n'existe aucune différence fondamentale entre l'exécution d'une peine d'emprisonnement et celle d'une ordonnance de placement en détention de sûreté. Aucune mesure de fond n'a été adoptée et nul soutien psychologique suffisant n'a été prévu pour prévenir la récidive chez ces personnes. La Cour ne saurait donc souscrire à l'argument du Gouvernement selon lequel la détention de sûreté ne vise qu'un but purement préventif et nullement un but punitif. Conformément au code pénal, seules peuvent être placées en détention de sûreté les personnes qui ont été condamnées à plusieurs reprises pour des infractions pénales d'une certaine gravité. En raison de sa durée illimitée, la détention de sûreté peut tout à fait se comprendre comme une punition supplémentaire et comporte à l'évidence un élément de dissuasion. Ce sont les juridictions de jugement de l'ordre pénal qui adoptent et exécutent les ordonnances de placement en détention de sûreté. L'octroi d'un sursis avec mise à l'épreuve est subordonné à un constat d'un tribunal selon lequel il ne subsiste pas de risque que le détenu commette de nouvelles infractions graves, condition qui peut être difficile à remplir. Force est donc de constater que cette mesure paraît être l'une des plus graves – sinon la plus grave – de celles prévues par le code pénal allemand. Eu égard à ce qui précède, la Cour conclut que la détention de sûreté prévue par le code pénal allemand doit être qualifiée de « peine » aux fins de l'article 7 § 1 de la Convention. La Cour n'est pas non plus convaincue par l'argument du Gouvernement selon lequel la prolongation de cette mesure ne se rapporte qu'à l'exécution de la sentence rendue par la juridiction de jugement. Etant donné qu'à l'époque où le requérant a commis son infraction, il ne pouvait pas être maintenu en détention de sûreté au-delà d'une limite de dix ans, la prolongation de sa détention a constitué une peine supplémentaire qui a été prononcée contre lui rétroactivement, en vertu d'une loi entrée en vigueur après que le requérant eut commis une infraction.

*Conclusion*: violation (unanimité).

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

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

*X c. Danemark*, n° 2518/65, décision de la Commission du 14 décembre 1965, Recueil de décisions 18

- X c. Norvège*, n° 4210/69, décision de la Commission du 24 juillet 1970, Recueil de décisions 35
- X c. Allemagne*, n° 4324/69, décision de la Commission du 4 février 1971, non publiée
- X. c. Pays-Bas*, n° 6591/74, décision de la Commission du 26 mai 1975, Décisions et rapports 3
- Winterwerp c. Pays-Bas*, 24 octobre 1979, série A n° 33
- Guzzardi c. Italie*, 6 novembre 1980, série A n° 39
- Van Droogenbroeck c. Belgique*, 24 juin 1982, série A n° 50
- Hogben c. Royaume-Uni*, n° 11653/85, décision de la Commission du 3 mars 1986, Décisions et rapports 46
- Weeks c. Royaume-Uni*, 2 mars 1987, série A n° 114
- Dax c. Allemagne*, n° 19969/92, décision de la Commission du 7 juillet 1992, non publiée
- Kokkinakis c. Grèce*, 25 mai 1993, série A n° 260-A
- Welch c. Royaume-Uni*, 9 février 1995, série A n° 307-A
- Jamil c. France*, 8 juin 1995, série A n° 317-B
- S.W. c. Royaume-Uni*, 22 novembre 1995, série A n° 335-B
- C.R. c. Royaume-Uni*, 22 novembre 1995, série A n° 335-C
- Amuur c. France*, 25 juin 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-III
- Cantoni c. France*, 15 novembre 1996, *Recueil* 1996-V
- Eriksen c. Norvège*, 27 mai 1997, *Recueil* 1997-III
- Erkalo c. Pays-Bas*, 2 septembre 1998, *Recueil* 1998-VI
- Steel et autres c. Royaume-Uni*, 23 septembre 1998, *Recueil* 1998-VII
- Adamson c. Royaume-Uni* (déc.), n° 42293/98, 26 janvier 1999
- Baranowski c. Pologne*, n° 28358/95, CEDH 2000-III
- Witold Litwa c. Pologne*, n° 26629/95, CEDH 2000-III
- Coëme et autres c. Belgique*, nos 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 et 33210/96, CEDH 2000-VII
- Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne* [GC], nos 34044/96, 35532/97 et 44801/98, CEDH 2001-II
- Stafford c. Royaume-Uni* [GC], n° 46295/99, CEDH 2002-IV
- Waite c. Royaume-Uni*, n° 53236/99, 10 décembre 2002
- Grava c. Italie*, n° 43522/98, 10 juillet 2003
- Uttley c. Royaume-Uni* (déc.), n° 36946/03, 29 novembre 2005
- Achour c. France* [GC], n° 67335/01, CEDH 2006-IV
- Van der Velden c. Pays-Bas* (déc.), n° 29514/05, CEDH 2006-XV
- Nasroulloïev c. Russie*, n° 656/06, 11 octobre 2007
- Saadi c. Royaume-Uni* [GC], n° 13229/03, CEDH 2008
- Kafkaris c. Chypre* [GC], n° 21906/04, CEDH 2008
- Monne c. France* (déc.), n° 39420/06, 1<sup>er</sup> avril 2008
- Mooren c. Allemagne* [GC], n° 11364/03, 9 juillet 2009

**En l'affaire M. c. Allemagne,**

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

Peer Lorenzen, *président*,  
Renate Jaeger,  
Karel Jungwiert,  
Mark Villiger,  
Isabelle Berro-Lefèvre,  
Mirjana Lazarova Trajkovska,  
Zdravka Kalaydjieva, *juges*,

et de Claudia Westerdiek, *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° 19359/04) dirigée contre la République fédérale d'Allemagne et dont un ressortissant de cet Etat, M. («le requérant»), a saisi la Cour le 24 mai 2004 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales («la Convention»). Le requérant s'est vu accorder l'assistance judiciaire. Le 7 juillet 2008, le président de la chambre a accédé à la demande du requérant, présentée le 1<sup>er</sup> juillet 2008, de ne pas voir son identité révélée (article 47 § 3 du règlement).

2. Le requérant alléguait que son maintien en détention de sûreté au-delà de dix ans, à savoir la durée maximale prévue pour ce type de détention par les dispositions de loi applicables à l'époque où il a commis l'infraction pour laquelle il a été condamné, avait emporté violation de l'article 5 § 1 de la Convention. Il se plaignait en outre que la prolongation rétroactive de sa détention de sûreté pour une durée illimitée avait méconnu dans son chef le droit garanti par l'article 7 § 1 de la Convention de ne pas se voir infliger une peine plus forte que celle qui était applicable au moment de la commission de l'infraction.

3. Une chambre de la cinquième section a communiqué la requête le 13 mars 2007. Une audience sur la recevabilité et le fond s'est déroulée en public au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 1<sup>er</sup> juillet 2008 (article 54 § 3 du règlement).

Ont comparu :

– *pour le Gouvernement*

M<sup>me</sup> A. Wittling-Vogel, *Ministerialdirigentin*, *agent*,  
 M. H. Schöch, professeur de droit pénal, *conseil*,  
 MM. M. Bornmann, procureur,  
 B. Böhm, *Ministerialdirigent*,  
 B. Bösert, *Ministerialrat*,  
 M<sup>me</sup> G. Launhardt, procureur,  
 M. J. Bachmann, directeur de la prison  
 de Schwalmstadt, *conseillers*;

– *pour le requérant*

MM. B. Schroer,  
 A.H. Stopp, *conseils*,  
 T. Schulla, *conseiller*.

La Cour a entendu en leurs déclarations M<sup>me</sup> Wittling-Vogel, M. Schöch et M. Stopp, ainsi qu'en leurs réponses aux questions qui leur ont été posées.

4. Par une décision du 1<sup>er</sup> juillet 2008 adoptée à la suite de l'audience, la Cour a déclaré la requête recevable.

5. Le requérant et le Gouvernement ont tous deux soumis des observations écrites (article 59 § 1 du règlement).

## EN FAIT

### I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

6. Né en 1957, le requérant est actuellement détenu à la prison de Schwalmstadt.

#### **A. Les condamnations antérieures du requérant ainsi que l'ordonnance de placement en détention de sûreté prise contre lui et l'exécution de celle-ci**

##### *1. Les condamnations antérieures du requérant*

7. Depuis qu'il a atteint l'âge de la responsabilité pénale, le requérant a été condamné sept fois au moins et n'a passé que quelques semaines en liberté.

8. Entre 1971 et 1975, il fut condamné à maintes reprises pour vol en réunion et cambriolage. Il s'évada de prison quatre fois.

9. Le 5 octobre 1977, le tribunal régional de Kassel déclara le requérant coupable de tentative de meurtre, vol qualifié en réunion, coups et blessures graves et chantage et le condamna à une peine d'emprisonnement de six ans en exécution de la loi pénale relative aux jeunes délinquants. Il constata que, une semaine environ après sa sortie de prison, le requérant avait avec un complice blessé et volé une personne de sa connaissance et obligé la victime, un homosexuel, à signer une reconnaissance de dette. En outre, l'intéressé avait agressé et tenté de tuer sa victime le lendemain après avoir appris que cette personne avait déclaré le vol à la police. Eu égard à un rapport soumis par l'expert D., le tribunal jugea que le requérant était atteint d'un trouble mental pathologique, ce qui atténuait sa responsabilité pénale (article 21 du code pénal).

10. Le 8 mars 1979, le tribunal régional de Wiesbaden déclara le requérant coupable de coups et blessures graves, le condamna à une peine d'emprisonnement d'un an et neuf mois et ordonna son internement par la suite en hôpital psychiatrique en vertu de l'article 63 du code pénal (paragraphe 47 ci-dessous). Le requérant avait blessé un gardien de prison qui l'avait réprimandé en lui lançant à la tête une lourde boîte métallique et en le frappant avec un tournevis. Comme l'expert D. le confirma, le requérant souffrait d'un trouble mental pathologique grave de sorte que sa responsabilité pénale était atténuée.

11. Le 9 janvier 1981, le tribunal régional de Marbourg, statuant en appel, déclara le requérant coupable d'une agression sur un codétenu handicapé à la suite d'une discussion sur le point de savoir s'il fallait ou non laisser la fenêtre de la cellule ouverte. Cumulant la peine prononcée par le tribunal régional de Wiesbaden le 8 mars 1979 et celle correspondant à l'infraction précitée, il le condamna à une peine globale de deux ans et six mois d'emprisonnement. De plus, il confirma l'internement psychiatrique. Au cours de cette procédure, un expert estima que le requérant ne présentait plus aucun signe de trouble cérébral pathologique.

*2. L'ordonnance de placement en détention de sûreté prise contre le requérant*

12. Le 17 novembre 1986, le tribunal régional de Marbourg déclara le requérant coupable de tentative de meurtre et de vol qualifié et le condamna à une peine d'emprisonnement de cinq ans. Il ordonna aussi son placement en détention de sûreté (*Sicherungsverwahrung*) en vertu de l'article 66 § 1 du code pénal (paragraphe 49-50 ci-dessous). Il constata que, lorsque l'intéressé avait bénéficié d'un assouplissement de ses conditions d'internement en hôpital psychiatrique, où il se trouvait depuis octobre 1984, le requérant avait volé et tenté d'assassiner la dame qui s'était portée volontaire pour

passer avec lui en ville une journée en dehors de l'hôpital le 26 juillet 1985. D'après le rapport d'un spécialiste en neurologie et psychiatrie, W., le requérant souffrait toujours de graves troubles mentaux qui ne pouvaient toutefois plus être qualifiés de pathologiques et ne nécessitaient plus de traitement médical. Dès lors, la responsabilité du requérant n'était pas atténuée et les conditions requises pour son internement en hôpital psychiatrique au titre de l'article 63 du code pénal n'étaient plus réunies. Toutefois, l'intéressé avait une forte propension à commettre des infractions portant gravement atteinte à l'intégrité physique de ses victimes. Il était à prévoir qu'il commette de nouveau des actes spontanés de violence, ce qui en faisait un individu dangereux pour la collectivité. C'est pourquoi il fallait le placer en détention de sûreté.

*3. L'exécution de l'ordonnance de placement en détention de sûreté prise contre le requérant*

13. Le requérant termina de purger sa peine d'emprisonnement le 18 août 1991 ; il se trouve depuis lors en détention de sûreté à la prison de Schwalmstadt.

14. Le 14 janvier 1992, le tribunal régional de Giessen refusa de surseoir avec mise à l'épreuve au placement du requérant en détention de sûreté et en hôpital psychiatrique. Il invoqua un rapport rédigé par un expert, M.-I., qui concluait que le requérant était susceptible de commettre des infractions en raison de sa tendance à récidiver au sens de l'article 66 du code pénal, alors qu'il n'était pas très probable qu'il commette des infractions du fait de son état mental au sens de l'article 63 du code pénal.

15. Le 26 octobre 1995, le requérant profita d'une permission de sortie de la journée pour s'enfuir, mais se rendit à la police le 17 novembre 1995.

16. Le 17 novembre 1998, le tribunal régional de Marbourg refusa de surseoir avec mise à l'épreuve au placement du requérant en détention de sûreté et à son internement psychiatrique, comme il l'avait déjà fait les 20 septembre 1994 et 13 novembre 1996. Il prit en considération le fait que le requérant, qui fréquentait désormais des skinheads, avait dans l'intervalle agressé un codétenu, lui cassant le nez, et avait grossièrement insulté le directeur de la prison de Schwalmstadt.

## **B. La procédure en cause**

*1. La décision du tribunal régional de Marbourg*

17. Le 10 avril 2001, le tribunal régional de Marbourg rejeta les demandes du requérant tendant à obtenir le sursis avec mise à l'épreuve de

son placement en détention de sûreté et de son internement psychiatrique, qu'il avait ordonnés respectivement le 17 novembre 1986 et le 9 janvier 1981. En application de l'article 67<sup>e</sup> § 3 du code pénal (paragraphe 56 ci-dessous), le tribunal déclara qu'il ne serait pas possible de demander le contrôle de sa décision de rejet pendant un délai de deux ans.

18. Eu égard aux condamnations antérieures du requérant et à la conduite de celui-ci en prison, le tribunal régional conclut que l'on ne pouvait pas s'attendre à ce que le requérant ne commette pas de nouvelles infractions graves s'il était libéré (article 67d § 2 du code pénal – paragraphe 53 ci-dessous). Le tribunal avait entendu en personne le requérant, qui était représenté par un avocat commis d'office. Il avait également consulté la prison de Schwalmstadt et le parquet de Marbourg, qui avaient tous deux recommandé de ne pas surseoir avec mise à l'épreuve aux ordonnances de placement du requérant en détention de sûreté. De plus, il souscrivait au rapport d'un spécialiste de psychiatrie légale, K., selon lequel le requérant, qui avait une personnalité narcissique et manquait totalement d'empathie mais ne pouvait être considéré comme atteint d'un trouble psychopatique, devait rester en observation pendant plusieurs années avant que l'on puisse penser qu'il n'était plus dangereux pour la collectivité.

19. Le tribunal régional ordonna aussi le placement en détention de sûreté pour la période postérieure au 8 septembre 2001, date à laquelle le requérant aurait passé dix ans en détention de sûreté (après déduction de la période pendant laquelle le requérant s'était évadé). Il déclara que cette décision ne se heurtait à aucun obstacle constitutionnel et que le maintien du requérant en détention de sûreté était autorisé par l'article 67d § 3 du code pénal dans sa version amendée en 1998 (paragraphe 53 ci-dessous). L'article 1a § 3 de la loi introductive au code pénal, tel qu'amendé en 1998, déclarait l'article 67d § 3 applicable aussi aux détenus dont le placement en détention de sûreté avait été ordonné avant la modification de la loi (paragraphe 54 ci-dessous), et la Cour constitutionnelle fédérale avait refusé d'accueillir un recours constitutionnel mettant indirectement en cause cette modification de la loi. En raison du passé criminel chargé du requérant et du risque qu'il commette à l'avenir de nouvelles infractions, son maintien en détention de sûreté n'était pas disproportionné.

20. Quant à la demande du requérant relative à son internement psychiatrique, elle était prématurée puisque l'intéressé n'était ni interné dans un hôpital psychiatrique ni sur le point de l'être.

## *2. La décision de la cour d'appel de Francfort-sur-le-Main*

21. Le 26 octobre 2001, la cour d'appel de Francfort-sur-le-Main annula l'ordonnance prise le 9 janvier 1981 par le tribunal régional de Marbourg

en vue de l'internement du requérant en hôpital psychiatrique. Confirmant pour le reste la décision du tribunal régional de 2001, elle décida de ne pas surseoir avec mise à l'épreuve au placement du requérant en détention de sûreté ordonné le 17 novembre 1986, et ordonna son maintien en détention de sûreté au-delà du 8 septembre 2001, date d'expiration du délai de dix ans. Elle confirma qu'il ne serait pas possible de demander le contrôle de cette décision avant deux ans.

22. La cour d'appel jugea que la décision d'interner le requérant en hôpital psychiatrique était sans objet. En effet, il ressortait clairement des rapports soumis aux juridictions pénales depuis 1985 et d'une nouvelle expertise émanant de K., commandée par la cour elle-même, que le requérant ne souffrait plus d'un trouble mental grave devant être qualifié de pathologique.

23. Quant à la détention de sûreté du requérant, qui était représenté par un avocat, la cour d'appel se rallia aux motifs énoncés par le tribunal régional et jugea que la dangerosité du requérant commandait son maintien en détention. Eu égard aux infractions qu'il avait commises et qu'il commettrait fort probablement s'il était libéré, son maintien en détention était proportionné. Il ne fallait pas s'attendre dans les deux ans à venir à un changement important des circonstances ayant une influence décisive sur son placement en détention (article 67<sup>e</sup> § 3 du code pénal).

24. La cour d'appel jugea constitutionnel l'article 67d § 3 du code pénal tel qu'amendé en 1998. Elle admit que, au moment où le requérant avait été placé en détention de sûreté, celle-ci ne pouvait dépasser une durée de dix ans. Toutefois, l'article 2 § 6 du code pénal (paragraphe 48 ci-dessous) autorisait une aggravation rétroactive de la situation du requérant pour autant qu'il s'agissait de mesures d'amendement et de prévention telles que la détention de sûreté. Pareilles mesures faisaient partie non des peines mais des mesures de prévention, et n'étaient donc pas frappées par l'article 103 § 2 de la Loi fondamentale (paragraphe 61 ci-dessous), lequel interdit les dispositions pénales rétroactives.

25. De même, le maintien du requérant en détention de sûreté n'était pas contraire au principe de non-rétroactivité qui est un élément essentiel de la prééminence du droit. Des motifs sérieux d'intérêt public, à savoir la protection de la population de délinquants dangereux, justifiaient l'adoption en l'espèce de telles mesures rétroactives par le législateur.

### *3. La décision de la Cour constitutionnelle fédérale*

26. Le 26 novembre 2001, le requérant, représenté par un avocat, forma un recours constitutionnel contre les décisions ordonnant son maintien en détention de sûreté au-delà d'un délai de dix ans. Il arguait notamment

que ces décisions se fondaient sur l'article 67d § 3 du code pénal, tel qu'amendé en 1998, qui a prolongé rétroactivement la durée du premier placement en détention de sûreté en remplaçant le délai maximal de dix ans par une durée indéterminée. Cette disposition violait donc selon lui le principe de non-rétroactivité des peines garanti à l'article 103 § 2 de la Loi fondamentale, celui de non-rétroactivité des lois qui constitue un élément essentiel de la prééminence du droit, le principe de proportionnalité ainsi que son droit à la liberté prévu par l'article 2 § 2, deuxième phrase, de la Loi fondamentale (paragraphe 57 ci-dessous). De plus, la disposition contestée a conduit à refuser les assouplissements de ses conditions de détention qu'il avait demandés pour avoir la possibilité de faire constater qu'il n'était plus dangereux. Elle a donc entraîné son emprisonnement à vie sans aucune perspective de libération.

27. Le 5 février 2004, un collège de huit juges de la Cour constitutionnelle fédérale, après une audience où furent entendus des psychiatres experts et plusieurs directeurs de prison, rejeta le recours constitutionnel du requérant (n° 2 BvR 2029/01) pour défaut manifeste de fondement. Dans un arrêt de principe solidement motivé (long de 84 pages), cette juridiction dit que l'article 67d § 3 du code pénal, combiné avec l'article 1a § 3 de la loi introductive au code pénal et amendé en 1998, était compatible avec la Loi fondamentale.

**a) Droit à la liberté**

28. La Cour constitutionnelle fédérale dit que la détention de sûreté prévue par l'article 67d § 3 du code pénal limitait le droit à la liberté garanti à l'article 2 § 2 de la Loi fondamentale de manière proportionnée.

29. Elle souligna que, plus une personne avait passé de temps en détention de sûreté, plus les exigences relatives à la proportionnalité de la privation de liberté étaient strictes. Or l'article 67d § 3 du code pénal prenait en compte l'importance accrue du droit à la liberté après dix ans de détention. Cette disposition fixait une norme plus élevée s'agissant de l'intérêt légitime menacé (en protégeant seulement les menaces pour l'intégrité physique ou mentale de la victime) et de la preuve de la dangerosité de l'intéressé (à l'aide d'un rapport dûment étayé émanant d'un psychiatre expert expérimenté). Elle prévoyait aussi que la fin du placement devait être la règle et que la prolongation de la détention devait être l'exception et n'être utilisée qu'en dernier ressort. De plus, les dispositions procédurales relatives à la détention de sûreté (articles 67c § 1, 67d §§ 2 et 3 et 67<sup>e</sup> du code pénal) prévoyaient de procéder à des contrôles réguliers pour déterminer s'il était possible de surseoir à la détention ou d'y mettre fin. Vu la signification particulière que l'assouplissement des conditions de détention revêtait quant au constat

relatif à la dangerosité future, le tribunal de l'exécution des peines n'était pas autorisé à accepter sans motif valable un refus des autorités pénitentiaires d'assouplir les conditions de détention, ce qui devait permettre d'envisager de mettre fin à la détention de sûreté.

30. La détention de sûreté n'avait pas pour but de punir des infractions passées, mais de prévenir des infractions futures. C'est pourquoi les *Länder* devaient s'assurer qu'un détenu était en mesure d'obtenir une amélioration de ses conditions de détention dans toute la mesure du possible compte tenu des impératifs de l'emprisonnement.

#### **b) Non-rétroactivité des lois pénales**

31. La Cour constitutionnelle fédérale dit aussi que l'article 67d § 3 du code pénal, combiné avec l'article 1a § 3 de la loi introductive au code pénal, n'était pas contraire à l'article 103 § 2 de la Loi fondamentale. Le principe absolu de non-rétroactivité des lois pénales prévu par ce dernier article ne s'appliquait pas selon elle aux mesures d'amendement et de prévention, telles que la détention de sûreté, inscrites dans le code pénal.

32. Interprétant les termes « puni » et « acte punissable » figurant à l'article 103 § 2 de la Loi fondamentale, la Cour constitutionnelle fédérale jugea que cette disposition ne s'appliquait qu'aux mesures étatiques exprimant une censure souveraine à l'égard d'un comportement illégal et coupable et supposait le prononcé d'une peine correspondant à la culpabilité. Eu égard à la genèse de la Loi fondamentale et au but de l'article 103 § 2, celui-ci ne s'appliquait pas aux autres mesures de l'Etat portant atteinte aux droits d'une personne.

33. La Cour constitutionnelle considéra en particulier que l'article 103 § 2 ne s'appliquait pas aux mesures d'amendement et de prévention, qui ont toujours été considérées comme formant l'une des deux branches distinctes du système double instauré par le code pénal, l'autre branche étant celle des peines. Il ne suffisait pas qu'une mesure soit liée à un comportement illégal ou entraîne une ingérence considérable dans le droit à la liberté. Contrairement à une peine, la détention de sûreté n'avait pas pour but de sanctionner la culpabilité pénale mais visait un but purement préventif consistant à protéger la collectivité d'un délinquant dangereux. Dès lors, la détention de sûreté ne relevait pas de l'article 103 § 2 même si elle était directement liée à l'infraction commise.

#### **c) Protection des espérances légitimes dans le cadre de l'état de droit**

34. La Cour constitutionnelle fédérale dit en outre, par six voix contre deux, que la suppression du délai maximal applicable au premier placement en détention de sûreté et l'application de la disposition pertinente

(l'article 67d § 3 du code pénal combiné avec l'article 1a § 3 de la loi introductive au code pénal) aux criminels mis en détention de sûreté avant l'adoption et l'entrée en vigueur de cette nouvelle disposition et n'ayant pas terminé de purger leur peine, étaient conformes au principe de protection des espérances légitimes garanti dans un État de droit (article 2 § 2 combiné avec l'article 20 § 3 de la Loi fondamentale – paragraphe 59 ci-dessous).

35. La haute juridiction souligna que l'article 67d § 3 du code pénal, dans sa version amendée, n'avait pas modifié rétroactivement les conséquences juridiques découlant de l'infraction telles que définies dans l'arrêt définitif rendu par la juridiction de jugement. En effet, les tribunaux de l'exécution des peines ont toujours eu compétence pour décider si une personne condamnée devait être placée en détention de sûreté et, si oui, pour combien de temps.

36. Néanmoins, la durée maximale du premier placement en détention de sûreté fixée dans l'ancienne version de l'article 67d §§ 1 et 3 du code pénal donnait aux détenus des raisons d'espérer une libération une fois le délai de dix ans écoulé. Or, avec l'article 2 § 6 du code pénal (paragraphe 48 ci-dessous), ce délai maximal de dix ans, de même que toutes les autres mesures d'amendement et de prévention, avaient dès le début subi des modifications législatives.

37. Après avoir mis en balance les intérêts en jeu, la Cour constitutionnelle fédérale conclut que l'obligation incombant au législateur de protéger la collectivité d'atteintes à la vie, à la santé et à l'intégrité sexuelle l'emportait sur l'intérêt des détenus à invoquer le maintien du délai de dix ans. L'article 67d § 3 du code pénal étant conçu comme une exception à la règle, et vu les garanties procédurales qui s'y attachaient, son application rétroactive n'était pas disproportionnée.

#### **d) Dignité humaine**

38. De surcroît, la Cour constitutionnelle fédérale dit que le droit au respect de la dignité humaine, consacré par l'article 1 § 1 de la Loi fondamentale, n'exigeait pas que la Constitution fixe une limite dans le temps pour le placement en détention de sûreté. Ce droit n'était pas violé même avec un placement de longue durée en détention de sûreté si cette mesure était nécessaire en raison de la dangerosité persistante du détenu. Cependant, la détention de sûreté devait avoir pour but de réadapter les détenus et de poser les bases leur permettant de mener une vie responsable en dehors de la prison. La dignité humaine exigeait que les lois et programmes d'exécution des peines donnent aux détenus de réelles chances de recouvrer la liberté.

39. La détention de sûreté, sous sa forme actuelle, répondait à ces exigences. Les tribunaux de l'exécution des peines devaient notamment rechercher s'il était possible de surseoir à la mesure avant la fin de la peine d'emprisonnement (article 67c § 1 du code pénal) puis au moins tous les deux ans (article 67<sup>e</sup> § 2 du code pénal). Si le détenu avait passé dix ans en détention de sûreté, ils mettaient fin à la mesure en vertu de l'article 67d § 3 du code pénal lorsqu'il ne demeurait aucun danger particulier. En pratique, les personnes placées en détention de sûreté étaient libérées au bout d'un certain temps d'incarcération.

**e) Soustraction à la compétence du juge assigné par la loi**

40. Enfin, la Cour constitutionnelle fédérale jugea que l'interdiction de soustraire quelqu'un à la compétence du juge que la loi lui assigne, prévue à l'article 101 § 1 de la Loi fondamentale (paragraphe 60 ci-dessous), ne s'appliquait pas. L'article 67d § 3 du code pénal ne supprimait pas la nécessité d'obtenir une décision de justice quant au maintien en détention de sûreté en tenant compte de toutes les circonstances de l'affaire en cause.

**C. L'exécution concrète de l'ordonnance de placement en détention de sûreté prise contre le requérant**

41. A la prison de Schwalmstadt, les personnes placées en détention de sûreté, tel le requérant, sont logées dans un bâtiment distinct de celui où se trouvent les détenus purgeant une peine d'emprisonnement. Ces personnes disposent de certains privilèges par rapport aux détenus condamnés. Elles ont par exemple le droit de porter et laver leurs propres vêtements et disposent de plus d'argent de poche. Elles peuvent faire du sport dans une salle de sport à part et rester dehors dans la cour pendant plusieurs heures par jour. Elles peuvent aussi équiper leur cellule, plus confortable, avec davantage de meubles et de matériel et bénéficient de plus d'heures de visite.

42. S'agissant des mesures visant à la réinsertion dans la société, les personnes placées en détention de sûreté à la prison de Schwalmstadt, comme celles détenues dans d'autres prisons, peuvent participer à un groupe de discussion hebdomadaire où on leur propose des idées en matière d'activités de loisir et pour structurer la vie quotidienne. Les détenus peuvent aussi avoir des discussions individuelles pour améliorer leur intégration dans le groupe et se joindre à une soirée de groupe qui se tient tous les quinze jours pour les résidents dans le but notamment de les inciter à accepter le traitement proposé. Lorsque cela est jugé approprié, les détenus se voient proposer des séances individuelles de thérapie avec un thérapeute extérieur ou une thérapie de groupe dans le centre sociothérapeutique d'une autre prison.

Les détenus peuvent aussi demander une consultation avec le psychologue ou le travailleur social de la prison afin de faire face aux situations de crise.

43. Le requérant suit une thérapie depuis qu'il est en détention de sûreté; depuis début 1993, il rencontre un psychologue de la prison de Schwalmstadt. Il a également eu des séances individuelles régulières avec un psychologue extérieur de septembre 2000 à mars 2003. A cette date, il a été jugé qu'il n'était plus nécessaire de poursuivre la thérapie, considérée comme terminée. Par ailleurs, le requérant a été examiné à intervalles réguliers par des psychiatres afin d'évaluer sa dangerosité et d'autoriser un assouplissement du régime carcéral dans les limites convenables. Quant à l'assouplissement des modalités de la détention de sûreté, le requérant bénéficie actuellement de courtes sorties sous escorte (*Ausführungen*) plusieurs fois par an. Il reçoit aussi régulièrement la visite (en moyenne trois fois par mois) de la personne avec laquelle il est fiancé depuis 2005. Il travaille depuis qu'il est en prison, à l'exception d'une brève interruption, et est actuellement employé dans l'atelier de métallurgie de la prison; il perçoit un revenu net de 350 à 543 euros (EUR) environ par mois.

44. D'après une expertise psychiatrique et un rapport psychologique complémentaire rédigé en septembre 2006, le requérant a fait d'importants progrès sur la voie de la réinsertion dans la société, notamment en tournant le dos à son identité criminelle, qui s'était construite depuis son enfance, et en s'efforçant de réfléchir avant d'agir. La nouvelle relation qu'il a nouée avec sa fiancée peut aussi être considérée comme une évolution positive, qui de surcroît améliorera sa situation sociale s'il sort de prison. Toutefois, cette tendance n'est pas encore stabilisée: un manque de loyauté et d'empathie envers autrui de même qu'une impulsivité dangereuse continuent à se manifester, ce qui l'a conduit en 2005 à frapper un codétenu au visage à la suite d'une dispute au sujet d'un moule à gâteaux. L'expert a recommandé de maintenir et d'étendre avec prudence les mesures actuelles d'assouplissement des conditions relatives à la détention de sûreté du requérant.

## II. LE DROIT ET LA PRATIQUE PERTINENTS AU NIVEAU INTERNE, AU SEIN DES ETATS MEMBRES DU CONSEIL DE L'EUROPE ET AU NIVEAU INTERNATIONAL

### A. Le droit et la pratique internes

#### 1. Peines et mesures d'amendement et de prévention

45. Le code pénal allemand établit une distinction entre les peines (*Strafen*) et les mesures d'amendement et de prévention (*Maßregeln der Besserung und Sicherung*) prises en réponse à des actes illégaux. Ce double

système de sanctions, dont la création avait été envisagée et débattue à partir de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, a été introduit dans le code pénal par la loi du 24 novembre 1933 sur le traitement des délinquants d'habitude dangereux et sur les mesures d'amendement et de prévention (*Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Besserung und Sicherung*). Les règles sur la détention de sûreté sont demeurées en vigueur, pour l'essentiel sans changement, après 1945, et ont subi plusieurs réformes adoptées par le législateur à partir de 1969.

46. Les peines (articles 38 et suiv. du code pénal) comprennent notamment les peines d'emprisonnement et les amendes. Elles sont fixées en fonction de la culpabilité de l'accusé (article 46 § 1 du code pénal).

47. Les mesures d'amendement et de prévention (articles 61 et suiv. du code pénal) recouvrent principalement l'internement en hôpital psychiatrique (article 63 du code pénal), le placement dans un centre de désintoxication (article 64 du code pénal) ou en détention de sûreté (article 66 du code pénal). Ces mesures visent à réadapter les délinquants dangereux ou à en protéger la collectivité. Elles peuvent être infligées aux délinquants en plus de leur peine (voir article 63 et suiv.). Elles doivent cependant rester proportionnées à la gravité des infractions commises ou susceptibles de l'être par les accusés ainsi qu'à leur dangerosité (article 62 du code pénal).

48. L'applicabilité temporelle des dispositions du code pénal diffère selon qu'il s'agit de peines ou de mesures d'amendement et de prévention. La peine est définie par la loi en vigueur au moment de la commission de l'acte (article 2 § 1 du code pénal); si la loi en vigueur au moment où l'infraction est commise est amendée avant que le tribunal ne rende son jugement, c'est la loi la plus clémentaire qui s'applique (article 2 § 3). En revanche, les décisions portant sur les mesures d'amendement et de prévention se fondent sur la loi en vigueur au moment où ces décisions sont rendues, sauf disposition contraire de la loi (article 2 § 6).

## 2. *Dispositions du code pénal et du code de procédure pénale relatives à la détention de sûreté*

### a) **Ordonnance de placement en détention de sûreté**

49. Au moment où elle prononce la condamnation du délinquant, la juridiction de jugement peut dans certains cas ordonner sa mise en détention de sûreté en plus de la peine d'emprisonnement si cette personne s'est révélée dangereuse pour la collectivité (article 66 du code pénal).

50. La juridiction de jugement peut notamment procéder ainsi lorsqu'une personne est condamnée pour une infraction intentionnelle

à deux ans d'emprisonnement au moins et si les conditions suivantes sont également réunies: premièrement, le délinquant doit déjà avoir été condamné deux fois à un an d'emprisonnement au moins pour des infractions intentionnelles antérieures; deuxièmement, le délinquant doit auparavant avoir purgé une peine d'emprisonnement ou avoir été détenu à titre de mesure d'amendement et de prévention pendant deux ans au moins; troisièmement, il doit ressortir d'une analyse complète de la personnalité du délinquant et de ses actes que l'intéressé représente une menace pour la collectivité en raison de sa disposition à commettre des infractions graves, en particulier de celles qui causent d'importants dommages moraux et corporels aux victimes ou provoquent un préjudice économique important (article 66 § 1).

51. L'article 67c du code pénal régit le placement de condamnés en détention de sûreté lorsqu'il n'est pas exécuté dès le moment où le jugement qui l'ordonne devient définitif. Le paragraphe 1 de cette disposition prévoit que, si une peine d'emprisonnement est exécutée avant un placement en détention de sûreté ordonné simultanément, le tribunal de l'exécution des peines (à savoir une chambre spéciale du tribunal régional composée de trois juges professionnels – articles 78a et 78b § 1 1) de la loi sur l'organisation judiciaire) doit vérifier avant la fin de cette peine si le placement est toujours nécessaire eu égard au but visé. Si tel n'est pas le cas, le tribunal octroie un sursis avec mise à l'épreuve. Le sursis à l'exécution du placement s'accompagne d'un contrôle de la conduite (*Führungsaufsicht*) du délinquant.

#### **b) Durée du placement en détention de sûreté**

##### *i. Disposition en vigueur avant le 31 janvier 1998*

52. A l'époque où le requérant a commis l'infraction en cause et a été condamné, l'article 67d du code pénal était ainsi libellé en ses passages pertinents:

#### **Article 67d – Durée du placement**

«1) Le placement en centre de désintoxication ne peut dépasser deux ans et le premier placement en détention de sûreté ne peut dépasser dix ans. (...)

2) Si aucune limitation dans le temps n'est prévue ou si le délai n'a pas encore expiré, le tribunal sursoit à l'exécution de l'ordonnance de placement en détention avec mise à l'épreuve dès qu'il existe des motifs raisonnables de s'assurer que le détenu peut être libéré sans commettre d'autres actes illégaux. Le sursis s'accompagne automatiquement d'un contrôle de la conduite du délinquant.

3) Si le délai maximal a expiré, le détenu est libéré. Il est ainsi mis fin à la mesure.»

ii. *Disposition amendée en vigueur à compter du 31 janvier 1998*

53. L'article 67d du code pénal a été amendé pendant le premier placement du requérant en détention de sûreté en vertu de la loi du 26 janvier 1998 de lutte contre les délits sexuels et d'autres infractions dangereuses (*Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten*), entrée en vigueur le 31 janvier 1998. Le nouveau libellé de l'article est le suivant :

**Article 67d – Durée du placement**

« 1) Le placement en centre de désintoxication ne peut dépasser deux ans. (...)»

2) Si aucune limitation dans le temps n'est prévue ou si le délai n'a pas encore expiré, le tribunal sursoit à l'exécution de l'ordonnance de placement en détention avec mise à l'épreuve dès que l'on peut espérer que la personne concernée ne commettra pas d'autres actes illégaux en cas de libération. Le sursis s'accompagne automatiquement d'un contrôle de la conduite du délinquant.

3) Après dix ans de détention de sûreté, le tribunal déclare la mesure terminée, à moins qu'il n'y ait un danger que, en raison de sa propension au crime, l'intéressé ne commette de nouvelles infractions graves de nature à causer d'importants dommages psychologiques ou corporels à ses victimes. La fin de la mesure s'accompagne automatiquement d'un contrôle de la conduite du délinquant.

(...)»

54. Quant à l'applicabilité *ratione temporis* de l'article 67d du code pénal dans sa version amendée, la loi introductive au code pénal est ainsi libellée, en ses passages pertinents :

**Article 1a § 3 – Applicabilité des règles relatives à la détention de sûreté**

« L'article 67d du code pénal, tel qu'amendé par la loi du 26 janvier 1998 de lutte contre les délits sexuels et d'autres infractions dangereuses (Journal officiel I, p. 160), s'applique sans restriction aucune. »

55. Pour ce qui est de l'examen judiciaire requis par l'article 67d § 3 du code pénal et des décisions ultérieures dont il est question à l'article 67d § 2, l'article 463 § 3 du code de procédure pénale, tel qu'amendé par la loi de lutte contre les délits sexuels et d'autres infractions dangereuses, fait obligation au tribunal de l'exécution des peines de consulter un expert sur la question de savoir si le condamné est susceptible de commettre des infractions graves après sa libération ainsi que de désigner un avocat pour le défendre.

**c) Contrôle de la détention de sûreté d'un condamné**

56. En plus des articles 67c § 1 et 67d §§ 2 et 3 du code pénal, l'article 67e dudit code prévoit le contrôle du placement d'un condamné en détention de sûreté. Le tribunal peut contrôler à tout moment s'il y a lieu de

surseoir avec mise à l'épreuve à l'exécution de l'ordonnance de placement en détention de sûreté. Il est tenu d'agir ainsi avant l'expiration des délais fixés (article 67e § 1). Pour les personnes placées en détention de sûreté, ce délai est de deux ans (article 67 e § 2). Le tribunal peut raccourcir cette période mais peut aussi, à l'intérieur du délai légal de contrôle, fixer des dates avant lesquelles il n'est pas possible de demander un contrôle (article 67e § 3).

### 3. *Dispositions de la Loi fondamentale et jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale*

57. L'article 2 § 2, deuxième phrase, de la Loi fondamentale dispose que la liberté personnelle est inviolable.

58. Conformément à l'article 20 § 3 de la Loi fondamentale, le pouvoir législatif est lié par l'ordre constitutionnel tandis que les pouvoirs exécutif et judiciaire sont liés par la loi et la justice.

59. D'après la jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle fédérale, l'article 2 § 2 combiné avec l'article 20 § 3 de la Loi fondamentale protège les espérances légitimes dans un Etat de droit. Une loi peut être rétroactive au sens où, sans produire d'effets légaux tant qu'elle n'est pas promulguée, sa définition couvre des événements « mis en branle » avant sa publication (ce qu'on appelle en droit allemand *unechte Rückwirkung*; voir les décisions de la Cour constitutionnelle fédérale figurant au recueil des décisions de la Cour constitutionnelle fédérale (*BVerfGE*), vol. 72, pp. 200 et suiv. et 242, et vol. 105, pp. 17 et suiv. et 37 et suiv.). S'agissant des lois rétroactives ainsi définies, les principes de sécurité juridique et de protection des espérances légitimes ne l'emportent pas sur l'intention du législateur consistant à adapter l'ordre juridique existant à l'évolution de la société. Le législateur peut adopter de telles lois rétroactives si leur importance pour le bien commun l'emporte sur l'intérêt qu'il y a à protéger des espérances légitimes (voir l'arrêt rendu en l'espèce par la Cour constitutionnelle fédérale, pp. 70-73, avec de nombreuses références à sa jurisprudence).

60. D'après l'article 101 § 1 de la Loi fondamentale, nul ne peut être soustrait à la compétence du juge que la loi lui assigne.

61. Aux termes de l'article 103 § 2 de la Loi fondamentale, un acte ne peut être puni que si la loi le déclarait punissable avant qu'il ait été commis.

### 4. *Règles et pratique relatives à l'exécution des ordonnances de placement en détention de sûreté*

#### a) **La loi sur l'exécution des peines**

62. La loi (fédérale) sur l'exécution des peines (*Strafvollzugsgesetz*) énonce les règles relatives à l'exécution des peines d'emprisonnement et à celle des

mesures d'amendement et de prévention emportant une privation de liberté (article 1 de la loi). Cette loi s'est appliquée dans tous les *Länder* jusqu'au 31 décembre 2007 ; depuis lors, ceux-ci ont compétence pour légiférer dans ce domaine. Pour autant qu'ils ont déjà fait usage de cette compétence, les dispositions élaborées par les *Länder* en matière d'exécution des ordonnances de placement en détention de sûreté ne diffèrent pas sensiblement de celles figurant dans la loi sur l'exécution des peines.

63. L'article 2 de la loi sur l'exécution des peines traite de l'objectif visé par l'exécution des peines d'emprisonnement. Durant l'exécution d'une telle peine, le détenu doit acquérir la capacité de mener une vie sociale responsable sans commettre d'infraction (but de l'exécution ; première phrase). L'exécution de pareille peine est aussi destinée à protéger la collectivité de nouvelles infractions (deuxième phrase).

64. Les articles 129 à 135 de la loi renferment des règles spéciales sur l'exécution des ordonnances de placement en détention de sûreté. L'article 129 dispose que les personnes purgeant une telle détention doivent être incarcérées dans des conditions sûres pour protéger la collectivité (première phrase). Ces personnes doivent bénéficier d'une aide en vue de se réadapter à la vie en dehors de la prison (deuxième phrase). Sauf indication contraire (contenue dans les articles 131 à 135 de la loi), les dispositions relatives à l'exécution des peines d'emprisonnement s'appliquent *mutatis mutandis* à la détention de sûreté (article 130 de la loi).

65. D'après l'article 131 de la loi, les équipements des établissements où sont accueillies les personnes en détention de sûreté, notamment les cellules, ainsi que les mesures particulières destinées à assurer leur bien-être, doivent être conçus pour aider les détenus à organiser leur vie dans l'établissement de manière raisonnable et pour les protéger des effets négatifs d'une privation de liberté de longue durée. Leurs besoins personnels doivent être pris en compte dans toute la mesure du possible. L'article 132 de la loi dispose que les détenus peuvent porter leurs propres vêtements et utiliser leur propre linge et leur literie, sauf lorsque cela est interdit pour des raisons de sécurité, et à condition qu'ils s'occupent du nettoyage, de l'entretien et du remplacement à leurs propres frais. De plus, en vertu de l'article 133 de la loi, les détenus sont autorisés à avoir des occupations rémunérées si cela permet de communiquer, d'entretenir ou de promouvoir les compétences nécessaires pour obtenir un emploi rémunéré à la sortie de prison. Ces détenus reçoivent aussi de l'argent de poche. Conformément à l'article 134 de la loi, les conditions de détention peuvent être assouplies et une autorisation de sortie spéciale pouvant aller jusqu'à un mois peut être accordée afin de s'assurer que le détenu est prêt à être libéré et le préparer à sa sortie.

66. L'article 140 § 1 de la loi dispose que la détention de sûreté est purgée soit dans un établissement séparé soit dans l'aile séparée d'une prison pour détenus condamnés à une peine d'emprisonnement.

#### **b) Données statistiques**

67. D'après les statistiques fournies par le Gouvernement, que le requérant n'a pas contestées, les juridictions de jugement allemandes ont prononcé au total 75 ordonnances de placement en détention de sûreté en 2005, dont 42 concernant des délinquants sexuels. Au 31 mars 2007, 415 personnes étaient en tout placées en détention de sûreté en Allemagne. En 2002, la durée moyenne d'un premier placement en détention de sûreté allait de deux ans et trois mois à sept ans suivant les *Länder*. Toujours en 2002, 261 personnes placées pour la première fois en détention de sûreté ont été touchées par la suppression du délai maximal de dix ans prévue par l'article 67d § 3 du code pénal, tel qu'amendé en 1998, combiné avec l'article 1a § 3 de la loi introductive au code pénal. En 2008, 70 personnes étaient toujours concernées par cet amendement de la loi et se trouvaient en détention de sûreté depuis plus de dix ans.

68. D'après les statistiques fournies par le Gouvernement, que le requérant n'a pas contestées, l'Allemagne comptait, en 2006, 95 détenus pour 100 000 habitants, alors qu'il y en avait par exemple 333 pour 100 000 habitants en Estonie, 185 en République tchèque, 149 en Espagne, 148 en Angleterre et au pays de Galles, 85 en France, 83 en Suisse, 77 au Danemark et 66 en Norvège. De plus, selon les statistiques pénales annuelles du Conseil de l'Europe, enquête 2006 (doc. PC-CP (2007) 9 rev3 du 23 janvier 2008, p. 47), le nombre total de détenus condamnés à des peines d'emprisonnement comprises entre dix ans et la réclusion perpétuelle au 1<sup>er</sup> septembre 2006 était de 2 907 en Allemagne, 402 en Estonie, 1 435 en République tchèque, 3 568 en Espagne, 12 049 en Angleterre et au pays de Galles, 8 620 en France, 172 au Danemark et 184 en Norvège.

## **B. Le droit comparé**

### *1. Systèmes destinés à protéger la collectivité des délinquants dangereux*

69. D'après les informations et éléments dont dispose la Cour, les Etats membres du Conseil de l'Europe ont choisi différentes voies pour protéger la population des délinquants condamnés qui étaient pleinement responsables pénalement au moment de la commission des infractions (à l'instar du requérant) et qui risquent de commettre d'autres infractions graves à leur libération et représentent donc un danger pour la collectivité.

70. En dehors de l'Allemagne, sept autres Etats parties à la Convention au moins ont adopté des systèmes de détention de sûreté pour les délinquants condamnés qui ne sont pas considérés comme aliénés, c'est-à-dire dont la responsabilité pénale était pleinement engagée lorsqu'ils ont commis les infractions pour lesquelles ils ont été condamnés, et qui sont jugés dangereux pour la collectivité car susceptibles de récidiver. Ces pays sont l'Autriche (articles 23 et suiv. et 47 et suiv. du code pénal autrichien, et articles 435 et suiv. du code autrichien de procédure pénale), le Danemark (articles 70 et suiv. du code pénal danois), l'Italie (articles 199 et suiv. du code pénal italien), le Liechtenstein (articles 23 et suiv. et 47 du code pénal et articles 345 et suiv. du code de procédure pénale du Liechtenstein), Saint-Marin (articles 121 et suiv. du code pénal saint-marinais), la Slovaquie (articles 81 et 82 du code pénal slovaque) et la Suisse (articles 56 et suiv. du code pénal suisse). Dans ces Etats, la détention de sûreté est ordonnée par les juridictions de jugement et en général exécutée après que les personnes concernées ont purgé leur peine d'emprisonnement (à l'exception du Danemark, où la détention de sûreté est ordonnée à la place d'une peine d'emprisonnement). La dangerosité des détenus est réexaminée périodiquement et ceux-ci sont libérés sous condition s'ils ne constituent plus un danger pour la collectivité.

71. S'agissant du lieu et de la durée du placement en détention de sûreté, les personnes qui y sont soumises sont incarcérées dans des établissements spécialisés en Autriche (article 23 du code pénal autrichien), au Liechtenstein (article 23 du code pénal du Liechtenstein), à Saint-Marin (articles 121 et suiv. du code pénal saint-marinais), en Slovaquie (article 81 du code pénal slovaque) et en Suisse (article 64 du code pénal suisse). Même si la législation italienne dispose elle aussi que la détention de sûreté doit être purgée dans des établissements spécialisés (voir articles 215 et suiv. du code pénal italien), il apparaît qu'en pratique ces établissements n'existent plus et que les personnes concernées sont accueillies dans des prisons ordinaires dans le cadre d'un régime de détention spécial. Les délinquants dangereux placés en détention de sûreté au Danemark sont aussi incarcérés dans des prisons ordinaires au titre d'un régime de détention spécial. Au Danemark, en Italie, à Saint-Marin, en Slovaquie (voir les dispositions expresses de l'article 82 § 2 du code pénal slovaque) et en Suisse, les dispositions applicables ne fixent pas de limite de durée pour la détention de sûreté. En Autriche et au Liechtenstein, en revanche, ce type de détention ne peut dépasser dix ans (article 25 § 1 du code pénal autrichien et du code pénal du Liechtenstein).

72. Quant à l'applicabilité temporelle des dispositions relatives à la détention de sûreté, il faut noter que, d'après le libellé des dispositions en vigueur dans quelques-uns des Etats concernés, elle peut être rétroactive. Ainsi, en vertu de l'article 200 du code pénal italien, les décisions ordonnant

des mesures de sûreté doivent se fonder sur la loi en vigueur au moment de l'exécution des mesures et, d'après l'article 2 § 3 du code pénal slovaque, pareilles décisions doivent se fonder sur la loi en vigueur au moment où elles sont prises. Aux termes de l'article 4 § 1 du code pénal danois, la question de savoir si une infraction appelle la détention de sûreté est tranchée en appliquant la loi en vigueur au moment où est rendu le jugement dans la procédure pénale. Quant au code pénal saint-marinais, il n'interdit pas non plus l'application rétroactive des mesures de sûreté. En revanche, pareille application rétroactive paraît interdite pour ce qui est de la détention de sûreté au titre tant des articles 23 § 1 et suiv. des codes pénaux d'Autriche et du Liechtenstein que de la législation suisse.

73. Dans de nombreux autres Etats parties, il n'existe pas de système de détention de sûreté et la dangerosité des délinquants est prise en compte à la fois au moment de la fixation de la peine et lors de l'exécution de celle-ci. D'un côté, les peines d'emprisonnement sont alourdies en fonction de la dangerosité des délinquants, notamment en cas de récidive. Il faut noter à cet égard que, contrairement à la pratique des tribunaux dans la majorité des Etats parties, les juridictions de jugement au Royaume-Uni établissent une distinction expresse entre la partie punitive et la partie préventive d'une peine perpétuelle. La partie répressive et incompressible (*tariff*) est fixée pour punir le délinquant. Lorsque cette partie de la peine est accomplie, un détenu est considéré comme purgeant la partie préventive de sa peine; il peut être libéré sous condition s'il ne constitue pas une menace pour la société (voir, entre autres, les articles 269 et 277 de la loi de 2003 sur la justice pénale et l'article 28 de la loi de 1997 sur les peines en matière criminelle). De l'autre côté, la dangerosité des délinquants a en général une influence à la fois sur leurs conditions de détention et sur leurs chances de bénéficier d'une réduction de peine ou d'une libération sous condition.

*2. Distinction entre les peines et les mesures de sûreté et conséquences de cette distinction*

74. Pour ce qui est de la distinction entre les peines et les mesures de sûreté dans les Etats parties à la Convention et des conséquences qui découlent de la qualification de la sanction en cause, il faut noter qu'un même type de mesure peut être qualifié de peine supplémentaire dans un Etat et de mesure de sûreté dans un autre. La supervision de la conduite d'un individu après sa libération, par exemple, est considérée comme une peine supplémentaire dans les articles 131-36-1 et suivants du code pénal français et comme une mesure de sûreté dans les articles 215 et 228 du code pénal italien.

75. De plus, la loi du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental a introduit la détention de sûreté en droit français (où elle est dénommée « rétention de sûreté »). En vertu de l'article 706-53-13 du code français de procédure pénale, cette mesure peut être ordonnée contre les délinquants particulièrement dangereux présentant une probabilité très élevée de récidive parce qu'ils souffrent d'un trouble grave de la personnalité. Le Conseil constitutionnel français, dans sa décision du 21 février 2008 (n° 2008-562 DC, Journal officiel du 26 février 2008, p. 3272), a jugé que la rétention de sûreté ne repose pas sur la culpabilité de la personne condamnée mais a pour but d'empêcher les personnes de récidiver et qu'ainsi, cette mesure n'est pas une peine (paragraphe 9 de la décision). Il a de la sorte adopté le même point de vue que la Cour constitutionnelle fédérale allemande au sujet de la détention de sûreté en droit allemand (paragraphe 31-33 ci-dessus). Toutefois, le Conseil constitutionnel français a considéré que, eu égard à sa nature privative de liberté, à la durée de cette privation, à son caractère renouvelable sans limite et au fait qu'elle est prononcée après une condamnation par une juridiction, la rétention de sûreté ne saurait être appliquée rétroactivement à des personnes condamnées pour des infractions commises avant la publication de la loi (paragraphe 10 de la décision). Sur ce point, sa conclusion diffère de celle de la Cour constitutionnelle fédérale allemande (paragraphe 31-33 et 34-37 ci-dessus).

### **C. Observations émanant d'organes internationaux de surveillance en matière de détention de sûreté**

#### *1. Le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe*

76. Le commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, M. Thomas Hammarberg, a déclaré ce qui suit dans son rapport sur la visite qu'il a effectuée en Allemagne du 9 au 11 et du 15 au 20 octobre 2006 (CommDH(2007)14 du 11 juillet 2007) au sujet de ce qu'il a appelé l'« internement de sécurité » (*Sicherungsverwahrung*):

« 203. Au cours de sa visite, le Commissaire a abordé la question de l'internement de sécurité avec plusieurs représentants des autorités des *Länder*, juges et experts médicaux. Il est conscient des pressions publiques auxquelles sont soumis les juges et les experts médicaux lorsqu'il s'agit de prendre des décisions concernant la libération d'une personne susceptible de commettre à nouveau un crime grave. Il est en effet impossible de prévoir avec certitude si une personne récidivera. Les psychiatres évaluent régulièrement le comportement de détenus qui agiront peut-être différemment en dehors de la prison. Il est en outre difficile de prévoir toutes les situations auxquelles sera confronté le criminel une fois libéré.

204. Le Commissaire recommande de recourir avec une extrême précaution à l'internement de sécurité. D'autres possibilités devraient être envisagées avant de choisir cette solution. Le Commissaire s'inquiète qu'un nombre croissant de personnes soient privées de liberté [dans le cadre] d'un internement de sécurité. Il encourage les autorités allemandes à commanditer des études indépendantes sur le recours à l'internement de sécurité afin d'évaluer cette mesure du point de vue de la protection de la société et de ses conséquences pour la personne détenue.

(...)

206. Le Commissaire a par ailleurs appris que les personnes maintenues en internement de sécurité perdaient en général toute perspective d'avenir et avaient tendance à se laisser aller. Par conséquent, il conviendrait d'envisager une prise en charge psychologique ou psychiatrique de ces détenus. Si le corps médical est parfois divisé quant à l'efficacité des soins fournis à des personnes maintenues en internement de sécurité, l'éventualité de leur réadaptation et libération ne devrait cependant pas être exclue. En conséquence, ces personnes devraient pouvoir bénéficier d'un traitement médical approprié ou d'autres soins adaptés à leur situation particulière.»

## 2. *Le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants*

77. Dans son rapport au gouvernement allemand sur la visite qu'il a effectuée en Allemagne du 20 novembre au 2 décembre 2005 (CPT/Inf (2007) 18 du 18 avril 2007 – non traduit en français), le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (le CPT) a rendu les conclusions suivantes s'agissant de l'unité de détention de sûreté (*Sicherungsverwahrung*) de la prison de Berlin-Tegel :

« 94. Les conditions matérielles dans l'unité sont de bon, voire très bon niveau, avec plusieurs éléments particulièrement positifs : des chambres pour une personne bien équipées et pourvues d'annexes sanitaires, un espace collectif clair et raisonnablement vaste, une petite cuisine avec le matériel permettant aux détenus de se préparer des boissons chaudes et des en-cas, et un local pour laver, sécher et repasser le linge.

95. En principe, les détenus ont accès aux mêmes activités que les détenus ordinaires (en matière de travail, d'enseignement, etc.). En outre, d'après la législation pertinente, ils bénéficient d'un certain nombre de privilèges spéciaux. En particulier, les portes des cellules restent ouvertes toute la journée, ils ont droit à plus de temps de visite (deux heures par mois au lieu d'une), plus d'heures d'exercice à l'extérieur (quatre heures au lieu d'une les jours sans travail), plus de colis (six par an au lieu de trois) et plus d'argent de poche (s'il n'y a pas de travail). Il faut aussi noter que tous les détenus peuvent utiliser le téléphone sans restriction.

96. En théorie, au moins, l'unité offre un cadre de vie en détention positif. Toutefois, tous les détenus ne sont pas en mesure d'en tirer le meilleur parti, ce qui n'a rien de surprenant si l'on songe que, d'après le personnel médical, la plupart des détenus sinon la totalité d'entre eux souffrent de multiples troubles de la personnalité. La

grande majorité des détenus sont totalement démotivés : seuls deux font de l'exercice à l'extérieur, trois travaillent à temps plein et un seul travaille à temps partiel. Douze détenus à qui on a proposé du travail n'ont pas donné suite. Ainsi, dans leur grande majorité, les détenus passent leur temps seuls dans leur cellule à regarder la télévision ou à jouer à des jeux vidéo.

Même parmi les détenus qui apparemment s'assument et prennent en main leur vie quotidienne dans l'unité règne le sentiment que les activités proposées ne sont que des stratégies pour passer le temps, sans but réel. Comme on peut s'y attendre, ce sentiment paraît lié au caractère illimité de leur *Sicherungsverwahrung*. Plusieurs des détenus interrogés ont clairement déclaré ressentir l'impression qu'ils ne sortiraient jamais de l'unité et l'un d'eux a dit que la seule chose qu'il lui restait à faire était de se préparer à la mort.

97. D'après la direction de la prison, le personnel applique des critères de traitement spéciaux, le but visé étant la fin du placement en *Sicherungsverwahrung*; l'accent est mis sur la réduction du risque pour la population et sur le traitement des effets physiques et psychologiques d'une détention de longue durée. Toutefois, la délégation a observé que, dans la pratique, le personnel (y compris le travailleur social) brille par son absence dans l'unité et que les contacts personnel-détenus sont réduits à leur plus simple expression.

(...)

99. Même pour les détenus faisant apparemment le mieux face à la situation, l'absence d'engagement dans l'unité de la part du personnel n'est pas justifiable. Accorder aux détenus des responsabilités et un certain degré d'indépendance ne signifie pas que le personnel doit les laisser livrés à eux-mêmes. L'obligation de s'occuper d'eux ne saurait être ignorée, notamment s'agissant d'un tel groupe de détenus. La délégation a eu la nette impression que le personnel lui-même n'est pas au clair sur la manière de travailler avec ces détenus. Il ne suffit pas de les rendre capables de prendre leur vie en main en détention, il faut aussi leur apporter un soutien constant pour leur permettre d'affronter une détention illimitée et les séquelles d'une histoire personnelle composée de comportements aberrants et de problèmes psychologiques. Or le soutien apporté sur le plan psychologique paraît sérieusement inadapté ; c'est pourquoi *le CPT recommande que des mesures soient prises immédiatement pour remédier à cette carence.*

100. La question difficile de la mise en œuvre concrète d'une politique humaine et cohérente concernant le traitement des personnes placées en *Sicherungsverwahrung* doit être traitée d'urgence au plus haut niveau. Le travail avec cette catégorie de détenus constitue le plus grand défi auquel doit faire face le personnel pénitentiaire.

En raison de la durée potentiellement illimitée du séjour du nombre petit mais croissant de détenus placés en *Sicherungsverwahrung*, il est nécessaire d'avoir une vision particulièrement claire des objectifs de cette unité et de la manière de les atteindre de façon réaliste. La méthode exige un niveau élevé de soins, avec une équipe pluridisciplinaire, un travail intensif à caractère individuel avec les détenus (grâce à des plans individualisés préparés rapidement), dans un cadre cohérent destiné à assurer une progression en vue de la libération, laquelle doit constituer une possibilité réelle.

Le système doit aussi permettre le maintien des contacts avec les familles, comme il convient.

*Le CPT recommande que les autorités allemandes entament immédiatement une révision de la méthode adoptée en matière de Sicherungsverwahrung à la prison de Tegel et, le cas échéant, dans d'autres établissements d'Allemagne accueillant des personnes placées en Sicherungsverwahrung et ce, à la lumière des remarques qui précèdent.»*

### *3. Le Comité des droits de l'homme des Nations unies*

78. Dans ses observations finales adoptées lors de sa session du 7 au 25 juillet 2008 sur le rapport présenté par la France au titre de l'article 40 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (document CCPR/C/FRA/CO/4 du 31 juillet 2008), le Comité des droits de l'homme des Nations unies a déclaré :

« 16. Le Comité est préoccupé par le fait que l'Etat partie est habilité en vertu de la loi n° 2008/174 (25 février 2008) à placer des personnes condamnées pénalement en rétention de sûreté pour des périodes renouvelables d'une année, en raison de leur « dangerosité » à l'issue de la peine de réclusion initialement prononcée. Même si le Conseil constitutionnel a interdit l'application rétroactive de cette disposition et si le juge qui condamne un individu inculpé d'une infraction pénale envisage la possibilité d'ordonner le futur placement en rétention de sûreté au moment du jugement de l'affaire, néanmoins le Comité est d'avis que la pratique pourrait continuer de poser des problèmes au regard des articles 9, 14 et 15 du Pacte. »

## EN DROIT

### I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 5 DE LA CONVENTION

79. Le requérant se plaint que son maintien en détention de sûreté au-delà du délai maximal de dix ans qui s'appliquait à une telle détention en vertu des dispositions légales applicables au moment de la commission de l'infraction et de sa condamnation a emporté violation de l'article 5 § 1 de la Convention, libellé en ces termes en ses passages pertinents :

« 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 ;

(...)

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;

(...)

e) s'il s'agit de la détention régulière d'une personne susceptible de propager une maladie contagieuse, d'un aliéné, d'un alcoolique, d'un toxicomane ou d'un vagabond;

(...)

80. Le Gouvernement conteste ce point de vue.

## **A. Les arguments des parties**

### *1. Le requérant*

81. Le requérant estime que sa détention de sûreté n'était pas prévue par l'article 5 § 1 a) de la Convention. Il n'existait pas selon lui de lien de causalité suffisant entre son maintien en détention après l'écoulement du délai de dix ans et sa condamnation prononcée en 1986. Il rappelle que, lorsqu'à cette date le tribunal régional de Marbourg a ordonné sa mise en détention de sûreté, ce type de détention ne pouvait durer plus de dix ans en vertu des dispositions de loi applicables. On ne saurait exclure la possibilité que le tribunal régional de Marbourg ait pu ne pas ordonner son placement en détention de sûreté s'il avait su que cette mesure pourrait rester applicable pendant plus de dix ans. Son maintien en détention de sûreté après qu'il fut resté incarcéré pendant dix ans découlerait donc uniquement de l'amendement apporté à la loi en 1998 et consistant à supprimer la durée maximale d'un premier placement en détention de sûreté et ne résulterait plus de sa condamnation prononcée en 1986. Il avance que, si la loi n'avait pas été amendée, il aurait été automatiquement libéré en 2001, sans que le tribunal de l'exécution des peines ait compétence pour en ordonner la prolongation. Eu égard à la limite absolue de durée que la loi fixait pour un premier placement en détention de sûreté à l'époque où il a été condamné, l'amendement consistant à supprimer la durée maximale porterait sur la question même de l'applicabilité de la détention de sûreté et non simplement sur les modalités d'exécution de pareille mesure, de sorte que le lien de causalité entre sa condamnation et sa détention de sûreté aurait été rompu après dix ans de détention.

82. Le requérant considère de plus que sa détention n'était ni «régulière» ni conforme aux «voies légales» comme l'exige l'article 5 § 1. Contrairement à la Cour constitutionnelle fédérale, de nombreux universitaires considéreraient la détention de sûreté et la suppression du délai maximal de dix ans applicable lorsque cette mesure est ordonnée pour la première fois comme contraires à la Constitution. Il rappelle que la durée

maximale valable pour un premier placement en détention de sûreté était fixée par la loi et allègue que, lorsqu'il a commis son infraction, il ne pouvait prévoir que ce délai maximum serait supprimé avec effet immédiat pendant qu'il purgeait sa détention de sûreté et qu'il pourrait rester détenu à ce titre pendant plus de dix ans. Son droit à être détenu régulièrement ne pourrait être mis en balance avec des préoccupations de sûreté publique.

## 2. *Le Gouvernement*

83. De l'avis du Gouvernement, le maintien du requérant en détention de sûreté était conforme à l'article 5 § 1 a) de la Convention. La prolongation de la détention du requérant au-delà du délai de dix ans aurait eu lieu « après condamnation » étant donné qu'il existait encore un lien suffisant de causalité entre sa condamnation initiale et la privation de liberté subie par l'intéressé. Dans son arrêt du 17 novembre 1986, le tribunal régional de Marbourg avait condamné le requérant à une peine de cinq ans d'emprisonnement et ordonné son placement en détention de sûreté sans indiquer de durée maximale. En vertu du code pénal, il appartenait au tribunal régional de Marbourg, en prononçant la sentence, de décider ou non d'ordonner une mesure de sûreté, mais c'est au tribunal régional chargé de l'exécution des peines qu'il revenait de fixer les modalités d'exécution de cette mesure, et notamment la durée de la détention de sûreté devant être purgée par le condamné. Ainsi, tant la juridiction de jugement que le tribunal de l'exécution des peines auraient concouru à la « condamnation [du requérant] par un tribunal compétent ». En vertu de l'article 2 § 6 du code pénal (paragraphe 48 ci-dessus), le législateur aurait toujours conservé la possibilité de réintroduire la détention de sûreté sans limite maximale de durée avec effet immédiat. Dans ces conditions, la suppression par la suite du délai maximal applicable à un premier placement en détention de sûreté n'aurait pas rompu le lien de causalité entre la condamnation initiale du requérant prononcée en 1986 et son maintien en détention de sûreté.

84. Le Gouvernement soutient en outre que le maintien du requérant en détention était « régulier » et conforme aux « voies légales » ainsi que l'exige l'article 5 § 1. Les juridictions internes auraient confirmé que le maintien du requérant en détention était respectueux du droit interne. Contrairement à ce qu'allègue l'intéressé, sa détention de sûreté ne se serait pas fondée exclusivement sur l'amendement apporté à l'article 67d du code pénal, mais aurait été ordonnée par le tribunal régional de Marbourg en avril 2001 conformément aux modalités prévues par le code de procédure pénale et, par ailleurs, aurait satisfait au critère de prévisibilité. Il ne serait pas nécessaire que la durée maximale d'une période de détention de sûreté soit prévisible au moment de la commission de l'infraction étant donné que la dangerosité

d'un délinquant ne cessait pas forcément au bout d'un délai déterminé. Selon le Gouvernement, le requérant ne pouvait pas non plus légitimement espérer que la limite de durée d'un premier placement en détention de sûreté ne soit pas supprimée étant donné – et il ne s'agit pas là du moindre des arguments – que la protection de la société doit avoir la priorité sur cette espérance. D'après l'article 2 § 6 du code pénal, les décisions concernant les mesures d'amendement et de prévention devraient être prises sur la base des dispositions en vigueur à l'époque où est rendue la décision (tant de la juridiction de jugement que des tribunaux de l'exécution des peines) et non en fonction de celles applicables au moment de la commission de l'infraction. Dès lors, il serait clair que le législateur pouvait à tout moment autoriser les tribunaux à ordonner un placement en détention de sûreté pour une durée illimitée. De plus, il y aurait eu de nombreuses demandes visant à supprimer de nouveau le délai maximal d'un premier placement en détention de sûreté, qui n'avait été introduit qu'en 1975.

85. Le Gouvernement soutient aussi que le maintien du requérant en détention de sûreté n'était pas arbitraire étant donné que les tribunaux de l'exécution des peines n'ordonnaient le placement en détention de sûreté pour une durée supérieure à dix ans qu'à titre exceptionnel, la règle étant que la mesure se terminait au bout de ce délai, et se fondaient à cet égard sur le principe selon lequel une prolongation n'était possible qu'en cas de risque que la personne ne commette des infractions avec violences ou à caractère sexuel graves.

## **B. L'appréciation de la Cour**

### *1. Récapitulatif des principes pertinents*

#### **a) Motifs de privation de liberté**

86. Les alinéas a) à f) de l'article 5 § 1 de la Convention renferment une liste exhaustive des motifs autorisant la privation de liberté; une privation de liberté n'est donc pas régulière si elle ne relève pas de l'un de ces motifs (voir notamment *Guzzardi c. Italie*, 6 novembre 1980, § 96, série A n° 39, *Witold Litwa c. Pologne*, n° 26629/95, § 49, CEDH 2000-III, et *Saadi c. Royaume-Uni* [GC], n° 13229/03, § 43, CEDH 2008). Le fait qu'un motif soit applicable n'empêche toutefois pas nécessairement qu'un autre le soit aussi; une privation de liberté peut, selon les circonstances, se justifier sous l'angle de plus d'un alinéa (voir, parmi d'autres, *Eriksen c. Norvège*, 27 mai 1997, § 76, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-III, *Erkalo c. Pays-Bas*, 2 septembre 1998, § 50, *Recueil* 1998-VI, et *Witold Litwa*, précité, § 49).

87. Par « condamnation » au sens de l'article 5 § 1 a), il faut entendre, eu égard au texte français, à la fois une déclaration de culpabilité, consécutive à l'établissement légal d'une infraction (*Guzzardi*, précité, § 100), et l'infliction d'une peine ou autre mesure privatives de liberté (*Van Droogenbroeck c. Belgique*, 24 juin 1982, § 35, série A n° 50).

88. Par ailleurs, le mot « après » figurant à l'alinéa a) n'implique pas un simple ordre chronologique de succession entre « condamnation » et « détention » : la seconde doit en outre résulter de la première, se produire, « à la suite et par suite » – ou « en vertu » – « de celle-ci » (*ibidem*, § 35). En bref, il doit exister entre elles un lien de causalité suffisant (*Weeks c. Royaume-Uni*, 2 mars 1987, § 42, série A n° 114, *Stafford c. Royaume-Uni* [GC], n° 46295/99, § 64, CEDH 2002-IV, *Waite c. Royaume-Uni*, n° 53236/99, § 65, 10 décembre 2002, et *Kafkaris c. Chypre* [GC], n° 21906/04, § 117, CEDH 2008). Toutefois, le lien entre la condamnation initiale et la prolongation de la privation de liberté se distend peu à peu avec l'écoulement du temps (*Van Droogenbroeck*, précité, § 40, et *Eriksen*, précité, § 78). Le lien de causalité exigé par l'alinéa a) pourrait finir par se rompre au cas où une décision de ne pas libérer ou de réincarcérer se fonderait sur des motifs incompatibles avec les objectifs visés par la décision initiale (de la juridiction de jugement) ou sur une appréciation non raisonnable eu égard à ces objectifs. En pareil cas, un internement régulier à l'origine se muerait en une privation de liberté arbitraire et, dès lors, incompatible avec l'article 5 (*Van Droogenbroeck*, précité, § 40, *Eriksen*, précité, § 78, et *Weeks*, précité, § 49).

89. En outre, au titre de l'alinéa c) de l'article 5 § 1, la détention d'une personne peut se justifier « lorsqu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ». Toutefois, ce motif de détention ne se prête pas à une politique de prévention générale dirigée contre une personne ou une catégorie de personnes qui se révèlent dangereuses par leur propension continue à la délinquance. Il se borne à ménager aux Etats contractants le moyen d'empêcher une infraction concrète et déterminée (*Guzzardi*, précité, § 102 ; voir aussi *Eriksen*, précité, § 86). Cela ressort à la fois de l'emploi du singulier (« une infraction ») et du but de l'article 5 : assurer que nul ne soit arbitrairement dépouillé de sa liberté (*Guzzardi*, précité, § 102).

**b) « Détention régulière » « selon les voies légales »**

90. Il est bien établi dans la jurisprudence de la Cour relative à l'article 5 § 1 que toute privation de liberté doit non seulement relever de l'une des exceptions énoncées aux alinéas a) à f) mais aussi être « régulière ». En matière de « régularité » d'une détention, y compris l'observation des

«voies légales», la Convention renvoie pour l'essentiel à la législation nationale et consacre l'obligation d'en observer les normes de fond comme de procédure (voir, parmi beaucoup d'autres, *Erkalo*, précité, § 52, *Saadi*, précité, § 67, et *Kafkaris*, précité, § 116). Ce terme impose, en premier lieu, que toute arrestation ou détention ait une base légale en droit interne, mais concerne aussi la qualité de la loi ; il la veut compatible avec la prééminence du droit, notion inhérente à l'ensemble des articles de la Convention (*Stafford*, précité, § 63, et *Kafkaris*, précité, § 116). La «qualité de la loi» implique qu'une loi nationale autorisant une privation de liberté soit suffisamment accessible, précise et prévisible dans son application afin d'éviter tout danger d'arbitraire (*Amuur c. France*, 25 juin 1996, § 50, *Recueil* 1996-III, *Nasroulloïev c. Russie*, n° 656/06, § 71, 11 octobre 2007, et *Mooren c. Allemagne* [GC], n° 11364/03, § 76, 9 juillet 2009). Le critère de «légalité» fixé par la Convention exige donc que toute loi soit suffisamment précise pour permettre au citoyen – en s'entourant au besoin de conseils éclairés – de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé (*Steel et autres c. Royaume-Uni*, 23 septembre 1998, § 54, *Recueil* 1998-VII, et *Baranowski c. Pologne*, n° 28358/95, § 52, CEDH 2000-III).

91. Toutefois, l'observation de la législation nationale ne suffit pas ; l'article 5 § 1 exige de surcroît la conformité de toute privation de liberté au but consistant à protéger l'individu contre l'arbitraire (voir, parmi beaucoup d'autres, *Winterwerp c. Pays-Bas*, 24 octobre 1979, § 37, série A n° 33, *Saadi*, précité, § 67, et *Mooren*, précité, § 72).

## 2. Application des principes précités au cas d'espèce

92. La Cour doit trancher la question de savoir si le requérant, au cours de sa détention de sûreté pendant plus de dix ans, a été privé de sa liberté conformément à l'un des alinéas a) à f) de l'article 5 § 1. Elle recherchera tout d'abord si le placement initial du requérant en détention de sûreté en lui-même correspond à l'un des motifs autorisant la détention mentionnés à l'article 5 § 1. Si ce n'est pas le cas, il n'y aura pas lieu de répondre à la question plus précise de savoir si la suppression du délai maximal de dix ans pour un premier placement en détention de sûreté a eu une incidence sur la compatibilité avec l'article 5 § 1 du maintien du requérant en détention à l'expiration de ce délai.

93. D'après le Gouvernement, la détention de sûreté du requérant se justifiait au titre de l'alinéa a) de l'article 5 § 1. Il est certes vrai que la Commission a constaté à plusieurs reprises qu'une détention de sûreté ordonnée par une juridiction de jugement en plus ou à la place d'une peine d'emprisonnement était en principe justifiée au motif que la personne était

« détenue[e] (...) après condamnation par un tribunal compétent » au sens de l'article 5 § 1 a) de la Convention (pour ce qui est de la détention de sûreté au titre de l'article 66 du code pénal allemand, voir *X c. Allemagne*, n° 4324/69, décision de la Commission du 4 février 1971, non publiée, et *Dax c. Allemagne*, n° 19969/92, décision de la Commission du 7 juillet 1992, non publiée, et autres références citées; s'agissant de la « mise à la disposition du gouvernement » aux Pays-Bas, une mesure comparable applicable aux personnes atteintes de certains troubles mentaux, voir *X. c. Pays-Bas*, n° 6591/74, décision de la Commission du 26 mai 1975, Décisions et rapports (DR) 3, p. 90; s'agissant de la détention de sûreté en Norvège, une autre mesure similaire applicable aux personnes ayant des facultés mentales altérées, voir *X c. Norvège*, n° 4210/69, décision de la Commission du 24 juillet 1970, Recueil de décisions 35, pp. 144 et suiv. et autres références citées; enfin, concernant la détention dans un centre de détention spécial de personnes ayant certaines déficiences mentales au Danemark, voir *X c. Danemark*, n° 2518/65, décision de la Commission du 14 décembre 1965, Recueil de décisions 18, pp. 44 et suiv.).

94. La Cour elle-même a par exemple affirmé que la mise à la disposition du gouvernement des récidivistes et délinquants d'habitude, mesure qui était ordonnée en Belgique en sus d'une peine d'emprisonnement, constituait une détention « après condamnation par un tribunal compétent » aux fins de l'article 5 § 1 a) (*Van Droogenbroeck*, précité, §§ 33-42). De même, elle a considéré que le système norvégien consistant à placer des personnes aux facultés mentales insuffisamment développées ou altérées en détention de sûreté relevait en principe de l'article 5 § 1 a) (*Eriksen*, précité, § 78).

95. La Cour répète que la « condamnation » dont il est question à l'alinéa a) de l'article 5 § 1 recouvre une déclaration de culpabilité d'une infraction et l'infliction d'une peine ou autre mesure privatives de liberté (paragraphe 87 ci-dessus). Pour ce qui est du requérant, elle observe que son placement en détention de sûreté a été ordonné par un jugement du 17 novembre 1986 du tribunal régional de Marbourg (la juridiction de jugement), qui l'a notamment jugé coupable de tentative de meurtre (paragraphe 12 ci-dessus). Depuis août 1991, l'intéressé se trouve en détention de sûreté après avoir purgé sa peine d'emprisonnement étant donné que les tribunaux de l'exécution des peines ont refusé de lui accorder un sursis avec mise à l'épreuve (paragraphe 13 et suiv. ci-dessus).

96. La Cour est convaincue que le placement initial du requérant en détention de sûreté découlait de sa « condamnation » prononcée par la juridiction de jugement en 1986. Celle-ci l'a jugé coupable de tentative de meurtre et a ordonné qu'il soit placé en détention de sûreté, mesure englobée par les termes « peine ou autre mesure privatives de liberté ». La

Cour note que, selon le Gouvernement, la détention de sûreté n'est pas décidée en fonction de la culpabilité personnelle du délinquant mais eu égard au danger qu'il représente pour la collectivité (paragraphe 113 ci-dessous). Néanmoins, elle considère pour sa part que, conformément à l'article 66 § 1 du code pénal, une décision de placement en détention de sûreté est toujours subordonnée au constat d'un tribunal selon lequel la personne est coupable d'une infraction, et ordonnée en même temps que ce constat (paragraphe 49-50 ci-dessus). Le placement initial du requérant en détention de sûreté relevait donc de l'alinéa a) de l'article 5 § 1. La Cour ajoute cependant que, contrairement à ce que soutient le Gouvernement, les décisions des tribunaux de l'exécution des peines de maintenir le requérant en détention ne satisfont pas au critère requis pour une « condamnation » aux fins de l'article 5 § 1 a) car elles ne sont pas liées à un constat de culpabilité d'une infraction.

97. Afin de déterminer si le maintien du requérant en détention de sûreté au-delà d'un délai de dix ans se justifie au titre de l'article 5 § 1 a), la Cour doit rechercher si cette détention vient toujours « après condamnation », autrement dit s'il existe encore un lien de causalité suffisant entre la condamnation du requérant prononcée en 1986 par la juridiction de jugement et la prolongation de sa privation de liberté après le 8 septembre 2001.

98. La Cour relève que, selon le Gouvernement, la juridiction de jugement a ordonné le placement du requérant en détention de sûreté sans mentionner de délai et qu'il appartenait aux tribunaux de l'exécution des peines de fixer la durée de cette détention. Etant donné que l'article 2 § 6 du code pénal permettait de supprimer le délai maximal d'une première période de détention de sûreté avec effet immédiat, les tribunaux de l'exécution des peines avaient d'après lui le pouvoir d'autoriser le maintien du requérant en détention de sûreté au-delà d'une durée de dix ans à partir de l'amendement de la législation intervenu en 1998. Le Gouvernement en déduit que l'amendement de l'article 67d du code pénal n'a pas rompu le lien de causalité entre la condamnation du requérant et son maintien en détention.

99. La Cour n'est pas convaincue par cet argument. Certes, la juridiction de jugement a ordonné en 1986 le placement du requérant en détention de sûreté sans en préciser la durée. Toutefois, les juridictions qui prononcent les sentences ne fixent jamais de durée et ce, en vertu des dispositions en vigueur du code pénal (articles 66 et 67c-e du code pénal – paragraphes 49 et suiv. ci-dessus). Comme le Gouvernement lui-même l'a indiqué, les juridictions de jugement sont seulement compétentes pour décider ou non d'ordonner le placement d'un délinquant en détention de sûreté. Ce sont les

tribunaux de l'exécution des peines qui doivent ensuite déterminer dans le détail les modalités d'exécution de l'ordonnance, y compris la durée exacte de la détention de sûreté du délinquant. Or ces juridictions sont seulement habilitées à fixer pareille durée dans le cadre établi par l'ordonnance rendue par la juridiction de jugement combinée avec la législation en vigueur, ce qui a été le cas pour le requérant en l'espèce.

100. La Cour observe que l'ordonnance de placement du requérant en détention de sûreté a été prise par la juridiction de jugement en 1986. A cette époque, une ordonnance de justice de ce type, combinée avec l'article 67d § 1 du code pénal alors en vigueur (paragraphe 52 ci-dessus), impliquait que le requérant, qui était placé pour la première fois en détention de sûreté, pouvait rester soumis à cette peine pendant une durée maximale de dix ans. Ainsi, si l'article 67d du code pénal n'avait pas été amendé en 1998 (paragraphe 53 ci-dessus), amendement qui a été déclaré applicable aussi aux ordonnances de placement en détention de sûreté rendues – comme dans le cas du requérant – avant l'entrée en vigueur dudit amendement (article 1a § 3 de la loi introductive au code pénal – paragraphe 54 ci-dessus), le requérant aurait été libéré au bout de dix ans de détention de sûreté, indépendamment de toute considération de dangerosité. Sans cette modification de la loi, les tribunaux de l'exécution des peines n'auraient pas été compétents pour prolonger la durée de la détention de sûreté du requérant. C'est pourquoi la Cour juge qu'il n'existe pas un lien de causalité suffisant entre la condamnation du requérant prononcée en 1986 et la prolongation de sa privation de liberté après qu'il eut passé dix ans en détention de sûreté, prolongation qui n'a été rendue possible qu'à cause de la modification de la loi intervenue ultérieurement en 1998.

101. La Cour considère qu'il convient à cet égard de distinguer l'espèce de l'affaire *Kafkaris* (précitée). Dans cette dernière, elle a jugé qu'il existait un lien de causalité suffisant entre la condamnation du requérant et son maintien en détention au bout de vingt ans d'emprisonnement. En effet, le maintien de M. Kafkaris en détention au-delà de cette période était conforme à la sentence prononcée par la juridiction de jugement, qui avait condamné l'intéressé à la réclusion criminelle à perpétuité et expressément déclaré que celui-ci avait été condamné à la réclusion pour le reste de sa vie, comme prévu par le code pénal, et non pour une durée de vingt ans comme indiqué dans le règlement pénitentiaire, législation secondaire en vigueur à l'époque (*Kafkaris*, précité, §§ 118-121). En l'espèce, en revanche, le maintien du requérant en détention de sûreté au-delà d'une durée de dix ans n'a pas été ordonné dans la décision de la juridiction de jugement combinée avec les dispositions du code pénal applicables au moment du prononcé de cette décision.

102. La Cour doit ensuite rechercher si le maintien du requérant en détention de sûreté au-delà de la limite de dix ans se justifiait au titre de l'un des autres alinéas de l'article 5 § 1. Elle note à cet égard que les juridictions internes ne se sont pas penchées sur la question car les dispositions de la Loi fondamentale allemande ne leur imposaient pas de le faire. Elle juge que les alinéas b), d) et f) ne s'appliquent manifestement pas. En vertu de la deuxième possibilité prévue par l'alinéa c) de l'article 5 § 1, la détention d'une personne peut se justifier « lorsqu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ». En l'espèce, les tribunaux de l'exécution des peines ont expliqué le maintien en détention par le risque que le requérant ne commette d'autres infractions graves – comparables à celles pour lesquelles il avait été condamné – s'il était libéré (paragraphes 18 et 23 ci-dessus). Or ces infractions potentielles ne sont pas aussi concrètes et précises que l'exige la jurisprudence de la Cour (voir notamment *Guzzardi*, précité, § 102), tant en ce qui concerne le lieu et la date où elles pourraient être commises que les victimes visées ; elles ne relèvent donc pas de l'article 5 § 1 c). Une interprétation du paragraphe 1 c) à la lumière de l'article 5 pris dans son ensemble confirme cette conclusion. Aux termes du paragraphe 3 de l'article 5, toute personne détenue dans les conditions prévues au paragraphe 1 c) de cet article doit être aussitôt traduite devant un juge et jugée dans un délai raisonnable ou libérée pendant la procédure. Or les personnes placées en détention de sûreté ne doivent pas être aussitôt traduites devant un juge et jugées pour des infractions potentielles. La Cour note à cet égard que l'expérience en criminologie montre qu'il y a souvent un risque de récidive de la part des délinquants qui ont été condamnés plusieurs fois, indépendamment du point de savoir si ces délinquants ont été condamnés à la détention de sûreté (voir aussi le rapport du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe du 11 juillet 2007, § 203, paragraphe 76 ci-dessus).

103. La Cour se penche ensuite sur la question de savoir si le requérant aurait pu être maintenu en détention de sûreté au-delà de septembre 2001 au titre de l'alinéa e) de l'article 5 § 1 en tant qu'« aliéné ». Sans exclure la possibilité que la détention de sûreté de certains délinquants puisse satisfaire à ce motif de privation de liberté, elle observe que, selon la décision de la cour d'appel de Francfort-sur-le-Main, le requérant ne souffrait plus de troubles mentaux graves (paragraphe 22 ci-dessus). Quoi qu'il en soit, les juridictions internes n'ont pas décidé de prolonger la détention du requérant au motif qu'il était aliéné. Dès lors, la détention de l'intéressé ne se justifie pas non plus au titre de l'article 5 § 1 e).

104. La Cour observe de plus que l'espèce soulève une question sous l'angle de la régularité de la détention du requérant. Elle réaffirme que la

législation interne doit être d'une certaine qualité et doit en particulier être prévisible dans son application afin d'éviter tout risque d'arbitraire (paragraphe 90 ci-dessus). Or elle doute sérieusement que le requérant ait pu à l'époque des faits prévoir à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause que les infractions qu'il avait commises lui vaudraient de subir une détention de sûreté d'une durée illimitée. En particulier, elle n'est pas certaine qu'il pouvait prévoir que les dispositions de loi applicables seraient amendées avec effet immédiat après qu'il eut commis ces infractions. Néanmoins, eu égard à son constat ci-dessus selon lequel la détention de sûreté subie par le requérant au-delà du délai de dix ans ne se justifie au titre d'aucun des alinéas de l'article 5 § 1, il n'est pas nécessaire qu'elle tranche cette question.

105. Dès lors, il y a eu violation de l'article 5 § 1 de la Convention.

## II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 7 DE LA CONVENTION

106. Le requérant se plaint en outre que la prolongation rétroactive de sa détention de sûreté, qui est passée de dix ans au maximum à une durée illimitée, a violé son droit à ne pas se voir infliger une peine plus lourde que celle qui était applicable à l'époque où il a commis l'infraction. Il invoque l'article 7 § 1 de la Convention, libellé ainsi :

« 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. »

107. Le Gouvernement conteste cette allégation.

### A. Les arguments des parties

#### 1. *Le requérant*

108. D'après le requérant, une peine plus forte que celle applicable au moment où l'infraction a été commise lui a infligée rétroactivement, au mépris de la deuxième phrase de l'article 7 § 1 de la Convention, de par la décision de prolonger sa détention de sûreté après qu'il eut purgé dix ans à ce titre. La détention de sûreté constituerait une « peine » au sens de cet article. Il allègue que le point de vue des juridictions internes selon lequel la détention de sûreté n'a jamais été considérée comme une « peine » depuis son introduction en droit pénal allemand et peut donc être appliquée rétroactivement a d'autant moins de poids que cette mesure a été créée par la loi du 24 novembre 1933 sur le traitement des délinquants d'habitude

dangereux et sur les mesures d'amendement et de prévention (« la loi sur les délinquants d'habitude »), c'est-à-dire sous le régime nazi. Selon l'article 129 de la loi sur l'exécution des peines (paragraphe 64 ci-dessus), cette sanction, prononcée après une infraction et infligée par les juridictions pénales, viserait exactement le même but qu'une peine d'emprisonnement (voir l'article 2 de la loi sur l'exécution des peines – paragraphe 63 ci-dessus), à savoir non seulement protéger la collectivité du détenu (prévention) mais aussi aider celui-ci à se réadapter à la vie en société à sa sortie de prison (réinsertion).

109. D'après le requérant, la détention de sûreté constitue également une peine de par sa nature même. En témoignerait le fait que cette mesure est ordonnée par les juridictions pénales lorsqu'une infraction a été commise et que les règles qui la régissent sont contenues dans la loi sur l'exécution des « peines ». La détention de sûreté serait liée à la culpabilité du délinquant, l'une des raisons à cela, et non des moindres, étant qu'elle ne peut être infligée qu'à la suite de certaines infractions et ne peut pas être ordonnée contre une personne privée de responsabilité pénale.

110. Le requérant souligne de plus qu'il n'existe pas en Allemagne d'établissement spécialisé pour accueillir les personnes condamnées à la détention de sûreté : ces personnes sont incarcérées dans des prisons ordinaires et jouissent de privilèges minimes par rapport à celles qui purgent une peine d'emprisonnement dans les mêmes établissements (articles 131-135 de la loi sur l'exécution des peines – paragraphes 64-65 ci-dessus), comme le droit de porter leurs propres vêtements. Toutefois, même s'ils sont concrètement appliqués, ces privilèges ne changeraient rien au fait que l'exécution d'une ordonnance de mise en détention de sûreté n'est pas fondamentalement différente de celle d'une peine d'emprisonnement. Alors qu'il était en détention de sûreté, le requérant aurait en réalité bénéficié de moins d'assouplissements de sa peine que les détenus ordinaires. De surcroît, aucunes mesures particulières, en dehors de celles prévues pour les détenus ordinaires, ne seraient prévues pour aider les personnes placées en détention de sûreté à se préparer à mener une vie responsable à leur sortie de prison. Ses conditions d'incarcération à la prison de Schwalmstadt ne différeraient pas de celles qu'il avait connues pendant qu'il y avait purgé la majeure partie de sa peine d'emprisonnement. Il aurait travaillé comme il le faisait déjà lorsqu'il purgeait sa peine d'emprisonnement et, hormis quelques sorties de courte durée sous escorte, rien n'aurait été fait pour le préparer à la vie en dehors de la prison ; il n'y aurait pas non plus eu la possibilité de suivre une thérapie. A en juger par la réalité de la situation des détenus plutôt que par le texte du code pénal, il n'y aurait donc aucune différence importante entre l'exécution d'une peine d'emprisonnement et celle d'une ordonnance de placement en détention de sûreté.

111. De plus, la gravité d'une détention de sûreté d'une durée illimitée, exécutée à la suite et en plus d'une peine d'emprisonnement de cinq ans seulement, serait démontrée par le fait que cela l'a conduit à être privé de liberté – sur la seule base de l'ordonnance de placement en détention de sûreté – depuis déjà dix-huit ans environ. Il allègue donc qu'en conséquence, il a été détenu pendant une période beaucoup plus longue que celle que purgent habituellement les délinquants condamnés qui, contrairement à lui, ont réellement tué quelqu'un et se sont vu infliger une simple peine d'emprisonnement non assortie d'une détention de sûreté. Etant donné qu'il a déjà été détenu pendant plus de vingt-deux depuis sa condamnation, intervenue en 1986, le fait qu'il n'ait été impliqué que dans deux incidents, survenus de nombreuses années auparavant dans le cadre d'une prison de haute sécurité, prouverait qu'il a appris à contrôler ses émotions et que son maintien en détention ne se justifie pas.

112. Le requérant soutient que la prolongation rétroactive de sa détention de sûreté, peine qui était fixée sans ambiguïté par la loi à une durée maximale de dix ans au moment où il a commis l'infraction, emporte donc violation du principe de la légalité des peines (*nulla poena sine lege*), consacré par l'article 7.

## 2. Le Gouvernement

113. Pour le Gouvernement, le fait que le requérant soit en détention de sûreté depuis plus de dix ans ne méconnaît pas l'interdiction énoncée à l'article 7 § 1 d'augmenter une peine rétroactivement puisque la détention de sûreté n'est pas une « peine » au sens de cette disposition. Le droit pénal allemand comporterait un système double de sanctions établissant une distinction stricte entre les peines et les mesures d'amendement et de prévention telles que la détention de sûreté. Les peines auraient un caractère punitif et seraient fixées en fonction de la culpabilité personnelle du délinquant, tandis que les mesures d'amendement et de prévention auraient un caractère préventif et seraient ordonnées en raison du danger que représente le délinquant et ce, indépendamment de sa culpabilité. Ce système double, créé en 1933, aurait été examiné et confirmé par les parlements démocratiquement élus à plusieurs occasions depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale. La détention de sûreté serait une mesure adoptée en dernier ressort ne visant qu'à protéger la collectivité des dangers que représentent les criminels les plus dangereux, comme le montreraient les conditions restrictives énoncées dans le code pénal au sujet des ordonnances de placement en détention de sûreté et de la prolongation de cette détention (paragraphe 47 et 49-56 ci-dessus) ainsi que l'application restrictive qu'en font les tribunaux internes. Contrairement à une peine, la détention de

sûreté pourrait à tout moment faire l'objet d'un sursis avec mise à l'épreuve, à condition que l'on pense que le détenu ne commettra plus d'infractions pénales graves lorsqu'il sera sorti de prison. Comme l'a confirmé la Cour constitutionnelle fédérale dans son arrêt rendu en l'espèce, la détention de sûreté ne serait donc pas une peine à laquelle s'applique le principe de non-rétroactivité.

114. D'après le Gouvernement, l'exécution des ordonnances de mise en détention de sûreté est très différente de celle des peines d'emprisonnement, tant en ce qui concerne la loi applicable (voir notamment les articles 129 à 135 de la loi sur l'exécution des peines – paragraphes 64-65 ci-dessus) que la pratique. Il reconnaît qu'il n'existe pas dans les *Länder* allemands de centres spéciaux pour la détention de sûreté pour des raisons économiques et à cause de l'ampleur des équipements et du personnel nécessaires pour leur traitement mais, s'il était créé en Allemagne un centre unique pour accueillir toutes les personnes en détention de sûreté, les visites de leurs proches ou des personnes participant à la réinsertion sociale des détenus seraient impossibles, alors qu'elles sont souhaitables. C'est pourquoi les personnes placées en détention de sûreté seraient incarcérées dans des ailes séparées des prisons. Toutefois, par comparaison avec les détenus ordinaires, elles disposeraient d'un certain nombre de privilèges que ceux-ci n'ont pas : elles auraient le droit de porter leurs propres vêtements et de recevoir des visites plus longues, de deux heures par mois au moins. Elles auraient aussi plus d'argent de poche ainsi que le droit de recevoir plus de colis. De plus, elles pourraient si elles le souhaitent disposer d'une cellule individuelle qui ne soit pas fermée à clé pendant la journée, cellule dont elles pourraient personnaliser l'aménagement. S'agissant du requérant en particulier, le Gouvernement souligne qu'il ne suivait plus de thérapie car le psychologue qu'il avait consulté avait considéré que son traitement était terminé. Le requérant avait des entretiens quasi quotidiens avec le travailleur social et le psychologue de l'établissement, à sa demande, et participait à un groupe de discussion qui se réunissait tous les quinze jours. Conformément à la recommandation d'un expert psychiatre, le requérant bénéficiait de mesures d'assouplissement de ses conditions de détention telles que de courtes sorties sous escorte (paragraphes 43-44 ci-dessus).

115. La gravité et la durée de la détention de sûreté ne suffiraient pas en elles-mêmes à en faire une « peine » au sens de l'article 7 § 1. Comme les tribunaux compétents en auraient jugé, le requérant présentait toujours un danger pour la collectivité, indépendamment de la question de savoir s'il avait commis des infractions en prison et lesquelles. Le Gouvernement avance par ailleurs que, d'après l'arrêt adopté par la Cour dans l'affaire *Kafkaris* (précité, §§ 151-152), des changements ultérieurs ne modifiant pas

la peine infligée initialement mais seulement la durée d'exécution de cette peine n'entraînent aucune violation de l'article 7 § 1. Cela vaudrait encore plus dans une affaire telle que l'espèce, où le jugement initial ordonnait une mesure de prévention (et non une peine), en l'occurrence la détention de sûreté, sans en indiquer la durée.

116. Le Gouvernement souligne que le système double de peines et de mesures d'amendement et de prévention permet de limiter, pour tous les délinquants, la peine à ce qui est strictement nécessaire en fonction de la culpabilité. Comme le montreraient les statistiques pénales publiées par le Conseil de l'Europe (paragraphe 68 ci-dessus), l'Allemagne aurait en conséquence un faible taux de détenus purgeant effectivement leur peine d'emprisonnement et ses tribunaux fixeraient des peines d'emprisonnement plus courtes que dans d'autres Etats membres du Conseil de l'Europe. Cela prouverait que le système double conduit à une pratique restrictive et responsable en matière de sanction. Toutefois, le principe consacré par la Loi fondamentale selon lequel la punition ne doit pas être disproportionnée à la culpabilité empêcherait les juridictions pénales allemandes d'infliger des peines d'emprisonnement plus longues à la place de la détention de sûreté afin de réaliser le but préventif que constitue la protection de la société. D'autres Etats parties à la Convention, notamment l'Autriche, le Danemark, l'Italie, le Liechtenstein, Saint-Marin, la Slovaquie et la Suisse, appliqueraient aussi des systèmes de détention de sûreté.

## **B. L'appréciation de la Cour**

### *1. Récapitulatif des principes pertinents*

117. La garantie que consacre l'article 7, élément essentiel de la prééminence du droit, occupe une place primordiale dans le système de protection de la Convention, comme l'atteste le fait que l'article 15 n'y autorise aucune dérogation en temps de guerre ou autre danger public. Ainsi qu'il découle de son objet et de son but, on doit l'interpréter et l'appliquer de manière à assurer une protection effective contre les poursuites, les condamnations et sanctions arbitraires (*S.W. c. Royaume-Uni*, 22 novembre 1995, § 34, série A n° 335-B, *C.R. c. Royaume-Uni*, 22 novembre 1995, § 32, série A n° 335-C, *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne* [GC], n°s 34044/96, 35532/97 et 44801/98, § 50, CEDH 2001-II, et *Kafkaris*, précité, § 137).

118. L'article 7 de la Convention consacre, entre autres, le principe de la légalité des délits et des peines (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). S'il prohibe, en particulier, l'application rétroactive du droit pénal au détriment de l'accusé (*Kokkinakis c. Grèce*, 25 mai 1993, § 52, série A n° 260-A) et

interdit d'étendre le champ d'application des infractions existantes à des faits qui, antérieurement, ne constituaient pas des infractions, il commande en outre de ne pas appliquer la loi pénale de manière extensive au détriment de l'accusé, par exemple par analogie (*Uttley c. Royaume-Uni* (déc.), n° 36946/03, 29 novembre 2005, et *Achour c. France* [GC], n° 67335/01, § 41, CEDH 2006-IV).

119. La notion de « droit » (*law*) utilisée à l'article 7 correspond à celle de « loi » qui figure dans d'autres articles de la Convention; elle implique des conditions qualitatives, entre autres celles d'accessibilité et de prévisibilité (*Cantoni c. France*, 15 novembre 1996, § 29, *Recueil* 1996-V, *Coëme et autres c. Belgique*, n°s 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 et 33210/96, § 145, CEDH 2000-VII, et *Achour*, précité, § 42). Ces conditions qualitatives doivent être remplies tant pour la définition d'une infraction que pour la peine que celle-ci implique (*Achour*, précité, § 41, et *Kafkaris*, précité, § 140). Le justiciable doit pouvoir savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente et, au besoin, à l'aide de son interprétation par les tribunaux, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale et quelle peine sera prononcée pour l'acte commis et/ou l'omission (*Cantoni*, précité, § 29, *Uttley*, décision précitée, et *Kafkaris*, précité, § 140).

120. La notion de « peine » contenue à l'article 7 possède une portée autonome. Pour rendre efficace la protection offerte par l'article 7, la Cour doit demeurer libre d'aller au-delà des apparences et d'apprécier elle-même si une mesure particulière s'analyse au fond en une « peine » au sens de cette clause (*Welch c. Royaume-Uni*, 9 février 1995, § 27, série A n° 307-A, *Jamil c. France*, 8 juin 1995, § 30, série A n° 317-B, et *Uttley*, décision précitée). Le libellé de l'article 7 § 1, seconde phrase, indique que le point de départ 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 sont pertinents à cet égard : la qualification de la mesure en cause en droit interne, sa nature et son but, les procédures associées à son adoption et à son exécution, ainsi que sa gravité (*Welch*, précité, § 28, *Jamil*, précité, § 31, *Adamson c. Royaume-Uni* (déc.), n° 42293/98, 26 janvier 1999, *Van der Velden c. Pays-Bas* (déc.), n° 29514/05, CEDH 2006-XV, et *Kafkaris*, précité, § 142). La gravité de la mesure n'est toutefois pas décisive en soi, puisque de nombreuses mesures non pénales de nature préventive peuvent avoir un impact substantiel sur la personne concernée (*Welch*, précité, § 32, et *Van der Velden*, décision précitée).

121. Dans leur jurisprudence, la Commission comme la Cour ont établi une distinction entre une mesure constituant en substance une « peine » et une mesure relative à l'« exécution » ou à l'« application » de la « peine ». En

conséquence, lorsque la nature et le but d'une mesure concernent la remise d'une peine ou un changement dans le système de libération conditionnelle, cette mesure ne fait pas partie intégrante de la « peine » au sens de l'article 7 (voir, entre autres, *Hogben c. Royaume-Uni*, n° 11653/85, décision de la Commission du 3 mars 1986, DR 46, p. 231, *Grava c. Italie*, n° 43522/98, § 51, 10 juillet 2003, et *Kafkaris*, précité, § 142). Cependant, la distinction entre les deux n'est peut-être pas toujours nette en pratique (*Kafkaris*, précité, § 142, et *Monne c. France* (déc.), n° 39420/06, 1<sup>er</sup> avril 2008).

## 2. Application des principes précités au cas d'espèce

122. La Cour va donc rechercher, à la lumière des principes précités, si la prolongation de la détention de sûreté du requérant, qui est passée d'une durée maximale de dix ans à une durée illimitée, a emporté violation du principe de non-rétroactivité des peines consacré par la deuxième phrase de l'article 7 § 1.

123. La Cour observe qu'en 1985, à l'époque où le requérant a commis une tentative de meurtre, l'ordonnance de premier placement en détention de sûreté rendue par la juridiction de jugement, combinée avec l'article 67d § 1 du code pénal dans sa version alors en vigueur, impliquait que le requérant ne pouvait pas rester en détention de sûreté pendant plus de dix ans (paragraphe 99-100 ci-dessus). En se fondant sur l'amendement de l'article 67d du code pénal intervenu ultérieurement, en 1998, combiné avec l'article 1a § 3 de la loi introductive au code pénal, qui a supprimé ce délai maximal avec effet immédiat, les tribunaux de l'exécution des peines ont ordonné en 2001 le maintien du requérant en détention de sûreté au-delà de la limite de dix ans. La détention de sûreté du requérant a donc été prolongée rétroactivement en vertu d'une loi adoptée après que l'intéressé eut commis son infraction et alors qu'il avait déjà passé plus de six ans en détention de sûreté.

124. Eu égard aux critères établis dans sa jurisprudence, il incombe donc à la Cour de déterminer si la détention de sûreté du requérant constitue une « peine » au sens de la seconde phrase de l'article 7 § 1. La Cour note d'emblée que le placement du requérant en détention de sûreté a été ordonné par le tribunal régional de Marbourg en 1986 après qu'il eut été condamné pour une « infraction », à savoir tentative de meurtre et vol qualifié. De fait, conformément à l'article 66 § 1 du code pénal, seuls peuvent être placés en détention de sûreté les individus qui, entre autres exigences, ont été condamnés pour une infraction délibérée à deux ans d'emprisonnement au moins (paragraphe 49-50 ci-dessus).

125. Pour ce qui est de la qualification de la détention de sûreté en droit interne, la Cour observe qu'en Allemagne, cette mesure n'est pas

considérée comme une peine à laquelle s'applique le principe absolu de non-rétroactivité. Les conclusions rendues en ce sens en l'espèce par les tribunaux de l'exécution des peines ont été confirmées par la Cour constitutionnelle fédérale dans un arrêt de principe solidement motivé (paragraphe 27-40 ci-dessus). Selon les dispositions du code pénal allemand, la détention de sûreté est considérée comme une mesure d'amendement et de prévention. Pareilles mesures ont toujours été jugées différentes des peines dans le cadre du double système de sanctions prévu par le droit pénal allemand. Contrairement aux peines, elles ne sont pas considérées comme visant à punir après l'établissement de la culpabilité pénale, mais passent pour des mesures à caractère purement préventif destinées à protéger la collectivité des délinquants dangereux. Cette conclusion, parfaitement claire, n'est selon la Cour nullement remise en cause par le fait que la détention de sûreté a été créée en droit pénal allemand, ainsi que le requérant l'a signalé, par la loi du 24 novembre 1933 sur les délinquants d'habitude, c'est-à-dire sous le régime nazi. Ainsi que la Commission l'a dit dès 1971 (*X c. Allemagne*, décision précitée), les dispositions sur la détention de sûreté ont été confirmées par le législateur allemand, et ce à plusieurs reprises, après 1945.

126. Toutefois, comme cela a été rappelé (paragraphe 120 ci-dessus), la notion de « peine » énoncée à l'article 7 possède une portée autonome, et c'est donc à la Cour, sans qu'elle soit liée par la qualification de la mesure en droit interne, qu'il appartient de décider si une mesure donnée doit passer pour une peine. La Cour observe à cet égard que le même type de mesure peut être qualifié de peine dans un Etat et de mesure de sûreté à laquelle ne s'applique pas le principe de légalité des peines (*nulla poena sine lege*) dans un autre – et c'est d'ailleurs le cas. En effet, la « mise à la disposition du gouvernement » des récidivistes et délinquants d'habitude en Belgique, par exemple, qui ressemble par beaucoup d'aspects à la détention de sûreté prévue en droit allemand, était considérée comme une peine en droit belge (*Van Droogenbroeck*, précité, § 19). Quant au Conseil constitutionnel français, il a jugé dans sa décision du 21 février 2008 (n° 2008-562 DC) que la rétention de sûreté récemment créée en droit français ne pouvait passer pour une peine mais ne pouvait quand même pas être ordonnée rétroactivement eu égard notamment à sa durée illimitée (paragraphe 75 ci-dessus – voir un autre exemple au paragraphe 74 ci-dessus).

127. La Cour va donc se pencher plus avant sur la nature de la détention de sûreté. Elle relève d'emblée que, tout comme une peine d'emprisonnement, la détention de sûreté entraîne une privation de liberté. De plus, eu égard aux modalités d'exécution en pratique en Allemagne des ordonnances de placement en détention de sûreté par comparaison à celles des peines d'emprisonnement ordinaires, il est frappant de constater

que les personnes en détention de sûreté sont incarcérées dans des prisons ordinaires, même si elles le sont dans des ailes séparées. Les modifications minimales dont elles bénéficient par rapport au régime de détention des détenus ordinaires purgeant leur peine, comme des privilèges tels que le droit de porter leurs propres vêtements et d'aménager leurs cellules plus confortablement, ne sauraient cacher qu'il n'existe aucune différence fondamentale entre l'exécution d'une peine d'emprisonnement et celle d'une ordonnance de placement en détention de sûreté. En témoigne aussi le fait que la loi sur l'exécution des peines contient très peu de dispositions consacrées expressément à l'exécution des ordonnances de placement en détention de sûreté et que, en dehors de celles-ci, ce sont celles relatives à l'exécution des peines d'emprisonnement qui s'appliquent *mutatis mutandis* (articles 129 à 135 de ladite loi – paragraphes 64-65 ci-dessus).

128. En outre, eu égard à la situation que connaissent concrètement les personnes en détention de sûreté, la Cour ne saurait souscrire à l'argument du Gouvernement (paragraphe 113 ci-dessus) selon lequel la détention de sûreté ne vise qu'un but purement préventif et nullement un but punitif. Elle note que, conformément à l'article 66 du code pénal, seules peuvent être placées en détention de sûreté les personnes qui ont été condamnées à plusieurs reprises pour des infractions pénales d'une certaine gravité. Elle observe notamment qu'il ne semble exister aucun instrument, mesure ou établissement spécialisés, en dehors de ceux prévus pour les détenus ordinaires condamnés à de longues peines, qui soient destinés aux personnes se trouvant en détention de sûreté et visent à réduire le danger qu'elles représentent et ainsi à limiter la durée de leur détention à la période minimale strictement nécessaire pour les empêcher de commettre de nouvelles infractions.

129. La Cour approuve tant les conclusions du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe (paragraphe 206 du rapport sur la visite qu'il a effectuée en Allemagne du 9 au 11 et du 15 au 20 octobre 2006 (CommDH(2007)14 du 11 juillet 2007), paragraphe 76 ci-dessus) que celles du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (le CPT) (paragraphe 100 du rapport au gouvernement allemand sur la visite qu'il a effectuée en Allemagne du 20 novembre au 2 décembre 2005 (CPT/Inf (2007) 18 du 18 avril 2007) – «le rapport du CPT», paragraphe 77 ci-dessus), selon lesquelles les personnes en détention de sûreté ont particulièrement besoin de suivi et de soutien psychologiques en raison de la durée potentiellement illimitée de leur détention. Afin d'atteindre l'objectif consistant à prévenir la criminalité, il faudrait, comme le CPT le déclare de manière convaincante (*ibidem*), «un niveau élevé de soins, avec une équipe pluridisciplinaire, un travail intensif à caractère individuel avec les détenus (grâce à des plans individualisés préparés

rapidement), dans un cadre cohérent destiné à assurer une progression en vue de la libération, laquelle doit constituer une possibilité réelle». La Cour considère que les personnes en détention de sûreté doivent bénéficier de pareils soutien et soins si l'on veut véritablement s'efforcer de réduire le risque qu'elles ne récidivent et ce, afin de contribuer à la prévention de la criminalité et rendre leur libération possible. La Cour ne perd pas de vue le fait que «le travail avec cette catégorie de détenus constitue le plus grand défi auquel doit faire face le personnel pénitentiaire» (paragraphe 100 du rapport du CPT, paragraphe 77 ci-dessus). Toutefois, vu la durée illimitée de la détention de sûreté, des efforts particuliers doivent être fournis pour prendre en charge ces détenus qui, en règle générale, ne sont pas en mesure de réaliser par eux-mêmes les progrès nécessaires à leur libération. La Cour constate actuellement une absence de mesures complémentaires et de fond – autres que celles prévues pour tous les détenus ordinaires purgeant une peine d'emprisonnement de longue durée dans un but punitif – visant à prévenir la récidive chez ces personnes.

130. En outre, conformément aux articles 2 et 129 de la loi sur l'exécution des peines, l'exécution tant des peines que des mesures d'amendement et de prévention vise deux objectifs, à savoir protéger la collectivité et aider le détenu à devenir capable de mener une vie responsable en société à sa sortie de prison. Même si l'on peut dire que les peines ont principalement un but punitif tandis que les mesures d'amendement et de prévention visent essentiellement la prévention, il n'en demeure pas moins que les objectifs de ces sanctions se recoupent en partie. Par ailleurs, en raison de sa durée illimitée, la détention de sûreté peut tout à fait se comprendre comme une punition supplémentaire pour l'infraction commise et comporte à l'évidence un élément de dissuasion. Quoi qu'il en soit, comme la Cour l'a déjà dit, l'objectif de prévention peut aussi se concilier avec celui de répression et peut être considéré comme l'un des éléments constitutifs de la notion même de peine (*Welch*, précité, § 30).

131. Pour ce qui est des procédures associées à l'adoption et à l'exécution des ordonnances de placement en détention de sûreté, la Cour observe que cette mesure est ordonnée par les juridictions de jugement (pénales). Son exécution est fixée par les tribunaux de l'exécution des peines, qui font aussi partie du système de la justice pénale, dans le cadre d'une procédure distincte.

132. Enfin, quant à la gravité de la détention de sûreté – qui n'est pas un critère décisif en soi (paragraphe 120 ci-dessus) – la Cour observe qu'il s'agit d'une mesure qui, depuis l'amendement de la loi intervenu en 1998, ne connaît plus de limite de durée. En outre, l'octroi d'un sursis avec mise à l'épreuve est subordonné à un constat d'un tribunal selon lequel il ne subsiste

pas de risque que le détenu commette de nouvelles infractions (graves) (article 67d du code pénal – paragraphe 53 ci-dessus), condition qui peut être difficile à remplir (voir à cet égard le constat du Commissaire aux droits de l'homme selon lequel il est « impossible de prévoir avec certitude si une personne récidivera » – paragraphe 203 du rapport cité au paragraphe 76 ci-dessus). Force est donc pour la Cour de constater que cette mesure paraît être l'une des plus graves – sinon la plus grave – de celles prévues par le code pénal allemand. Elle note à cet égard que le requérant a eu beaucoup plus à pâtir de la prolongation de sa détention de sûreté – dont la durée est à ce jour plus de trois fois supérieure à celle de la peine d'emprisonnement – que de la peine d'emprisonnement proprement dite.

133. Eu égard à ce qui précède, la Cour, après être allée au-delà des apparences et avoir procédé à sa propre analyse, conclut que la détention de sûreté prévue par le code pénal allemand doit être qualifiée de « peine » aux fins de l'article 7 § 1 de la Convention.

134. Elle rappelle par ailleurs avoir établi dans sa jurisprudence une distinction entre une mesure constituant en substance une « peine » – et à laquelle s'applique le principe absolu de la non-rétroactivité de la loi pénale – et une mesure relative à l'« exécution » ou à l'« application » de la « peine » (paragraphe 121 ci-dessus). Il lui faut donc déterminer si une mesure qui transforme une détention de durée limitée en une détention de durée illimitée constitue en substance une peine supplémentaire ou bien si elle n'a trait qu'à l'exécution ou à l'application de la peine applicable à l'époque où le requérant a commis l'infraction pour laquelle il a été condamné.

135. La Cour observe que, d'après le Gouvernement, la juridiction de jugement ayant ordonné le placement du requérant en détention de sûreté sans indiquer de limite de durée, la prolongation de cette mesure ne se rapporte qu'à l'exécution de la sentence rendue. La Cour n'est pas convaincue par cet argument. Ainsi qu'elle l'a déjà dit (paragraphe 99-101 et 123 ci-dessus), à l'époque où le requérant a commis son infraction, il découlait de l'ordonnance de placement en détention de sûreté émise par la juridiction de jugement, combinée avec l'article 67d § 1 du code pénal alors en vigueur, que le requérant ne pouvait être maintenu en détention de sûreté au-delà d'une limite de dix ans. La prolongation de la détention de sûreté du requérant par les tribunaux de l'exécution des peines à la suite de l'amendement de l'article 67d du code pénal ne concerne donc pas seulement l'exécution de la peine (détention de sûreté de dix ans au maximum) infligée au requérant conformément à la loi applicable au moment de la commission de l'infraction. Il s'agit au contraire d'une peine supplémentaire qui a été prononcée contre lui rétroactivement, en vertu d'une loi entrée en vigueur après que le requérant eut commis une infraction.

136. A cet égard, il convient là encore de distinguer l'espèce de l'affaire *Kafkaris* (précitée). M. Kafkaris avait été condamné à la réclusion à perpétuité en vertu de la loi pénale applicable à l'époque de la commission de l'infraction. Or on ne saurait dire qu'à l'époque des faits, une peine perpétuelle pouvait manifestement s'entendre comme équivalant à une peine d'emprisonnement de vingt ans (*ibidem*, §§ 143 et suiv.). En l'espèce, en revanche, les dispositions de droit pénal applicables au moment de la commission de l'infraction fixaient de manière parfaitement claire et non ambiguë la durée d'un premier placement en détention de sûreté à dix ans au maximum.

137. Eu égard à ce qui précède, la Cour conclut qu'il y a eu violation de l'article 7 § 1 de la Convention.

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

138. 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

139. Le requérant réclame au moins 172 000 euros (EUR) pour dommage moral en compensation de la longue période de détention irrégulière qu'il subit depuis 2001 en méconnaissance flagrante des articles 5 et 7 de la Convention et alors même qu'il a engagé de nombreuses et longues procédures devant les juridictions internes pour tenter d'obtenir sa libération. Il cite à cet égard le montant de la réparation accordée par la Cour dans les affaires *Karataş c. Turquie* ([GC], n° 23168/94, CEDH 1999-IV) et *Kokkinakis c. Grèce* (25 mai 1993, série A n° 260-A) et avance qu'il faudrait lui allouer 2 000 EUR par mois, ce qui correspond au salaire mensuel moyen en Allemagne. Pour dommage matériel, le requérant déclare qu'il a bénéficié de l'assistance judiciaire au cours de la procédure interne. L'avocat de l'intéressé demande que la somme éventuellement accordée soit versée sur son propre compte bancaire, s'appuyant pour cela sur la procuration qui l'autorise notamment à percevoir les sommes à payer le cas échéant par la partie adverse.

140. Le Gouvernement considère que la somme réclamée par le requérant pour dommage moral est excessive. Il fait valoir que, en vertu de l'article 7 § 3 de la loi sur la réparation du chef de poursuites pénales (*Gesetz über die Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen*), il est prévu

de verser 11 EUR par jour en réparation d'une détention irrégulière. Il laisse à la Cour le soin de fixer un montant équitable.

141. La Cour rappelle avoir constaté que la détention du requérant au-delà du délai de dix ans a violé tant l'article 5 § 1 de la Convention que l'article 7 § 1, et que l'intéressé est donc détenu au mépris de la Convention depuis le 8 septembre 2001 (paragraphe 19 ci-dessus). Cette situation n'a pu manquer de provoquer un dommage moral, en l'occurrence des sentiments de détresse et de frustration, qui ne saurait être compensé par les seuls constats de violation. Eu égard à l'ensemble des circonstances de la cause et statuant en équité, la Cour alloue au requérant 50 000 EUR de ce chef, plus toute somme pouvant être due à titre d'impôt. Vu la procuration soumise par l'avocat du requérant, qui l'autorise à percevoir les sommes à payer par la partie adverse, elle dit que la somme allouée à l'intéressé devra lui être versée sur le compte bancaire fiduciaire de son défenseur.

### **B. Frais et dépens**

142. Le requérant, qui a bénéficié de l'assistance judiciaire aussi bien devant les juridictions internes que devant la Cour, n'a pas soumis de prétentions au titre des frais et dépens. Partant, la Cour ne lui octroie aucune somme de ce chef.

### **C. Intérêts moratoires**

143. 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 5 § 1 de la Convention ;
2. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 7 § 1 de la Convention ;
3. *Dit*
  - a) que l'Etat défendeur doit verser au requérant, dans les trois mois à compter du jour où l'arrêt sera devenu définitif conformément à l'article 44 § 2 de la Convention, 50 000 EUR (cinquante mille euros) pour dommage moral, plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt, à verser sur le compte bancaire fiduciaire de son avocat ;
  - b) qu'à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement, ce montant sera à majorer d'un intérêt simple à un taux égal à celui de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne applicable pendant cette période, augmenté de trois points de pourcentage ;

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

Fait en anglais et 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

SEJDIĆ AND FINCI v. BOSNIA AND HERZEGOVINA  
*(Applications nos. 27996/06 and 34836/06)*

GRAND CHAMBER<sup>1</sup>

JUDGMENT OF 22 DECEMBER 2009

---

1. Judgment delivered by the Grand Chamber following relinquishment of jurisdiction by a Chamber in accordance with Article 30 of the Convention.



SUMMARY<sup>1</sup>**Ineligibility of members of certain minority communities for political office****Article 14 of the Convention in conjunction with Article 3 of Protocol No. 1**

*Discrimination – Race – Ineligibility of members of certain minority communities for political office – Parliamentary elections – Restoration of peace – Post-conflict society – Council of Europe standards regarding electoral legislation – Objective and reasonable justification*

**Article 1 of Protocol No. 12**

*General prohibition of discrimination – Race – Ineligibility of members of certain minority communities for political office – Presidential elections – “Right set forth by law”*

\*

\* \*

The applicants, who were both citizens of Bosnia and Herzegovina, were of Roma and Jewish origin respectively and held prominent public positions. At the time of the European Court’s judgment, Mr Sejdić was the Roma Monitor of the OSCE Mission to Bosnia and Herzegovina, whereas Mr Finči was the Ambassador of Bosnia and Herzegovina to Switzerland. Under the 1995 Constitution of Bosnia and Herzegovina – which formed an annex to the 1995 Dayton Agreement – only Bosniacs, Croats and Serbs, described as “constituent peoples”, were eligible to stand for election to the tripartite State Presidency and the upper chamber of the State Parliament, the House of Peoples. The applicants complained that, despite possessing experience comparable to the highest elected officials in the country, they were prevented by the Constitution from being candidates for such posts solely on the grounds of their ethnic origin.

*Held*

(1) Article 14 in conjunction with Article 3 of Protocol No. 1 (election to the House of Peoples of Bosnia and Herzegovina): As the House of Peoples was composed of members appointed by the legislature of the two Entities of Bosnia and Herzegovina and enjoyed wide powers to control the passing of legislation, the Court held that election to the upper chamber of the Parliament fell within the ambit of Article 3

---

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

of Protocol No. 1. It reiterated that discrimination based solely on a person's race could not be objectively justified in today's democratic society. The applicants, who described themselves as being of Roma and Jewish origin respectively and who did not wish to declare affiliation with a "constituent people", had, as a result of constitutional provisions, been excluded from standing for election to the House of Peoples. Such exclusion pursued an aim broadly compatible with the general objectives of the Convention, namely the restoration of peace. When the impugned constitutional provisions were put in place they were designed to end a brutal conflict marked by genocide and "ethnic cleansing". The nature of the conflict had been such that the approval of the "constituent peoples" was necessary to ensure peace. This could explain the absence of representatives of the other communities – such as local Roma and Jewish communities – at the peace negotiations and the participants' preoccupation with effective equality between the "constituent peoples" in the post-conflict society. However, the Court could not but observe the significant positive developments in Bosnia and Herzegovina after the Dayton Agreement: in 2005 the former parties to the conflict had surrendered their control over the armed forces and transformed them into a small professional force; in 2006 Bosnia and Herzegovina had joined NATO's Partnership for Peace; in 2008 it had signed and ratified a Stabilisation and Association Agreement with the European Union; in March 2009 it had successfully amended the State Constitution for the first time; and it had recently been elected a member of the United Nations Security Council for a two-year term starting in January 2010. Moreover, by ratifying the Convention and its Protocols thereto in 2002 without any reservations, the respondent State had specifically undertaken to review, within one year, its electoral legislation with the help of the Venice Commission, and to bring it in line with the Council of Europe standards where necessary. A similar commitment had also been given when ratifying the Stabilisation and Association Agreement. Lastly, while it was true that the Convention itself did not require the respondent State to totally abandon the peculiar power-sharing system, the Opinions of the Venice Commission clearly demonstrated the existence of other mechanisms of power-sharing which did not automatically lead to the total exclusion of representatives of the other communities. In conclusion, the applicants' continued ineligibility to stand for election to the House of Peoples of Bosnia and Herzegovina lacked objective and reasonable justification.

*Conclusion:* violation (fourteen votes to three).

(2) Article 1 of Protocol No. 12 (election to the Presidency of Bosnia and Herzegovina): Whereas Article 14 of the Convention prohibited discrimination in the enjoyment of "the rights and freedoms set forth in [the] Convention", Article 1 of Protocol No. 12 extended the scope of protection to "any right set forth by law", thus introducing a general prohibition of discrimination. Therefore, whether or not elections to the Presidency fell within the scope of Article 3 of Protocol No. 1, this complaint concerned a "right set forth by law" and Article 1 of Protocol No. 12

was consequently applicable. The lack of a declaration of affiliation by the present applicants with a “constituent people” had also rendered them ineligible to stand for election to the Presidency. Since the notions of discrimination prohibited by Article 14 and by Article 1 of Protocol No. 12 were to be interpreted in the same manner, for the same reasons the constitutional provisions which had rendered the applicants ineligible for election to the Presidency must also be considered discriminatory.

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

Article 41: The Court held that the finding of a violation constituted in itself sufficient just satisfaction in respect of any non-pecuniary damage. It made awards in respect of costs and expenses.

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

*Case “relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium” v. Belgium* (merits), 23 July 1968, Series A no. 6

*Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, 28 May 1985, Series A no. 94

*Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium*, 2 March 1987, Series A no. 113

*Petrovic v. Austria*, 27 March 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-II

*Matthews v. the United Kingdom* [GC], no. 24833/94, ECHR 1999-I

*Thlimmenos v. Greece* [GC], no. 34369/97, ECHR 2000-IV

*Sahin v. Germany* [GC], no. 30943/96, ECHR 2003-VIII

*Boškoski v. “the former Yugoslav Republic of Macedonia”* (dec.), no. 11676/04, ECHR 2004-VI

*Nachova and Others v. Bulgaria* [GC], nos. 43577/98 and 43579/98, ECHR 2005-VII

*Stec and Others v. the United Kingdom* (dec.) [GC], nos. 65731/01 and 65900/01, ECHR 2005-X

*Timishev v. Russia*, nos. 55762/00 and 55974/00, ECHR 2005-XII

*D.H. and Others v. the Czech Republic* [GC], no. 57325/00, ECHR 2007-IV

*E.B. v. France* [GC], no. 43546/02, 22 January 2008

*Andrejeva v. Latvia* [GC], no. 55707/00, ECHR 2009

*Glor v. Switzerland*, no. 13444/04, ECHR 2009



**In the case of Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina,**

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

Jean-Paul Costa, *President*,

Christos Rozakis,

Nicolas Bratza,

Peer Lorenzen,

Françoise Tulkens,

Josep Casadevall,

Giovanni Bonello,

Lech Garlicki,

Khanlar Hajiyev,

Ljiljana Mijović,

Egbert Myjer,

David Thór Björgvinsson,

George Nicolaou,

Luis López Guerra,

Ledi Bianku,

Ann Power,

Mihai Poalelungi, *judges*,

and Vincent Berger, *Jurisconsult*,

Having deliberated in private on 3 June and 25 November 2009,

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

## PROCEDURE

1. The case originated in two applications (nos. 27996/06 and 34836/06) against Bosnia and Herzegovina lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by two citizens of Bosnia and Herzegovina, Mr Dervo Sejdić and Mr Jakob Finci (“the applicants”), on 3 July and 18 August 2006 respectively.

2. The applicants complained of their ineligibility to stand for election to the House of Peoples and the Presidency of Bosnia and Herzegovina on the ground of their Roma and Jewish origin. They relied on Articles 3, 13 and 14 of the Convention, Article 3 of Protocol No. 1 and Article 1 of Protocol No. 12.

3. The applications were allocated to the Fourth Section of the Court (Rule 52 § 1 of the Rules of Court). On 11 March 2008 a Chamber of that

Section decided to give notice of the applications to the Government. Under the provisions of Article 29 § 3 of the Convention, it decided to examine the merits of the applications at the same time as their admissibility. On 10 February 2009 the Chamber, composed of Nicolas Bratza, Lech Garlicki, Giovanni Bonello, Ljiljana Mijović, Davíd Thór Björgvinsson, Ledi Bianku and Mihai Poalelungi, judges, and Fatoş Aracı, Deputy Section Registrar, relinquished jurisdiction in favour of the Grand Chamber, none of the parties having objected to relinquishment (Article 30 of the Convention and Rule 72). The composition of the Grand Chamber was determined according to the provisions of Article 27 §§ 2 and 3 of the Convention and Rule 24.

4. The parties filed observations on the admissibility and merits. Third-party comments were also received from the Venice Commission, the AIRE Centre and the Open Society Justice Initiative, which had been given leave to intervene in the written procedure (Article 36 § 2 of the Convention and Rule 44 § 2).

5. A hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 3 June 2009 (Rule 54 § 3).

There appeared before the Court:

(a) *for the Government*

Ms Z. Ibrahimović,  
Ms B. Skalonjić,  
Mr F. Turčinović,

*Deputy Agent,  
Assistant Agent,  
Adviser;*

(b) *for the applicants*

Mr F.J. Leon Diaz,  
Ms S.P. Rosenberg,  
Mr C. Baldwin,

*Counsel.*

The Court heard addresses by Ms Ibrahimović, Mr Leon Diaz, Ms Rosenberg and Mr Baldwin. The second applicant was also present at the hearing.

## THE FACTS

### I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

#### **A. Relevant background to the present case**

6. The Constitution of Bosnia and Herzegovina (hereinafter referred to as “the Constitution” or “the State Constitution” when it is necessary to

distinguish it from the Entity Constitutions) is an annex to the 1995 General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina (“the Dayton Agreement”), initialled at Dayton on 21 November 1995 and signed in Paris on 14 December 1995. Since it was part of a peace treaty, the Constitution was drafted and adopted without the application of procedures which could have provided democratic legitimacy. It constitutes the unique case of a constitution which was never officially published in the official languages of the country concerned but was agreed and published in a foreign language, English. The Constitution confirmed the continuation of the legal existence of Bosnia and Herzegovina as a State, while modifying its internal structure. In accordance with the Constitution, Bosnia and Herzegovina consists of two Entities: the Federation of Bosnia and Herzegovina and the Republika Srpska. The Dayton Agreement failed to resolve the Inter-Entity Boundary Line in the Brčko area, but the parties agreed to a binding arbitration in this regard (Article V of Annex 2 to the Dayton Agreement). Pursuant to an arbitral award of 5 March 1999, the Brčko District has been created under the exclusive sovereignty of the State.

7. In the Preamble to the Constitution, Bosniacs, Croats and Serbs are described as “constituent peoples”. At the State level, power-sharing arrangements were introduced, making it impossible to adopt decisions against the will of the representatives of any “constituent people”, including a vital interest veto, an Entity veto, a bicameral system (with a House of Peoples composed of five Bosniacs and the same number of Croats from the Federation of Bosnia and Herzegovina and five Serbs from the Republika Srpska) as well as a collective Presidency of three members with a Bosniac and a Croat from the Federation of Bosnia and Herzegovina and a Serb from the Republika Srpska (for more details, see paragraphs 12 and 22 below).

### **B. The present case**

8. The applicants were born in 1956 and 1943 respectively. They have held and still hold prominent public positions. Mr Sejdić is now the Roma Monitor of the Organisation on Security and Cooperation in Europe (OSCE) Mission to Bosnia and Herzegovina, having previously served as a member of the Roma Council of Bosnia and Herzegovina (the highest representative body of the local Roma community) and a member of the Advisory Committee for Roma (a joint body comprising representatives of the local Roma community and of the relevant ministries). Mr Finči is now serving as the Ambassador of Bosnia and Herzegovina to Switzerland, having previously held positions that included being the President of the

Inter-Religious Council of Bosnia and Herzegovina and the Head of the State Civil Service Agency.

9. The applicants describe themselves to be of Roma and Jewish origin respectively. Since they do not declare affiliation with any of the “constituent peoples”, they are ineligible to stand for election to the House of Peoples (the second chamber of the State Parliament) and the Presidency (the collective Head of State). Mr Finci obtained official confirmation in this regard on 3 January 2007.

## II. RELEVANT INTERNATIONAL AND DOMESTIC LAW AND PRACTICE

### A. The Dayton Agreement

10. The Dayton Agreement, initialled at the Wright-Patterson Air Force Base near Dayton (the United States of America) on 21 November 1995 and signed in Paris (France) on 14 December 1995, was the culmination of some forty-four months of intermittent negotiations under the auspices of the International Conference on the former Yugoslavia and the Contact Group. It entered into force on the latter date and contains twelve annexes.

#### 1. *Annex 4 (the Constitution of Bosnia and Herzegovina)*

11. The Constitution makes a distinction between “constituent peoples” (persons who declare affiliation with Bosniacs<sup>1</sup>, Croats and Serbs) and “others” (members of ethnic minorities and persons who do not declare affiliation with any particular group because of intermarriage, mixed parenthood, or other reasons). In the former Yugoslavia, a person’s ethnic affiliation was decided solely by that person, through a system of self-classification. Thus, no objective criteria, such as knowledge of a certain language or belonging to a specific religion were required. There was also no requirement of acceptance by other members of the ethnic group in question. The Constitution contains no provisions regarding the determination of one’s ethnicity: it appears that it was assumed that the traditional self-classification would suffice.

12. Only persons declaring affiliation with a “constituent people” are entitled to run for the House of Peoples (the second chamber of the State Parliament) and the Presidency (the collective Head of State). The following are the relevant provisions of the Constitution:

1. Bosniacs were known as Muslims until the 1992-95 war. The term “Bosniacs” (*Bošnjaci*) should not be confused with the term “Bosnians” (*Bosanci*) which is commonly used to denote citizens of Bosnia and Herzegovina irrespective of their ethnic origin.

#### Article IV

“The Parliamentary Assembly shall have two chambers: the House of Peoples and the House of Representatives.

1. **House of Peoples.** The House of Peoples shall comprise 15 delegates, two-thirds from the Federation (including five Croats and five Bosniacs) and one-third from the Republika Srpska (five Serbs).

(a) The designated Croat and Bosniac delegates from the Federation shall be selected respectively by the Croat and Bosniac delegates to the House of Peoples of the Federation<sup>1</sup>. Delegates from the Republika Srpska shall be selected by the National Assembly of the Republika Srpska<sup>2</sup>.

(b) Nine members of the House of Peoples shall comprise a quorum, provided that at least three Bosniac, three Croat, and three Serb delegates are present.

2. **House of Representatives.** The House of Representatives shall comprise 42 members, two-thirds elected from the territory of the Federation, one-third from the territory of the Republika Srpska.

(a) Members of the House of Representatives shall be directly elected from their Entity in accordance with an election law to be adopted by the Parliamentary Assembly. The first election, however, shall take place in accordance with Annex 3 to the General Framework Agreement.

(b) A majority of all members elected to the House of Representatives shall comprise a quorum.

3. **Procedures.**

(a) Each chamber shall be convened in Sarajevo not more than 30 days after its selection or election.

(b) Each chamber shall by majority vote adopt its internal rules and select from its members one Serb, one Bosniac, and one Croat to serve as its Chair and Deputy Chairs, with the position of Chair rotating among the three persons selected.

(c) All legislation shall require the approval of both chambers.

(d) All decisions in both chambers shall be by majority of those present and voting. The delegates and members shall make their best efforts to see that the majority includes at least one-third of the votes of delegates or members from the territory of each Entity. If a majority vote does not include one-third of the votes of delegates or members from the territory of each Entity, the chair and deputy chairs shall meet as a commission and attempt to obtain approval within three days of the vote. If those efforts fail, decisions shall be taken by a majority of those present and voting,

---

1. Members of the House of Peoples of the Federation of Bosnia and Herzegovina are appointed by the cantonal parliaments (the Federation of Bosnia and Herzegovina consists of ten cantons). Members of the cantonal parliaments are directly elected.

2. Members of the National Assembly of the Republika Srpska are directly elected.

provided that the dissenting votes do not include two-thirds or more of the delegates or members elected from either Entity.

(e) A proposed decision of the Parliamentary Assembly may be declared to be destructive of a vital interest of the Bosniac, Croat, or Serb people by a majority of, as appropriate, the Bosniac, Croat, or Serb delegates selected in accordance with paragraph 1 (a) above. Such a proposed decision shall require for approval in the House of Peoples a majority of the Bosniac, of the Croat, and of the Serb delegates present and voting.

(f) When a majority of the Bosniac, of the Croat, or of the Serb delegates objects to the invocation of paragraph (e), the chair of the House of Peoples shall immediately convene a joint commission comprising three delegates, one each selected by the Bosniac, by the Croat, and by the Serb delegates, to resolve the issue. If the commission fails to do so within five days, the matter will be referred to the Constitutional Court, which shall in an expedited process review it for procedural regularity.

(g) The House of Peoples may be dissolved by the Presidency or by the House itself, provided that the House's decision to dissolve is approved by a majority that includes the majority of delegates from at least two of the Bosniac, Croat, or Serb peoples. The House of Peoples elected in the first elections after the entry into force of this Constitution may not, however, be dissolved.

(h) Decisions of the Parliamentary Assembly shall not take effect before publication.

(i) Both chambers shall publish a complete record of their deliberations and shall, save in exceptional circumstances in accordance with their rules, deliberate publicly.

(j) Delegates and members shall not be held criminally or civilly liable for any acts carried out within the scope of their duties in the Parliamentary Assembly.

4. **Powers.** The Parliamentary Assembly shall have responsibility for:

(a) Enacting legislation as necessary to implement decisions of the Presidency or to carry out the responsibilities of the Assembly under this Constitution.

(b) Deciding upon the sources and amounts of revenues for the operations of the institutions of Bosnia and Herzegovina and international obligations of Bosnia and Herzegovina.

(c) Approving a budget for the institutions of Bosnia and Herzegovina.

(d) Deciding whether to consent to the ratification of treaties.

(e) Such other matters as are necessary to carry out its duties or as are assigned to it by mutual agreement of the Entities.”

### Article V

“The Presidency of Bosnia and Herzegovina shall consist of three members: one Bosniac and one Croat, each directly elected from the territory of the Federation, and one Serb directly elected from the territory of the Republika Srpska.

### 1. **Election and Term.**

(a) Members of the Presidency shall be directly elected in each Entity (with each voter voting to fill one seat on the Presidency) in accordance with an election law adopted by the Parliamentary Assembly. The first election, however, shall take place in accordance with Annex 3 to the General Framework Agreement. Any vacancy in the Presidency shall be filled from the relevant Entity in accordance with a law to be adopted by the Parliamentary Assembly.

(b) The term of the members of the Presidency elected in the first election shall be two years; the term of members subsequently elected shall be four years. Members shall be eligible to succeed themselves once and shall thereafter be ineligible for four years.

### 2. **Procedures.**

(a) The Presidency shall determine its own rules of procedure, which shall provide for adequate notice of all meetings of the Presidency.

(b) The members of the Presidency shall appoint from their members a chair. For the first term of the Presidency, the chair shall be the member who received the highest number of votes. Thereafter, the method of selecting the chair, by rotation or otherwise, shall be determined by the Parliamentary Assembly, subject to Article IV § 3.

(c) The Presidency shall endeavour to adopt all Presidency decisions (i.e. those concerning matters arising under Article V § 3 (a)-(e)) by consensus. Such decisions may, subject to paragraph (d) below, nevertheless be adopted by two members when all efforts to reach consensus have failed.

(d) A dissenting member of the Presidency may declare a Presidency decision to be destructive of a vital interest of the Entity from the territory from which he was elected, provided that he does so within three days of its adoption. Such a decision shall be referred immediately to the National Assembly of the Republika Srpska, if the declaration was made by the member from that territory; to the Bosniac delegates of the House of Peoples of the Federation, if the declaration was made by the Bosniac member; or to the Croat delegates of that body, if the declaration was made by the Croat member. If the declaration is confirmed by a two-thirds vote of those persons within ten days of the referral, the challenged Presidency decision shall not take effect.

### 3. **Powers.** The Presidency shall have responsibility for:

(a) Conducting the foreign policy of Bosnia and Herzegovina.

(b) Appointing ambassadors and other international representatives of Bosnia and Herzegovina, no more than two-thirds of whom may be selected from the territory of the Federation.

(c) Representing Bosnia and Herzegovina in international and European organisations and institutions and seeking membership in such organisations and institutions of which Bosnia and Herzegovina is not a member.

- (d) Negotiating, denouncing, and, with the consent of the Parliamentary Assembly, ratifying treaties of Bosnia and Herzegovina.
- (e) Executing decisions of the Parliamentary Assembly.
- (f) Proposing, upon the recommendation of the Council of Ministers, an annual budget to the Parliamentary Assembly.
- (g) Reporting as requested, but not less than annually, to the Parliamentary Assembly on expenditures by the Presidency.
- (h) Coordinating as necessary with international and non-governmental organisations in Bosnia and Herzegovina.
- (i) Performing such other functions as may be necessary to carry out its duties, as may be assigned to it by the Parliamentary Assembly, or as may be agreed by the Entities.”

13. The constitutional arrangements contested in the present case were not included in the Agreed Basic Principles which constituted the basic outline for what the future Dayton Agreement would contain (see paragraphs 6.1 and 6.2 of the Further Agreed Basic Principles of 26 September 1995). Reportedly, the international mediators reluctantly accepted these arrangements at a later stage because of strong demands to this effect from some of the parties to the conflict (see Nystuen<sup>1</sup>, *Achieving Peace or Protecting Human Rights? Conflicts between Norms Regarding Ethnic Discrimination in the Dayton Peace Agreement*, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, p. 192, and O’Brien<sup>2</sup>, *The Dayton Agreement in Bosnia: Durable Cease-Fire, Permanent Negotiation*, in Zartman and Kremenjuk (eds), *Peace versus Justice: Negotiating Forward- and Backward-Looking Outcomes*, Rowman & Littlefield Publishers, 2005, p. 105).

14. Fully aware that these arrangements were most probably conflicting with human rights, the international mediators considered it to be especially important to make the Constitution a dynamic instrument and provide for their possible phasing out. Article II § 2 of the Constitution was therefore inserted (see Nystuen, cited above, p. 100). It reads as follows:

“The rights and freedoms set forth in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and its Protocols shall apply directly in Bosnia and Herzegovina. These shall have priority over all other law.”

1. Ms Nystuen participated in the Dayton negotiations and the preceding constitutional discussions as a legal adviser to the European Union Co-Chairman of the International Conference on the former Yugoslavia, Mr Bildt, who was heading the European Union delegation within the Contact Group. Thereafter, until 1997, she worked as a legal adviser to Mr Bildt in his capacity as High Representative for Bosnia and Herzegovina.

2. Mr O’Brien participated in the Dayton negotiations as a Contact Group lawyer, as well as in most major negotiations concerning the former Yugoslavia from 1994 to 2001.

While the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina, in decisions nos. U 5/04 of 31 March 2006 and U 13/05 of 26 May 2006, held that the European Convention on Human Rights did not have priority over the Constitution, it came to a different conclusion in decision no. AP 2678/06 of 29 September 2006. In the latter decision, it examined a discrimination complaint concerning the appellant's ineligibility to stand for election to the Presidency on the ground of his ethnic origin (a Bosniac from the Republika Srpska) and rejected it on the merits. The relevant part of the majority opinion reads as follows (the translation has been provided by the Constitutional Court):

“18. The appellants argue that their rights have been violated, taking into account the fact that Article II § 2 of the Constitution of Bosnia and Herzegovina stipulates that the rights and freedoms set forth in the European Convention and its Protocols shall apply directly in Bosnia and Herzegovina and that they shall have priority over all other law. Therefore, the appellants are of the opinion that the candidacy of Ilijaz Pilav for a member of the Presidency of Bosnia and Herzegovina was rejected exclusively based on his national/ethnic origin in which they see a violation of Article 1 of Protocol No. 12 to the European Convention which guarantees that the enjoyment of any right set forth by law shall be secured without discrimination and that no one shall be discriminated against by any public authority on any ground including the national/ethnic origin.

...

22. There is no dispute that the provision of Article V of the Constitution of Bosnia and Herzegovina, as well as the provision of Article 8 of the Election Act 2001 have a restrictive character in a way that they restrict the rights of citizens with respect to the candidacy of Bosniacs and Croats from the territory of the Republika Srpska and the Serbs from the territory of the Federation of Bosnia and Herzegovina to stand for election as members of the Presidency of Bosnia and Herzegovina. However, the purpose of those provisions is strengthening of the position of constituent peoples in order to secure that the Presidency is composed of the representatives from amongst these three constituent peoples. Taking into account the current situation in Bosnia and Herzegovina, the restriction imposed by the Constitution and Election Act 2001, which exist with respect to the appellants' rights in terms of differential treatment of the appellant's candidacy in relation to the candidacy of other candidates who are Serbs and are directly elected from the territory of the Republika Srpska, is justified at this moment, since there is a reasonable justification for such treatment. Therefore, given the current situation in Bosnia and Herzegovina and specific nature of its constitutional order as well as bearing in mind the current constitutional and law arrangements, the challenged decisions of the Court of Bosnia and Herzegovina and the Central Election Commission did not violate the appellants' rights under Article 1 of Protocol No. 12 to the European Convention and Article 25 of the International Covenant on Civil and Political Rights since the mentioned decisions are not arbitrary and are based on the law. It means that they serve a legitimate aim, that they are reasonably justified and that they do not place an excessive burden on the appellants given that

the restrictions imposed on the appellants' rights are proportional to the objectives of general community in terms of preservation of the established peace, continuation of dialogue, and consequently creation of conditions for amending the mentioned provisions of the Constitution of Bosnia and Herzegovina and Election Act 2001."

15. As regards amendments to the Constitution, its Article X provides as follows:

"1. Amendment procedure. This Constitution may be amended by a decision of the Parliamentary Assembly, including a two-thirds majority of those present and voting in the House of Representatives.

2. Human Rights and Fundamental Freedoms. No amendment to this Constitution may eliminate or diminish any of the rights and freedoms referred to in Article II of this Constitution or alter the present paragraph."

On 26 March 2009 the Parliamentary Assembly successfully amended the Constitution for the first time, in accordance with the above procedure. The amendment at issue concerned the status of the Brčko District.

*2. Annex 10 (the Agreement on Civilian Implementation)*

16. The Agreement on Civilian Implementation outlines the mandate of the High Representative – the international administrator for Bosnia and Herzegovina, established with the authorisation of the United Nations Security Council by an informal group of States actively involved in the peace process (called the Peace Implementation Council) as an enforcement measure under Chapter VII of the United Nations Charter (see United Nations Security Council Resolution 1031 of 15 December 1995).

17. It is well known that the High Representative's powers are extensive (see *Berić and Others v. Bosnia and Herzegovina* (dec.), nos. 36357/04 and others, 16 October 2007). On numerous occasions, he has imposed ordinary legislation and has amended the Entity Constitutions (the Entity Constitutions, as opposed to the State Constitution, are not part of the Dayton Agreement). Whether the High Representative's powers also cover the State Constitution is, however, less clear. The Dayton Agreement is silent on this matter, but an episode concerning a typing error in the State Constitution would suggest a negative answer. Several months after the entry into force of the Dayton Agreement, some of the international lawyers who had been present during the Dayton negotiations realised that a reference in Article V § 2 (c) was wrong (the reference to Article III § 1 (a)-(e) was meant to have been a reference to Article V § 3 (a)-(e)). In November 1996 the High Representative, Mr Bildt, wrote a letter to the Secretary of State of the United States of America, Mr Christopher, and proposed to correct the error by invoking Annex 10 to the Dayton Agreement. Mr Christopher considered that Mr Bildt's authority under Annex 10 did not extend to the

State Constitution (see the text of their correspondence in Nystuen, cited above, pp. 80-81). Shortly thereafter, the error was corrected without any formal decision: the High Representative simply informed the Presidency of Bosnia and Herzegovina and published a corrected version of the State Constitution. What is relevant to the present case is that the official position of High Representatives has ever since been that the State Constitution is beyond their reach. The speech by Lord Ashdown, in his capacity as High Representative, to the Venice Commission confirms this (see the Report from the 60th Plenary Session of the Venice Commission, CDL-PV(2004)003 of 3 November 2004, p. 18). The relevant part of his speech reads as follows:

“If Bosnia and Herzegovina wishes to join the [European Union] and NATO it will need a fully functioning State and nothing less. Bosnia and Herzegovina political leaders are already beginning to realise that they face a choice: to maintain the current constitution and pay the economic, social and political consequences, or make the constitutional changes required to make Bosnia and Herzegovina a stable, functional and prosperous country within the European Union.

I do not believe that the people of Bosnia and Herzegovina will accept that their constitution should be a barrier to their security and prosperity.

However, we cannot remove that barrier for them.

It has consistently been the view of [the] Peace Implementation Council and successive High Representatives, including me, that, provided the Parties observe Dayton – and there remains a question mark on this in respect of Republika Srpska’s compliance with The Hague, then the Constitution of Bosnia and Herzegovina should be changed only by the prescribed procedures by the Parliamentary Assembly of Bosnia and Herzegovina and not by the International Community. In other words, that, provided Dayton is observed, the powers of the High Representative begin and end with the Dayton texts, and that any alteration to the Constitution enshrined therein is a matter for the people of Bosnia and Herzegovina and their elected representatives to consider.”

## **B. The Election Act 2001**

18. The Election Act 2001 (published in Official Gazette of Bosnia and Herzegovina no. 23/01 of 19 September 2001, amendments published in Official Gazette nos. 7/02 of 10 April 2002, 9/02 of 3 May 2002, 20/02 of 3 August 2002, 25/02 of 10 September 2002, 4/04 of 3 March 2004, 20/04 of 17 May 2004, 25/05 of 26 April 2005, 52/05 of 2 August 2005, 65/05 of 20 September 2005, 77/05 of 7 November 2005, 11/06 of 20 February 2006, 24/06 of 3 April 2006, 32/07 of 30 April 2007, 33/08 of 22 April 2008 and 37/08 of 7 May 2008) entered into force on 27 September 2001. The relevant provisions of this Act provide:

**Section 1.4(1)**

“Each citizen of Bosnia and Herzegovina who has attained eighteen (18) years of age shall have the right to vote and to be elected pursuant to this law.”

**Section 4.8**

“In order to be certified for the elections, an independent candidate must present to the Central Election Commission his or her application for participation in the elections, which is to contain at least:

1. one thousand five hundred (1,500) signatures of registered voters for elections for members of the Presidency of Bosnia and Herzegovina; ...”

**Section 4.19(5-7)**

“The list of candidates shall contain the name and surname of every candidate on the list, their personal identification number (JMBG number), permanent residence address, declared affiliation with a particular ‘constituent people’ or the group of ‘others’, valid ID card number and place of issue, as well as a signature of the president of the political party or presidents of the political parties in the coalition. Each candidate’s declaration of acceptance of candidacy, a statement confirming the absence of impediments referred to in section 1.10(1)(4) of this Act and a statement indicating his or her property situation referred to in section 15.7 of this Act shall be attached to the list. The declaration and statements must be duly certified.

The declaration of affiliation with a particular ‘constituent people’ or the group of ‘others’ referred to in the paragraph [immediately] above shall be used for purposes of the exercise of the right to hold an elected or appointed position for which such declaration is required in the election cycle for which the list has been submitted.

A candidate shall be entitled not to declare his or her affiliation to a ‘constituent people’ or the group of ‘others’. However, any such failure to declare affiliation shall be considered as a waiver of the right to hold an elected or appointed position for which such declaration is required.”

**Section 8.1**

“The members of the Presidency of Bosnia and Herzegovina who are directly elected from the territory of the Federation of Bosnia and Herzegovina – one Bosniac and one Croat, shall be elected by voters registered to vote in the Federation of Bosnia and Herzegovina. A voter registered to vote in the Federation of Bosnia and Herzegovina may vote for either the Bosniac or Croat member of the Presidency, but not for both. The Bosniac and Croat member who receives the highest number of votes among candidates from the same constituent people shall be elected.

The member of the Presidency of Bosnia and Herzegovina who is directly elected from the territory of the Republika Srpska – a Serb – shall be elected by voters registered to vote in the Republika Srpska. The candidate who receives the highest number of votes shall be elected.

The mandate for the members of the Presidency of Bosnia and Herzegovina shall be four (4) years.”

#### **Section 9.12a**

“Croat and Bosniac delegates from the Federation of Bosnia and Herzegovina to the House of Peoples of Bosnia and Herzegovina shall be elected by the Croat and Bosniac caucus, as appropriate, in the House of Peoples of the Federation of Bosnia and Herzegovina.

Croat and Bosniac delegates to the House of Peoples of the Federation of Bosnia and Herzegovina shall elect delegates from their respective constituent people.

Serb delegates and delegates of the ‘others’ to the House of Peoples of the Federation of Bosnia and Herzegovina shall not participate in the process of electing Bosniac and Croat delegates for the House of Peoples of Bosnia and Herzegovina from the Federation of Bosnia and Herzegovina.

Delegates from the Republika Srpska (five Serbs) to the House of Peoples of Bosnia and Herzegovina shall be elected by the National Assembly of the Republika Srpska.

Bosniac and Croat delegates and delegates of the ‘others’ to the National Assembly of the Republika Srpska shall participate in the process of electing delegates from the Republika Srpska to the House of Peoples of Bosnia and Herzegovina.”

#### **Section 9.12c**

“Bosniac or Croat delegates to the House of Peoples of Bosnia and Herzegovina shall be elected in such a way that each political entity participating in the Bosniac or Croat caucus or each delegate from the Bosniac or the Croat caucus in the House of Peoples of the Federation of Bosnia and Herzegovina, shall have the right to nominate one or more candidates to the list for the election of Bosniac or Croat delegates to the House of Peoples of Bosnia and Herzegovina.

Each list may include more candidates than the number of delegates to be elected to the House of Peoples of Bosnia and Herzegovina.”

#### **Section 9.12e**

“Election of delegates from the Republika Srpska to the House of Peoples of Bosnia and Herzegovina shall be conducted in such a way that each political party or each delegate to the National Assembly of the Republika Srpska shall have the right to nominate one or more candidates to the list for the election of Serb delegates to the House of Peoples of Bosnia and Herzegovina.

Each list may include more candidates than the number of delegates to be elected to the House of Peoples of Bosnia and Herzegovina.”

### **C. The United Nations**

19. The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, adopted under the auspices of the United Nations on

21 December 1965, entered into force in respect of Bosnia and Herzegovina on 16 July 1993. The relevant part of its Article 1 provides:

“In this Convention, the term ‘racial discrimination’ shall mean any distinction, exclusion, restriction or preference based on race, colour, descent, or national or ethnic origin which has the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise, on an equal footing, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural or any other field of public life.”

The relevant parts of Article 5 of the Convention read as follows:

“In compliance with the fundamental obligations laid down in Article 2 of this Convention, States Parties undertake to prohibit and to eliminate racial discrimination in all its forms and to guarantee the right of everyone, without distinction as to race, colour, or national or ethnic origin, to equality before the law, notably in the enjoyment of the following rights:

...

(c) Political rights, in particular the right to participate in elections – to vote and to stand for election – on the basis of universal and equal suffrage, to take part in the government as well as in the conduct of public affairs at any level and to have equal access to public service;

...”

The Concluding Observations on Bosnia and Herzegovina of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, the body of independent experts set up to monitor the implementation of this treaty, read, in the relevant part, as follows (document CERD/C/BIH/CO/6 of 11 April 2006, paragraph 11):

“The Committee is deeply concerned that under Articles IV and V of the State Constitution, only persons belonging to a group considered by law to be one of Bosnia and Herzegovina’s ‘constituent peoples’ (Bosniaks, Croats, and Serbs), which group also constitutes the dominant majority within the Entity in which the person resides (e.g. Bosniaks and Croats within the Federation of Bosnia and Herzegovina, and Serbs within the Republika Srpska), can be elected to the House of Peoples and to the tripartite Presidency of Bosnia and Herzegovina. The existing legal structure therefore excludes from the House of Peoples and the Presidency all persons who are referred to as ‘Others’, that is persons belonging to national minorities or ethnic groups other than Bosniaks, Croats, or Serbs. Although the tripartite structure of the State Party’s principal political institutions may have been justified, or even initially necessary to establish peace following the armed conflict within the territory of the State Party, the Committee notes that legal distinctions that favour and grant special privileges and preferences to certain ethnic groups are not compatible with Articles 1 and 5 (c) of the Convention. The Committee further notes that this is especially true when the exigency for which the special privileges and preferences were undertaken has abated. (Articles 1 (4) and 5 (c)).

The Committee urges the State Party to proceed with amending the relevant provisions of the State Constitution and the Election Law, with a view to ensuring the equal enjoyment of the right to vote and to stand for election by all citizens irrespective of ethnicity.”

20. The International Covenant on Civil and Political Rights, adopted under the auspices of the United Nations on 16 December 1966, entered into force in respect of Bosnia and Herzegovina on 6 March 1992. The following are its relevant provisions:

#### **Article 2 § 1**

“Each State Party to the present Covenant undertakes to respect and to ensure to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction the rights recognised in the present Covenant, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.”

#### **Article 25**

“Every citizen shall have the right and the opportunity, without any of the distinctions mentioned in Article 2 and without unreasonable restrictions:

- (a) To take part in the conduct of public affairs, directly or through freely chosen representatives;
- (b) To vote and to be elected at genuine periodic elections which shall be by universal and equal suffrage and shall be held by secret ballot, guaranteeing the free expression of the will of the electors;
- (c) To have access, on general terms of equality, to public service in his country.”

#### **Article 26**

“All persons are equal before the law and are entitled without any discrimination to the equal protection of the law. In this respect, the law shall prohibit any discrimination and guarantee to all persons equal and effective protection against discrimination on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.”

The Concluding Observations on Bosnia and Herzegovina of the United Nations Human Rights Committee, the body of independent experts set up to monitor the implementation of this treaty, read, in the relevant part, as follows (document CCPR/C/BIH/CO/1 of 22 November 2006, paragraph 8):

“The Committee is concerned that after the rejection of the relevant constitutional amendment on 26 April 2006, the State Constitution and Election Law continue to exclude ‘Others’, i.e. persons not belonging to one of the State Party’s ‘constituent peoples’ (Bosniaks, Croats and Serbs), from being elected to the House of Peoples and to the tripartite Presidency of Bosnia and Herzegovina. (Articles 2, 25 and 26).

The State Party should reopen talks on the constitutional reform in a transparent process and on a wide participatory basis, including all stakeholders, with a view to adopting an electoral system that guarantees equal enjoyment of the rights under Article 25 of the Covenant to all citizens irrespective of ethnicity.”

#### **D. The Council of Europe**

21. In becoming a member of the Council of Europe in 2002, Bosnia and Herzegovina undertook to “review within one year, with the assistance of the European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), the electoral legislation in the light of Council of Europe standards, and to revise it where necessary” (see Opinion 234(2002) of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe of 22 January 2002, paragraph 15(iv)(b)). Thereafter, the Parliamentary Assembly of the Council of Europe has periodically reminded Bosnia and Herzegovina of this post-accession obligation and urged it to adopt a new constitution before October 2010 with a view to replacing “the mechanisms of ethnic representation by representation based on the civic principle, notably by ending the constitutional discrimination against ‘Others’” (see Resolution 1383 (2004) of 23 June 2004, paragraph 3; Resolution 1513 (2006) of 29 June 2006, paragraph 20; and Resolution 1626 (2008) of 30 September 2008, paragraph 8).

22. The Venice Commission, the Council of Europe’s advisory body on constitutional matters, adopted a number of Opinions in this connection.

The Opinion on the constitutional situation in Bosnia and Herzegovina and the powers of the High Representative (document CDL-AD(2005)004 of 11 March 2005) reads, in the relevant part, as follows:

“1. On 23 June 2004 the Parliamentary Assembly of the Council of Europe adopted Resolution 1384 on ‘Strengthening of democratic institutions in Bosnia and Herzegovina’. Paragraph 13 of the Resolution asks the Venice Commission to examine several constitutional issues in Bosnia and Herzegovina.

...

29. Bosnia and Herzegovina is a country in transition facing severe economic problems and desiring to take part in European integration. The country will only be able to cope with the numerous challenges resulting from this situation if there is a strong and effective government. The constitutional rules on the functioning of the State organs are however not designed to produce strong government but to prevent the majority from taking decisions adversely affecting other groups. It is understandable that in a post-conflict situation there was (and is) insufficient trust between ethnic groups to allow government on the basis of the majoritarian principle alone. In such a situation specific safeguards have to be found which ensure that all major groups, in Bosnia and Herzegovina the constituent peoples, can accept the constitutional rules and feel protected by them. As a consequence the Bosnia and

Herzegovina Constitution ensures the protection of the interests of the constituent peoples not only through territorial arrangements reflecting their interests but also through the composition of the State organs and the rules on their functioning. In such a situation, a balance has indeed to be struck between the need to protect the interests of all constituent peoples on the one hand and the need for effective government on the other. However, in the Bosnia and Herzegovina Constitution, there are many provisions ensuring the protection of the interests of the constituent peoples, *inter alia*: the vital interest veto in the Parliamentary Assembly, the two-chamber system and the collective Presidency on an ethnic basis. The combined effect of these provisions makes effective government extremely difficult, if not impossible. Hitherto the system has more or less functioned due to the paramount role of the High Representative. This role is however not sustainable.

The vital interest veto

30. The most important mechanism ensuring that no decisions are taken against the interest of any constituent people is the vital interest veto. If the majority of the Bosniac, Croat or Serb delegates in the House of Peoples declare that a proposed decision of the Parliamentary Assembly is destructive to a vital interest of their people, the majority of Bosniac, Serb and Croat delegates have to vote for the decision for it to be adopted. The majority of delegates from another people may object to the invocation of the clause. In this case a conciliation procedure is foreseen and ultimately a decision is taken by the Constitutional Court as to the procedural regularity of the invocation. It is noteworthy that the Constitution does not define the notion of vital interest veto, contrary to the Entity Constitutions which provide a (excessively broad) definition.

31. It is obvious, and was confirmed by many interlocutors, that this procedure entails a serious risk of blocking decision-making. Others argued that this risk should not be overestimated since the procedure has rarely been used and the Constitutional Court in a decision of 25 June 2004 started to interpret the notion [see decision U-8/04 on the vital interest veto against the Framework Law on Higher Education]. The decision indeed indicates that the Court does not consider that the vital interest is a purely subjective notion within the discretion of each member of parliament and which would not be subject to review by the Court. On the contrary, the Court examined the arguments put forward to justify the use of the vital interest veto, upheld one argument and rejected another.

32. The Commission is nevertheless of the opinion that a precise and strict definition of vital interest in the Constitution is necessary. The main problem with veto powers is not their use but their preventive effect. Since all politicians involved are fully conscious of the existence of the possibility of a veto, an issue with respect to which a veto can be expected will not even be put to the vote. Due to the existence of the veto, a delegation taking a particularly intransigent position and refusing to compromise is in a strong position. It is true that further case-law from the Constitutional Court may provide a definition of the vital interest and reduce the risks inherent in the mechanism. This may however take a long time and it also seems inappropriate to leave such a task with

major political implications to the Court alone without providing it with guidance in the text of the Constitution.

33. Under present conditions within Bosnia and Herzegovina, it seems unrealistic to ask for a complete abolition of the vital interest veto. The Commission nevertheless considers that it would be important and urgent to provide a clear definition of the vital interest in the text of the Constitution. This definition will have to be agreed by the representatives of the three constituent peoples but should not correspond to the present definition in the Entity Constitutions which allows practically anything being defined as vital interest. It should not be excessively broad but focus on rights of particular importance to the respective peoples, mainly in areas such as language, education and culture.

#### Entity veto

34. In addition to the vital interest veto, Article IV § 3 (d) of the Constitution provides for a veto by two-thirds of the delegation from either Entity. This veto, which in practice seems potentially relevant only for the Republika Srpska, appears redundant having regard to the existence of the vital interest veto.

#### Bicameral system

35. Article IV of the Constitution provides for a bicameral system with a House of Representatives and a House of Peoples both having the same powers. Bicameral systems are typical for federal States and it is therefore not surprising that the Bosnia and Herzegovina Constitution opts for two chambers. However, the usual purpose of the second chamber in federal States is to ensure a stronger representation of the smaller entities. One chamber is composed on the basis of population figures while in the other either all entities have the same number of seats (Switzerland, USA) or at least smaller entities are overrepresented (Germany). In Bosnia and Herzegovina this is quite different: in both chambers two-thirds of the members come from the Federation of Bosnia and Herzegovina, the difference being that in the House of Peoples only the Bosniacs and Croats from the Federation and the Serbs from the Republika Srpska are represented. The House of Peoples is therefore not a reflection of the federal character of the State but an additional mechanism favouring the interests of the constituent peoples. The main function of the House of Peoples under the Constitution is indeed as the chamber where the vital interest veto is exercised.

36. The drawback of this arrangement is that the House of Representatives becomes the chamber where legislative work is done and necessary compromises are made in order to achieve a majority. The role of the House of Peoples is only negative as a veto chamber, where members see as their task to exclusively defend the interests of their people without having a stake in the success of the legislative process. It would therefore seem preferable to move the exercise of the vital interest veto to the House of Representatives and abolish the House of Peoples. This would streamline procedures and facilitate the adoption of legislation without endangering the legitimate interests of any people. It would also solve the problem of the discriminatory composition of the House of Peoples.

#### The collective Presidency

37. Article V of the Constitution provides for a collective Presidency with one Bosniac, one Serb and one Croat member and a rotating chair. The Presidency endeavours to take its decisions by consensus (Article V § 2 (c)). In case of a decision by a majority, a vital interest veto can be exercised by the member in the minority.

38. A collective Presidency is a highly unusual arrangement. As regards the representational functions of Head of State, these are more easily carried out by one person. At the top of the executive there is already one collegiate body, the Council of Ministers, and adding a second collegiate body does not seem conducive to effective decision-making. This creates a risk of duplication of decision-making processes and it becomes difficult to distinguish the powers of the Council of Ministers and of the Presidency. Moreover, the Presidency will either not have the required technical knowledge available within ministries or need substantial staff, creating an additional layer of bureaucracy.

39. A collective Presidency therefore does not appear functional or efficient. Within the context of Bosnia and Herzegovina, its existence seems again motivated by the need to ensure participation by representatives from all constituent peoples in all important decisions. A single President with important powers seems indeed difficult to envisage for Bosnia and Herzegovina.

40. The best solution therefore would be to concentrate executive power within the Council of Ministers as a collegiate body in which all constituent peoples are represented. Then a single President as Head of State should be acceptable. Having regard to the multi-ethnic character of the country, an indirect election of the President by the Parliamentary Assembly with a majority ensuring that the President enjoys wide confidence within all peoples would seem preferable to direct elections. Rules on rotation providing that a newly elected President may not belong to the same constituent people as his predecessor may be added.

...

74. In the present case, the distribution of posts in the State organs between the constituent peoples was a central element of the Dayton Agreement making peace in Bosnia and Herzegovina possible. In such a context, it is difficult to deny legitimacy to norms that may be problematic from the point of view of non-discrimination but necessary to achieve peace and stability and to avoid further loss of human lives. The inclusion of such rules in the text of the Constitution [of Bosnia and Herzegovina] at that time therefore does not deserve criticism, even though they run counter to the general thrust of the Constitution aiming at preventing discrimination.

75. This justification has to be considered, however, in the light of developments in Bosnia and Herzegovina since the entry into force of the Constitution. Bosnia and Herzegovina has become a member of the Council of Europe and the country has therefore to be assessed according to the yardstick of common European standards. It has now ratified the [European Convention on Human Rights] and Protocol No. 12 [thereto]. As set forth above, the situation in Bosnia and Herzegovina has evolved in a positive sense but there remain circumstances requiring a political system that is not a simple reflection of majority rule but which guarantees a distribution of power

and positions among ethnic groups. It therefore remains legitimate to try to design electoral rules ensuring appropriate representation for various groups.

76. This can, however, be achieved without entering into conflict with international standards. It is not the system of consensual democracy as such which raises problems but the mixing of territorial and ethnic criteria and the apparent exclusion from certain political rights of those who appear particularly vulnerable. It seems possible to redesign the rules on the Presidency to make them compatible with international standards while maintaining the political balance in the country.

77. A multi-ethnic composition can be ensured in a non-discriminatory way, for example by providing that not more than one member of the Presidency may belong to the same people or the Others and combining this with an electoral system ensuring representation of both Entities. Or, as suggested above, as a more radical solution which would be preferable in the view of the Commission, the collective Presidency could be abolished and replaced by an indirectly elected President with very limited powers.

...

80. The House of Peoples is a chamber with full legislative powers. Article 3 of Protocol No. 1 to the [European Convention on Human Rights] is thereby applicable and any discrimination on ethnic grounds is thereby prohibited by Article 14 of the [Convention]. As to a possible justification, the same considerations as with respect to the Presidency apply. While it is a legitimate aim to try to ensure an ethnic balance within Parliament in the interest of peace and stability, this can justify ethnic discrimination only if there are no other means to achieve this goal and if the rights of minorities are adequately respected. For the House of Peoples it would for example be possible to fix a maximum number of seats to be occupied by representatives from each constituent people. Or, as argued above, a more radical solution which would have the preference of the Commission, could be chosen and the House of Peoples simply be abolished and the vital national interest mechanism be exercised within the House of Representatives.”

The Opinion on different proposals for the election of the Presidency of Bosnia and Herzegovina (CDL-AD(2006)004 of 20 March 2006), in the relevant part, provides:

“1. By letter dated 2 March 2006 the Chairman of the Presidency of Bosnia and Herzegovina, Mr Sulejman Tihić, asked the Venice Commission to provide an Opinion on three different proposals for the election of the Presidency of this country. This request was made in the framework of negotiations on constitutional reform between the main political parties in Bosnia and Herzegovina. The issue of the election of the Presidency remains to be resolved in order to reach agreement on a comprehensive reform package.

...

Comments on Proposal I

8. Proposal I would consist of maintaining the present rules on the election and composition of the Presidency, with one Bosniac and one Croat elected from the territory of the Federation and one Serb elected from the territory of Republika Srpska. In its [Opinion on the constitutional situation in Bosnia and Herzegovina and the powers of the High Representative] the Commission raised serious concerns as to the compatibility with Protocol No. 12 to the European Convention of Human Rights of such a rule, which formally excludes Others as well as Bosniacs and Croats from Republika Srpska and Serbs from the Federation from being elected to the Presidency. Maintaining this rule as it stands should therefore be excluded and Proposal I be rejected.

#### Comments on Proposal II

9. Proposal II, which is not drafted as text to be included in the Constitution but as a summary of possible constitutional content, maintains the system of directly electing two members of the Presidency from the Federation and one from Republika Srpska, however without mentioning any ethnic criteria for the candidates. The *de jure* discrimination pointed out in the Venice Commission Opinion would therefore be removed and adoption of this proposal would constitute a step forward. The Proposal also includes a rotation of the President of the Presidency every 16 months. Within the logic of a collective Presidency, this appears as a rational solution.

10. By contrast, the Proposal lacks clarity as to the pluri-ethnic composition of the Presidency. The collective Presidency was introduced, and supposedly will now be maintained, in order to ensure that no single State organ is dominated by a representative of a single constituent people. As it stands, under the proposal it would be possible to, for example, elect two Bosniacs from the Federation to the Presidency. Legally, this drawback could be remedied in the framework of the Proposal by providing that not more than one member of the Presidency may belong at the same time to the same constituent people or the group of Others. It is the understanding of the Commission that the intention is indeed to include such a provision in the Constitution in case this proposal is adopted.

11. However, the problem would result of having to possibly exclude from the Presidency candidates who have received a higher number of votes. In the Federation it is quite possible that two Bosniacs would attain the highest number of votes. In this case, a candidate who obtained more votes would have to be barred from the Presidency in favour of a candidate who obtained fewer votes. These issues should be regulated clearly at the level of the Constitution and not be left to ordinary law.

12. As a further drawback, *de facto* Bosniacs and Croats from the Republika Srpska and Serbs from the Federation would also continue to have no realistic possibility to elect a candidate of their preference.

13. Furthermore, the election of the Head of State would continue to take place on an Entity basis while it would be desirable to move it to the State level as part of the overall approach of strengthening the State.

14. As a minor issue, the proposal would also allow members of the Presidency to hold a leadership position in a political party. This does not seem in line with the

overall aim of constitutional reform of transforming the Presidency from an executive body into a (collective) Head of State.

15. To sum up, Proposal II is a clear improvement with respect to the present constitutional situation. However, it has a number of drawbacks, including the risk that candidates with less votes than others are elected and it does not contribute to the overall aims of the constitutional reform of moving power to the Council of Ministers and strengthening the State level.

#### Proposal III

16. Proposal III differs more markedly from the present constitutional situation by introducing a complicated procedure of indirect elections for the Presidency. As set forth above, the main preference of the Commission is for the indirect election of a single President with reduced powers. But also in the case of a collective Presidency, the Commission maintains its preference for indirect elections.

17. The reason is, first of all, that one of the main aims of the constitutional reform would be to reduce the powers of the Presidency and to concentrate executive power in the Council of Ministers. This change will be more difficult to bring about if the Presidency does have the legitimacy of a direct popular vote.

18. Moreover, in an indirect election it is easier to devise mechanisms ensuring the desired pluri-ethnic composition of the Presidency. It offers more possibilities for inter-ethnic cooperation and compromise while direct elections for *de facto* separate ethnic slots provide an incentive to vote for the person considered as the strongest advocate of the respective constituent people and not for the candidate best suited to defend the interests of the country as a whole.

19. Finally, the Proposal moves the election to the State Parliament. It is indeed desirable and in line with the overall aim of strengthening the State to have the election of the Head of State at this level.

20. From the point of view of the overall approach, Proposal III therefore seems preferable. There are nevertheless some drawbacks.

21. First of all, the proposal seems complicated with too many steps and possibilities for stalemate. Nominations can be put forward by members of the House of Representatives or the House of Peoples, the selection of the candidates takes place by the three separate ethnic caucuses in the House of Peoples and thereafter the slate of candidates has to be confirmed both by the three caucuses in the House of Peoples and by the House of Representatives.

22. Within the parameters of the proposal, it would seem preferable to have a simpler procedure with more focus on the House of Representatives as the body having direct democratic legitimacy derived from the people as a whole. The possibility to nominate candidates should be reserved to members of the House of Representatives, selection among these candidates could take place in the three separate ethnic caucuses of the House of Peoples to ensure that the interests of all three constituent peoples are respected and the slate of candidates would have to be confirmed by the majority

of the composition of the House of Representatives, ensuring that all three members have legitimacy as representatives of the people of Bosnia and Herzegovina as a whole.

23. In addition, it should be clarified how the positions of the President and Vice-Presidents are to be distributed. As it stands, Proposal III leaves this important decision implicitly to backroom dealing between the three ethnic caucuses since a slate identifying President and Vice-Presidents has to be submitted to the House of Representatives, while no indication is provided on how this choice has to be made. This seems the worst possible solution and likely to lead to stalemate. The rotation envisaged by Proposal II seems more feasible.

24. There are also other aspects of Proposal III which are not in accordance with the preferences of the Venice Commission. In its above-mentioned Opinion, the Commission argued in favour of abolishing the House of Peoples. Giving it a strong role in the selection of the Presidency cannot therefore be considered a positive step. The role of ethnic caucuses makes the election of candidates not belonging to a constituent people extremely unlikely. This is however not peculiar to this Proposal but reflects the political situation. The proposal at least ensures that the representatives of the Others in the House of Representatives will take part in the vote and that Serbs from the Federation and Bosniacs and Croats from Republika Srpska are no longer disadvantaged since their representatives in the State Parliament will be able to vote for the candidates of their choice.

25. Even in the framework of a collective Presidency, solutions for indirect elections could be devised, which would appear preferable. For example, within the House of Representatives, slates of three candidates not coming from the same constituent people or the group of Others could be nominated and the vote could take place between such slates. This would nevertheless be a different proposal and not an amendment to Proposal III.

26. To sum up, Proposal III is also a clear improvement with respect to the present situation. If it were to be adjusted as suggested in paragraphs 22 and 23, it would appear suitable as a solution (although not an ideal one) for the first stage of constitutional reform.

#### Conclusions

27. In conclusion, the Commission strongly welcomes that the political parties in Bosnia and Herzegovina have found the courage to try adopting a comprehensive constitutional reform before the forthcoming elections in October 2006. It acknowledges that a reform adopted at this stage can have an interim character only, as a step towards the comprehensive reform the country clearly needs.

28. With respect to the three proposals submitted to the Commission, adoption of the first proposal could only be regarded as a failure of constitutional reform on this issue and should be excluded. By contrast, both Proposal II and Proposal III deserve, subject to some additions and amendments, to be considered at the present stage as important steps forward, but by no means as ideal solutions.

29. Between Proposal II and Proposal III, the Commission would – though not without hesitation – give preference to Proposal III, subject to some adjustments as indicated above. An indirect election in line with the aim of the constitutional reform of reducing the powers of the Presidency makes it easier to ensure a balanced composition of the Presidency and thereby corresponds better to the *raison d'être* of this – unusual – institution. The Proposal also moves the election to the State level, in accordance with the overall aim to strengthen the State of Bosnia and Herzegovina. However, sight should not be lost of the ultimate aim of constitutional reform in this area: having in future a single President elected in a manner ensuring that he or she enjoys trust beyond the ethnic group to which he or she belongs.”

The relevant part of the Opinion on the draft amendments to the Constitution of Bosnia and Herzegovina (CDL-AD(2006)019 of 12 June 2006) provides as follows:

“1. By letter dated 21 March 2006 the Chairman of the Presidency of Bosnia and Herzegovina, Mr Sulejman Tihić, asked the Venice Commission to give an Opinion on the text of the agreement on the modalities of the first phase of constitutional reform reached by the leaders of political parties in Bosnia and Herzegovina on 18 March 2006. Since the constitutional reform has to be adopted urgently in order to make it possible to take it into account at the parliamentary elections scheduled for October 2006, he expressed the wish to receive the Opinion of the Venice Commission ‘shortly’.

...

Amendment II to Article IV of the Constitution on the Parliamentary Assembly

...

22. The main aim of the Amendment is to move from a bicameralism with two equal chambers to a new system where the House of Peoples ... would have only limited powers with a focus on the vital national interests veto. The new structure of the Article, systematically putting the House of Representatives ... first, reflects this aim. The reform would be a step in the direction of the Venice Commission recommendation to abolish the [House of Peoples] and to streamline decision-making within the State institutions.

...

24. Sub-section (d) would increase the number of members of the [House of Peoples] from 15 to 21. The justification of the increase in the membership of this House is less apparent since its powers are greatly reduced. Nevertheless, this is an issue entirely within the discretion of the national authorities. If they feel that this increase is required to ensure that the House adequately represents the political spectrum, this step seems justifiable.

25. More problematic is the circumstance that membership in this House remains limited under sub-section (d) to people belonging to one of the three constituent peoples. In its Opinion [on the constitutional situation in Bosnia and Herzegovina and the powers of the High Representative] the Venice Commission noted that the previous composition of this House along similar lines seemed to contradict Article 14

of the [European Convention on Human Rights] in conjunction with Article 3 of [Protocol No. 1].

26. Following the reform the House of Peoples would however no longer be a full legislative chamber but a body dealing mainly with the vital national interests veto. It seems therefore questionable whether Article 3 of [Protocol No. 1] and thereby Article 14 of the [Convention] would still be applicable. The problem of the compatibility of this provision with Protocol No. 12 [to the Convention] remains however. In the absence of any case-law on this Protocol, it can be interpreted only with prudence. ...

27. In the present case the legitimate aim could be seen in the main role of the House as a body in which the vital national interests veto is exercised. The [Bosnia and Herzegovina] Constitution reserves the right to exercise this veto to the three constituent peoples and does not give it to the Others. From that perspective it would not seem required to include 'Others' in the composition of this House. The other responsibilities of the House, to participate in the election of the Presidency and to approve constitutional amendments – though not beyond criticism –, do not lead to a different result. They show that the function of the [House of Peoples] is to be a corrective mechanism, ensuring that the application of the democratic principle reflected in the composition of the [House of Representatives] does not disturb the balance among the three constituent peoples. The need for such a mechanism seems still to be felt in [Bosnia and Herzegovina]. In that case it seems possible to regard this need as a legitimate aim justifying an unequal treatment of Others in respect to representation in the [House of Peoples].

...

#### Amendment III to Article V of the Constitution on the Presidency

43. The main aim of the Amendments is to strengthen the powers of the Council of Ministers and increase its efficiency and reduce the role of the Presidency. This is entirely in line with the Opinion [on the constitutional situation in Bosnia and Herzegovina and the powers of the High Representative] of the Venice Commission. In addition, the Commission would have preferred having a single President instead of a collective Presidency. This does however not seem politically possible at the moment. Nevertheless Amendment III takes a first step in this direction.

...

46. The Venice Commission adopted an Opinion on the three alternative proposals for electing the Presidency at its last session (CDL-AD(2006)004). It would serve no purpose to re-open this discussion at the present moment. The absence of a dead-lock breaking mechanism if the [House of Representatives] refuses to confirm the proposal of the [House of Peoples] is however a concern.

...”

23. The European Commission against Racism and Intolerance (ECRI) is the Council of Europe's independent human rights monitoring body specialised in combating racism, racial discrimination, xenophobia, anti-

Semitism and intolerance. In its General Policy Recommendation No. 7, adopted on 13 December 2002, ECRI defines racism as “the belief that a ground such as race<sup>1</sup>, colour, language, religion, nationality or national or ethnic origin justifies contempt for a person or a group of persons, or the notion of superiority of a person or a group of persons”.

### **E. The OSCE**

24. In a report concerning the general elections held in 2006, the OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights, the lead agency in Europe in election observation, held as follows:

“The 1 October general elections in Bosnia and Herzegovina were the first elections since the 1995 Dayton Agreement to be fully administered by the Bosnia and Herzegovina authorities. The manner in which these elections were conducted was generally in line with international standards for democratic elections, although further efforts are needed, particularly with regard to the vote count. Therefore, overall, the elections represented further progress in the consolidation of democracy and the rule of law. However, it was regrettable that, due to constitutional ethnicity-based limitations to the right to stand for office, the elections were again in violation of Protocol No. 12 to the European Convention on Human Rights (ECHR) and of the commitments made to the Council of Europe, as well as Article 7.3 of the OSCE 1990 Copenhagen Document.”

### **F. The European Union**

25. In 2008 Bosnia and Herzegovina signed and ratified a Stabilisation and Association Agreement with the European Union and thereby committed itself to addressing the European Partnership priorities. One of the key priorities for Bosnia and Herzegovina, expected to be accomplished within one to two years, is to “amend electoral legislation regarding members of the Bosnia and Herzegovina Presidency and House of Peoples delegates to ensure full compliance with the European Convention on Human Rights and the Council of Europe post-accession commitments” (see Annex to Council Decision 2008/211/EC of 18 February 2008 on the principles, priorities and conditions contained in the European Partnership with Bosnia and Herzegovina and repealing Decision 2006/55/EC, Official Journal of the European Union L 080 (19 March 2008)).

On 14 October 2009 the European Commission adopted its annual strategy document explaining its policy on enlargement. On the same date the 2009 progress reports were published, in which the Commission services

---

1. Since all human beings belong to the same species, ECRI rejects theories based on the existence of different “races”. However, in this Recommendation ECRI uses this term in order to ensure that those persons who are generally and erroneously perceived as belonging to “another race” are not excluded from the protection provided for by the legislation. (Footnote to ECRI Recommendation cited above.)

monitor and assess the achievements of each of the candidate countries and potential candidates (such as Bosnia and Herzegovina) over the last year.

## THE LAW

### I. THE APPLICANTS' PRINCIPAL COMPLAINTS

26. The applicants took issue with their ineligibility to stand for election to the House of Peoples and the Presidency on the ground of their Roma and Jewish origin, which, in their view, amounted to racial discrimination. They relied on Article 14 of the Convention, Article 3 of Protocol No. 1 and Article 1 of Protocol No. 12.

Article 14 of the Convention provides:

“The enjoyment of the rights and freedoms set forth in [the] Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.”

Article 3 of Protocol No. 1 provides:

“The High Contracting Parties undertake to hold free elections at reasonable intervals by secret ballot, under conditions which will ensure the free expression of the opinion of the people in the choice of the legislature.”

Article 1 of Protocol No. 12 to the Convention provides:

“1. The enjoyment of any right set forth by law shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.

2. No one shall be discriminated against by any public authority on any ground such as those mentioned in paragraph 1.”

#### **A. Admissibility**

27. Although the respondent State did not raise any objection as to the Court's competence *ratione personae*, this issue calls for consideration *ex officio* by the Court.

##### *1. Whether the applicants may claim to be “victims”*

28. It is reiterated that in order to be able to lodge a petition by virtue of Article 34 of the Convention, 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. The

Convention does not, therefore, envisage the bringing of an *actio popularis* for the interpretation of the rights set out therein or permit individuals to complain about a provision of national law simply because they consider, without having been directly affected by it, that it may contravene the Convention. It is, however, open to applicants to contend that a law violates their rights, in the absence of an individual measure of implementation, if they belong to a class of people who risk being directly affected by the legislation or if they are required either to modify their conduct or risk being prosecuted (see *Burden v. the United Kingdom* [GC], no. 13378/05, §§ 33-34, ECHR 2008, and the authorities cited therein).

29. In the present case, given the applicants' active participation in public life, it would be entirely coherent that they would in fact consider running for the House of Peoples or the Presidency. The applicants may therefore claim to be victims of the alleged discrimination. The fact that the present case raises the question of the compatibility of the national Constitution with the Convention is irrelevant in this regard (see, by analogy, *Rekvényi v. Hungary* [GC], no. 25390/94, ECHR 1999-III).

### 2. *Whether the respondent State may be held responsible*

30. The Court notes that the Constitution of Bosnia and Herzegovina is an annex to the Dayton Agreement, itself an international treaty (see *Jeličić v. Bosnia and Herzegovina* (dec.), no. 41183/02, ECHR 2005-XII). The power to amend it was, however, vested in the Parliamentary Assembly of Bosnia and Herzegovina, which is clearly a domestic body (see paragraph 15 above). In addition, the practice set out in paragraph 17 above confirms that the powers of the international administrator for Bosnia and Herzegovina (the High Representative) do not extend to the State Constitution. In those circumstances, leaving aside the question whether the respondent State could be held responsible for putting in place the contested constitutional provisions (see paragraph 13 above), the Court considers that it could nevertheless be held responsible for maintaining them.

### 3. *Conclusion*

31. The Court declares the applicants' principal complaints admissible.

## **B. Merits**

### 1. *The applicants' submissions*

32. Despite being citizens of Bosnia and Herzegovina, the applicants are denied by the Constitution any right to stand for election to the

House of Peoples and the Presidency on the grounds of their race/ethnicity (ethnic discrimination has been held by the Court to be a form of racial discrimination in *Timishev v. Russia*, nos. 55762/00 and 55974/00, § 56, ECHR 2005-XII). The applicants submitted that difference in treatment based expressly on race or ethnicity was not capable of justification and amounted to direct discrimination. In this regard, they referred to the Court's case-law (notably, *Timishev*, cited above, § 58, and *D.H. and Others v. the Czech Republic* [GC], no. 57325/00, § 176, ECHR 2007-IV) and to European Union legislation (such as Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 – the “Race Directive” – implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin, which in Article 2 explicitly included under its definition of indirect discrimination the possibility of objectively justifying the treatment, but made no such justification possible under its definition of direct discrimination). They further submitted that this impossibility of justification was particularly important in a case concerning the right to stand for election (they referred to *Aziz v. Cyprus*, no. 69949/01, § 28, ECHR 2004-V).

33. Even on the assumption that a justification was possible, the applicants maintained that the respondent Government would still bear a very heavy burden when seeking to establish an objective and reasonable justification, given both the basis of the complaint (direct racial and ethnic discrimination) and the areas to which it applied (political participation and representation at the highest level of State). Furthermore, the length of time during which the exclusion had continued increased even more the burden on the respondent Government to justify it (they referred to a decision of the United Nations Human Rights Committee of 8 April 1981 in the case of *Silva and Others v. Uruguay*, § 8.4). The applicants concluded that the respondent Government had failed to demonstrate that the difference in treatment was justified in the instant case.

## 2. *The Government's submissions*

34. The Government referred to the case of *Ždanoka v. Latvia* ([GC], no. 58278/00, ECHR 2006-IV), in which the Court had reaffirmed that the Contracting Parties enjoyed considerable latitude in establishing rules within their constitutional order to govern parliamentary elections and the composition of the parliament, and that the relevant criteria could vary according to the historical and political factors peculiar to each State. The current constitutional structure in Bosnia and Herzegovina was established by a peace agreement following one of the most destructive conflicts in recent European history. Its ultimate goal was the establishment of peace and dialogue between the three main ethnic groups – the “constituent

peoples”. The Government maintained that the contested constitutional provisions, excluding persons who did not declare affiliation with a “constituent people” from the House of Peoples and the Presidency, should be assessed against this background. They claimed that the time was still not ripe for a political system which would be a simple reflection of majority rule, given, in particular, the prominence of mono-ethnic political parties and the continued international administration of Bosnia and Herzegovina.

35. The Government invited the Court to distinguish the present case from the case of *Aziz* (cited above): while Turkish Cypriots living in the Government-controlled area of Cyprus were prevented from voting at any parliamentary election, citizens of Bosnia and Herzegovina belonging to the group of “others” (such as the applicants in the present case) were entitled to stand as candidates for election to the House of Representatives of Bosnia and Herzegovina and the Entities’ legislatures. They concluded that the difference in treatment was justified in the particular circumstances.

### 3. *The third parties’ submissions*

36. The Venice Commission, in its submissions of 22 October 2008, took the view that the constitutional provisions contested in the present case breached the prohibition of discrimination. These submissions were along the lines of the Opinions cited in paragraph 22 above.

37. The AIRE Centre and the Open Society Justice Initiative, in their submissions of 15 August 2008, argued likewise. Based on an analysis of the Contracting Parties’ legal systems, the AIRE Centre concluded that a European consensus had emerged that it was appropriate to withdraw an individual’s right to stand for office only as a result of his or her conduct, as opposed to innate or inalienable characteristics. The Open Society Justice Initiative underlined that political participation represented one of the rights and responsibilities that maintained the legal bond between a citizen and a State. In most jurisdictions, the rights to vote, to be elected and to stand for office were what most clearly distinguished a citizen from an alien. Restrictions on these rights, particularly on the suspect grounds of race and ethnicity, were, therefore, not only discriminatory, but undermined the meaning of citizenship itself. Aside from being an important right linked with citizenship, political participation was particularly important for ethnic minorities and essential to overcoming their marginalization and bringing them into the mainstream. This was particularly true following an ethnic conflict, where legally entrenched distinctions based on ethnicity could exacerbate tensions, rather than fostering the constructive and sustainable relations between all ethnicities that were essential to a viable multiethnic State.

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

##### (a) **As regards the House of Peoples of Bosnia and Herzegovina**

38. The applicants relied on Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 3 of Protocol No. 1, Article 3 of Protocol No. 1 taken alone and Article 1 of Protocol No. 12. The Court considers that this complaint should first be examined under the first-mentioned provisions.

##### (i) *The applicability of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 3 of Protocol No. 1*

39. It is noted that Article 14 complements the other substantive provisions of the Convention and the Protocols thereto. It has no independent existence since it has effect solely in relation to “the enjoyment of the rights and freedoms” safeguarded by those provisions. Although the application of Article 14 does not presuppose a breach of those provisions – and to this extent it is autonomous –, there can be no room for its application unless the facts at issue fall “within the ambit” of one or more of the latter (see, among many other authorities, *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, 28 May 1985, § 71, Series A no. 94; *Petrovic v. Austria*, 27 March 1998, § 22, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-II; and *Sahin v. Germany* [GC], no. 30943/96, § 85, ECHR 2003-VIII). The prohibition of discrimination in Article 14 thus extends beyond the enjoyment of the rights and freedoms which the Convention and the Protocols require each State to guarantee. It applies also to those additional rights falling within the general scope of any Convention Article, for which the State has voluntarily decided to provide. This principle is well entrenched in the Court's case-law (see *Case “relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium” v. Belgium (merits)*, 23 July 1968, § 9, Series A no. 6; *Stec and Others v. the United Kingdom (dec.)* [GC], nos. 65731/01 and 65900/01, § 40, ECHR 2005-X; and *E.B. v. France* [GC], no. 43546/02, § 48, 22 January 2008).

40. The Court must decide, therefore, whether elections to the House of Peoples of Bosnia and Herzegovina fall within the “ambit” or “scope” of Article 3 of Protocol No. 1. In this connection, it is reiterated that this provision applies only to elections of a “legislature”, or at least of one of its chambers if it has two or more. However, the word “legislature” has to be interpreted in the light of each State's constitutional structure (see *Matthews v. the United Kingdom* [GC], no. 24833/94, § 40, ECHR 1999-I) and, in particular, its constitutional traditions and the scope of the legislative powers of the chamber in question. Furthermore, the *travaux préparatoires*

demonstrate (vol. VIII, pp. 46, 50 and 52) that the Contracting Parties took into account the particular position of certain parliaments which included non-elective chambers. Thus, Article 3 of Protocol No. 1 was carefully drafted so as to avoid terms which could be interpreted as an absolute obligation to hold elections for both chambers in each and every bicameral system (see *Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium*, 2 March 1987, § 53, Series A no. 113). At the same time, however, it is clear that Article 3 of Protocol No. 1 applies to any of a parliament's chambers to be filled through direct elections.

41. As regards the House of Peoples of Bosnia and Herzegovina, the Court notes that its composition is the result of indirect elections, its members being appointed by the Entities' legislatures. In addition, the Court observes that the extent of the legislative powers enjoyed by it is a decisive factor here. The House of Peoples indeed enjoys wide powers to control the passage of legislation: Article IV § 3 (c) of the Constitution specifically provides that no legislation can be adopted without the approval of both chambers. Furthermore, the House of Peoples, together with the House of Representatives, decides upon the sources and amounts of revenues for the operations of the State institutions and international obligations of Bosnia and Herzegovina and approves a budget of the State institutions (see Article IV § 4 (b)-(c) of the Constitution). Lastly, its consent is necessary before a treaty can be ratified (see Articles IV § 4 (d) and V § 3 (d) of the Constitution). Elections to the House of Peoples, therefore, fall within the scope of Article 3 of Protocol No. 1.

Accordingly, Article 14 taken in conjunction with Article 3 of Protocol No. 1 is applicable.

(ii) *Compliance with Article 14 taken in conjunction with Article 3 of Protocol No. 1*

42. The Court reiterates that discrimination means treating differently, without an objective and reasonable justification, persons in similar situations. "No objective and reasonable justification" means that the distinction in issue does not pursue a "legitimate aim" or that there is not a "reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised" (see, among many authorities, *Andrejeva v. Latvia* [GC], no. 55707/00, § 81, ECHR 2009). The scope of a Contracting Party's margin of appreciation in this sphere will vary according to the circumstances, the subject matter and the background (*ibid.*, § 82).

43. Ethnicity and race are related concepts. Whereas the notion of race is rooted in the idea of biological classification of human beings into subspecies on the basis of morphological features such as skin colour or facial

characteristics, ethnicity has its origin in the idea of societal groups marked in particular by common nationality, religious faith, shared language, or cultural and traditional origins and backgrounds. Discrimination on account of a person's ethnic origin is a form of racial discrimination (see the definition adopted by the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination in paragraph 19 above and that adopted by the European Commission against Racism and Intolerance in paragraph 23 above). Racial discrimination is a particularly egregious kind of discrimination and, in view of its perilous consequences, requires from the authorities special vigilance and a vigorous reaction. It is for this reason that the authorities must use all available means to combat racism, thereby reinforcing democracy's vision of a society in which diversity is not perceived as a threat but as a source of enrichment (see *Nachova and Others v. Bulgaria* [GC], nos. 43577/98 and 43579/98, § 145, ECHR 2005-VII, and *Timishev*, cited above, § 56).

44. In this context, where a difference in treatment is based on race or ethnicity, the notion of objective and reasonable justification must be interpreted as strictly as possible (see *D.H. and Others*, cited above, § 196). The Court has also held that no difference in treatment which is based exclusively or to a decisive extent on a person's ethnic origin is capable of being objectively justified in a contemporary democratic society built on the principles of pluralism and respect for different cultures (*ibid.*, § 176). That being said, Article 14 does not prohibit Contracting Parties from treating groups differently in order to correct "factual inequalities" between them. Indeed, in certain circumstances a failure to attempt to correct inequality through different treatment may, without an objective and reasonable justification, give rise to a breach of that Article (see *Case "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium"*, cited above, § 10; *Thlimmenos v. Greece* [GC], no. 34369/97, § 44, ECHR 2000-IV; and *D.H. and Others*, cited above, § 175).

45. Turning to the present case, the Court observes that in order to be eligible to stand for election to the House of Peoples of Bosnia and Herzegovina, one has to declare affiliation with a "constituent people". The applicants, who describe themselves to be of Roma and Jewish origin respectively and who do not wish to declare affiliation with a "constituent people", are, as a result, excluded (see paragraph 11 above). The Court notes that this exclusion rule pursued at least one aim which is broadly compatible with the general objectives of the Convention, as reflected in the Preamble to the Convention, namely the restoration of peace. When the impugned constitutional provisions were put in place a very fragile ceasefire was in effect on the ground. The provisions were designed to end a brutal conflict

marked by genocide and “ethnic cleansing”. The nature of the conflict was such that the approval of the “constituent peoples” (namely, the Bosniacs, Croats and Serbs) was necessary to ensure peace. This could explain, without necessarily justifying, the absence of representatives of the other communities (such as local Roma and Jewish communities) at the peace negotiations and the participants’ preoccupation with effective equality between the “constituent peoples” in the post-conflict society.

46. It is nevertheless the case that the Court is only competent *ratione temporis* to examine the period after the ratification of the Convention and Protocol No. 1 thereto by Bosnia and Herzegovina. The Court does not need to decide whether the upholding of the contested constitutional provisions after ratification of the Convention could be said to serve a “legitimate aim” since for the reasons set out below the maintenance of the system in any event does not satisfy the requirement of proportionality.

47. To begin with, the Court observes significant positive developments in Bosnia and Herzegovina since the Dayton Agreement. It is true that progress might not always have been consistent and challenges remain (see, for example, the latest progress report on Bosnia and Herzegovina as a potential candidate for European Union membership prepared by the European Commission and published on 14 October 2009, SEC(2009)1338). It is nevertheless the case that in 2005 the former parties to the conflict surrendered their control over the armed forces and transformed them into a small, professional force; in 2006 Bosnia and Herzegovina joined NATO’s Partnership for Peace; in 2008 it signed and ratified a Stabilisation and Association Agreement with the European Union; in March 2009 it successfully amended the State Constitution for the first time; and it has recently been elected a member of the United Nations Security Council for a two-year term beginning on 1 January 2010. Furthermore, whereas the maintenance of an international administration as an enforcement measure under Chapter VII of the United Nations Charter implies that the situation in the region still constitutes a “threat to international peace and security”, it appears that preparations for the closure of that administration are under way (see a joint report by Mr Javier Solana, the European Union’s High Representative for Common Foreign and Security Policy, and Mr Olli Rehn, European Union Commissioner for Enlargement, on “EU’s Policy in Bosnia and Herzegovina: The Way Ahead” of 10 November 2008, and a report by the International Crisis Group on “Bosnia’s Incomplete Transition: Between Dayton and Europe” of 9 March 2009).

48. In addition, while the Court agrees with the Government that there is no requirement under the Convention to abandon totally the power-sharing mechanisms peculiar to Bosnia and Herzegovina and that the time

may still not be ripe for a political system which would be a simple reflection of majority rule, the Opinions of the Venice Commission (see paragraph 22 above) clearly demonstrate that there exist mechanisms of power-sharing which do not automatically lead to the total exclusion of representatives of the other communities. In this connection, it is noted that the possibility of alternative means achieving the same end is an important factor in this sphere (see *Glor v. Switzerland*, no. 13444/04, § 94, ECHR 2009).

49. Lastly, by becoming a member of the Council of Europe in 2002 and by ratifying the Convention and the Protocols thereto without reservations, the respondent State has voluntarily agreed to meet the relevant standards. It has specifically undertaken to “review within one year, with the assistance of the European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), the electoral legislation in the light of Council of Europe standards, and to revise it where necessary” (see paragraph 21 above). Likewise, by ratifying a Stabilisation and Association Agreement with the European Union in 2008, the respondent State committed itself to “amend[ing] electoral legislation regarding members of the Bosnia and Herzegovina Presidency and House of Peoples delegates to ensure full compliance with the European Convention on Human Rights and the Council of Europe post-accession commitments” within one to two years (see paragraph 25 above).

50. Thus, the Court concludes that the applicants’ continued ineligibility to stand for election to the House of Peoples of Bosnia and Herzegovina lacks an objective and reasonable justification and has therefore breached Article 14 taken in conjunction with Article 3 of Protocol No. 1.

*(iii) The complaints under Article 3 of Protocol No. 1 taken alone or under Article 1 of Protocol No. 12*

51. Having regard to its finding in the preceding paragraph, the Court considers that it is not necessary to examine separately whether there has also been a violation of Article 3 of Protocol No. 1 taken alone or under Article 1 of Protocol No. 12 as regards the House of Peoples.

**(b) As regards the Presidency of Bosnia and Herzegovina**

52. The applicants relied on Article 1 of Protocol No. 12 only.

*(i) The applicability of Article 1 of Protocol No. 12*

53. The Court notes that whereas Article 14 of the Convention prohibits discrimination in the enjoyment of “the rights and freedoms set forth in [the] Convention”, Article 1 of Protocol No. 12 extends the scope

of protection to “any right set forth by law”. It thus introduces a general prohibition of discrimination.

54. The applicants contested constitutional provisions rendering them ineligible to stand for election to the Presidency of Bosnia and Herzegovina. Therefore, whether or not elections to the Presidency fall within the scope of Article 3 of Protocol No. 1 (see *Boškovski v. “the former Yugoslav Republic of Macedonia”* (dec.), no. 11676/04, ECHR 2004-VI), this complaint concerns a “right set forth by law” (see sections 1.4 and 4.19 of the Election Act 2001 – see paragraph 18 above) which makes Article 1 of Protocol No. 12 applicable. This has not been contested before the Court.

(ii) *Compliance with Article 1 of Protocol No. 12*

55. The notion of discrimination has been interpreted consistently in the Court’s jurisprudence concerning Article 14 of the Convention. In particular, this jurisprudence has made it clear that “discrimination” means treating differently, without an objective and reasonable justification, persons in similar situations (see paragraphs 42-44 above and the authorities cited therein). The authors used the same term, “discrimination”, in Article 1 of Protocol No. 12. Notwithstanding the difference in scope between those provisions, the meaning of this term in Article 1 of Protocol No. 12 was intended to be identical to that in Article 14 (see paragraph 18 of the Explanatory Report to Protocol No. 12). The Court does not therefore see any reason to depart from the settled interpretation of “discrimination”, noted above, in applying the same term under Article 1 of Protocol No. 12 (as regards the case-law of the United Nations Human Rights Committee on Article 26 of the International Covenant on Civil and Political Rights, a provision similar – although not identical – to Article 1 of Protocol No. 12 to the Convention, see Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*, N.P. Engel Publishers, 2005, pp. 597-634).

56. The lack of a declaration of affiliation by the present applicants with a “constituent people” also rendered them ineligible to stand for election to the Presidency. An identical constitutional precondition has already been found to amount to a discriminatory difference in treatment in breach of Article 14 as regards the House of Peoples (see paragraph 50 above) and, moreover, the notions of discrimination prohibited by Article 14 and by Article 1 of Protocol No. 12 are to be interpreted in the same manner (see paragraph 55 above). It follows that the constitutional provisions which render the applicants ineligible for election to the Presidency must also be considered discriminatory and a breach of Article 1 of Protocol No. 12, the Court not considering that there is any pertinent distinction to be drawn

in this regard between the House of Peoples and the Presidency of Bosnia and Herzegovina.

Accordingly, and for the detailed reasons outlined in paragraphs 47-49 above in the context of Article 14, the Court finds that the impugned precondition for eligibility for election to the Presidency constitutes a violation of Article 1 of Protocol No. 12.

## II. THE APPLICANTS' REMAINING COMPLAINTS

### A. Article 3 of the Convention

57. The first applicant submitted that his ineligibility to stand for election to the House of Peoples and the Presidency on the ground of his Roma origin effectively reduced him and other members of the Roma community as well as other members of national minorities in Bosnia and Herzegovina to the status of second-class citizens. This, in his view, amounted to a special affront to his human dignity in breach of Article 3 of the Convention, which provides:

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

58. The Court has held in previous cases that racial discrimination could, in certain circumstances, of itself amount to degrading treatment within the meaning of Article 3 (see *East African Asians v. the United Kingdom*, nos. 4403/70 and others, Commission's report of 14 December 1973, p. 62, § 208, Decisions and Reports 78-A, and *Cyprus v. Turkey* [GC], no. 25781/94, § 310, ECHR 2001-IV). In the present case, however, the Court observes that the difference of treatment complained of did not denote any contempt or lack of respect for the personality of the applicant and that it was not designed to, and did not, humiliate or debase but was intended solely to achieve the aim referred to in paragraph 45 above.

This complaint is therefore manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 of the Convention and must be rejected under Article 35 § 4.

### B. Article 13 of the Convention

59. The applicants complained under Article 13 of the Convention that they had not had an effective domestic remedy for their discrimination complaints. Article 13 provides:

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

60. The Court reiterates that Article 13 does not guarantee a remedy allowing a challenge to primary legislation before a national authority on the ground of being contrary to the Convention (see *A. and Others v. the United Kingdom* [GC], no. 3455/05, § 135, ECHR 2009). Since the present case concerns the content of constitutional provisions, as opposed to an individual measure of implementation, the complaint is manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 of the Convention and must be rejected under Article 35 § 4.

### III. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

61. 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

62. The applicants made no claim in respect of pecuniary damage. In respect of non-pecuniary damage, the first applicant claimed 20,000 euros (EUR) and the second applicant EUR 12,000. The Government maintained that the claims were unjustified.

63. The Court considers that the finding of a violation constitutes in itself sufficient just satisfaction for any non-pecuniary damage suffered by the applicants.

#### B. Costs and expenses

64. The first applicant was represented *pro bono* and he only claimed EUR 1,000 for his counsel’s appearance at the hearing before the Court on 3 June 2009. The second applicant claimed EUR 33,321 for the entire case. This included 270 hours worked by his two counsel and another member of the legal team, Ms Cynthia Morel of the Minority Rights Group International, at EUR 82.45 per hour in preparing the application, observations and just satisfaction claim before the Chamber and Grand Chamber, together with disbursements such as an expert report by Mr Zoran Pajić of Expert Consultancy International Ltd, meetings of the legal team with the applicant in New York and Sarajevo, and the costs of the hearing before the Grand Chamber. The applicant explained that involvement of a third lawyer, Ms Cynthia Morel, had been necessary given the range and complexity of issues to be addressed.

65. The Government maintained that the above claims were unnecessarily incurred and excessive. In particular, they contested the need for the second applicant to use foreign-based lawyers, whose fees were incomparably higher than those of local lawyers, and whose appointment had had the effect of inflating the expenses for travel and communication.

66. The Court disagrees with the Government that applicants must choose locally-based lawyers to represent them before the Court, notwithstanding the fact that such lawyers may be able to offer a service of the same quality as foreign-based lawyers (as evidenced in the present case). Accordingly, the disparity between the amounts claimed in the present case is not sufficient in itself to render the higher of them unnecessary or unreasonable. That being said, the Court considers the amount claimed by the second applicant to be excessive and awards the second applicant EUR 20,000 under this head. The first applicant's costs and expenses should be met in full.

### **C. Default interest**

67. 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. *Decides* unanimously to join the applications;
2. *Declares* by a majority the applicants' principal complaints as regards their ineligibility to stand for election to the House of Peoples of Bosnia and Herzegovina admissible;
3. *Declares* unanimously the applicants' principal complaints as regards their ineligibility to stand for election to the Presidency of Bosnia and Herzegovina admissible;
4. *Declares* unanimously the remainder of the applications inadmissible;
5. *Holds* by fourteen votes to three that there has been a violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 3 of Protocol No. 1 as regards the applicants' ineligibility to stand for election to the House of Peoples of Bosnia and Herzegovina;
6. *Holds* unanimously that there is no need to examine the same complaint under Article 3 of Protocol No. 1 taken alone or under Article 1 of Protocol No. 12;

7. *Holds* by sixteen votes to one that there has been a violation of Article 1 of Protocol No. 12 as regards the applicants' ineligibility to stand for election to the Presidency of Bosnia and Herzegovina;
8. *Holds* unanimously that the finding of a violation constitutes in itself sufficient just satisfaction for any non-pecuniary damage sustained by the applicants;
9. *Holds*
  - (a) by sixteen votes to one that the respondent State is to pay the first applicant, within three months, EUR 1,000 (one thousand euros) in respect of costs and expenses, to be converted into convertible marks at the rate applicable at the date of settlement, plus any tax that may be chargeable to the first applicant;
  - (b) by fifteen votes to two that the respondent State is to pay the second applicant, within three months, EUR 20,000 (twenty thousand euros) in respect of costs and expenses, to be converted into convertible marks at the rate applicable at the date of settlement, plus any tax that may be chargeable to the second applicant;
  - (c) unanimously 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 second 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 22 December 2009.

Vincent Berger  
Jurisconsult

Jean-Paul Costa  
President

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

- the partly concurring and partly dissenting opinion of Judge Mijović, joined by Judge Hajiyevev;
- the dissenting opinion of Judge Bonello.

J.-P.C.  
V.B.

PARTLY CONCURRING AND PARTLY DISSENTING  
OPINION OF JUDGE MIJOVIĆ, JOINED BY  
JUDGEHAJIYEV

**I. General remarks**

In the *Sejdić and Finči v. Bosnia and Herzegovina* judgment, the Grand Chamber has found a violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 3 of Protocol No. 1 as regards that State's constitutional arrangements in respect of the House of Peoples, and a violation of Article 1 of Protocol No. 12 with regard to the constitutional arrangements on the State Presidency of Bosnia and Herzegovina.

Although I had a few reservations concerning the Grand Chamber's reasoning on the latter point, I had no difficulties in sharing the majority's view that the constitutional arrangements concerning the State Presidency structure amount to a violation of the prohibition of discrimination. On the other hand, and to my regret, my opinion on the former point differs significantly from the conclusion reached by the majority.

Since this is the very first case related to the general prohibition of discrimination as enshrined in Article 1 of Protocol No. 12, and a case that tackles the essence of the internal State structure of Bosnia and Herzegovina, there have been huge expectations on the part of the public. In addition, the fact that this is the very first case of its kind in the Court's case-law, in the sense that it might result in serious constitutional turmoil and rearrangements in one of the Council of Europe member States, has contributed to those expectations.

The specific characteristics not only of the creation of Bosnia and Herzegovina, but also of its accession to the Council of Europe, have further increased the importance of this case. It might be said that all of the weak features of Bosnia and Herzegovina's statehood, visible but ignored at the moment of its accession to the Council of Europe, have shown themselves to their full extent in this case.

My general remarks are firstly related to the fact that, as Judge Bonello has correctly pointed out in his dissenting opinion, the Grand Chamber has failed to analyse both the historical background and the circumstances in which the Bosnia and Herzegovina Constitution was imposed. I believe that, in so doing, the Court has set aside its previous case-law, in which it examines all the relevant factors that are important in making a final evaluation. I consider those circumstances to be particularly important in

this case, because it is precisely those circumstances that led to the current State structure of Bosnia and Herzegovina.

## II. Factual background

The first thing I wondered in this case was whether Bosnia and Herzegovina was totally aware of the possible consequences of ratifying all Convention Protocols when it did so.

Specifically, Bosnia and Herzegovina is one of the seventeen Council of Europe member States which have ratified Protocol No. 12. Given that thirty other member States decided not to do so, this illustrates different approaches towards Protocol No. 12 and the issues covered by it.

The two applications before us deal with the very heart of the post-war organisational structure of the State, put in place by the 1995 Constitution of Bosnia and Herzegovina, which was, from a technical point of view, a part or, more accurately, an annex to an international peace settlement – the Dayton Agreement. Once the masters of war had decided to become masters of peace, after long and difficult negotiations between political representatives of the Bosniacs, Croats and Serbs under the supervision of the international community, they created a State that was of an unprecedented shape, one that was previously totally unknown in international and constitutional law.

The Dayton Agreement constituted Bosnia and Herzegovina, comprising of two entities, while the Preamble to the Constitution reads that only Bosniacs, Serbs and Croats are constituent peoples. The other ethnic groups, which did not take sides in the conflict, were simply set aside. Their legal position, an extremely sensitive issue, was left for some calmer and politically less sensitive time.

In accordance with the Dayton Agreement constitutional arrangements, persons belonging to national (ethnic) minorities cannot be candidates for the State Presidency and the House of Peoples of the State Parliament, although these two State institutions are not the only bodies where the balance of power between three constituent peoples was designated by this settlement (see, for example, the structure of the Constitutional Court, which consists of two Bosniacs, two Croats, two Serbs and three foreign judges).

In the present case, the distribution of posts in the State organs between the constituent peoples was a central element of the Dayton Agreement, making peace in Bosnia and Herzegovina possible. In such a context, denying legitimacy to norms that may be problematic from the point of view of non-discrimination but were necessary to achieve peace and stability and to avoid further loss of human lives would be very difficult.

That is the key aspect of the sensitive nature of these applications, because the changes in the composition of specific political institutions requested by the applicants would actually require changes in the existing balance of power, which could rekindle the serious tensions that are still present in Bosnia and Herzegovina.

Aware of the necessity for constitutional reform, in 2006 the international community pushed the leading politicians of Bosnia and Herzegovina to enter into negotiations with a view to adopting an electoral system that would guarantee equal enjoyment of political rights to all citizens, irrespective of ethnicity, but these proved completely unsuccessful. Talks have now been reopened, which means that, in dealing with the instant cases, the Court is entering a highly sensitive area, one that concerns an issue that has already received tremendous public attention.

The applicants in these two cases are a Rom and a Jew. They complained that, despite possessing experience comparable to that of the highest elected officials, they were prevented by the Constitution of Bosnia and Herzegovina and the Election Act 2001 from standing as candidates for the Presidency and the House of Peoples of the Parliamentary Assembly, solely on the ground of their ethnic origin, which, in their opinion, amounted to discrimination.

### **III. State structure of Bosnia and Herzegovina**

As noted above, the Constitution of Bosnia and Herzegovina was the result of long and difficult negotiations between representatives of the Bosniacs, Croats and Serbs, under the supervision of the international community. Its complex power-sharing arrangements concern mainly the Bosniacs, Croats and Serbs, as direct parties to the 1992-95 war, and so the main political institutions were designed to achieve a balance of power between the three constituent peoples. Other ethnic groups were not taken into consideration at that time, since they had not taken sides in the conflict. After the war these minority groups became part of all power-sharing arrangements at the Entity levels. This has not been the case at the State level, however, and that is the reason for the applicants' complaints.

Power-sharing arrangements at the State level, particularly those concerning the structure of the House of Peoples and the State Presidency, provide that only those who declare affiliation with one of the three main ethnic groups are entitled to hold a position in these two State organs. It must be added that, in the context of Bosnia and Herzegovina, ethnic affiliation is not to be taken as a legal category, since it depends exclusively on one's self-classification, which represents *stricto sensu* a subjective criterion. It actually means that everyone has a right to declare (or not) his or her affiliation

with one ethnic group. It is not obligatory to do so. There is neither a legal obligation to declare one's ethnic affiliation, nor objective parameters for establishing such affiliation.

Affiliation becomes an important issue only if an individual wishes to become involved in politics. A declaration of ethnic affiliation is thus not an objective and legal category, but a subjective and political one.

#### **IV. Violation of Article 1 of Protocol No. 12**

Although I had a few reservations concerning the Grand Chamber's reasoning with regard to the violation of Article 1 of Protocol No. 12, I had no difficulties in sharing the majority's view that Bosnia and Herzegovina's constitutional arrangements concerning the State Presidency structure represent a violation of the general prohibition of discrimination.

My dissension regarding this part of the Grand Chamber's judgment arises from my expectations that the Court would use this case, as the very first of its kind, to lay down specific first principles, standards or tests that might be considered universal and applicable to future cases concerning general discrimination. Those expectations obviously turned out to be unrealistic, since the Court has merely reiterated the very same reasoning and justification as those applied in finding a violation of Article 14 with regard to the complaint concerning the constitutional arrangements on the House of Peoples.

In addition, the Court treated this complaint as being of less importance, thus creating the impression that Article 1 of Protocol No. 12 was applied only because it was not possible to apply Article 3 of Protocol No. 1. The relevant reasoning on Article 1 of Protocol No. 12 was set out in only two paragraphs, in which the Court came to the conclusion that there was no "pertinent distinction to be drawn ... between the House of Peoples and the Presidency of Bosnia and Herzegovina" with regard to discriminatory constitutional arrangements. In contrast, I believe that there were a few distinctive elements that should have been discussed.

The tripartite structure of the Bosnia and Herzegovina State Presidency is, like many other State institutions in that country, a result of the political compromise achieved by the peace accord. Its structure was intended to establish a mechanism of balance and to prevent the supremacy of any one people in the decision-making process. In my opinion, the key question that required an answer in this case was whether that tripartite structure was ever justified, and whether it continues to be justified. From the perspective of the case-law on Article 1 of Protocol No. 12, it would have been not only interesting but also very useful had the Court decided to give its view on this point. Instead, it merely reiterated the arguments concerning the

tests applied in the Article 14 part of the judgment, an approach that I find disappointing.

Hypothetically speaking, were it not occurring in a State built on atrocities, massacres and bloodshed, I would be of the opinion that, even taken alone, the obligation on an individual to declare his or her affiliation with an ethnic group in order to stand as a candidate for a public position is unacceptable and sufficient to find a violation of the prohibition of discrimination based on ethnic affiliation.

Turning back to the State Presidency structure, if Bosnia and Herzegovina were a stable and self-sustainable State, the ineligibility of minorities, but also the ineligibility of all those who are unable or unwilling to declare their ethnic affiliation in order to stand as candidates for public positions would be the essence of discrimination. However, since Bosnia and Herzegovina was created as result of pressure from the international community and, fourteen years later, still does not function as an independent and sovereign State, it cannot be said that it represents a State that is sufficiently stable to withstand the above approach.

On the other hand, if nothing is done in order to improve the current situation, there is no chance that progress will occur. The elimination of mistrust among ethnicities is, in my opinion, a process that must be developed very carefully, step by step. If the time has come for a change in the post-conflict State structure (and here I emphasise again that the Court has not embarked on any such evaluation), I hope that a change in the composition of the State Presidency could be the first step. The State Presidency is an institution that represents the State as a whole<sup>1</sup>, while the House of Peoples has an important and sensitive role in the protection of “vital national interests”.

## **V. Violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 3 of Protocol No. 1**

Regrettably, I cannot share the majority’s opinion as regards Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 3 of Protocol No. 1 for the following reasons.

First of all, the issue of the *applicability of Article 3 of Protocol No. 1* is very questionable. Article 3 of Protocol No. 1 protects the right to free elections, although there is no definite and commonly accepted answer to the question whether this covers both direct and indirect elections<sup>2</sup>. Relying on its case-law, however, the Court states that Article 3 of Protocol No. 1

1. See the powers of the State Presidency in the Constitution, Article V § 3.

2. In this judgment, the standpoint that it applies to both direct and indirect elections has been explained only by the *travaux préparatoires* for Protocol No. 1; see paragraph 40 of the judgment.

was “carefully drafted so as to avoid terms which could be interpreted as an absolute obligation to hold elections for both chambers in each and every bicameral system” (see paragraph 40 of the judgment). At the same time, as the Grand Chamber points out, it is clear that Article 3 of Protocol No. 1 applies to any of a parliament’s chambers to be filled through direct elections. Direct or indirect, it should be clarified that in Bosnia and Herzegovina, no elections are envisaged for the members of the House of Peoples. They are appointed by the Entity Parliaments, which means that the complaints before the Court are of a purely theoretical nature, since there have been no previous elections nor is there an obligation on the Entity Parliaments to appoint any particular candidate. The composition of the House of Peoples is not the result of an electoral process. The members of the House of Peoples are to be designated/selected by a majority in the Republika Srpska National Assembly or a majority in the Clubs of Bosniacs and Croats in the Parliament of the Federation of Bosnia and Herzegovina<sup>1</sup>. Given that the original version of the Constitution was written in English, even a linguistic approach confirms that we are not in the presence of elections, but of appointments. In particular, Article IV of the Constitution reads that House of Peoples “shall comprise 15 *delegates*”, and that “the designated delegates shall be *selected*” by the respective Entity Parliaments<sup>2</sup>.

The concept of the right to free elections in Bosnia and Herzegovina simply does not include *per se* the right to stand for election to the House of Peoples, since members of this House are, as noted, not elected, but designated/selected by the Entity Parliaments.

The elections would still be indirect if the lists of candidates were announced during an electoral campaign or at any other moment before their appointment (and as such were transparent to the public), or if there were any criteria they had to fulfil in order to be appointed. However, their names do not appear on electoral ballots or lists. A fact that has been totally ignored by the Court is that neither the Constitution of Bosnia and Herzegovina nor the Election Act 2001 set out the criteria that candidates must fulfil in order to stand for election to the House of Peoples. There is not a single domestic provision that prescribes the structure, political party or even political option from which candidates are to be picked<sup>3</sup>. It is thus theoretically possible that any individual, including those who are not even engaged in public life, could be selected. Accordingly, the procedure for

---

1. See Article IV of the Constitution of Bosnia and Herzegovina.

2. This is about the distinction between the notions of “election” and “selection”: linguistically, while “election” implies an unlimited choice, “selection” implies a preferable/limited one.

3. There is only one exception, which stipulates that members of the cantonal houses of peoples are to be appointed from among the members of cantonal parliaments.

designating members of the House of Peoples does not depend on their political party membership; there are no formal ties between these delegates and voters and the candidates' names are unknown to the general public, voters included, before they are nominated by members of the Entity Parliaments. What is formally needed is only their declaration of ethnic affiliation, which is of no legal relevance for anything other than their membership of the House of Peoples. Strictly speaking, it is clear that the applicants cannot be "elected", not because of their ethnicity, but because of the absence of provisions which allow for the election of delegates in general, since the members of this House are exclusively appointed. Equally, a complaint might be lodged by individuals belonging to one of the three constituent peoples, claiming that there are no free elections to the House of Peoples for them either, since the only way for somebody to become a member of this House is through appointment by an Entity Parliament. Accordingly, there is no general right for anyone to stand for election to the House of Peoples and there are no elections of this kind. Consequently, if this procedure is to be established as discriminatory, could the same discrimination criteria be applied to those parliamentary systems that prescribe that second chamber seats are hereditary (as in the British House of Lords) or conditioned by public function (as in the German *Bundesrat*)? I am of the opinion that an affirmative answer in respect of such systems would be as inappropriate as it is in respect of Bosnia and Herzegovina.

The fact that the only formal condition to be fulfilled by delegates to the House of Peoples concerns one's ethnic affiliation shows that the House of Peoples was designed to secure ethnic balance in the legislature. It is a well-established fact that mechanisms of this kind made peace in Bosnia and Herzegovina possible, and it is obvious that even fourteen years later there is still no common and mutual approach towards possible constitutional rearrangements in that State<sup>1</sup>.

My second point of disagreement with the Grand Chamber's decision on admissibility is related to the legal nature of the House of Peoples. The Grand Chamber's understanding is that it is the second chamber of the Bosnia and Herzegovina Parliamentary Assembly, a point on which I disagree.

Generally speaking, an upper house is usually distinct from the lower house in one (or more) of the following respects: it has less power than the lower house, including that of expressing a reservation on certain decisions of the lower house; it has limited powers, such as those concerning certain

---

1. As noted above, talks began in 2006 on constitutional reform (the "April Package"), but these were unsuccessful. Talks have now been reopened (the "Butmir Package"), but it appears that the politicians are sticking to their previous positions.

constitutional amendments that may require its approval; it is an advisory or “revising” chamber, so that its powers of direct action are often reduced in some way; it represents administrative or federal units; if elected, its members often sit for longer terms than those of the lower house (if composed of peers or nobles, members hold their seats for life) and if elected, they are elected in sections for staggered terms, rather than all at once.

As regards their institutional structure, there is a great variety in the way the members of an upper chamber are assembled. They can be elected directly or indirectly, appointed, selected through hereditary means, or a certain mixture of all these systems can be applied. As noted above, the German *Bundesrat* is quite unique in that its members are members of the cabinets of the German *Länder* who are merely delegated and can be recalled at any time, as is the British House of Lords, where the seats are partly hereditary.

As shown above, the upper chamber is, as a rule, designed to represent administrative or federal units, which is not the case in Bosnia and Herzegovina, since the House of Peoples represents not only the entities of Bosnia and Herzegovina, but also ethnicities (that is, constituent peoples). Both chambers of the Parliamentary Assembly are equal and they form two parts, which cannot function independently. Each and every draft text has to be discussed and adopted by both houses, while the special role of the House of Peoples is to protect “vital national interests”.

With regard to the applicability of Article 3 of Protocol No. 1, the Grand Chamber found the extent of the legislative powers enjoyed by the House of Peoples to be decisive<sup>1</sup> while, in my opinion, it is quite the opposite. Specifically, both houses have the same powers<sup>2</sup>, since all legislation “shall require the approval of both chambers”<sup>3</sup>. This in fact confirms that they have equal standing, although ethnic representation in the House of Peoples is of some relevance only when it comes to the vital interests of the constituent peoples: “[a] proposed decision of the Parliamentary Assembly may be declared to be destructive of a vital interest of the Bosniac, Croat, or Serb

---

1. See paragraph 41 of the judgment.

2. Article IV § 4 of the Constitution of Bosnia and Herzegovina:

“Powers. The Parliamentary Assembly shall have responsibility for:

- (a) Enacting legislation as necessary to implement decisions of the Presidency or to carry out the responsibilities of the Assembly under this Constitution.
- (b) Deciding upon the sources and amounts of revenues for the operations of the institutions of Bosnia and Herzegovina and international obligations of Bosnia and Herzegovina.
- (c) Approving a budget for the institutions of Bosnia and Herzegovina.
- (d) Deciding whether to consent to the ratification of treaties.
- (e) Such other matters as are necessary to carry out its duties or as are assigned to it by mutual agreement of the Entities.”

3. See the Constitution of Bosnia and Herzegovina, Article IV § 3 (c).

people by a majority of, as appropriate, the Bosniac, Croat, or Serb delegates selected in accordance with paragraph 1 (a) ... Such a proposed decision shall require for approval in the House of Peoples a majority of the Bosniac, of the Croat, and of the Serb delegates present and voting”<sup>1</sup>.

Constitutional provisions related to those powers that are not divided between the House of Representatives and the House of Peoples (see footnote 2 on this page) illustrate that the Parliamentary Assembly of Bosnia and Herzegovina has a unique structure that does not allow any categorisation according to commonly accepted academic models. Additionally, Article X of the Constitution provides that the Constitution “may be amended by a decision of the Parliamentary Assembly”, which is to be interpreted as stating that both houses are to decide on any such question.

An implied conclusion in this judgment, namely that the applicants in this case, who are of Roma and Jewish origin, are prevented from participating in the legislature of Bosnia and Herzegovina because they are not eligible to stand for election to the House of Peoples, would be wrong, since both Houses have the same powers and the applicants have the entirely plausible option of becoming members of the House of Representatives, where candidature is independent of ethnicity<sup>2</sup>.

The House of Peoples is a veto chamber where members perceive their exclusive task as being that of defending the interests of their peoples, and that is exactly what makes it a *sui generis* mechanism. Fourteen years after the Dayton Agreement, does Bosnia and Herzegovina still need this mechanism? That is another question that should be addressed as a justification for a finding on the merits only if Article 3 of Protocol No. 1 is applicable.

To sum up, my opinion is that Article 3 of Protocol No. 1 is not applicable in this case because the right of any individual to stand for election to the House of Peoples *per se* simply does not exist in domestic law; the House of Peoples is a non-elective organ, having neither the typical characteristics nor the powers of a second chamber, and its structure places it outside the ambit of Article 3 of Protocol No. 1.

As regards *the merits of this complaint*, the main question is whether the current differential treatment is discriminatory. The definition that has been developed in the Court’s case-law on Article 14 is that a difference of treatment is discriminatory if it has no objective and reasonable justification,

1. Ibid., Article IV § 3 (e).

2. The Constitution of Bosnia and Herzegovina provides (Article IV § 2) that “the House of Representatives shall comprise 42 Members, two-thirds elected from the territory of the Federation, one-third from the territory of the Republika Srpska” and “Members of the House of Representatives shall be directly elected from their Entity in accordance with an election law to be adopted by the Parliamentary Assembly”.

that is if it does not pursue a legitimate aim or if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised.

The majority's conclusion that the relevant constitutional provisions were not intended to establish ethnic domination, as argued by the applicants, but indeed to stop a brutal conflict and to secure effective equality between the warring parties, i.e. constituent peoples, is correct, as is the majority's conclusion that the impact of these provisions is different treatment on ethnic grounds. However, was this arrangement justified, and if yes, are the relevant grounds still present and significant? The Grand Chamber preferred to leave this question half-answered, while I thought that a detailed answer to this question would have been the most important response. Differential treatment of individuals belonging to "Others" was an issue left to be dealt with once the situation in Bosnia and Herzegovina was less sensitive, and from that perspective the Court has accepted that it was initially justified.

However, what is the situation now, fourteen years after the Dayton Agreement? Returning to the facts that initially justified the impugned arrangements and so far as losses are concerned, at least 100,000 inhabitants of Bosnia and Herzegovina disappeared or were killed during the war. Almost 1.3 million people from the pre-war population (28%) became refugees living outside Bosnia and Herzegovina. In the absence of war and allowing for the usual death, birth and migration rates, at the end of 1995 Bosnia and Herzegovina would have had 4.5 million inhabitants, while in reality there were only 2.9 million people in the country at the end of 1995. It has been fourteen years since the armed conflict ended, but is there real and significant progress as argued by the Grand Chamber?

The latest Amnesty International report on Bosnia and Herzegovina states that "13 years after the war ended an estimated 13,000 people still remained missing. The use of nationalist rhetoric increased in [Bosnia and Herzegovina] and the country continued to be deeply divided along ethnic lines"<sup>1</sup>.

According to the Ministry of Human Rights and Refugees of Bosnia and Herzegovina, more than 1.2 million people have not yet returned to their pre-war homes. Those that have returned are often faced with inadequate access to housing and employment. About 2,700 families still live in so-called collective housing establishments. Some of the returnees have not been able to repossess their property, either because it was destroyed or because there is no willingness on the part of the authorities to let them

1. See <http://www.amnesty.org/en/region/bosnia-herzegovina/report-2009>.

reintegrate<sup>1</sup>. Nor does the political situation appear better. The State has been run by political parties bearing nationalist flags and using nationalist rhetoric. Many war-crimes suspects are still free, although there is a process of transferring war-crimes cases from the International Criminal Court for the former Yugoslavia to domestic courts. Judicial and prosecutorial authorities are still supervised and instructed by international judges and prosecutors. All these facts were sufficient reasons for the United Nations, the European Union and the Peace Implementation Council to extend (in November 2009) the mandate of the High Representative. There are other signs that the international community sees no significant progress in Bosnia and Herzegovina (for example, international military forces are still present, as is the European Union Police Mission). On official websites, many States warn their citizens not to travel to Bosnia and Herzegovina on safety grounds. The 2006 elections showed that most voters still preferred nationalist rule because they felt safe being led by “their own people”. Children in schools are separated<sup>2</sup>, and cities that had a mixed population before the war are still divided. On becoming a member of the Council of Europe, Bosnia and Herzegovina undertook, among other commitments, to “review within one year, with the assistance of the European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), the electoral legislation in the light of Council of Europe standards, and to revise it where necessary”. The fact that, in spite of this commitment undertaken on its accession to the Council of Europe, Bosnia and Herzegovina has not yet honoured it shows that there is no consensus among leading political parties.

In the light of the above, can one be absolutely certain of the lack of justification for these constitutional arrangements today? On the other hand, if they are still justified, do such arrangements pursue a legitimate aim? As the Venice Commission has correctly pointed out, “the distribution of posts in the State organs between the constituent peoples was a central element of the Dayton Agreement making peace in Bosnia and Herzegovina possible. In such a context it is difficult to deny legitimacy to norms that may be problematic from the point of view of non-discrimination but necessary to achieve peace and stability and to avoid further loss of human lives”. Peace has been achieved, but the stability factor remains questionable. It may be that, as pointed out by Judge Feldman of the Bosnia and Herzegovina Constitutional Court in his concurring opinion, “... [I regard] the justification as being temporary rather than permanent, ... but the time has not yet arrived when the State will have completed its transition away from

1. See <http://www.mhrr.gov.ba/izbjeglice/?id=6>.

2. See Council of Europe Monitoring Report, 2008, SG/Inf(2008)2.

the special needs which dictated the unusual architecture of the State under the Dayton Agreement and the Constitution of Bosnia and Herzegovina”<sup>1</sup>. In *Ždanoka v. Latvia*<sup>2</sup>, the Court found that “it is not surprising that a newly established democratic legislature should need time for reflection in a period of political turmoil to enable it to consider what measures were required to sustain its achievements”. In the same judgment<sup>3</sup>, the Court further stated that the domestic authorities should be left “sufficient latitude to assess the needs of their society in building confidence in the new democratic institutions, including the national parliament, and to answer the question whether the impugned measure is still needed ...” Are the special constitutional arrangements in Bosnia and Herzegovina still deemed necessary and can the current situation still be justified, despite the passing of time? Is it up to the European Court of Human Rights to determine when the time for change has arrived? I would hesitate to give a firm and definite answer to these questions. “Identity through citizenship” would be a desirable change, but ethnic distinction, in the Court’s case-law, is considered unnecessary and therefore discriminatory where the same result (legitimate aim) could be achieved through a measure that does not rely on a racial or ethnic differentiation, or on the application of criteria other than those based on birth<sup>4</sup>. However, what other method would maintain the ethnic balance and build the confidence that is so needed in Bosnia and Herzegovina? The Court has not answered this question either; it concludes only that “the applicants’ continued ineligibility to stand for election to the House of Peoples of Bosnia and Herzegovina lacks an objective and reasonable justification and has therefore breached Article 14 taken in conjunction with Article 3 of Protocol No. 1” (see paragraph 50 of the judgment).

Accordingly, the test of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised in this case has not been tried at all. I see this as a missed opportunity to provide more decisive and convincing arguments or at least a ground for comparison with other member States. The law of most, if not all, member States of the Council of Europe provides for certain distinctions based on nationality with regard to certain rights and the Court’s case-law allows a certain margin of appreciation to national authorities in assessing whether and to what extent differences

---

1. See [http://www.ustavnisud.ba/eng/odluke/povuci\\_pdf.php?pid=67930](http://www.ustavnisud.ba/eng/odluke/povuci_pdf.php?pid=67930) for the concurring opinion of Judge Feldman to the decision of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina, AP-2678/06.

2. See *Ždanoka v. Latvia* [GC], no. 58278/00, § 131, ECHR 2006-IV.

3. *Ibid.*, § 134.

4. See *Inze v. Austria*, 28 October 1987, § 44, Series A no. 126.

justify a different treatment in law<sup>1</sup>. Additionally, the scope of the margin of appreciation in the Court's case-law varies "according to the circumstances", as pointed out in *Rasmussen v. Denmark*<sup>2</sup>. As the Court has found, "[t]here are numerous ways of organising and running electoral systems and a wealth of differences, *inter alia*, in historical development, cultural diversity and political thought within Europe which it is for each Contracting State to mould into their own democratic vision"<sup>3</sup>. For the sake of the Court's case-law, it would have been very interesting to see how far the Court would have interpreted the margin of appreciation left to the State in this case.

## VI. Costs and expenses

Finally, I disagree with the majority's decision to award the second applicant 20,000 euros (EUR) in respect of costs and expenses, while the first applicant was awarded only EUR 1,000. This discrepancy was explained by the fact that the second applicant's team of representatives included three international members and/or experts and that they held meetings in New York and Sarajevo, while the first applicant was represented *pro bono* and claimed only EUR 1,000 for his counsel's appearance at the hearing before the Court<sup>4</sup>. Since the submissions of both applicants were of comparable quality, I find it simply unfair to award them drastically different amounts.

---

1. See *Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium*, 2 March 1987, Series A no. 113, and *Yumak and Sadak v. Turkey* [GC], no. 10226/03, ECHR 2008.

2. See *Rasmussen v. Denmark*, 28 November 1984, § 40, Series A no. 87.

3. See *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)* [GC], no. 74025/01, § 61, ECHR 2005-IX.

4. See paragraph 64 of the judgment.

## DISSENTING OPINION OF JUDGE BONELLO

On principle and in the abstract, I cannot but share the reasoning of the majority as to the significance of non-discrimination in securing the enjoyment of electoral rights. I voted, with major reservations, to find the two applications admissible. But I also voted, with fewer hesitations, against finding a violation of the Convention. These two cases may appear to be the simplest the Court has had to deal with to date, but they may well be, concurrently, among the more insidious. There is nothing so obvious as finding damnable those provisions which, in a constitutional set-up, prevent Roma and Jews from standing for election. So far, an open and shut violation, hardly worth wasting time on.

Behind this invitation to get on with more challenging business, however, lurk issues which have disturbed me deeply and to which, I confess, I heard no satisfactory answers from the Court. Certainly, persuasive answers exist, were the Court to shove history out of its front door. I believe the present judgment does precisely that: it has divorced Bosnia and Herzegovina from the realities of its own recent past.

After the extravagantly violent events of 1992 which witnessed horrific blood baths, ethnic massacre and vendettas without frontiers, the international community intervened: firstly in an attempt to achieve a truce between Bosniacs, Serbs and Croats, and later a more permanent settlement – the Dayton Peace Accords of 1995. These were hammered out in protracted and persistent negotiations which aimed at creating institutional bodies based almost exclusively on systems of checks and balances between the three belligerent ethnicities. It was ultimately a most precarious equilibrium that was laboriously reached, resulting in a fragile tripartite symmetry born from mistrust and nourished on suspicion.

Only the action of that filigree construction extinguished the inferno that had been Bosnia and Herzegovina. It may not be perfect architecture, but it was the only one that induced the contenders to substitute dialogue for dynamite. It was based on a distribution of powers, tinkered to its finest details, regulating how the three ethnicities were to exercise power-sharing in the various representative organs of the State. The Dayton Agreement dosed with a chemist's fastidiousness the exact ethnic proportions of the peace recipe.

Now this Court has taken it upon itself to disrupt all that. Strasbourg has told both the former belligerents and the peace-devising do-gooders that they got it all wrong. They had better start all over again. The Dayton

formula was inept, the Strasbourg non-formula henceforth takes its place. Back to the drawing board.

The questions I ask myself are closely linked with both the admissibility and the merits of the two applications: does it fall within this Court's remit to behave as the uninvited guest in peacekeeping multilateral exercises and treaties that have already been signed, ratified and executed? I would be the first to want the Court not to be too small for its ideals. I would be the last to want the Court to be too big for its boots.

A second question follows: the Court has almost unlimited powers when it comes to granting remedies to established violations of Convention-acknowledged human rights – and that surely is as it should be. But do these almost unlimited powers include that of undoing an international treaty, all the more so if that treaty was engineered by States and international bodies, *some of which are neither signatories to the Convention nor defendants before the Court in this case*? More specifically, does the Court have jurisdiction, by way of granting relief, to subvert the sovereign action of the European Union and of the United States of America, who together fathered the Dayton Peace Accords, of which the Bosnia and Herzegovina Constitution – impugned before the Court – is a mere annex? I do not offer facile answers to these questions, but believe them to be cogent enough for the Court to have tackled them preliminarily and in some depth. It did not.

Again, one cannot possibly disagree with the almost platitudinous Preamble to the Convention that human rights “are the foundation of peace in the world”. Sure they are. But what of exceptionally perverse situations in which the enforcement of human rights could be the trigger for war rather than the conveyor of peace? Are the rights of the two applicants to stand for election so absolute and compelling as to nullify the peace, security and public order established for the entire population – including themselves? Is the Court aware of its responsibility in reopening the Dayton process, in order to bring it into line with its judgment? And will it face up to the enormities of failure, should the new Strasbourg dawn fail to turn up for its appointment?

The whole structure of the Convention is based on a primordial sovereignty of human rights, but, saving the very core rights (to which that of standing for election certainly does not belong), always subject to their exercise in conformity with the rights of others and with the overriding social good. I cannot see the Convention wanting the applicants to stand for election come hell or high water. Election candidates, even with Armageddon as the price.

I would be the first to bellow how invaluable the values of equality and non-discrimination are – but then national peace and reconciliation are at

least equally so. The Court has canonised the former and discounted the latter. With all due respect to the Court, the judgment seems to me an exercise in star-struck mirage-building which neglects to factor in the rivers of blood that fertilised the Dayton Constitution. It prefers to embrace its own sanitised state of denial, rather than open its door to the messy world outside. Perhaps that explains why, in the recital of the facts, the judgment declined to refer even summarily to the tragedies which preceded Dayton and which ended exclusively on account of Dayton. The Court, deliberately or otherwise, has excluded from its vision not the peel, but the core of Balkan history. The Court felt compelled to disgrace the Dayton Constitution, but has not felt compelled to put something equally peace salving in its place.

I also question the Court's finding that the situation in Bosnia and Herzegovina has now changed and that the previous delicate tripartite equilibrium need no longer prevail. That may well be so, and I just hope it is. In my view, however, a judicial institution so remote from the focus of dissention can hardly be the best judge of this. In traumatic revolutionary events, it is not for the Court to establish, by a process of divination, when the transitional period is over, or when a state of national emergency is past and everything is now business as usual. I doubt that the Court is better placed than the national authorities to assess the point in time when previous fractures consolidate, when historical resentments quell and when generational discords harmonise. I find that claims such as these, arguably based on self-delusory wishful thinking, show little or no respect for the inexhaustible resources of rancour. The Court does ill to shut its mind to histories in which hate validates culture.

The Court has ordered the respondent State to put the Dayton Peace Accords in the liquidiser and to start looking for something else. I, for my part, doubt that any State should be placed under any legal or ethical obligation to sabotage the very system that saved its democratic existence. It is situations such as these that make judicial self-restraint look more like a strength than a flaw.

The Court has repeatedly accepted that the enjoyment of the majority of basic human rights – not least, the right to stand for election – is subject to intrinsic restrictions and extrinsic curtailment. It can be abridged for objective and reasonable considerations. The exercise of fundamental rights can suffer limitations for the purposes of security and public order and in keeping with the general interest of the community. It can shrink as a consequence of exceptional historical realities, such as terrorism and organised crime or in the aftermath of national emergencies.

Strasbourg has, over the years, approved quite effortlessly the restriction of electoral rights (to vote in or stand for elections) based on the widest

imaginable spectrum of justifications: from absence of language proficiency<sup>1</sup> to being in detention<sup>2</sup> or having previously been convicted of a serious crime<sup>3</sup>; from a lack of “four years’ continuous residence”<sup>4</sup> to nationality and citizenship requirements<sup>5</sup>; from being a member of parliament in another State<sup>6</sup> to having double nationality<sup>7</sup>; from age requirements<sup>8</sup> to being under 40 years old in senate elections<sup>9</sup>; from posing a threat to the stability of the democratic order<sup>10</sup> to taking the oath of office in a particular language<sup>11</sup>; from being a public officer<sup>12</sup> to being a local civil servant<sup>13</sup>; and from the requirement that would-be candidates cannot stand for election unless endorsed by a certain number of voters’ signatures<sup>14</sup> to the condition of taking an oath of allegiance to the monarch<sup>15</sup>.

All these circumstances have been considered sufficiently compelling by Strasbourg to justify the withdrawal of the right to vote or to stand for election. But a clear and present danger of destabilising the national equilibrium has not. The Court has not found a hazard of civil war, the avoidance of carnage or the safeguard of territorial cohesion to have sufficient social value to justify some limitation on the rights of the two applicants.

I do not identify with this. I cannot endorse a Court that sows ideals and harvests massacre.

- 
1. *Clerfayt and Others v. Belgium*, no. 27120/95, Commission decision of 8 September 1997, Decisions and Reports (DR) 90, p. 35.
  2. *Holland v. Ireland*, no. 24827/94, Commission decision of 14 April 1998, DR 93-A, p. 15.
  3. *H. v. the Netherlands*, no. 9914/82, Commission decision of 4 July 1983, DR 33, p. 242.
  4. *Polacco and Garofalo v. Italy*, no. 23450/94, Commission decision of 15 September 1997, DR 90-A, p. 5.
  5. *Luksch v. Italy*, no. 27614/95, Commission decision of 21 May 1997, DR 89-B, p. 76.
  6. *M. v. the United Kingdom*, no. 19316/83, Commission decision of 7 March 1984, DR 37, p. 129.
  7. *Ganchev v. Bulgaria*, no. 28858/95, Commission decision of 21 November 1966, DR 87-A, p. 130.
  8. *W., X., Y. and Z. v. Belgium*, nos. 6745/74 and 6746/74, Commission decision of 30 May 1975, Yearbook 18, p. 236.
  9. *Ibid.*
  10. *Čdanoka v. Latvia* [GC], no. 58278/00, ECHR 2006-IV.
  11. *Fryske Nasjonale Partij and Others v. the Netherlands*, no. 11100/84, Commission decision of 12 December 1985, DR 45, p. 240.
  12. *Gitonas and Others v. Greece*, 1 July 1997, § 40, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-IV.
  13. *Ahmed and Others v. the United Kingdom*, 2 September 1998, § 75, *Reports* 1998-VI.
  14. *Asensio Serqueda v. Spain*, no. 23151/94, Commission decision of 9 May 1994, DR 77-B, p. 122.
  15. *McGuinness v. the United Kingdom* (dec.), no. 39511/98, ECHR 1999-V.



SEJDIĆ ET FINCI c. BOSNIE-HERZÉGOVINE  
(*Requêtes n<sup>os</sup> 27996/06 et 34836/06*)

GRANDE CHAMBRE<sup>1</sup>

ARRÊT DU 22 DÉCEMBRE 2009

---

1. Arrêt rendu par la Grande Chambre à la suite du dessaisissement d'une chambre en application de l'article 30 de la Convention.



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Inéligibilité à divers postes politiques des membres de certaines communautés minoritaires****Article 14 de la Convention combiné avec l'article 3 du Protocole n° 1**

*Discrimination – Race – Inéligibilité à divers postes politiques des membres de certaines communautés minoritaires – Elections parlementaires – Rétablissement de la paix – Société post-confliktuelle – Normes du Conseil de l'Europe en matière de législation électorale – Justification objective et raisonnable*

**Article 1 du Protocole n° 12**

*Interdiction générale de la discrimination – Race – Inéligibilité à divers postes politiques des membres de certaines communautés minoritaires – Elections présidentielles – « Droit prévu par la loi »*

\*

\* \*

Les requérants, qui sont tous deux ressortissants de Bosnie-Herzégovine, sont respectivement d'origine rom et d'origine juive, et ils occupent des fonctions publiques importantes. A l'époque de l'arrêt de la Cour, M. Sejdíć était le contrôleur de la mission de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe en Bosnie-Herzégovine, tandis que M. Finci était l'ambassadeur de Bosnie-Herzégovine en Suisse. En vertu de la Constitution de Bosnie-Herzégovine de 1995 – qui constituait une annexe à l'Accord-cadre général de 1995 pour la paix en Bosnie-Herzégovine (« l'Accord de Dayton ») – seuls les Bosniaques, les Croates et les Serbes, qualifiés de « peuples constituants », pouvaient se porter candidats aux élections à la présidence tripartite de l'Etat et à la chambre haute du Parlement de l'Etat, la Chambre des peuples. Les requérants se plaignaient devant la Cour que, bien qu'ils pussent se prévaloir d'une expérience comparable à celle que possédaient les titulaires des plus hautes fonctions électives du pays, ils étaient privés par la Constitution, à raison simplement de leur origine ethnique, du droit de se porter candidats à de telles fonctions.

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

1. Article 14 de la Convention combiné avec l'article 3 du Protocole n° 1 (élections à la Chambre des peuples de Bosnie-Herzégovine): dès lors que la Chambre des peuples se compose de membres désignés par les Parlements des deux Entités de Bosnie-Herzégovine et qu'elle possède de larges pouvoirs lui permettant de contrôler l'adoption des lois, la Cour juge que les élections à cet organe entrent dans le champ d'application de l'article 3 du Protocole n° 1. Elle rappelle que dans une société démocratique contemporaine une discrimination fondée uniquement sur la race ne peut être objectivement justifiée. Les requérants en l'espèce, qui se disent respectivement d'origine rom et d'origine juive et qui ne déclarent d'appartenance à aucun «peuple constituant», ne peuvent, du fait de certaines dispositions constitutionnelles, se porter candidats aux élections à la Chambre des peuples. La règle d'exclusion en cause poursuivait à l'origine au moins un but globalement compatible avec les objectifs généraux de la Convention, à savoir le rétablissement de la paix. Lorsque les dispositions constitutionnelles litigieuses furent mises en place, elles visaient à faire cesser un conflit brutal, marqué par des faits de génocide et d'«épuration ethnique». La nature du conflit était telle que l'approbation des «peuples constituants» était nécessaire pour assurer la paix. Cela peut expliquer l'absence de représentants des autres communautés – telles que les communautés rom et juive – aux négociations de paix et le souci des négociateurs de veiller à une égalité effective entre les «peuples constituants» dans la société postconflictuelle. La Cour constate toutefois que des développements positifs importants sont intervenus en Bosnie-Herzégovine depuis l'Accord de Dayton: en 2005, les parties naguère en conflit ont abandonné leur contrôle sur les forces armées, transformant celles-ci en une petite force professionnelle; en 2006, la Bosnie-Herzégovine a rejoint le Partenariat pour la paix de l'Organisation du traité de l'Atlantique Nord; en 2008, elle a signé et ratifié un accord de stabilisation et d'association avec l'Union européenne; en mars 2009, elle a mené à bien le premier amendement à la Constitution de l'Etat, et elle a récemment été élue membre du Conseil de sécurité des Nations unies pour un mandat de deux ans débutant le 1<sup>er</sup> janvier 2010. De surcroît, en ratifiant sans réserves la Convention et ses Protocoles en 2002, l'Etat défendeur s'est expressément engagé à revoir sa loi électorale dans un délai de un an, avec l'aide de la Commission européenne pour la démocratie par le droit (la Commission de Venise) et à la lumière des principes du Conseil de l'Europe, aux fins d'amendement le cas échéant. Il a pris un engagement similaire lors de la ratification de l'accord de stabilisation et d'association conclu avec l'Union européenne en 2008. Enfin, si la Convention n'exige pas en soi que l'Etat défendeur abandonne totalement les mécanismes de partage du pouvoir propres à la Bosnie-Herzégovine, les avis de la Commission de Venise montrent clairement que des mécanismes de partage du pouvoir sont envisageables qui ne conduisent pas automatiquement à l'exclusion totale des représentants des autres communautés. En conclusion, le maintien de l'impossibilité faite aux requérants de

se porter candidats aux élections à la Chambre des peuples de Bosnie-Herzégovine ne repose pas sur une justification objective et raisonnable.

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

2. Article 1 du Protocole n° 12 (présidence de Bosnie-Herzégovine) : si l'article 14 de la Convention prohibe la discrimination dans l'assurance de la jouissance des « droits et libertés reconnus dans la (...) Convention », l'article 1 du Protocole n° 12 étend le champ de la protection à « tout droit prévu par la loi ». Il introduit donc une interdiction générale de la discrimination. Par conséquent, que les élections à la présidence relèvent ou non du champ d'application de l'article 3 du Protocole n° 1, ce grief concerne un « droit prévu par la loi », ce qui rend l'article 1 du Protocole n° 12 applicable. La non-déclaration par les requérants en l'espèce d'une appartenance à l'un des « peuples constituants » les rend également juridiquement inaptes à se présenter aux élections à la présidence. Dès lors que la notion de discrimination doit être interprétée de la même manière dans le cadre de l'article 14 et dans celui de l'article 1 du Protocole n° 12, les dispositions constitutionnelles en vertu desquelles les requérants ne peuvent se porter candidats aux élections à la présidence doivent elles aussi être considérées comme discriminatoires.

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

Article 41 : le constat d'une violation représente une satisfaction équitable suffisante pour tout dommage moral pouvant avoir été subi par les requérants.

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

*Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique »*

*c. Belgique* (fond), 23 juillet 1968, série A n° 6

*Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, série A n° 94

*Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique*, 2 mars 1987, série A n° 113

*Petrovic c. Autriche*, 27 mars 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-II

*Matthews c. Royaume-Uni* [GC], n° 24833/94, CEDH 1999-I

*Thlimmenos c. Grèce* [GC], n° 34369/97, CEDH 2000-IV

*Sahin c. Allemagne* [GC], n° 30943/96, CEDH 2003-VIII

*Boškoski c. « l'ex-République yougoslave de Macédoine »* (déc.), n° 11676/04, CEDH 2004-VI

*Natchova et autres c. Bulgarie* [GC], nos 43577/98 et 43579/98, CEDH 2005-VII

*Stec et autres c. Royaume-Uni* (déc.) [GC], nos 65731/01 et 65900/01, CEDH 2005-X

*Timichev c. Russie*, nos 55762/00 et 55974/00, CEDH 2005-XII

*D.H. et autres c. République tchèque* [GC], n° 57325/00, CEDH 2007-IV

*E.B. c. France* [GC], n° 43546/02, 22 janvier 2008

*Andrejeva c. Lettonie* [GC], n° 55707/00, CEDH 2009

*Glor c. Suisse*, n° 13444/04, CEDH 2009



**En l'affaire Sejdić et Finci c. Bosnie-Herzégovine,**

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

Jean-Paul Costa, *président*,  
Christos Rozakis,  
Nicolas Bratza,  
Peer Lorenzen,  
Françoise Tulkens,  
Josep Casadevall,  
Giovanni Bonello,  
Lech Garlicki,  
Khanlar Hajiyev,  
Ljiljana Mijović,  
Egbert Myjer,  
David Thór Björgvinsson,  
George Nicolaou,  
Luis López Guerra,  
Ledi Bianku,  
Ann Power,  
Mihai Poalelungi, *juges*,

et de Vincent Berger, *jurisconsulte*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 3 juin et 25 novembre 2009,

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

**PROCÉDURE**

1. A l'origine de l'affaire se trouvent deux requêtes (n<sup>os</sup> 27996/06 et 34836/06) dirigées contre la République de Bosnie-Herzégovine et dont deux ressortissants de cet Etat, MM. Dervo Sejdić et Jakob Finci (« les requérants »), ont saisi la Cour le 3 juillet et le 18 août 2006 respectivement 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 se plaignent de l'impossibilité qui leur est faite, à raison de leurs origines rom et juive respectivement, de se porter candidats aux élections à la Chambre des peuples et à la présidence de Bosnie-Herzégovine. Ils invoquent les articles 3, 13 et 14 de la Convention, l'article 3 du Protocole n<sup>o</sup> 1 et l'article 1 du Protocole n<sup>o</sup> 12.

3. Les requêtes ont initialement été attribuées à la quatrième section de la Cour (article 52 § 1 du règlement). Le 11 mars 2008, une chambre de ladite

section a décidé de donner connaissance des requêtes au Gouvernement. Comme le lui permettait l'article 29 § 3 de la Convention, elle a par ailleurs décidé d'en examiner conjointement la recevabilité et le fond. Le 10 février 2009, la chambre, composée de Nicolas Bratza, Lech Garlicki, Giovanni Bonello, Ljiljana Mijović, Davíd Thór Björgvinsson, Ledi Bianku et Mihai Poalelungi, juges, et de Fatoş Aracı, greffière de section adjointe, s'est dessaisie en faveur de la Grande Chambre, aucune des parties, consultées à cet effet, ne s'étant déclarée opposée à pareille mesure (articles 30 de la Convention et 72 du règlement). La composition de la Grande Chambre a été déterminée conformément aux dispositions des articles 27 §§ 2 et 3 de la Convention et 24 du règlement.

4. Les parties ont déposé des observations écrites sur la recevabilité et le fond des affaires. Des commentaires ont également été reçus de la Commission de Venise, du AIRE Centre et de l'Open Society Justice Initiative, qui s'étaient vu accorder l'autorisation d'intervenir dans la procédure écrite (articles 36 § 2 de la Convention et 44 § 2 du règlement).

5. Une audience a eu lieu en public au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 3 juin 2009 (article 54 § 3 du règlement).

Ont comparu :

– *pour le Gouvernement*

M<sup>mes</sup> Z. Ibrahimović,

B. Skalonjić,

M. F. Turčinović,

*agent adjoint,*

*agent assistant,*

*conseiller;*

– *pour les requérants*

M. F.J. Leon Diaz,

M<sup>me</sup> S.P. Rosenberg,

M. C. Baldwin,

*conseils.*

La Cour a entendu M<sup>me</sup> Ibrahimović, M. Leon Diaz, M<sup>me</sup> Rosenberg et M. Baldwin. Le second requérant était également présent à l'audience.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

### A. Le contexte

6. La Constitution de la Bosnie-Herzégovine (ci-après désignée comme « la Constitution » ou « la Constitution de l'État » lorsqu'il est nécessaire

de la distinguer des Constitutions des Entités) est une annexe à l'Accord-cadre général de 1995 pour la paix en Bosnie-Herzégovine («l'Accord de Dayton»), paraphé à Dayton le 21 novembre 1995 et signé à Paris le 14 décembre 1995. Partie intégrante d'un traité de paix, la Constitution a été rédigée et adoptée sans qu'aient été appliquées les procédures qui auraient pu lui conférer une légitimité démocratique. Négociée et publiée dans une langue étrangère, l'anglais, elle représente l'unique cas de Constitution n'ayant jamais été officiellement publiée dans les langues officielles du pays concerné. La Constitution confirmait le maintien de l'existence juridique de la Bosnie-Herzégovine en tant qu'Etat, tout en modifiant sa structure interne. En vertu de la Constitution, la Bosnie-Herzégovine se compose de deux Entités: la Fédération de Bosnie-Herzégovine et la Republika Srpska. L'Accord de Dayton avait laissé sans réponse la question de la ligne de séparation des Entités dans la région de Brčko, mais les parties s'étaient mises d'accord pour soumettre cette question à un arbitrage contraignant (article V de l'annexe 2 à l'Accord de Dayton). Une sentence arbitrale du 5 mars 1999 a créé un district de Brčko placé sous la souveraineté exclusive de l'Etat.

7. Le préambule à la Constitution qualifie les Bosniaques, les Croates et les Serbes de «peuples constituants». Au niveau de l'Etat, des arrangements de partage du pouvoir ont été introduits qui rendent impossible l'adoption de décisions contre la volonté des représentants de l'un quelconque des «peuples constituants». Ont ainsi été prévus un veto au nom d'intérêts vitaux, un veto des Entités, un système bicaméral (avec une Chambre des peuples composée de cinq Bosniaques et cinq Croates de la Fédération de Bosnie-Herzégovine et de cinq Serbes de la Republika Srpska) et une présidence collégiale de trois membres, composée de un Bosniaque et un Croate de la Fédération de Bosnie-Herzégovine et de un Serbe de la Republika Srpska (pour plus de détails, voir les paragraphes 12 et 22 ci-dessous).

## **B. La présente espèce**

8. Les requérants sont nés en 1956 et en 1943 respectivement. Ils ont occupé dans le passé et continuent d'occuper des fonctions publiques importantes. M. Sejdíć est actuellement le contrôleur rom de la mission de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE) en Bosnie-Herzégovine; il avait précédemment siégé comme membre du Conseil rom de Bosnie-Herzégovine (l'organe représentatif suprême de la communauté rom locale) et du Conseil consultatif pour les Roms (organe mixte comprenant des représentants de la communauté rom locale et des ministères compétents). M. Finci est actuellement ambassadeur de Bosnie-Herzégovine en Suisse; il avait auparavant exercé diverses fonctions,

et notamment celle de président du Conseil interreligieux de Bosnie-Herzégovine et celle de chef de l'agence de la fonction publique nationale.

9. Les requérants se disent l'un d'origine rom, l'autre d'origine juive. Dès lors qu'ils ne déclarent d'appartenance à aucun des « peuples constituants », ils n'ont pas qualité pour se porter candidats aux élections à la Chambre des peuples (la deuxième chambre du Parlement de l'Etat) ou à la présidence (collective) de l'Etat. M. Finči a obtenu le 3 janvier 2007 une confirmation officielle de cet état de choses.

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

### A. L'Accord de Dayton

10. L'Accord de Dayton, paraphé sur la base aérienne de Wright-Patterson, non loin de Dayton (Etats-Unis), le 21 novembre 1995 et signé à Paris (France) le 14 décembre 1995, était l'aboutissement de quelque quarante-quatre mois de négociations intermittentes menées sous les auspices de la Conférence internationale sur l'ex-Yougoslavie et du Groupe de contact. Il est entré en vigueur le 14 décembre 1995 et comporte douze annexes.

#### 1. *L'annexe 4 (la Constitution de la Bosnie-Herzégovine)*

11. La Constitution établit une distinction entre les « peuples constituants » (qui regroupent les personnes déclarant appartenir au groupe des Bosniaques<sup>1</sup>, à celui des Croates ou à celui des Serbes) et les « autres » (les membres de minorités ethniques et les personnes qui ne déclarent d'appartenance à aucun groupe particulier, par exemple parce qu'elles ont épousé une personne d'une origine ethnique différente de la leur, parce que leurs parents ont chacun une origine ethnique différente, ou pour d'autres raisons encore). Dans l'ex-Yougoslavie, l'appartenance à un groupe ethnique était décidée par les personnes elles-mêmes, en vertu d'un système d'autoclassification. Ainsi, aucun critère objectif, tel la connaissance d'une langue déterminée ou l'appartenance à une religion donnée, n'était requis. Il n'y avait pas non plus d'exigence d'acceptation par les autres membres du groupe ethnique concerné. La Constitution ne comporte aucune disposition concernant la détermination de l'appartenance ethnique des gens. Ses

1. Jusqu'à la guerre de 1992-1995, les Bosniaques étaient désignés par le terme « Musulmans ». Le terme « Bosniaques » (*Bošnjaci*) ne doit pas être confondu avec le terme « Bosniens » (*Bosanci*), communément utilisé pour désigner les citoyens de Bosnie-Herzégovine indépendamment de leur origine ethnique.

rédacteurs ont apparemment supposé que l'autoclassification traditionnelle suffirait.

12. Seules les personnes déclarant une appartenance à l'un des peuples constituants peuvent se présenter à la Chambre des peuples (la seconde chambre du Parlement national) et à la présidence (collégiale) de l'Etat. Les dispositions de la Constitution pertinentes pour la présente espèce sont les suivantes :

#### Article IV

«L'Assemblée parlementaire comprend deux chambres: la Chambre des peuples et la Chambre des représentants.

1. **Chambre des peuples.** La Chambre des peuples comprend quinze délégués, deux tiers émanant de la Fédération (cinq Croates et cinq Bosniaques) et un tiers émanant de la Republika Srpska (cinq Serbes).

a) Les délégués croates et bosniaques désignés par la Fédération sont choisis, respectivement, par les délégués croates et bosniaques à la Chambre des peuples de la Fédération<sup>1</sup>. Les délégués de la Republika Srpska sont choisis par l'Assemblée nationale de la Republika Srpska<sup>2</sup>.

b) Neuf membres de la Chambre des peuples constituent un quorum, sous réserve de la présence effective d'au moins trois délégués bosniaques, trois délégués croates et trois délégués serbes.

2. **Chambre des représentants.** La Chambre des représentants comporte quarante-deux membres, dont les deux tiers sont élus par le territoire de la Fédération et un tiers par le territoire de la Republika Srpska.

a) Les membres de la Chambre des représentants sont élus directement par leur Entité conformément aux dispositions d'une loi électorale que l'Assemblée parlementaire approuvera. Toutefois, la première élection est organisée conformément à l'annexe 3 de l'Accord-cadre général.

b) La majorité de tous les membres élus pour siéger à la Chambre des représentants constitue le quorum

#### 3. Procédures

a) Chacune des deux chambres se réunit à Sarajevo au plus tard trente jours après sa formation ou son élection.

1. Les membres de la Chambre des peuples de la Fédération de Bosnie-Herzégovine sont désignés par les parlements cantonaux (la Fédération de Bosnie-Herzégovine se compose de dix cantons). Les membres des parlements cantonaux sont directement élus.

2. Les membres de l'Assemblée nationale de la Republika Srpska sont directement élus.

- b) Chaque chambre adopte à la majorité son règlement intérieur et choisit parmi ses membres un Serbe, un Bosniaque et un Croate comme président et vice-présidents, la présidence revenant à tour de rôle à chacune des trois personnes choisies.
- c) Toute législation nécessite l'approbation des deux chambres.
- d) Toutes les décisions des deux chambres sont prises à la majorité des votants présents en personne. Les délégués et les membres font leur possible pour que la majorité comporte au moins un tiers des suffrages émanant de territoires de chaque Entité. Si la majorité exprimée ne comprend pas un tiers des voix des délégués ou membres du territoire de chaque Entité, le président et les vice-présidents se constituent en commission et essaient d'obtenir l'approbation dans les trois jours suivant le scrutin. En cas d'échec, les décisions sont prises à la majorité des présents et votants à condition que les suffrages contraires ne soient pas en nombre égal ou supérieur aux deux tiers du nombre des délégués ou des membres élus par l'une ou l'autre des Entités.
- e) Un projet de décision soumis à l'Assemblée parlementaire peut être déclaré contraire aux intérêts vitaux du peuple bosniaque, croate ou serbe par une majorité des délégués bosniaques, croates ou serbes, selon le cas, désignés conformément aux dispositions de l'alinéa 1 a) ci-dessus. Pour être approuvé par la Chambre des peuples, un tel projet de décision requiert la majorité des délégués bosniaques, des délégués croates et des délégués serbes présents et votants.
- f) Si une majorité de la délégation bosniaque ou croate ou serbe s'oppose à la mise en œuvre des dispositions de l'alinéa e), le président de la Chambre des peuples réunit immédiatement une commission mixte composée de trois délégués choisis respectivement par les délégués bosniaques, croates et serbes afin de résoudre le litige. A défaut pour la commission de régler le problème dans les cinq jours, la question est portée devant la Cour constitutionnelle, qui vérifie la régularité de la procédure parlementaire en appliquant une procédure d'urgence.
- g) La dissolution de la Chambre des peuples peut être prononcée par la présidence ou par la Chambre elle-même, à condition que la décision de la Chambre soit approuvée par une majorité comprenant la majorité des délégués d'au moins deux des peuples bosniaque, croate ou serbe. Toutefois, la Chambre des peuples élue lors des premières élections après l'entrée en vigueur de la présente Constitution ne peut pas être dissoute.
- h) Les décisions de l'Assemblée parlementaire n'entrent en vigueur qu'après publication.
- i) Les deux chambres publient un compte rendu complet de leurs délibérations et, sauf circonstances exceptionnelles prévues par leurs règlements, leurs délibérations sont publiques.

j) La responsabilité des délégués et des membres ne peut être recherchée au civil ni au pénal pour les actes accomplis dans le cadre de leurs fonctions auprès de l'Assemblée parlementaire.

4. **Pouvoirs.** Les pouvoirs suivants sont exercés par l'Assemblée parlementaire :

- a) Promulguer les lois nécessaires pour mettre en œuvre les décisions de la présidence ou exercer les responsabilités de l'Assemblée aux termes de la présente Constitution.
- b) Décider des sources et des montants des recettes nécessaires pour le fonctionnement des institutions de la Bosnie-Herzégovine et pour l'exécution de ses obligations internationales.
- c) Approuver le budget des institutions de la Bosnie-Herzégovine.
- d) Consentir ou non à la ratification des traités.
- e) Régler toutes autres questions nécessaires pour remplir ses fonctions ou s'acquitter des charges qui lui sont attribuées par consentement mutuel des Entités.»

### **Article V**

«La présidence de la Bosnie-Herzégovine se compose de trois membres, un Bosniaque, un Croate, chacun élu directement par le territoire de la Fédération, et un Serbe élu directement par le territoire de la Republika Srpska.

#### **1. Election et durée du mandat électif**

- a) Les membres de la présidence sont élus directement dans chaque Entité (chaque électeur votant en vue de pourvoir un siège à la présidence) conformément aux dispositions d'une loi électorale adoptée par l'Assemblée parlementaire. Toutefois, la première élection se déroule conformément aux dispositions de l'annexe 3 de l'Accord-cadre général. Tout siège vacant à la présidence est pourvu par l'Entité concernée conformément à une loi que l'Assemblée parlementaire devra adopter.
- b) Les membres de la présidence élus lors des premières élections restent en poste pour un mandat de deux ans ; le mandat des membres élus ensuite est de quatre ans. Les membres sont rééligibles une fois pour se succéder à eux-mêmes et sont ensuite inéligibles pendant quatre ans

#### **2. Procédures**

- a) La présidence fixe son propre règlement, qui prévoit un délai de convocation suffisant pour toutes les réunions de la présidence.
- b) Les membres de la présidence se choisissent un président en leur sein. Pour le premier mandat de la présidence, le président est celui des membres qui a recueilli le plus grand nombre de voix. Par la suite, l'Assemblée parlementaire définit la méthode d'élection du président, par tour de rôle ou autrement, sous réserve des dispositions de l'article IV § 3.

c) La présidence s'efforce d'adopter par consensus toutes les décisions présidentielles (c'est-à-dire celles concernant les questions qui relèvent de l'article V § 3 a)–e)). Sous réserve des dispositions de l'alinéa d) ci-après, ces décisions peuvent néanmoins être adoptées par deux membres, si tous les efforts en vue d'obtenir un consensus ont échoué.

d) Un membre dissident de la présidence peut déclarer qu'une décision présidentielle est contraire à un intérêt vital de l'Entité à laquelle appartient le territoire qui a élu ledit membre, à condition de manifester son opposition dans les trois jours qui suivent l'adoption de la décision contestée. La décision est immédiatement soumise à l'Assemblée nationale de la Republika Srpska si la déclaration a été faite par le membre représentant le territoire, à la délégation bosniaque à la Chambre des peuples de la Fédération si la déclaration a été faite par le membre bosniaque, ou à la délégation croate de cette même chambre, si la déclaration a été faite par le représentant croate. Dans l'éventualité où la déclaration est confirmée par un vote des deux tiers de ces personnes dans les dix jours de la saisine, la décision présidentielle contestée ne peut être suivie d'effet.

3. **Pouvoirs.** La présidence est investie de la responsabilité :

a) De conduire la politique étrangère de la Bosnie-Herzégovine.

b) De nommer les ambassadeurs et autres représentants de la Bosnie-Herzégovine dans les relations internationales, deux tiers au maximum de ceux-ci pouvant provenir du territoire de la Fédération.

c) De représenter la Bosnie-Herzégovine auprès des institutions et organisations européennes et internationales et de solliciter l'adhésion de la Bosnie-Herzégovine auprès des institutions et organisations dont elle n'est pas membre.

d) De négocier, dénoncer et, avec l'accord de l'Assemblée parlementaire, de ratifier les traités de la Bosnie-Herzégovine.

e) De mettre à exécution les décisions de l'Assemblée parlementaire.

f) De proposer, sur recommandation du Conseil des ministres, un budget annuel à l'Assemblée parlementaire.

g) De rendre compte à l'Assemblée parlementaire des dépenses de la présidence, sur demande de l'Assemblée mais au moins une fois par an.

h) D'assurer la coordination nécessaire avec les organisations internationales et non gouvernementales en Bosnie-Herzégovine.

i) De remplir toutes autres fonctions éventuellement nécessaires pour s'acquitter de ses obligations, de celles qui peuvent lui être confiées par l'Assemblée parlementaire ou de celles dont les Entités peuvent convenir.»

13. Les arrangements constitutionnels incriminés en l'espèce ne se trouvaient pas inclus dans l'accord de principe qui constituait la trame de ce que contiendrait le futur Accord de Dayton (voir les paragraphes 6.1 et 6.2 du nouvel accord de principe du 26 septembre 1995). Il semblerait que

les médiateurs internationaux aient avec réticence accepté ces arrangements à un stade ultérieur, sur l'insistance pressante de certaines des parties au conflit (G. Nystuen<sup>1</sup>, *Achieving Peace or Protecting Human Rights? Conflicts between Norms Regarding Ethnic Discrimination in the Dayton Peace Agreement*, éditions Martinus Nijhoff, 2005, p. 192, et J. O'Brien<sup>2</sup>, « *The Dayton Agreement in Bosnia: Durable Cease-Fire, Permanent Negotiation* », in J. W. Zartman et V. Kremenyuk (éds), *Peace versus Justice: Negotiating Forward- and Backward-Looking Outcomes*, éditions Rowman & Littlefield, 2005, p. 105).

14. Parfaitement conscients que les dispositions constitutionnelles litigieuses étaient selon toute vraisemblance en conflit avec les droits de l'homme, les médiateurs internationaux estimèrent qu'il était spécialement important de faire de la Constitution un instrument dynamique et de prévoir la possibilité d'une disparition progressive des mécanismes constitutionnels en cause. C'est la raison pour laquelle ils insèrent dans la Constitution l'article II § 2 (G. Nystuen, *op. cit.*, p. 100). Cette disposition est ainsi libellée :

« Les droits et les libertés énumérés par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et ses Protocoles s'appliquent directement en Bosnie-Herzégovine. Ils priment toute autre norme juridique. »

Si dans ses décisions n° U 5/04 du 31 mars 2006 et U 13/05 du 26 mai 2006 la Cour constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine a jugé que la Convention européenne des droits de l'homme ne primait pas la Constitution, elle est parvenue à une conclusion différente dans sa décision n° AP 2678/06 du 29 septembre 2006. Dans l'affaire en question, elle était appelée à connaître d'une plainte pour discrimination concernant l'impossibilité faite au plaignant de se présenter aux élections à la présidence de Bosnie-Herzégovine à raison de son origine ethnique (il s'agissait d'un Bosniaque de la Republika Srpska). La Cour constitutionnelle rejeta le recours sur le fond. La partie pertinente de la décision de la majorité se lit ainsi (le texte qui suit est une traduction de la traduction anglaise fournie par la Cour constitutionnelle) :

« 18. Les plaignants soutiennent que leurs droits ont été violés, l'article II § 2 de la Constitution de la Bosnie-Herzégovine précisant que les droits et les libertés énumérés

1. M<sup>me</sup> Nystuen participa aux négociations de Dayton ainsi qu'aux discussions constitutionnelles préalables en tant que conseillère juridique du coprésident au titre de l'Union européenne de la Conférence internationale sur l'ex-Yougoslavie, M. Bildt, qui conduisait la délégation de l'Union européenne au sein du Groupe de contact. Par la suite, et ce jusqu'en 1997, elle travailla comme conseillère juridique de M. Bildt en sa qualité de Haut Représentant pour la Bosnie-Herzégovine.

2. M. O'Brien participa aux négociations de Dayton en qualité de juriste pour le Groupe de contact et il participa également à la plupart des négociations majeures menées au sujet de l'ex-Yougoslavie entre 1994 et 2001.

par la Convention européenne et ses Protocoles sont directement applicables en Bosnie-Herzégovine et qu'ils priment toute autre norme juridique. Les intéressés estiment que la candidature à la présidence de la Bosnie-Herzégovine de Ilijaz Pilav a été rejetée exclusivement sur la base de son origine nationale/ethnique, en quoi ils voient une violation de l'article 1 du Protocole n° 12 à la Convention européenne, qui garantit que la jouissance de tout droit prévu par la loi doit être assurée sans discrimination aucune et que nul ne peut faire l'objet, pour quelque motif que ce soit, et notamment pour des motifs d'origine nationale/ethnique, d'une discrimination de la part d'une autorité publique quelle qu'elle soit.

(...)

22. Nul ne conteste que le texte de l'article V de la Constitution de la Bosnie-Herzégovine et le texte de l'article 8 de la loi électorale de 2001 sont de nature restrictive dès lors qu'ils restreignent les droits civiques, et plus précisément le droit de se porter candidat aux élections à la présidence de la Bosnie-Herzégovine, des Bosniaques et des Croates du territoire de la Republika Srpska et des Serbes du territoire de la Fédération de Bosnie-Herzégovine. Cela étant, le but des dispositions en cause est de renforcer la position des peuples constituants de manière à garantir que la présidence se compose de représentants de chacun de ces trois peuples constituants. Eu égard à la situation qui règne actuellement en Bosnie-Herzégovine, la restriction imposée par la Constitution et par la loi électorale de 2001, en vertu de laquelle les candidatures des requérants ne sont pas traitées de la même façon que celles de Serbes qui sont directement élus à partir du territoire de la Republika Srpska, est légitime aujourd'hui car il existe une justification raisonnable au traitement en cause. Par conséquent, eu égard à la situation qui prévaut aujourd'hui en Bosnie-Herzégovine et à la nature spécifique de l'ordre constitutionnel de cet Etat, et compte tenu des dispositifs constitutionnels et législatifs en vigueur, les décisions incriminées de la Cour de Bosnie-Herzégovine et de la Commission électorale centrale n'ont pas violé les droits des plaignants découlant de l'article 1 du Protocole n° 12 à la Convention européenne et de l'article 25 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, dès lors que les décisions mentionnées ne sont pas arbitraires et qu'elles sont fondées sur le droit. Cela signifie qu'elles servent un but légitime, qu'elles reposent sur des motifs raisonnables et qu'elles ne font pas peser une charge excessive sur les plaignants, les restrictions imposées aux droits de ces derniers étant proportionnées aux objectifs d'utilité publique que constituent la préservation de la paix établie, le maintien du dialogue et, par conséquent, la création des conditions permettant de modifier les dispositions précitées de la Constitution de la Bosnie-Herzégovine et de la loi de 2001 relative aux élections.»

15. En ce qui concerne les amendements à la Constitution, l'article X de celle-ci est ainsi libellé :

« 1. Procédure. La présente Constitution peut être révisée par décision de l'Assemblée parlementaire prise à la majorité des deux tiers des votants présents en personne à la Chambre des représentants.

2. Droits de l'homme et libertés fondamentales. Aucun amendement à la présente Constitution ne peut éliminer ou restreindre les droits ou libertés visés à l'article II de la présente Constitution, ni modifier les dispositions du présent alinéa. »

Le 26 mars 2009, l'Assemblée parlementaire a modifié pour la première fois la Constitution, conformément à la procédure susdécrite. L'amendement en question concernait le statut du district de Brčko.

2. *L'annexe 10 (l'Accord relatif aux aspects civils de la mise en œuvre de l'Accord de paix)*

16. L'Accord relatif aux aspects civils de la mise en œuvre de l'Accord de paix définit le mandat du Haut Représentant, l'administrateur international de la Bosnie-Herzégovine, mis en place avec l'autorisation du Conseil de sécurité des Nations unies par un groupe informel d'Etats qui avaient activement participé au processus de paix (appelé «le Conseil de mise en œuvre de la paix») en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations unies (voir la Résolution 1031 du Conseil de sécurité des Nations unies du 15 décembre 1995).

17. Il est de notoriété publique que les pouvoirs du Haut Représentant sont étendus (*Berić et autres c. Bosnie-Herzégovine* (déc.) n<sup>os</sup> 36357/04 et autres, 16 octobre 2007). Le Haut Représentant a imposé à de nombreuses reprises l'adoption de textes législatifs ordinaires et d'amendements aux Constitutions des Entités (les Constitutions des Entités, contrairement à la Constitution de l'Etat, ne font pas partie de l'Accord de Dayton). La question de savoir s'il pourrait imposer des amendements à la Constitution de l'Etat est toutefois moins claire. L'Accord de Dayton est muet à cet égard, mais un épisode concernant une erreur de frappe dans la Constitution de l'Etat donne à penser qu'il y a lieu de répondre par la négative à cette question. Plusieurs mois après l'entrée en vigueur de l'Accord de Dayton, certains des juristes internationaux qui avaient assisté aux négociations se rendirent compte qu'un renvoi opéré à l'article V § 2 c) de la Constitution était erroné (le texte renvoyait à l'article III § 1 a)-e), alors qu'il aurait dû renvoyer à l'article V § 3 a)-e)). En novembre 1996, le Haut Représentant, M. Bildt, adressa au Secrétaire d'Etat des Etats-Unis d'Amérique, M. Christopher, une lettre dans laquelle il proposait de corriger l'erreur commise en se fondant sur l'Annexe 10 à l'Accord de Dayton. M. Christopher considéra que l'autorité que M. Bildt exerçait au titre de l'annexe 10 ne s'étendait pas à la Constitution de l'Etat (voir le texte de leur échange de correspondance dans G. Nystuen, *op. cité*, pp. 80-81). Peu après, l'erreur fut corrigée sans décision formelle: le Haut Représentant informa simplement la présidence de la Bosnie-Herzégovine et publia une version corrigée de la Constitution de l'Etat. L'élément pertinent pour les présentes espèces est que la position officielle des Hauts Représentants successifs a toujours été depuis lors que leur pouvoir ne s'étend pas à la Constitution de l'Etat. On en trouve confirmation dans le discours prononcé par Lord Ashdown en sa qualité de

Haut Représentant devant la Commission de Venise (voir le rapport de la 60<sup>e</sup> session plénière de la Commission de Venise, CDL-PV(2004)003 du 3 novembre 2004, p. 18). Le discours en question comportait notamment le passage suivant :

« Si la Bosnie-Herzégovine veut adhérer à l'Union européenne et à l'OTAN, elle doit impérativement démontrer qu'elle est un Etat qui fonctionne. En Bosnie-Herzégovine, les membres de la classe politique commencent déjà à se rendre compte qu'ils sont face à un choix : garder la Constitution actuelle et en payer le prix sur le plan économique, social et politique, ou lui apporter les modifications nécessaires pour que la Bosnie-Herzégovine devienne un pays stable et prospère dont les institutions fonctionnent et pour qu'elle puisse entrer dans l'Union européenne.

A mon avis, les habitants de Bosnie-Herzégovine n'accepteront pas que la Constitution soit un obstacle à leur sécurité et à leur prospérité.

Mais nous ne pouvons pas lever cet obstacle à leur place.

Le Conseil de mise en œuvre de la paix (...) et les Hauts Représentants successifs (dont moi-même) ont toujours défendu la même position : si tant est que les Parties respectent les accords de Dayton (et à cet égard subsiste le problème de la coopération de la Republika Srpska avec le tribunal de La Haye) la Constitution de la Bosnie-Herzégovine peut être modifiée par l'Assemblée parlementaire de la Bosnie-Herzégovine (et non par la communauté internationale) selon les procédures prévues. En d'autres termes, à condition que les accords de Dayton soient respectés, les pouvoirs du Haut Représentant ne durent que ce que durent ces accords et il appartient à la population de la Bosnie-Herzégovine et à ses représentants élus de décider des modifications à apporter à l'ordre constitutionnel prévu par les textes de Dayton. »

## **B. La loi électorale de 2001**

18. La loi électorale de 2001 (publiée au Journal officiel de Bosnie-Herzégovine n° 23/01 du 19 septembre 2001 ; amendements publiés aux Journaux officiels n°s 7/02 du 10 avril 2002, 9/02 du 3 mai 2002, 20/02 du 3 août 2002, 25/02 du 10 septembre 2002, 4/04 du 3 mars 2004, 20/04 du 17 mai 2004, 25/05 du 26 avril 2005, 52/05 du 2 août 2005, 65/05 du 20 septembre 2005, 77/05 du 7 novembre 2005, 11/06 du 20 février 2006, 24/06 du 3 avril 2006, 32/07 du 30 avril 2007, 33/08 du 22 avril 2008 et 37/08 du 7 mai 2008) est entrée en vigueur le 27 septembre 2001. Ses dispositions pertinentes en l'espèce sont ainsi libellées :

### **Article 1.4 § 1**

« Tout citoyen de Bosnie-Herzégovine ayant atteint l'âge de dix-huit (18) ans a le droit de voter et d'être élu conformément à la présente loi. »

### Article 4.8

« Pour être admis sur la liste des candidats aux élections, un candidat indépendant doit présenter à la Commission électorale centrale une demande de participation aux élections comportant au moins :

1. mille cinq cents (1 500) signatures de votants enregistrés pour les élections à la présidence de la Bosnie-Herzégovine;

(...)»

### Article 4.19 §§ 5-7

« Chaque liste de candidats comporte les nom et prénom des personnes qui y figurent, leur numéro d'identification personnelle (numéro JMBG), l'adresse de leur résidence permanente, leur appartenance à l'un des peuples constituants ou au groupe des « autres », le numéro de leur carte d'identité, qui doit être valable, et le lieu où elle a été délivrée, ainsi qu'une signature du président du parti politique [auquel elles appartiennent] ou des présidents des partis politiques de la coalition. Pour chaque candidat, la déclaration d'acceptation de candidature, une déclaration confirmant l'absence d'empêchements au sens de l'article 1.10 § 1(4) de la présente loi et une déclaration indiquant l'état de son patrimoine au sens de l'article 15.7 de la présente loi doivent être annexées à la liste. Ces déclarations doivent être certifiées conformes.

La déclaration d'appartenance à l'un des peuples constituants ou au groupe des « autres » visée au paragraphe précédent sera utilisée aux fins de l'exercice du droit de détenir un poste électif ou administratif pour lequel pareille déclaration est requise dans le cycle électoral pour lequel la liste de candidats a été soumise.

Les candidats ont le droit de ne pas déclarer leur appartenance à l'un des peuples constituants ou au groupe des « autres ». Pareille absence de déclaration sera toutefois considérée comme une renonciation au droit de détenir un poste électif ou administratif pour lequel pareille déclaration est requise. »

### Article 8.1

« Les membres de la présidence de la Bosnie-Herzégovine directement élus à partir du territoire de la Fédération de Bosnie-Herzégovine – un Bosniaque et un Croate – sont élus par les électeurs inscrits au registre central des électeurs appelés à voter au sein de la Fédération de Bosnie-Herzégovine. Un électeur inscrit au registre central des électeurs appelés à voter au sein de la Fédération de Bosnie-Herzégovine peut voter soit pour le membre bosniaque, soit pour le membre croate de la présidence, mais non pour les deux. Sont élus le membre bosniaque et le membre croate qui recueillent le plus grand nombre de suffrages parmi les candidats du même peuple constituant.

Le membre de la présidence de la Bosnie-Herzégovine directement élu dans le territoire de la Republika Srpska – un Serbe – est élu par les électeurs inscrits au registre central des électeurs appelés à voter en Republika Srpska. Est élu le candidat qui recueille le plus grand nombre de suffrages.

Le mandat des membres de la présidence de la Bosnie-Herzégovine est de quatre (4) ans. »

### **Article 9.12 a**

« Les délégués croates et bosniaques de la Fédération de Bosnie-Herzégovine à la Chambre des peuples de Bosnie-Herzégovine sont élus par le groupe des délégués croates ou le groupe des délégués bosniaques, suivant le cas, à la Chambre des peuples de la Fédération de Bosnie-Herzégovine.

Les délégués croates et bosniaques à la Chambre des peuples de la Fédération de Bosnie-Herzégovine élisent les délégués de leurs peuples constituants respectifs.

Les délégués serbes et les délégués du groupe des « autres » à la Chambre des peuples de la Fédération de Bosnie-Herzégovine ne participent pas au processus d'élection des délégués bosniaques et croates de la Fédération de Bosnie-Herzégovine à la Chambre des peuples de Bosnie-Herzégovine.

Les délégués de la Republika Srpska (cinq Serbes) à la Chambre des peuples de Bosnie-Herzégovine sont élus par l'Assemblée nationale de la Republika Srpska.

Les délégués bosniaques et croates et les délégués du groupe des « autres » à l'Assemblée nationale de la Republika Srpska participent au processus d'élection des délégués de la Republika Srpska à la Chambre des peuples de Bosnie-Herzégovine. »

### **Article 9.12 c**

« Les délégués bosniaques et les délégués croates à la Chambre des peuples de Bosnie-Herzégovine sont élus de telle manière que chaque entité politique représentée dans le groupe des délégués bosniaques ou dans le groupe des délégués croates ou chaque délégué du groupe des délégués bosniaques ou du groupe des délégués croates à la Chambre des peuples de la Fédération de Bosnie-Herzégovine ait le droit de faire figurer une ou plusieurs personnes sur la liste des candidats à l'élection des délégués bosniaques ou croates, selon le cas, à la Chambre des peuples de Bosnie-Herzégovine.

Chaque liste peut comporter plus de candidats qu'il ne faut élire de délégués à la Chambre des peuples de Bosnie-Herzégovine. »

### **Article 9.12 e**

« L'élection des délégués de la Republika Srpska à la Chambre des peuples de Bosnie-Herzégovine est menée de telle manière que chaque parti politique ou chaque délégué à l'Assemblée nationale de la Republika Srpska aient le droit de faire figurer une ou plusieurs personnes sur la liste des candidats à l'élection des délégués serbes à la Chambre des peuples de Bosnie-Herzégovine.

Chaque liste peut comporter plus de candidats qu'il ne faut élire de délégués à la Chambre des peuples de Bosnie-Herzégovine. »

## **C. Les Nations unies**

19. La Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale adoptée sous les auspices des Nations unies le 21 décembre 1965 est entrée en vigueur à l'égard de la Bosnie-Herzégovine

le 16 juillet 1993. La partie pertinente de son article premier est ainsi libellée :

« Dans la présente Convention, l'expression « discrimination raciale » vise toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique, qui a pour but ou pour effet de détruire ou de compromettre la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice, dans des conditions d'égalité, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social et culturel ou dans tout autre domaine de la vie publique. »

La partie pertinente de l'article 5 est ainsi libellée :

« Conformément aux obligations fondamentales énoncées à l'article 2 de la présente Convention, les Etats parties s'engagent à interdire et à éliminer la discrimination raciale sous toutes ses formes et à garantir le droit de chacun à l'égalité devant la loi sans distinction de race, de couleur ou d'origine nationale ou ethnique, notamment dans la jouissance des droits suivants :

(...)

c) droits politiques, notamment droit de participer aux élections – de voter et d'être candidat – selon le système du suffrage universel et égal, droit de prendre part au gouvernement ainsi qu'à la direction des affaires publiques, à tous les échelons, et droit d'accéder, dans des conditions d'égalité, aux fonctions publiques ;

(...)»

Les Observations finales sur la Bosnie-Herzégovine du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, l'organe indépendant qui surveille la mise en œuvre de ladite Convention, comportait notamment le passage suivant (document CERD/C/BIH/CO/6 du 11 avril 2006, paragraphe 11) :

« Le Comité est vivement préoccupé par le fait qu'en vertu des articles IV et V de la Constitution nationale, seules les personnes appartenant à un groupe considéré, en vertu de la loi, comme l'un des peuples constitutifs de la Bosnie-Herzégovine (à savoir les Bosniaques, les Croates et les Serbes) et qui est majoritaire dans l'Entité où elles résident (à savoir Bosniaques et Croates dans la Fédération de Bosnie-Herzégovine et Serbes en Republika Srpska) peuvent être élues à la Chambre des peuples et à la présidence tripartite de la Bosnie-Herzégovine. La structure juridique existante exclut donc de la Chambre des peuples et de la présidence toutes les personnes dites « autres », c'est-à-dire les personnes appartenant à des minorités nationales ou à des groupes ethniques autres que les Bosniaques, les Croates ou les Serbes. Bien que la structure tripartite des principales institutions politiques de l'Etat partie ait pu être justifiée, voire nécessaire dans un premier temps pour établir la paix à la suite du conflit armé, le Comité note que les distinctions juridiques qui favorisent certains groupes ethniques en leur accordant des préférences et des privilèges spéciaux ne sont pas compatibles avec les articles 1<sup>er</sup> et 5 c) de la Convention. Le Comité fait en outre observer que cela est particulièrement vrai lorsque les circonstances au regard desquelles les préférences et privilèges en question avaient été accordés ont cessé d'exister (articles 1 4) et 5 c)).

Le Comité invite instamment l'Etat partie à modifier les dispositions pertinentes de la Constitution nationale et de la loi électorale, afin de garantir à tous les citoyens, quelle que soit leur appartenance ethnique, l'exercice, dans des conditions d'égalité, du droit de voter et d'être candidat.»

20. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques adopté sous les auspices des Nations unies le 16 décembre 1966 est entré en vigueur à l'égard de la Bosnie-Herzégovine le 6 mars 1992. Ses dispositions pertinentes en l'espèce sont les suivantes :

#### **Article 2 § 1**

«Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation.»

#### **Article 25**

«Tout citoyen a le droit et la possibilité, sans aucune des discriminations visées à l'article 2 et sans restrictions déraisonnables :

- a) de prendre part à la direction des affaires publiques, soit directement, soit par l'intermédiaire de représentants librement choisis;
- b) de voter et d'être élu, au cours d'élections périodiques, honnêtes, au suffrage universel et égal et au scrutin secret, assurant l'expression libre de la volonté des électeurs;
- c) d'accéder, dans des conditions générales d'égalité, aux fonctions publiques de son pays.»

#### **Article 26**

«Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. A cet égard, la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique et de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation.»

Les Observations finales sur la Bosnie-Herzégovine du Comité des droits de l'homme des Nations unies, l'organe d'experts indépendants qui surveille la mise en œuvre du Pacte, comportent notamment le passage suivant (document n° CCPR/C/BIH/CO/1 du 22 novembre 2006, paragraphe 8) :

«Le Comité est préoccupé par le fait qu'à la suite du rejet de l'amendement pertinent à la Constitution le 26 avril 2006, la Constitution et la loi électorale de l'Etat continuent à exclure l'élection des «Autres», c'est-à-dire des personnes qui n'appartiennent pas à l'un des «peuples constitutifs» de l'Etat partie (Bosniaques, Croates et Serbes), à la

Chambre des peuples ou à la présidence tripartite de la Bosnie-Herzégovine (articles 2, 25 et 26).

L'Etat partie devrait rouvrir les discussions sur la réforme constitutionnelle de manière transparente et sur une base largement participative, en incluant toutes les parties prenantes, en vue d'adopter un système électoral qui garantisse à tous les citoyens, quelle que soit leur origine ethnique, l'égalité de jouissance des droits prévus à l'article 25 du Pacte.»

#### **D. Le Conseil de l'Europe**

21. En devenant membre du Conseil de l'Europe le 24 avril 2002, la Bosnie-Herzégovine s'est engagée notamment à « revoir la loi électorale dans un délai d'un an, avec l'aide de la Commission [européenne] pour la démocratie par le droit (Commission de Venise) et à la lumière des principes du Conseil de l'Europe, aux fins d'amendement, le cas échéant » (Avis n° 234 (2002) sur la demande d'adhésion de la Bosnie-Herzégovine au Conseil de l'Europe, adopté par l'Assemblée parlementaire le 22 janvier 2002, paragraphe 15 iv) b)). Par la suite, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a régulièrement rappelé à la Bosnie-Herzégovine cette obligation souscrite au moment de l'adhésion et l'a invitée à adopter une nouvelle Constitution avant octobre 2010 afin de « remplacer le dispositif de représentation ethnique par une représentation fondée sur le principe de citoyenneté, notamment en mettant un terme à la discrimination constitutionnelle envers les « autres » (Résolution 1383 (2004) du 23 juin 2004, paragraphe 3, Résolution 1513 (2006) du 29 juin 2006, paragraphe 20 ; et Résolution 1626 (2008) du 30 septembre 2008, paragraphe 8).

22. La Commission de Venise, l'organe consultatif du Conseil de l'Europe pour les questions constitutionnelles, a de son côté émis un certain nombre d'avis à ce sujet.

Celui sur la situation constitutionnelle en Bosnie-Herzégovine et les pouvoirs du Haut Représentant (document CDL-AD(2005)004 du 11 mars 2005) comporte notamment le passage suivant :

« 1. Le 23 juin 2004, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a adopté sa Résolution 1384 sur le « Renforcement des institutions démocratiques en Bosnie-Herzégovine ». Le paragraphe 13 de cette Résolution demande à la Commission de Venise d'examiner plusieurs questions constitutionnelles en Bosnie-Herzégovine.(...)

(...)

29. La [Bosnie-Herzégovine] est un pays en transition qui doit faire face à de graves problèmes économiques et souhaite participer à l'intégration européenne. Le pays ne pourra relever les nombreux défis qui découlent de cette situation que s'il dispose d'un gouvernement fort et efficace. Or, les règles constitutionnelles régissant le fonctionnement des organes de l'Etat n'ont pas été conçues pour produire un

gouvernement fort, mais pour empêcher la majorité de prendre des décisions nuisibles pour les autres groupes. On peut comprendre que, dans une situation d'après conflit, il n'y ait pas eu (et qu'il n'y a toujours pas) suffisamment de confiance entre les groupes ethniques pour que l'Etat puisse fonctionner sur la base du seul principe majoritaire. Dans une telle situation, il importe de trouver des garanties spécifiques qui permettent à tous les groupes principaux, à savoir, en [Bosnie-Herzégovine], les peuples constituants, d'accepter les règles constitutionnelles et de se sentir protégés par elles. Il s'ensuit que la Constitution de la [Bosnie-Herzégovine] assure la protection des intérêts des peuples constituants par le biais non seulement de dispositions territoriales qui correspondent à leurs intérêts, mais de la composition des organes de l'Etat et des règles régissant leur fonctionnement. Il faut bel et bien, en pareil cas, réaliser un équilibre satisfaisant entre la nécessité, d'une part, de protéger les intérêts de tous les peuples constituants et celle, d'autre part, de disposer d'un gouvernement efficace. Toutefois, la Constitution de la [Bosnie-Herzégovine] contient de nombreuses dispositions garantissant la protection des intérêts des peuples constituants : le veto au nom d'intérêts vitaux à l'Assemblée parlementaire, le système bicaméral et la Présidence collective sur la base de l'appartenance ethnique. L'effet combiné de ces dispositions rend la tâche d'un gouvernement qui se voudrait efficace extrêmement difficile, sinon impossible. Jusqu'à présent, le système a plus ou moins fonctionné en raison du rôle crucial assumé par le Haut Représentant. Or, ce rôle n'est pas inscrit dans la durée.

Le veto au nom d'intérêts vitaux

30. Le plus important mécanisme mis en place pour éviter qu'aucune décision n'aille à l'encontre des intérêts d'un peuple constituant quel qu'il soit est le veto au nom d'intérêts vitaux. Si la majorité des représentants bosniaques, croates ou serbes de la Chambre des peuples déclarent un projet de décision soumis à l'Assemblée parlementaire contraire aux intérêts vitaux de leur peuple, la majorité des représentants bosniaques, serbes et croates doivent voter pour la décision pour que celle-ci soit adoptée. Une majorité des représentants d'un autre peuple peut s'opposer à la mise en œuvre de cette clause, auquel cas une procédure de conciliation est prévue et la Cour constitutionnelle se prononce en dernier ressort sur la régularité de la procédure de mise en œuvre. Il est intéressant de constater que la Constitution ne définit pas la notion de veto au nom d'intérêts vitaux, à la différence des Constitutions des Entités, qui énoncent une définition (trop générale).

31. Il est évident, et cela a été confirmé par un grand nombre d'interlocuteurs, que cette procédure comporte un sérieux risque de blocage du processus décisionnel. D'autres ont fait valoir que ce risque ne devait pas être surestimé car la procédure avait été rarement employée et, dans un arrêt rendu le 25 juin 2004, la Cour constitutionnelle a commencé à interpréter la notion. En fait, l'arrêt montre que la Cour ne considère pas que les intérêts vitaux sont une notion purement subjective laissée à l'appréciation de chaque membre du parlement et qui ne serait pas assujettie au contrôle de la Cour. Au contraire, la Cour a examiné les arguments avancés pour justifier le recours au veto au nom d'intérêts vitaux, a confirmé la validité d'un argument et en a écarté un autre.

32. La Commission n'en estime pas moins nécessaire d'inscrire dans la Constitution une définition précise et rigoureuse des intérêts vitaux. Le principal problème posé

par le droit de veto n'est pas son utilisation, mais son effet préventif. Etant donné que tous les hommes politiques concernés sont pleinement conscients de l'existence de la possibilité qu'un veto soit exprimé, une question sur laquelle on peut s'attendre à voir apposé un veto ne sera même pas mise aux voix. Du fait de l'existence du veto, une délégation qui adopterait une position particulièrement intransigeante et refuserait tout compromis serait en position de force. Certes, la jurisprudence ultérieure de la Cour constitutionnelle pourrait fournir une définition des intérêts vitaux et réduire les risques inhérents au mécanisme. Mais cela pourrait prendre beaucoup de temps et il semble au surplus inapproprié de confier une telle tâche ayant des incidences politiques majeures à la seule Cour sans lui indiquer la voie à suivre dans le texte de la Constitution.

33. Dans la situation actuelle de la [Bosnie-Herzégovine], il semble peu réaliste de demander la suppression pure et simple du veto au nom d'intérêts vitaux. La Commission n'en juge pas moins important d'insérer d'urgence une définition précise des intérêts vitaux dans le texte de la Constitution. Cette définition devra être arrêtée par les représentants des trois peuples constituants, mais ne devrait pas reproduire la définition qui se trouve actuellement dans les Constitutions des Entités, laquelle permet de désigner comme intérêt vital pratiquement n'importe quoi. Elle ne devrait pas être trop large, mais être axée sur les droits qui revêtent une importance particulière pour les peuples respectifs, essentiellement dans des domaines tels que la langue, l'éducation et la culture.

#### Veto des Entités

34. En sus du veto au nom d'intérêts vitaux, l'art. IV.3.d) de la Constitution prévoit un veto des deux tiers des membres de la délégation de l'une ou de l'autre des Entités. Ce veto, qui, en pratique, ne semble revêtir un intérêt potentiel que dans le cas de la [Republika Srpska], semble être rendu inutile par l'existence du veto au nom d'intérêts vitaux.

#### Système bicaméral

35. L'art. IV de la Constitution institue un système bicaméral composé d'une Chambre des représentants et d'une Chambre des peuples, qui sont dotées des mêmes pouvoirs. Les systèmes bicaméraux étant caractéristiques des États fédéraux, il n'est pas surprenant que la Constitution de la [Bosnie-Herzégovine] opte pour deux chambres. Toutefois, dans les États fédéraux, la seconde chambre a habituellement pour finalité d'assurer une représentation plus forte des Entités plus petites. L'une des chambres est constituée sur la base des chiffres de population tandis que dans l'autre, soit toutes les Entités ont le même nombre de sièges (États-Unis et Suisse), soit, au moins, les Entités plus petites sont surreprésentées (Allemagne). La situation est toute différente en [Bosnie-Herzégovine] : dans les deux chambres, les deux tiers des membres émanent de la [Fédération de Bosnie-Herzégovine], la différence étant que dans la Chambre des peuples, seuls les Bosniaques et les Croates de la Fédération et les Serbes de la [Republika Srpska] sont représentés. La Chambre des peuples ne traduit donc pas le caractère fédéral de l'État, mais est un mécanisme supplémentaire destiné à défendre les intérêts des peuples constituants. La principale fonction de la Chambre des peuples

aux termes de la Constitution est donc celle d'une chambre où est exercé le veto au nom d'intérêts vitaux.

36. Le défaut de cette disposition est que la Chambre des représentants devient la chambre où le travail législatif est accompli et les compromis nécessaires négociés afin de dégager une majorité. La Chambre des peuples n'a que le rôle négatif d'une chambre dont les membres exercent leur droit de veto car ils considèrent que leur tâche consiste exclusivement à défendre les intérêts de leur peuple sans qu'ils se sentent concernés par l'aboutissement du processus législatif. Il semblerait donc préférable de transférer l'exercice du droit de veto au nom d'intérêts vitaux à la Chambre des représentants et de supprimer la Chambre des peuples. Cela permettrait de rationaliser les procédures et faciliterait l'adoption des lois sans compromettre les intérêts légitimes d'un peuple quel qu'il soit. Cela réglerait également le problème de la composition discriminatoire de la Chambre des peuples.

#### La Présidence collective

37. L'article V de la Constitution institue une Présidence collective composée d'un membre bosniaque, d'un membre serbe et d'un membre croate, ainsi qu'une présidence tournante. La Présidence s'efforce d'adopter ses décisions par consensus [art. V.2.c)]. Dans le cas d'une décision adoptée à la majorité, le membre minoritaire peut exercer son droit de veto au nom d'intérêts vitaux.

38. Une Présidence collective est une institution tout à fait inhabituelle. Il est plus facile pour une seule personne de s'acquitter des fonctions de représentation du chef de l'Etat. L'exécutif est déjà coiffé par un organe collégial, le Conseil des ministres. Le fait d'ajouter un second organe collégial ne semble pas favoriser le processus décisionnel. Cela crée un risque de répétition des processus décisionnels et il devient difficile de distinguer les pouvoirs du Conseil des ministres et ceux de la Présidence. Qui plus est, la Présidence soit n'a pas les connaissances techniques requises qui existent au sein des ministères, soit doit se doter d'un personnel important, créant alors un échelon bureaucratique supplémentaire.

39. Une Présidence collective ne semble donc ni fonctionnelle ni efficace. Dans le contexte de la [Bosnie-Herzégovine], son existence semble là encore motivée par la nécessité d'assurer la participation de représentants de tous les peuples constituants à la prise de toutes les décisions importantes. De fait, il semble difficile d'envisager pour la [Bosnie-Herzégovine] un Président unique doté de pouvoirs importants.

40. La meilleure solution serait donc de concentrer le pouvoir exécutif au niveau du Conseil des ministres en tant qu'organe collégial dans lequel tous les peuples constituants sont représentés. Dans ce cas, un Président unique chef de l'Etat devrait être acceptable. Eu égard au caractère pluriethnique du pays, une élection indirecte du Président par l'Assemblée parlementaire à une majorité garantissant que le Président jouit de la confiance générale parmi tous les peuples semblerait préférable à une élection directe. On pourrait ajouter une règle relative au roulement, selon laquelle un Président nouvellement élu ne peut pas appartenir au même peuple constituant que son prédécesseur.

(...)

74. En l'occurrence, la répartition des postes dans les organes de l'Etat entre les peuples constituants était un élément central de l'Accord de Dayton qui a permis de rétablir la paix en [Bosnie-Herzégovine]. Dans une telle situation, il est difficile de nier la légitimité de normes qui peuvent faire problème du point de vue de la non-discrimination, mais qui sont nécessaires pour réaliser la paix et la stabilité et éviter de nouvelles pertes en vies humaines. L'incorporation de ces règles dans le texte de la Constitution à l'époque n'est donc pas critiquable même si elles vont à l'encontre de la dynamique générale de la Constitution qui vise à prévenir la discrimination.

75. Encore faudrait-il pondérer cette justification compte tenu de l'évolution de la [Bosnie-Herzégovine] depuis l'entrée en vigueur de la Constitution. La [Bosnie-Herzégovine] est devenue membre du Conseil de l'Europe; le pays doit donc être jugé à l'aune des normes européennes communes. Elle a ratifié la CEDH et son Protocole n° 12. Comme on l'a vu plus haut, la situation en [Bosnie-Herzégovine] a évolué dans le bon sens, mais il subsiste des éléments exigeant un système politique qui ne soit pas simplement l'expression du gouvernement par la majorité, mais qui garantisse un partage du pouvoir et des postes entre les groupes ethniques. Il reste donc légitime de s'employer à concevoir des règles électorales qui assurent une représentation appropriée des différents groupes.

76. Toutefois, on peut y parvenir sans contrevenir aux normes internationales. Ce n'est pas le système de démocratie consensuelle en lui-même qui fait problème, mais le mélange des critères territorial et ethnique et le déni manifeste de certains droits politiques à ceux qui sont particulièrement vulnérables. Il semble possible de refondre les règles régissant la Présidence de façon à les rendre compatibles avec les normes internationales tout en maintenant l'équilibre politique du pays.

77. Il est possible de garantir une composition pluriethnique d'une façon non discriminatoire, par exemple en disposant qu'un membre au maximum de la Présidence peut appartenir à un peuple donné ou aux «Autres» et en instituant en même temps un système électoral garantissant la représentation des deux Entités. Ou bien, comme on l'a proposé plus haut à titre de solution plus radicale que la Commission juge préférable, on pourrait supprimer la Présidence collective et la remplacer par un Président indirectement élu et doté de pouvoirs très limités.

(...)

80. La Chambre des peuples est une chambre dotée des pleins pouvoirs législatifs. De ce fait, l'article 3 du (premier) Protocole à la CEDH est applicable et toute discrimination fondée sur l'appartenance ethnique est donc interdite par l'art. 14 de la CEDH. En ce qui concerne une justification éventuelle, les mêmes éléments d'appréciation qu'au sujet de la Présidence s'appliquent. Il est légitime de s'employer à assurer un équilibre ethnique au sein du Parlement dans l'intérêt de la paix et de la stabilité, mais cet objectif ne peut justifier la discrimination ethnique qu'en l'absence de tout autre moyen de le réaliser et si les droits des minorités sont dûment respectés. Pour la Chambre des peuples, on pourrait, par exemple, instituer un nombre maximal de sièges à pourvoir par des représentants de chaque peuple constituant. Ou bien, comme on l'a fait valoir plus haut, une solution plus radicale, qui aurait la préférence de la Commission, pourrait être retenue et la Chambre des peuples purement et simplement

supprimée, le mécanisme relatif aux intérêts nationaux vitaux étant appliqué au sein de la Chambre des représentants.»

L'Avis sur différentes propositions pour l'élection de la présidence de Bosnie-Herzégovine (document CDL-AD(2006)004 du 20 mars 2006) comporte notamment les passages suivants :

«1. Par une lettre du 2 mars 2006, M. Sulejman Tihić, Président de la Présidence collégiale de Bosnie-Herzégovine, a demandé à la Commission de Venise d'émettre un avis sur trois propositions différentes pour l'élection de la Présidence de son pays. Cette demande intervient dans le cadre des négociations sur la réforme constitutionnelle engagées entre les principaux partis politiques de Bosnie-Herzégovine. La question de l'élection de la Présidence reste encore à trancher pour parvenir à un accord sur un train de réformes complet.

(...)

Observations sur la proposition I

8. La Proposition I maintient les règles actuelles régissant l'élection et la composition de la Présidence, selon lesquelles un membre bosniaque et un membre croate sont élus directement par le territoire de la Fédération, et un membre serbe est élu directement par le territoire de la Republika Srpska. Dans son Avis, la Commission a évoqué l'inquiétude que suscitent ces règles quant à leur compatibilité avec le Protocole n° 12 de la Convention européenne des droits de l'homme dans la mesure où elles dévient formellement aux «Autres» ainsi qu'aux Bosniaques et Croates de la Republika Srpska et aux Serbes de la Fédération, la possibilité d'être élus à la Présidence. Le maintien de cette règle en l'état ne peut donc être envisagé et il convient de rejeter la Proposition I.

Observations sur la proposition II

9. La Proposition II, qui n'est pas rédigée sous la forme d'un texte à inclure dans la Constitution mais en tant que résumé d'un éventuel contenu constitutionnel, maintient le système selon lequel deux membres de la Présidence sont directement élus par la Fédération et un par la Republika Srpska, sans toutefois faire état de critère ethnique pour les candidats. La discrimination *de jure* dénoncée dans l'Avis de la Commission de Venise serait ainsi levée et l'adoption de cette proposition pourrait constituer un pas en avant. Celle-ci inclut également un système de roulement du Président de la Présidence tous les 16 mois. Dans la logique d'une Présidence collégiale, cette mesure semble rationnelle.

10. Par contre, la proposition manque de clarté quant à la composition pluriethnique de la Présidence. La Présidence collégiale a été introduite, et serait apparemment maintenue, afin de garantir qu'aucun organe étatique unique ne soit dominé par un représentant d'un seul peuple constituant. Selon la proposition actuelle, il serait par exemple possible que deux membres bosniaques soient élus à la Présidence par la Fédération. Sur le plan juridique, il suffirait pour remédier à cet inconvénient de prévoir, dans le cadre de la proposition, une mesure disposant que pas plus d'un seul membre de la Présidence ne peut appartenir à un peuple constituant donné ou au

groupe des «Autres». La Commission croit comprendre que l'inclusion d'une telle disposition dans la Constitution est prévue en cas d'adoption de cette proposition.

11. Se poserait néanmoins le problème de devoir éventuellement exclure de la Présidence des candidats ayant pourtant obtenu un maximum de voix. Dans la Fédération, il est fort possible que deux Bosniaques arrivent en tête des suffrages. Dans ce cas de figure, un candidat ayant obtenu un nombre supérieur de voix devra être écarté de la Présidence au profit d'un candidat ayant recueilli un nombre moins élevé de voix. Ces questions devraient être clairement réglementées dans le cadre de la Constitution et ne pas relever de la loi ordinaire.

12. Autre inconvénient: les Bosniaques et les Croates de la Republika Srpska ainsi que les Serbes de la Fédération n'auraient toujours *de facto* aucune possibilité réaliste d'élire un candidat de leur choix.

13. Par ailleurs, l'élection du Chef de l'Etat continuerait d'avoir lieu au niveau de l'Entité alors qu'il serait préférable de la transférer au niveau étatique dans le cadre de l'approche globale visant au renforcement de l'Etat.

14. Entre autres questions de moindre importance, la proposition permettrait aux membres de la Présidence d'occuper une fonction de direction au sein d'un parti politique. Cette possibilité semble incompatible avec l'objectif global de la réforme constitutionnelle qui est de faire de la Présidence, non plus un organe exécutif mais la plus haute fonction nationale (collégiale).

15. En résumé, dans la situation constitutionnelle actuelle, la Proposition II marque une nette amélioration. Toutefois, elle présente des inconvénients, notamment le risque de voir élire un candidat qui n'aurait pas recueilli le nombre le plus élevé de voix. Par ailleurs, la proposition ne tend pas vers l'objectif global de la réforme constitutionnelle qui est de transférer des pouvoirs au Conseil des ministres et de renforcer l'Etat.

### Proposition III

16. La Proposition III s'écarte plus nettement de la situation constitutionnelle actuelle dans la mesure où elle introduit une procédure complexe de suffrage indirect pour la Présidence. Comme nous l'indiquons précédemment, la Commission plaide en faveur de l'élection indirecte d'un Président unique doté de pouvoirs limités. Même dans le cas d'une Présidence collégiale, la Commission maintient sa préférence pour des élections indirectes.

17. Sa position s'appuie avant tout sur le fait que l'un des principaux objectifs de la révision constitutionnelle serait de restreindre les pouvoirs de la Présidence et de concentrer le pouvoir exécutif au niveau du Conseil des ministres. Ce changement serait plus difficile à entreprendre si la Présidence bénéficie de la légitimité d'un suffrage universel direct.

18. Par ailleurs, il est plus facile dans le cadre d'élections indirectes d'élaborer des mécanismes garantissant la composition pluriethnique souhaitée de la Présidence. Elles ouvrent davantage la voie à une coopération interethnique et aux compromis tandis que des élections directes sur la base de critères *de facto* ethniques incitent à

voter pour le candidat considéré comme le meilleur défenseur du peuple constituant respectif et non pour celui le mieux à même de défendre les intérêts du pays tout entier.

19. Enfin, la proposition confie l'élection au Parlement de l'Etat. Il est en effet souhaitable et conforme à la volonté de renforcer l'Etat que les élections du Chef de l'Etat se tiennent à cet échelon.

20. Dans la perspective de l'approche globale, la Proposition III semble préférable. Elle présente néanmoins certains défauts.

21. Pour commencer, la proposition paraît compliquée compte tenu des trop nombreuses étapes et des possibilités de conduire à une impasse. Les nominations peuvent être suggérées par des membres de la Chambre des Représentants ou de la Chambre des Peuples, la sélection des candidats est faite par les trois « caucus » distincts de la Chambre des Peuples, la liste devant par la suite être approuvée à la fois par les trois « caucus » au sein de la Chambre des Peuples et par la Chambre des Représentants.

22. Dans les limites de la proposition, il semblerait préférable d'opter pour une procédure simplifiée qui mettrait davantage l'accent sur la Chambre des Représentants en tant qu'organe investi d'une légitimité démocratique directe conférée par le peuple dans son ensemble. La possibilité de nommer les candidats devrait être réservée aux membres de la Chambre des Représentants. La sélection parmi ces candidats pourrait intervenir dans les trois « caucus » distincts de la Chambre des Peuples afin de garantir le respect des intérêts des trois peuples constituants. Par ailleurs, la liste des candidats devrait être entérinée par la majorité de la Chambre des Représentants afin d'assurer que les trois membres bénéficient d'une légitimité en tant que représentants du peuple de Bosnie-Herzégovine dans son ensemble.

23. De surcroît, il conviendrait de clarifier la répartition des responsabilités entre le Président et les Vice-présidents. La Proposition III actuelle laisse implicitement le soin aux trois « caucus » de prendre cette importante décision dans la mesure où une liste désignant le Président et les Vice-présidents doit être soumise à la Chambre des Représentants sans pour autant définir les modalités de ce choix. Cette solution est à priori la moins indiquée et susceptible d'engendrer un blocage. Le système de roulement envisagé dans la Proposition II semble une solution plus réalisable.

24. D'autres aspects de la Proposition III vont à l'encontre de la position de la Commission de Venise. Dans son Avis susmentionné, la Commission plaide en faveur de la suppression de la Chambre des Peuples. Lui confier un rôle prépondérant dans la sélection de la Présidence ne peut par conséquent être considéré comme une mesure positive. Le rôle attribué aux « caucus » rend très improbable l'élection de candidats n'appartenant pas à un peuple constituant. Cet état de fait n'est toutefois pas lié à cette proposition, il reflète la situation politique. La Proposition III garantit au moins la participation au vote des représentants des « Autres » à la Chambre des Représentants et gomme le désavantage subi par les Serbes de la Fédération et les Bosniaques et Croates de la Republika Srpska. En effet, leurs représentants au Parlement d'Etat seront désormais en mesure d'élire les candidats de leur choix.

25. Même dans le cadre d'une Présidence collégiale, il serait possible d'imaginer de meilleures solutions pour instaurer des élections indirectes. A titre d'exemple, au sein

de la Chambre des Représentants, des listes de trois candidats n'appartenant pas au même peuple constituant ou au groupe des «Autres» pourraient être dressées, le vote intervenant entre ces listes. Il s'agirait néanmoins d'une proposition distincte et non d'un amendement apporté à la Proposition III.

26. En résumé, la Proposition III marque une nette amélioration par rapport à la situation actuelle. A condition de l'aménager tel que suggéré aux paragraphes 22 et 23, elle serait une solution satisfaisante (même si elle n'est pas idéale) pour la première phase de la révision constitutionnelle.

#### Conclusions

27. En conclusion, la Commission se félicite que les partis politiques de Bosnie-Herzégovine aient eu le courage de s'attaquer à une réforme complète de la Constitution avant les prochaines élections d'octobre 2006. Elle reconnaît que, pour l'instant, son adoption n'aurait qu'un caractère provisoire et marquerait une étape vers la réforme d'ensemble dont le pays a de toute évidence besoin.

28. S'agissant des trois propositions soumises à la Commission, l'adoption de la première constituerait un échec de la révision constitutionnelle en matière d'élection et de composition de la Présidence et est par conséquent à écarter. Par contre, les Propositions II et III méritent, sous réserve de quelques compléments et amendements, d'être considérées au stade actuel comme des étapes importantes, mais en aucun cas comme des solutions idéales.

29. Entre la Proposition II et la Proposition III, la Commission – non sans hésitations – donnerait sa préférence à la Proposition III, sous réserve des aménagements suggérés ci-avant. Un suffrage indirect conforme à l'objectif de la réforme constitutionnelle, qui est de limiter les pouvoirs de la Présidence, permettrait de garantir plus aisément une composition équilibrée de la Présidence et répondrait ainsi mieux à la raison d'être de cette institution inhabituelle. La proposition transfère également l'élection au niveau de l'Etat, conformément à l'objectif d'ensemble de renforcer l'Etat de Bosnie-Herzégovine. Néanmoins, il convient de ne pas perdre de vue le but ultime de la réforme constitutionnelle dans ce domaine: avoir à l'avenir un Président unique élu d'une manière garantissant qu'il jouit de la confiance générale de tous les peuples et pas seulement de celui dont il est issu.

L'Avis sur le projet d'amendements à la Constitution de Bosnie-Herzégovine (CDL-AD(2006)019 du 12 juin 2006) comportait quant à lui les passages suivants:

« 1. Par lettre datée du 21 mars 2006, M. Sulejman Tihić, Président de la Présidence de la Bosnie-Herzégovine, a demandé à la Commission de Venise d'émettre un avis sur l'accord concernant les modalités de la première phase de la réforme constitutionnelle que les chefs des partis politiques de Bosnie-Herzégovine ont conclu le 18 mars 2006. La réforme constitutionnelle devant être adoptée d'urgence pour être prise en compte lors des élections législatives prévues pour octobre 2006, il a dit souhaiter recevoir l'avis de la Commission de Venise « sous peu ».

(...)

Amendement II à l'article IV de la Constitution sur l'Assemblée parlementaire

22. La finalité principale de l'amendement est de passer d'un bicamérisme à deux chambres égales à un nouveau système dans lequel la Chambre des peuples (...) n'aurait que des pouvoirs limités, l'accent étant mis sur le veto en cas de menace pour « l'intérêt vital » national. La nouvelle économie de l'article, qui donne systématiquement la priorité à la Chambre des représentants (...), traduit cet objectif. La réforme serait un pas dans la direction recommandée par la Commission de Venise, consistant à supprimer la C[hambre] d[es] p[eu]ples et à rationaliser la prise de décisions au sein des institutions de l'Etat.

(...)

24. Le paragraphe d) ferait passer le nombre des membres de la C[hambre] d[es] p[eu]ples de 15 à 21. La raison de cette augmentation est moins évidente dans le cas de cette Chambre dans la mesure où ses pouvoirs sont nettement diminués. Néanmoins, il s'agit d'une question qui relève entièrement du pouvoir d'appréciation des autorités nationales. Si elles estiment que cette augmentation est nécessaire pour que la Chambre représente comme il convient l'éventail politique, cette mesure peut se justifier.

25. Le fait que la qualité de membre de cette Chambre demeure limitée, en vertu du paragraphe d), aux personnes appartenant à l'un des trois peuples constitutifs pose davantage de problèmes. Dans son Avis [sur la situation constitutionnelle en Bosnie-Herzégovine et les pouvoirs du Haut Représentant], la Commission de Venise a noté que la composition précédente de cette Chambre selon le même principe semblait incompatible avec l'art. 14 de la [Convention européenne des droits de l'homme] considéré en parallèle avec l'article 3 du Premier Protocole à la [Convention européenne des droits de l'homme].

26. A la suite de la réforme, toutefois, la C[hambre] d[es] p[eu]ples ne serait plus une chambre législative à part entière, mais un organe chargé essentiellement des questions relatives au veto en cas de menace pour un intérêt vital national. On peut donc se demander si l'article 3 du Premier Protocole et, partant, l'article 14 de la [Convention] continueraient de s'appliquer. Le problème de la compatibilité de cette disposition avec le Protocole n° 12 à la [Convention] n'en subsiste pas moins. En l'absence de toute jurisprudence relative à ce Protocole, on ne peut l'interpréter qu'avec prudence. (...)

27. En l'occurrence, on pourrait considérer que le but légitime tient au rôle essentiel de cette chambre en tant qu'organe où s'exerce le veto en cas de menace pour un intérêt vital national. La Constitution de la [Bosnie-Herzégovine] réserve le droit d'exercice de ce veto aux trois peuples constitutifs sans le conférer aux autres nationalités. Dans cette optique, la représentation des autres nationalités dans cette Chambre ne semblerait pas être une obligation. Les autres responsabilités de cette Chambre, à savoir la participation à l'élection de la Présidence et l'approbation des amendements à la Constitution – que l'on peut critiquer – n'ont pas d'effets différents. Elles montrent que la C[hambre] d[es] p[eu]ples fonctionne en tant que dispositif correcteur en veillant à ce que l'application du principe démocratique trouvant son expression dans la composition de la C[hambre] d[es] r[e]présentants ne remette pas en cause l'équilibre existant entre les trois peuples constitutifs. Étant donné que le besoin d'un tel dispositif continue de se faire sentir en [Bosnie-Herzégovine], il semble possible de considérer ce besoin

comme un but légitime justifiant un traitement inégal des autres nationalités du point de vue de la représentation à la C[hambre] d[es] p[eu]ples].

(...)

Amendement III modifiant l'article V de la Constitution sur la présidence

43. Ces amendements ont pour principal objectif de renforcer les pouvoirs du Conseil des Ministres et d'accroître son efficacité, et de diminuer le rôle de la Présidence, ce qui va tout à fait dans le sens de l'Avis de la Commission de Venise [sur la situation constitutionnelle en Bosnie-Herzégovine et les pouvoirs du Haut Représentant]. Celle-ci aurait préféré, de surcroît, avoir un Président unique au lieu d'une Présidence collective, mais cela semble politiquement impossible en l'état actuel des choses. Quoi qu'il en soit, l'amendement III fait un premier pas dans cette direction.

(...)

46. À sa dernière session, la Commission de Venise a adopté un Avis sur trois propositions différentes pour l'élection de la Présidence (CDL-AD(2006)004). Il est inutile de rouvrir ce débat ici. Toutefois, l'absence de dispositif permettant de sortir de l'impasse créée en cas de refus de la C[hambre] d[es] r[é]présentants] de confirmer la proposition de la C[hambre] d[es] p[eu]ples] est un sujet de préoccupation.

(...)»

23. Dans sa Recommandation n° 7 de politique générale, adoptée le 13 décembre 2002, la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI), qui est l'organe du Conseil de l'Europe chargé de surveiller de manière indépendante le respect des droits de l'homme dans le domaine particulier de la lutte contre le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie, l'antisémitisme et l'intolérance, a défini le racisme comme « la croyance qu'un motif tel que la race<sup>1</sup>, la couleur, la langue, la religion, la nationalité ou l'origine nationale ou ethnique justifie le mépris envers une personne ou un groupe de personnes ou l'idée de supériorité d'une personne ou d'un groupe de personnes ».

## E. L'OSCE

24. Dans un rapport consacré aux élections législatives tenues en 2006, le Bureau des institutions démocratiques et des droits de l'homme de l'OSCE, l'agence phare en Europe pour l'observation des élections, s'est exprimé comme suit :

« Le 1<sup>er</sup> octobre ont eu lieu en Bosnie-Herzégovine les premières élections générales à être entièrement organisées par les autorités de Bosnie-Herzégovine depuis l'Accord de

1. Tous les êtres humains appartenant à la même espèce, l'ECRI rejette les théories fondées sur l'existence de « races » différentes. Cependant, afin d'éviter de laisser sans protection juridique les personnes qui sont généralement et erronément perçues comme appartenant à une « autre race », l'ECRI utilise ce terme dans la recommandation (note citée dans l'extrait mentionné ci-dessus).

Dayton de 1995. D'une manière générale, ces élections ont été menées en conformité avec les standards internationaux en matière de démocratie élective, même si des efforts supplémentaires demeurent requis, notamment pour le dépouillement des votes. Globalement, les élections ont donc représenté un nouveau progrès dans la consolidation de la démocratie et de l'état de droit. Il est toutefois regrettable qu'en raison des restrictions liées à l'origine ethnique dont le droit de se porter candidat était assorti les élections doivent une nouvelle fois être jugées non conformes au Protocole n° 12 à la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) et aux engagements souscrits par la Bosnie-Herzégovine envers le Conseil de l'Europe, ainsi qu'à l'article 7.3 du Document de Copenhague, signé sous les auspices de l'OSCE en 1990.»

## **F. L'Union européenne**

25. En 2008, la Bosnie-Herzégovine a signé et ratifié un accord de stabilisation et d'association avec l'Union européenne, s'engageant ainsi à traiter les priorités d'un partenariat avec l'Europe. L'une des priorités clés pour la Bosnie-Herzégovine, dont l'échéance était fixée à un à deux ans, était de « modifier la législation électorale en ce qui concerne les membres de la présidence de [la] Bosnie-Herzégovine et les députés de la Chambre des peuples, de manière à se conformer pleinement à la Convention européenne des droits de l'homme et aux engagements consécutifs à l'adhésion au Conseil de l'Europe » (annexe à la décision du Conseil 2008/211/CE du 18 février 2008 relative aux principes, aux priorités et aux conditions figurant dans le partenariat européen avec la Bosnie-Herzégovine et abrogeant la décision 2006/55/CE, Journal officiel de l'Union européenne L 80 du 19 mars 2008, p. 21).

Le 14 octobre 2009, la Commission européenne a adopté son document annuel de stratégie, expliquant sa politique en matière d'élargissement. A cette même date ont également été publiés les rapports de suivi 2009, dans lesquels les services de la Commission évaluent les avancées de chaque candidat et candidat potentiel (comme la Bosnie-Herzégovine) au cours de l'année précédente.

## **EN DROIT**

### **I. LES GRIEFS PRINCIPAUX DES REQUÉRANTS**

26. Les requérants se plaignent de l'impossibilité qui leur est faite, et dans laquelle ils voient une discrimination raciale, de se porter candidats aux élections à la Chambre des peuples et à la présidence de Bosnie-Herzégovine au motif qu'ils sont respectivement d'origine rom et d'origine juive. Ils

invoquent l'article 14 de la Convention, l'article 3 du Protocole n° 1 à la Convention et l'article 1 du Protocole n° 12.

L'article 14 de la Convention est ainsi libellé :

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

L'article 3 du Protocole n° 1 à la Convention dispose :

«Les Hautes Parties contractantes s'engagent à organiser, à des intervalles raisonnables, des élections libres au scrutin secret, dans les conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif.»

L'article 1 du Protocole n° 12 à la Convention énonce :

« 1. La jouissance de tout droit prévu par la loi doit être assurée, sans discrimination aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.

2. Nul ne peut faire l'objet d'une discrimination de la part d'une autorité publique quelle qu'elle soit fondée notamment sur les motifs mentionnés au paragraphe 1.»

### A. Recevabilité

27. L'Etat défendeur n'a pas soulevé d'objections quant à la compétence *ratione personae* de la Cour, mais cette question appelle un examen d'office de la part de la Cour.

1. *Sur la question de savoir si les requérants peuvent se prétendre « victimes »*

28. La Cour rappelle que pour pouvoir introduire une requête en vertu de l'article 34 de la Convention, 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. Ainsi, la Convention n'envisage pas la possibilité d'engager une *actio popularis* aux fins de l'interprétation des droits reconnus dans la Convention ; elle n'autorise pas non plus les particuliers à se plaindre d'une disposition de droit interne simplement parce qu'il leur semble, sans qu'ils en aient directement subi les effets, qu'elle enfreint la Convention. Un particulier peut toutefois soutenir qu'une loi viole ses droits en l'absence d'actes individuels d'exécution s'il est obligé de changer de comportement sous peine de poursuites ou s'il fait

partie d'une catégorie de personnes risquant de subir directement les effets de la législation en cause (voir *Burden c. Royaume-Uni* [GC], n° 13378/05, §§ 33-34, CEDH 2008, avec les références qui s'y trouvent citées).

29. En l'espèce, eu égard à leur participation active à la vie publique, il serait tout à fait naturel que les requérants envisagent réellement de se présenter aux élections à la Chambre des peuples ou à la présidence de l'Etat. Ils peuvent dès lors se prétendre victimes de la discrimination qu'ils allèguent. Le fait que la présente espèce soulève la question de la compatibilité de la Constitution nationale avec la Convention est dépourvu de pertinence à cet égard (voir, par analogie, *Rekvényi c. Hongrie* [GC], n° 25390/94, CEDH 1999-III).

### *2. Sur la question de savoir si la Bosnie-Herzégovine peut voir sa responsabilité engagée*

30. La Cour relève que la Constitution de la Bosnie-Herzégovine est une annexe à l'Accord-cadre général de 1995 pour la paix en Bosnie-Herzégovine («l'Accord de Dayton»), qui est lui-même un traité international (*Jeličić c. Bosnie-Herzégovine* (déc.), n° 41183/02, CEDH 2005-XII). Le pouvoir de la modifier a toutefois été confié à l'Assemblée parlementaire de Bosnie-Herzégovine, qui est clairement un organe interne (paragraphe 15 ci-dessus). De surcroît, il ressort de la pratique décrite au paragraphe 17 ci-dessus que les pouvoirs de l'administrateur international de la Bosnie-Herzégovine (le Haut Représentant des Nations unies pour la Bosnie-Herzégovine) ne s'étendent pas à la Constitution de l'Etat. Dans ces conditions, laissant de côté la question de savoir si l'Etat défendeur peut voir sa responsabilité engagée pour avoir mis en place les dispositions constitutionnelles incriminées (paragraphe 13 ci-dessus), la Cour considère qu'il peut en tout état de cause voir sa responsabilité engagée pour les avoir maintenues.

### *3. Conclusion*

31. La Cour déclare recevables les griefs principaux des requérants.

## **B. Fond**

### *1. Thèse des requérants*

32. Les requérants se plaignent que, bien qu'étant citoyens de Bosnie-Herzégovine, ils sont privés par la Constitution du droit de se présenter aux élections à la Chambre des peuples et à la présidence de l'Etat à raison de leur origine raciale/ethnique et relèvent que la discrimination fondée sur l'origine ethnique a été jugée par la Cour constituer une forme de

discrimination raciale dans l'affaire *Timichev c. Russie*, n<sup>os</sup> 55762/00 et 55974/00, § 56, CEDH 2005-XII. Ils soutiennent qu'une différence de traitement fondée explicitement sur la race ou l'origine ethnique ne peut être justifiée et s'analyse en une discrimination directe. Ils renvoient sur ce point à la jurisprudence de la Cour (voir, notamment, les arrêts *Timichev* (précité, § 58) et *D.H. et autres c. République tchèque* [GC], n<sup>o</sup> 57325/00, § 176, CEDH 2007-IV) et à la législation de l'Union européenne (notamment à la directive du Conseil 2000/43/CE du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique – la « directive Race » –, qui, dans son article 2, inclurait explicitement dans sa définition de la discrimination indirecte la possibilité d'une justification objective du traitement considéré mais ne prévoirait pas semblable possibilité dans sa définition de la discrimination directe). Ils estiment par ailleurs que cette impossibilité de justifier pareille différence de traitement est particulièrement importante dans une affaire concernant le droit de se porter candidat à des élections (ils renvoient sur ce point à l'arrêt *Aziz c. Chypre*, n<sup>o</sup> 69949/01, § 28, CEDH 2004-V).

33. Les requérants ajoutent qu'à supposer même qu'une justification fût possible, le gouvernement défendeur aurait beaucoup de mal à en établir une objective et raisonnable, compte tenu à la fois du fondement du grief (discrimination raciale et ethnique directe) et du contexte dans lequel elle s'inscrit (participation politique et représentation au plus haut niveau de l'Etat). De surcroît, la longueur de la période de maintien de l'exclusion rendrait plus difficile encore pour le gouvernement défendeur la tâche de justifier celle-ci (les intéressés se réfèrent sur ce point à une décision rendue par le Comité des droits de l'homme des Nations unies le 8 avril 1981 dans l'affaire *Silva et autres c. Uruguay*, § 8.4). Et les requérants de conclure que le gouvernement défendeur est resté en défaut de justifier la différence de traitement incriminée en l'espèce.

## 2. Thèse du Gouvernement

34. Le Gouvernement renvoie à l'affaire *Ždanoka c. Lettonie* ([GC], n<sup>o</sup> 58278/00, CEDH 2006-IV), dans laquelle la Cour aurait réaffirmé que les Parties contractantes disposent d'une latitude considérable pour établir dans leur ordre constitutionnel les règles régissant les élections parlementaires et la composition du Parlement et que les critères pertinents peuvent varier en fonction des facteurs historiques et politiques propres à chaque Etat. La structure constitutionnelle actuelle de la Bosnie-Herzégovine résulterait d'un accord de paix conclu à la suite de l'un des conflits les plus destructeurs de l'histoire récente de l'Europe. Son but ultime aurait été l'établissement de la paix et du dialogue entre les trois principaux groupes ethniques

concernés – les « peuples constituants ». Les dispositions constitutionnelles incriminées excluant de la Chambre des peuples et de la présidence de l'Etat les personnes ne déclarant d'appartenance à aucun des « peuples constituants » devraient être appréciées à l'aune de ce contexte. Le temps ne serait pas encore mûr pour l'introduction d'un système politique qui serait un simple reflet de la règle majoritaire, compte tenu notamment de la place importante occupée par certains partis politiques monoethniques et du maintien de l'administration internationale de la Bosnie-Herzégovine.

35. Le Gouvernement invite la Cour à distinguer la présente espèce de l'affaire *Aziz* (précitée) : tandis que les Chypriotes turcs vivant dans la zone de Chypre contrôlée par le gouvernement chypriote étaient empêchés de voter aux élections parlementaires, les citoyens de Bosnie-Herzégovine appartenant au groupe des « autres » (comme les requérants en l'espèce) auraient le droit de se porter candidats aux élections à la Chambre des représentants de Bosnie-Herzégovine et aux assemblées législatives des Entités. La différence incriminée en l'espèce serait donc justifiée au regard du contexte particulier de la Bosnie-Herzégovine.

### 3. *Observations des parties intervenantes*

36. Dans ses observations du 22 octobre 2008, la Commission européenne pour la démocratie par le droit (la Commission de Venise) défend l'idée que les dispositions constitutionnelles incriminées en l'espèce emportent violation de l'interdiction de discrimination. Les observations en question sont dans le droit fil des avis cités au paragraphe 22 ci-dessus.

37. Dans leurs observations du 15 août 2008, le AIRE Centre et l'Open Society Justice Initiative formulent des arguments analogues. Se fondant sur une analyse des systèmes juridiques des Parties contractantes, le AIRE Centre conclut qu'il semble y avoir au niveau européen un consensus pour estimer qu'un individu ne doit être privé de son droit de se porter candidat à des élections que lorsque sa conduite justifie pareille mesure, et non en raison de caractéristiques innées ou inaliénables. L'Open Society Justice Initiative souligne quant à elle que la participation politique représente l'un des droits et responsabilités qui maintiennent le lien juridique entre un citoyen et un Etat. Dans la plupart des ordres juridiques, les droits de voter, d'être élu et de se porter candidat aux élections seraient ce qui distingue le plus clairement un citoyen d'un étranger. Dès lors, non seulement les restrictions à ces droits, notamment celles fondées sur des motifs aussi suspects que la race ou l'origine ethnique, seraient discriminatoires, mais elles porteraient en outre atteinte au sens même de la citoyenneté. Au-delà de son importance en tant que droit lié à la citoyenneté, la participation politique serait particulièrement importante pour les minorités ethniques et capitale pour éviter leur

marginalisation et favoriser leur intégration. Ce serait particulièrement vrai à la suite d'un conflit ethnique, où l'établissement de distinctions juridiques fondées sur l'origine ethnique serait propre à exacerber les tensions plutôt qu'à favoriser les relations constructives et durables entre toutes les ethnies, essentielles à la viabilité d'un Etat multiethnique.

#### 4. *Appréciation de la Cour*

##### a) **Quant à la Chambre des peuples de Bosnie-Herzégovine**

38. Les requérants invoquent l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 3 du Protocole n° 1, l'article 3 du Protocole n° 1 pris isolément et l'article 1 du Protocole n° 12. La Cour considère que le grief doit être examiné d'abord sous l'angle de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 3 du Protocole n° 1.

##### *i. Applicabilité de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 3 du Protocole n° 1*

39. La Cour rappelle que l'article 14 complète les autres dispositions normatives de la Convention et de ses Protocoles. Il n'a pas d'existence indépendante, puisqu'il vaut uniquement pour « la jouissance des droits et libertés » qu'elles garantissent. Certes, il peut entrer en jeu même sans un manquement à leurs exigences et, dans cette mesure, possède une portée autonome, mais il ne saurait trouver à s'appliquer si les faits du litige ne tombent pas sous l'empire de l'une au moins desdites clauses (voir, parmi beaucoup d'autres, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, § 71, série A n° 94, *Petrovic c. Autriche*, 27 mars 1998, § 22, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-II, et *Sahin c. Allemagne* [GC], n° 30943/96, § 85, CEDH 2003-VIII). L'interdiction de la discrimination que consacre l'article 14 dépasse donc la jouissance des droits et libertés que la Convention et ses Protocoles imposent à chaque Etat de garantir. Elle s'applique également aux droits additionnels, pour autant qu'ils relèvent du champ d'application général de l'un des articles de la Convention, que l'Etat a volontairement décidé de protéger. Ce principe est profondément ancré dans la jurisprudence de la Cour (*Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c. Belgique* (fond), 23 juillet 1968, § 9, série A n° 6, *Stec et autres c. Royaume-Uni* (déc.) [GC], nos 65731/01 et 65900/01, § 40, CEDH 2005-X, et *E.B. c. France* [GC], n° 43546/02, § 48, 22 janvier 2008).

40. La Cour doit donc décider si les élections à la Chambre des peuples de Bosnie-Herzégovine relèvent du « champ d'application » de l'article 3 du Protocole n° 1. A cet égard, la Cour rappelle que la disposition en cause

s'applique seulement à l'élection du « corps législatif », ou du moins à l'une de ses chambres s'il en compte deux ou plus. Cela étant, les mots « corps législatif » doivent être interprétés en fonction de la structure constitutionnelle de l'Etat en cause (*Matthews c. Royaume-Uni* [GC], n° 24833/94, § 40, CEDH 1999-I), et en particulier de ses traditions constitutionnelles et de l'ampleur des pouvoirs législatifs de la ou des chambres en question. Il ressort par ailleurs des travaux préparatoires (volume VIII, pp. 46, 50 et 52) que les Parties contractantes ont pris en compte la position particulière de certains Parlements qui comportaient des chambres non électives. C'est ainsi que l'article 3 du Protocole n° 1 fut soigneusement rédigé de manière à éviter des termes susceptibles d'être interprétés comme une obligation absolue d'organiser des élections pour les deux chambres dans l'ensemble des systèmes bicaméraux (*Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique*, 2 mars 1987, § 53, série A n° 113). Il est clair, cela dit, que l'article 3 du Protocole n° 1 s'applique à chaque chambre directement élue d'un Parlement.

41. En ce qui concerne la Chambre des peuples de Bosnie-Herzégovine, la Cour relève que sa composition est le fruit d'élections indirectes, ses membres étant désignés par les Parlements des Entités. Elle observe de surcroît que l'ampleur des pouvoirs législatifs dont jouit l'organe en question constitue en l'espèce un facteur décisif. La Chambre des peuples possède en effet de larges pouvoirs lui permettant de contrôler l'adoption des lois : l'article IV § 3 c) de la Constitution prévoit explicitement que toute législation nécessite l'approbation des deux chambres. Par ailleurs, la Chambre des peuples, conjointement avec la Chambre des représentants, décide des sources et des montants des recettes nécessaires pour le fonctionnement des institutions de l'Etat et pour l'exécution de ses obligations internationales, et elle approuve le budget des institutions de l'Etat (article IV § 4 b)-c) de la Constitution). Enfin, son consentement est nécessaire à la ratification de tout traité (article IV § 4 d) et V § 3 d) de la Constitution). Dans ces conditions, les élections à la Chambre des peuples entrent dans le champ d'application de l'article 3 du Protocole n° 1.

Par conséquent, l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 3 du Protocole n° 1 est applicable.

*ii. Observation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 3 du Protocole n° 1*

42. La Cour rappelle que la discrimination consiste à traiter de manière différente sans justification objective et raisonnable des personnes placées dans des situations comparables. Un traitement différencié est dépourvu de « justification objective et raisonnable » lorsqu'il ne poursuit pas un « but légitime » ou qu'il n'existe pas un « rapport raisonnable de proportionnalité

entre les moyens employés et le but visé» (voir, parmi beaucoup d'autres, *Andrejeva c. Lettonie* [GC], n° 55707/00, § 81, CEDH 2009). L'étendue de la marge d'appréciation dont les Parties contractantes jouissent à cet égard varie selon les circonstances, les domaines et le contexte (*ibidem*, § 82).

43. L'origine ethnique et la race sont des concepts apparentés. Tandis que la notion de race prend racine dans l'idée d'une classification biologique des êtres humains en sous-espèces sur la base de caractéristiques morphologiques, telles que la couleur de la peau ou les traits faciaux, l'origine ethnique procède de l'idée que les groupes sociétaux sont marqués notamment par une communauté de nationalité, de foi religieuse, de langue, d'origine culturelle et traditionnelle et de milieu de vie. La discrimination fondée sur l'origine ethnique d'une personne constitue une forme de discrimination raciale (voir la définition, citée au paragraphe 19 ci-dessus, adoptée par la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, et celle, citée au paragraphe 23 ci-dessus, adoptée par la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance). La discrimination raciale constitue une forme de discrimination particulièrement odieuse qui, compte tenu de la dangerosité de ses conséquences, exige une vigilance spéciale et une réaction vigoureuse de la part des autorités. Celles-ci doivent recourir à tous les moyens dont elles disposent pour combattre le racisme, renforçant ainsi la conception démocratique de la société, dans laquelle la diversité est perçue non pas comme une menace, mais comme une richesse (*Natchova et autres c. Bulgarie* [GC], n<sup>os</sup> 43577/98 et 43579/98, § 145, CEDH 2005-VII, et *Timichev*, précité, § 56).

44. Dans ce contexte, lorsqu'une différence de traitement est fondée sur la race, la couleur ou l'origine ethnique, la notion de justification objective et raisonnable doit être interprétée de manière aussi stricte que possible (*D.H. et autres*, précité, § 196). La Cour a par ailleurs considéré que dans une société démocratique contemporaine basée sur les principes de pluralisme et de respect pour les différentes cultures, aucune différence de traitement fondée exclusivement ou dans une mesure déterminante sur l'origine ethnique d'une personne ne peut être objectivement justifiée (*ibidem*, § 176). Cela étant, l'article 14 de la Convention n'interdit pas aux Parties contractantes de traiter des groupes de manière différenciée pour corriger des «inégalités factuelles» entre eux; de fait, dans certaines circonstances, c'est l'absence d'un traitement différencié pour corriger une inégalité qui peut, en l'absence d'une justification objective et raisonnable, emporter violation de la disposition en cause (*Affaire «relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique»*, précité, § 10, *Thlimmenos c. Grèce* [GC], n° 34369/97, § 44, CEDH 2000-IV, et *D.H. et autres*, précité, § 175).

45. Se tournant vers la présente espèce, la Cour observe que pour pouvoir se porter candidat aux élections à la Chambre des peuples de Bosnie-Herzégovine il faut déclarer une appartenance à l'un des « peuples constituants ». Les requérants, qui se disent respectivement d'origine rom et d'origine juive et qui ne déclarent d'appartenance à aucun « peuple constituant », n'ont donc pas cette possibilité (paragraphe 11 ci-dessus). La Cour note que cette règle d'exclusion poursuivait au moins un but globalement compatible avec les objectifs généraux de la Convention tels qu'ils se trouvent reflétés dans son préambule, à savoir le rétablissement de la paix. Lorsque les dispositions constitutionnelles litigieuses furent mises en place, un cessez-le-feu très fragile régnait sur le terrain. Les dispositions en cause visaient à faire cesser un conflit brutal marqué par des faits de génocide et d'« épuration ethnique ». La nature du conflit était telle que l'approbation des « peuples constituants » (à savoir les Bosniaques, les Croates et les Serbes) était nécessaire pour assurer la paix. Cela peut expliquer, sans forcément la justifier, l'absence de représentants des autres communautés (notamment les communautés rom et juive locales) aux négociations de paix et le souci des négociateurs de veiller à une égalité effective entre les « peuples constituants » dans la société post-conflictuelle.

46. Il n'en reste pas moins que la Cour n'est compétente *ratione temporis* que pour examiner la période postérieure à la ratification par la Bosnie-Herzégovine de la Convention et du Protocole n° 1. La Cour estime à cet égard qu'il ne lui est pas nécessaire de décider si l'on peut considérer que le maintien des dispositions constitutionnelles litigieuses après la ratification de la Convention poursuivait un « but légitime », dès lors qu'en tout état de cause, pour les raisons énoncées ci-dessous, la conservation du système ne satisfait pas à l'exigence de proportionnalité.

47. La Cour observe d'abord que des développements positifs importants sont intervenus en Bosnie-Herzégovine depuis l'Accord de Dayton. Certes, les progrès accomplis peuvent n'avoir pas toujours été cohérents et il reste des défis à relever (voir, par exemple, le dernier rapport de suivi concernant la Bosnie-Herzégovine en tant que candidate potentielle à l'adhésion à l'Union européenne établi par la Commission européenne et publié le 14 octobre 2009, SEC(2009)1338). Il n'en reste pas moins qu'en 2005 les parties naguère en conflit ont abandonné leur contrôle sur les forces armées, transformant celles-ci en une petite force professionnelle, qu'en 2006 la Bosnie-Herzégovine a rejoint le partenariat pour la paix de l'Organisation du traité de l'Atlantique Nord, qu'en 2008 elle a signé et ratifié un accord de stabilisation et d'association avec l'Union européenne, qu'en mars 2009 elle a mené à bien le premier amendement à la Constitution de l'Etat et

qu'elle a récemment été élue membre du Conseil de sécurité des Nations unies pour un mandat de deux ans qui débutera le 1<sup>er</sup> janvier 2010. De surcroît, si le maintien d'une administration internationale comme mesure d'exécution au titre du chapitre VII de la Charte des Nations unies implique que la situation dans la région représente toujours une « menace pour la paix et la sécurité internationales », il semble que l'on se prépare à mettre fin à cette administration (voir le rapport établi par M. Javier Solana, Haut Représentant de l'Union européenne pour la politique étrangère et de sécurité commune, et M. Olli Rehn, Commissaire européen chargé de l'élargissement, le 10 novembre 2008 : « *EU's Policy in Bosnia and Herzegovina: The Way Ahead* », et le rapport, établi par l'International Crisis Group le 9 mars 2009 : « *Bosnia's Incomplete Transition: Between Dayton and Europe* »).

48. De surcroît, si la Cour souscrit à la thèse du Gouvernement consistant à dire qu'il ne se dégage pas de la Convention une exigence en vertu de laquelle il y aurait lieu d'abandonner totalement les mécanismes de partage du pouvoir propres à la Bosnie-Herzégovine et que le temps n'est peut-être pas encore mûr pour un système politique qui serait un simple reflet de la règle majoritaire, les avis de la Commission de Venise (paragraphe 22 ci-dessus) montrent clairement que des mécanismes de partage du pouvoir sont envisageables qui ne conduisent pas automatiquement à l'exclusion totale des représentants des autres communautés. La Cour rappelle à cet égard que la possibilité de trouver d'autres voies permettant d'atteindre le même objectif constitue un facteur important en la matière (*Glor c. Suisse*, n° 13444/04, § 94, CEDH 2009).

49. Enfin, en devenant membre du Conseil de l'Europe en 2002 et en ratifiant la Convention et ses Protocoles sans réserves, l'Etat défendeur a librement accepté de respecter les standards pertinents. Il s'est engagé notamment à « revoir la loi électorale dans un délai de un an, avec l'aide de la Commission de Venise et à la lumière des principes du Conseil de l'Europe, aux fins d'amendement, le cas échéant » (paragraphe 21 ci-dessus). De même, en ratifiant un accord de stabilisation et d'association avec l'Union européenne en 2008, l'Etat défendeur s'est engagé à « modifier la législation électorale en ce qui concerne les membres de la présidence de [la] Bosnie-Herzégovine et les députés de la Chambre des peuples, de manière à se conformer pleinement à la Convention européenne des droits de l'homme et aux engagements consécutifs à l'adhésion au Conseil de l'Europe » dans un délai de un à deux ans (paragraphe 25 ci-dessus).

50. Aussi la Cour conclut-elle que le maintien de l'impossibilité faite aux requérants de se porter candidats aux élections à la Chambre des peuples de Bosnie-Herzégovine ne repose pas sur une justification objective

et raisonnable et est donc contraire à l'article 14 combiné avec l'article 3 du Protocole n° 1.

*iii. Les griefs fondés sur l'article 3 du Protocole n° 1 pris isolément et sur l'article 1 du Protocole n° 12*

51. Eu égard à la conclusion formulée par elle au paragraphe précédent, la Cour considère qu'il ne s'impose pas d'examiner séparément le point de savoir s'il y a eu également violation de l'article 3 du Protocole n° 1 pris isolément ou de l'article 1 du Protocole n° 12 relativement à la Chambre des peuples.

**b) Quant à la présidence de la Bosnie-Herzégovine**

52. Les requérants invoquent ici seulement l'article 1 du Protocole n° 12.

*i. Applicabilité de l'article 1 du Protocole n° 12*

53. La Cour note que si l'article 14 de la Convention prohibe la discrimination dans l'assurance de la jouissance des « droits et libertés reconnus dans la (...) Convention », l'article 1 du Protocole n° 12 étend le champ de la protection à « tout droit prévu par la loi ». Il introduit donc une interdiction générale de la discrimination.

54. Les requérants contestent les dispositions constitutionnelles en vertu desquelles ils ne peuvent se porter candidats aux élections à la présidence de la Bosnie-Herzégovine. Par conséquent, que ces élections relèvent ou non du champ d'application de l'article 3 du Protocole n° 1 (*Boškoski c. « l'ex-République yougoslave de Macédoine »* (déc.), n° 11676/04, CEDH 2004-VI), ce grief concerne un « droit prévu par la loi » (voir les articles 1.4 et 4.19 de la loi électorale de 2001 – paragraphe 18 ci-dessus), ce qui rend l'article 1 du Protocole n° 12 applicable. Cela n'a du reste pas été contesté devant la Cour.

*ii. Observation de l'article 1 du Protocole n° 12*

55. La notion de discrimination fait l'objet d'une interprétation constante dans la jurisprudence de la Cour concernant l'article 14 de la Convention. Il ressort en particulier de cette jurisprudence que par « discrimination » il y a lieu d'entendre un traitement différencié, sans justification objective et raisonnable, de personnes placées dans des situations analogues (voir les paragraphes 42-44 ci-dessus et les précédents qui s'y trouvent cités). Les auteurs du Protocole n° 12 ont utilisé le même terme de discrimination dans l'article 1 de cet instrument. Nonobstant la différence de portée qu'il y a entre les deux dispositions, le sens du mot inscrit à l'article 1 du Protocole n° 12 est censé être identique à celui du

terme figurant à l'article 14 (voir le paragraphe 18 du rapport explicatif sur le Protocole n° 12). Aussi la Cour n'aperçoit-elle aucune raison de s'écarter, dans le contexte de l'article 1 du Protocole n° 12, de l'interprétation bien établie de la notion de « discrimination » mentionnée ci-dessus (en ce qui concerne la jurisprudence du Comité des droits de l'homme des Nations unies relative à l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, disposition comparable – quoique non identique – à l'article 1 du Protocole n° 12 à la Convention, voir M. Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*, Editions N.P. Engel, 2005, pp. 597-634).

56. La non-déclaration par les requérants en l'espèce d'une appartenance à l'un des « peuples constituants » les rend également juridiquement inaptes à se présenter aux élections à la présidence. Une condition constitutionnelle préalable du même type a déjà été jugée s'analyser en une différence de traitement discriminatoire contraire à l'article 14 relativement à la Chambre des peuples (paragraphe 50 ci-dessus), et, par ailleurs, la notion de discrimination doit être interprétée de la même manière dans le cadre de l'article 14 et dans celui de l'article 1 du Protocole n° 12 (paragraphe 55 ci-dessus). Il s'ensuit que les dispositions constitutionnelles en vertu desquelles les requérants ne peuvent se porter candidats aux élections à la présidence doivent elles aussi être considérées comme discriminatoires et comme emportant violation de l'article 1 du Protocole n° 12, la Cour estimant qu'à cet égard aucune distinction pertinente ne peut être établie entre la Chambre des peuples et la présidence de la Bosnie-Herzégovine.

En conséquence, et pour les motifs exposés de manière détaillée dans le contexte de l'article 14 aux paragraphes 46-48 ci-dessus, la Cour estime que la condition préalable litigieuse à la candidature aux élections présidentielles s'analyse en une violation de l'article 1 du Protocole n° 12.

## II. LES AUTRES GRIEFS DES REQUÉRANTS

### A. Article 3 de la Convention

57. Le premier requérant soutient que l'impossibilité qui lui est faite de se porter candidat aux élections à la Chambre des peuples et à la présidence de la Bosnie-Herzégovine au motif qu'il est d'origine rom le rabaisse en réalité, lui et les autres membres de la communauté rom locale, comme du reste les membres des autres minorités nationales de Bosnie-Herzégovine, au statut de citoyen de deuxième classe. Il y voit un affront particulier à sa dignité humaine et une violation de l'article 3 de la Convention, ainsi libellé :

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

58. Il a été considéré dans des affaires antérieures que la discrimination raciale peut dans certaines circonstances s'analyser en un traitement dégradant au sens de l'article 3 de la Convention (*Asiatiques d'Afrique orientale c. Royaume-Uni*, n<sup>os</sup> 4403/70 et autres, rapport de la Commission du 14 décembre 1973, Décisions et rapports 78-B, p.63, § 208, et *Chypre c. Turquie* [GC], n<sup>o</sup> 25781/94, § 310, CEDH 2001-IV). En l'espèce, toutefois, la Cour observe que la différence de traitement incriminée ne révèle aucun mépris ou manque de respect pour la personnalité des requérants et qu'elle n'avait pas pour but et n'a du reste pas eu pour conséquence d'humilier ou d'avilir les intéressés, mais visait uniquement à atteindre l'objectif mentionné au paragraphe 44 ci-dessus.

Ce grief est dès lors manifestement mal fondé, au sens de l'article 35 § 3 de la Convention, et il doit donc être rejeté, en application de l'article 35 § 4.

## **B. Article 13 de la Convention**

59. Se plaçant sur le terrain de l'article 13 de la Convention, les requérants se plaignent par ailleurs de ne pas disposer en droit interne d'un recours effectif pour faire valoir leurs griefs de discrimination. L'article 13 est ainsi libellé :

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

60. La Cour rappelle que l'article 13 de la Convention ne va pas jusqu'à exiger un recours par lequel on puisse dénoncer devant une autorité nationale les lois d'un Etat comme contraires en tant que telles à la Convention (*A. et autres c. Royaume-Uni* [GC], n<sup>o</sup> 3455/05, § 135, CEDH 2009). Dès lors que la présente espèce concerne le contenu de dispositions constitutionnelles et non une mesure individuelle d'application, ce grief est manifestement mal fondé, au sens de l'article 35 § 3 de la Convention, et il doit donc être rejeté, en application de l'article 35 § 4.

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

61. L'article 41 de la Convention est ainsi libellé :

« Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses Protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable. »

### A. Dommage

62. Les requérants ne demandent rien pour dommage matériel. Ils allèguent en revanche avoir subi un dommage moral pour lequel le premier requérant réclame 20 000 euros (EUR) et le second requérant 12 000 EUR. Le Gouvernement considère que ces prétentions sont injustifiées.

63. La Cour estime que le constat d'une violation représente en soi une satisfaction équitable suffisante pour tout dommage moral pouvant avoir été subi par les requérants.

### B. Frais et dépens

64. Le premier requérant, qui a été représenté *pro bono*, ne sollicite que 1 000 EUR pour la comparution de son avocat à l'audience devant la Cour le 3 juin 2009. Le second requérant demande 33 321 EUR pour l'intégralité de sa cause. Ce chiffre comprend 270 heures de travail de ses deux avocats et d'un autre membre de l'équipe juridique, M<sup>me</sup> Cynthia Morel, du Minority Rights Group International, au taux horaire de 82,45 EUR, pour la rédaction de la requête, des observations et de la demande de satisfaction équitable devant la chambre et la Grande Chambre, divers débours relatifs, notamment, à un rapport d'expert obtenu de M. Zoran Pajić, de la société Expert Consultancy International Ltd, et à des réunions entre l'équipe juridique et le requérant à New-York et à Sarajevo, ainsi que les frais relatifs à la comparution à l'audience devant la Grande Chambre. Le requérant explique que le recours à un troisième juriste, M<sup>me</sup> Cynthia Morel, a été rendu nécessaire par l'ampleur et la complexité des questions à traiter.

65. Le Gouvernement soutient quant à lui que les frais dont le remboursement est réclamé ont été exposés sans nécessité et estime qu'ils sont en tout état de cause excessifs. Il conteste en particulier qu'il fût nécessaire pour le second requérant d'avoir recours à des avocats établis à l'étranger, dont les honoraires seraient incomparablement plus élevés que ceux des avocats locaux et dont la désignation aurait eu pour conséquence de faire grossir les frais de déplacement et de communication.

66. La Cour ne partage pas l'avis du Gouvernement selon lequel les requérants doivent choisir pour leur représentation devant la Cour des avocats établis localement, quand bien même ceux-ci seraient à même d'offrir (comme en l'espèce) des services aussi bons que ceux que peuvent fournir des avocats établis à l'étranger. En conséquence, la disparité entre les montants réclamés en l'espèce ne constitue pas en soi un élément suffisant pour faire conclure au caractère non nécessaire et déraisonnable des plus élevés d'entre eux. Cela dit, la Cour juge excessif le montant sollicité par le second requérant et alloue à l'intéressé 20 000 EUR de ce chef. Elle

considère en revanche que la somme réclamée par le premier requérant doit lui être allouée en entier.

### C. Intérêts moratoires

67. 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. *Décide*, à l'unanimité, de joindre les requêtes ;
2. *Déclare recevables*, à la majorité, les griefs principaux relatifs à l'impossibilité faite aux requérants de se porter candidats aux élections à la Chambre des peuples de Bosnie-Herzégovine ;
3. *Déclare recevables*, à l'unanimité, les griefs principaux relatifs à l'impossibilité faite aux requérants de se porter candidats aux élections à la présidence de Bosnie-Herzégovine ;
4. *Déclare*, à l'unanimité, les requêtes irrecevables pour le surplus ;
5. *Dit*, par quatorze voix contre trois, qu'il y a eu violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 3 du Protocole n° 1 relativement à l'impossibilité faite aux requérants de se porter candidats aux élections à la Chambre des peuples de Bosnie-Herzégovine ;
6. *Dit*, à l'unanimité, qu'il ne s'impose pas d'examiner le même grief sous l'angle de l'article 3 du Protocole n° 1 considéré isolément ou de l'article 1 du Protocole n° 12 ;
7. *Dit*, par seize voix contre une, qu'il y a eu violation de l'article 1 du Protocole n° 12 relativement à l'impossibilité faite aux requérants de se porter candidats aux élections à la présidence de Bosnie-Herzégovine ;
8. *Dit*, à l'unanimité, que le constat d'une violation représente en soi une satisfaction équitable suffisante pour tout dommage moral pouvant avoir été subi par les requérants ;
9. *Dit*
  - a) par seize voix contre une, que l'Etat défendeur doit verser au premier requérant, dans les trois mois, 1 000 EUR (mille euros) pour frais et dépens, somme à convertir en marks convertibles au taux applicable à la date du règlement et à majorer de tout montant pouvant être dû par l'intéressé à titre d'impôt ;
  - b) par quinze voix contre deux, que l'Etat défendeur doit verser au

second requérant, dans les trois mois, 20 000 EUR (vingt mille euros) pour frais et dépens, somme à convertir en marks convertibles au taux applicable à la date du règlement et à majorer de tout montant pouvant être dû par l'intéressé à titre d'impôt;

c) à l'unanimité, qu'à compter de l'expiration dudit délai de trois mois et jusqu'au règlement, les montants précités 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 du second requérant pour le surplus.

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 22 décembre 2009.

Vincent Berger  
Jurisconsulte

Jean-Paul Costa  
Président

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

- opinion partiellement concordante et partiellement dissidente de la juge Mijović, à laquelle se rallie le juge Hajiyev;
- opinion dissidente du juge Bonello.

J.-P. C.  
V. B.

OPINION PARTIELLEMENT CONCORDANTE  
ET PARTIELLEMENT DISSIDENTE DE LA JUGE MIJOVIĆ,  
À LAQUELLE SE RALLIE LE JUGE HAJIYEV

*(Traduction)*

### **I. Remarques générales**

Dans son arrêt, la Grande Chambre a conclu à la violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 3 du Protocole n° 1 relativement aux dispositions constitutionnelles de la Bosnie-Herzégovine concernant la Chambre des peuples et de l'article 1 du Protocole n° 12 relativement aux dispositions constitutionnelles concernant la présidence de l'Etat.

Nonobstant quelques objections quant au raisonnement suivi par la Grande Chambre sur le second point, je n'ai pas éprouvé de difficultés à partager l'avis de la majorité selon lequel les dispositions constitutionnelles relatives à la structure de la présidence de l'Etat s'analysent en une violation de l'interdiction de discrimination. En revanche, et je le regrette, mon opinion sur le premier point diffère sensiblement de la conclusion de la majorité.

Comme il s'agissait de la toute première affaire concernant l'interdiction générale de la discrimination consacrée par l'article 1 du Protocole n° 12 et que s'y trouvait critiquée l'essence même de la structure étatique de la Bosnie-Herzégovine, les attentes du public étaient considérables. Le fait que cette affaire allait être la toute première de cette nature dans la jurisprudence de la Cour et qu'elle était propre à engendrer de sérieux bouleversements et réaménagements constitutionnels dans l'un des Etats membres du Conseil de l'Europe a encore augmenté l'intérêt qui y était porté.

L'importance de l'affaire s'est également trouvée accrue du fait des particularités qui ont marqué non seulement la création de la Bosnie-Herzégovine, mais aussi son adhésion au Conseil de l'Europe. On peut dire que la présente espèce a fait apparaître au grand jour tous les points faibles de la structure étatique de la Bosnie-Herzégovine qui étaient visibles mais ont été ignorés au moment de son adhésion au Conseil de l'Europe.

Mes remarques générales ont trait premièrement au fait que la Grande Chambre, comme l'a souligné à juste titre le juge Bonello dans son opinion dissidente, est restée en défaut d'analyser le contexte historique et les circonstances de l'imposition de la Constitution de la Bosnie-Herzégovine. Il me semble que la Cour a ainsi abandonné sa jurisprudence antérieure, où elle examinait l'ensemble des facteurs pertinents avant de livrer son opinion définitive. Or j'estime que les circonstances susvisées étaient très importantes

en l'espèce, car c'est elles qui conduisirent à la structure étatique actuelle de la Bosnie-Herzégovine.

## II. Le contexte factuel

La première question que je me suis posée concernant cette affaire, c'est celle de savoir si la Bosnie-Herzégovine s'était parfaitement rendu compte à l'époque des conséquences possibles de la ratification par elle de tous les Protocoles de la Convention.

En effet, la Bosnie-Herzégovine est l'un des dix-sept Etats membres du Conseil de l'Europe qui ont ratifié le Protocole n° 12, trente autres Etats ayant décidé de ne pas ratifier ce Protocole, ce qui témoigne de différences d'approche relativement au Protocole n° 12 et aux questions dont il traite.

Les deux requêtes de la présente espèce concernent le cœur même de la structure postconflictuelle de l'Etat mise en place par la Constitution de 1995, qui, d'un point de vue technique, faisait partie, ou plus exactement constituait une annexe, d'un accord de paix international: l'Accord-cadre général de 1995 pour la paix en Bosnie-Herzégovine («l'Accord de Dayton»). Lorsque les maîtres de la guerre décidèrent de devenir les maîtres de la paix, à l'issue de négociations longues et difficiles entre les représentants politiques des Bosniaques, des Croates et des Serbes, sous la supervision de la communauté internationale, ils créèrent un Etat dont l'architecture est, sur le plan international et du point de vue du droit constitutionnel, sans précédent et sans équivalent.

L'Accord de Dayton a institué une Bosnie-Herzégovine composée de deux Entités, le préambule à la Constitution énonçant que seuls les Bosniaques, les Serbes et les Croates sont des peuples constituants. Les autres groupes ethniques, qui n'avaient pas pris parti dans le conflit, furent simplement laissés de côté. Comme il s'agissait d'une question extrêmement sensible, l'examen de leur statut juridique fut reporté à des temps plus calmes et politiquement moins sensibles.

Conformément au dispositif constitutionnel mis en place par l'Accord de Dayton, les personnes appartenant à des minorités (ethniques) nationales ne peuvent se porter candidates à la présidence de l'Etat et à la Chambre des peuples du Parlement national, quoique ces deux institutions de l'Etat ne soient pas les seules où l'équilibre des pouvoirs entre les trois peuples constituants ait été défini par ledit accord (on peut citer l'exemple de la structure de la Cour constitutionnelle, qui se compose de deux Bosniaques, de deux Croates, de deux Serbes et de trois juges étrangers).

En l'espèce, la répartition des postes entre les peuples constituants dans les organes de l'Etat était un élément capital de l'Accord de Dayton, et il a permis le rétablissement de la paix en Bosnie-Herzégovine. Dans un tel

contexte, il me paraît très difficile de dénier toute légitimité à des normes qui peuvent être problématiques du point de vue de la non-discrimination, mais qui étaient nécessaires pour parvenir à la paix et à la stabilité et pour éviter de nouvelles pertes en vies humaines.

C'est là l'aspect principal de la nature sensible des requêtes de l'espèce, car les changements dans la composition d'institutions politiques spécifiques tels ceux demandés par les requérants nécessiteraient en réalité que soit modifié l'équilibre des pouvoirs actuel, ce qui pourrait raviver les graves tensions qui existent toujours en Bosnie-Herzégovine.

Consciente de la nécessité d'une réforme constitutionnelle, la communauté internationale exhorta en 2006 les principaux leaders politiques de la Bosnie-Herzégovine à entamer des négociations en vue de l'adoption d'un système électoral qui garantirait l'égalité dans la jouissance des droits politiques à tous les citoyens indépendamment de leur appartenance ethnique, mais ce fut un échec total. Les discussions ont aujourd'hui repris, ce qui signifie en réalité que lorsqu'on traite d'affaires de ce genre on aborde une question ultrasensible, qui a déjà mobilisé une attention énorme du public.

Les requérants en l'espèce sont un Rom et un Juif. Ils se plaignaient de ce que, du simple fait de leur origine ethnique et bien qu'ils pussent s'appuyer sur une expérience comparable à celle des titulaires des plus hautes fonctions électives, ils se trouvaient empêchés par la Constitution de Bosnie-Herzégovine et par la loi électorale de 2001 de se porter candidats à la présidence et à la Chambre des peuples de l'Assemblée parlementaire, en quoi ils voyaient une discrimination contraire à la Convention.

### **III. La structure étatique de la Bosnie-Herzégovine**

Comme je l'ai dit plus haut, la Constitution de la Bosnie-Herzégovine est le fruit de négociations longues et difficiles entre les représentants des Bosniaques, des Croates et des Serbes, sous la supervision de la communauté internationale. Son dispositif complexe de partage du pouvoir concerne essentiellement les Bosniaques, les Croates et les Serbes, qui étaient directement parties à la guerre de 1992-1995, ce qui explique que les principales institutions politiques aient été conçues pour ménager un équilibre des pouvoirs entre trois peuples constituants. Les autres groupes ethniques n'ont pas été pris en considération à l'époque, parce qu'ils n'avaient pas pris parti dans le conflit. Après la guerre, ces groupes minoritaires devinrent parties à l'ensemble des dispositifs de partage du pouvoir au niveau des Entités. La même chose n'a toutefois toujours pas pu se faire au niveau de l'Etat, et c'est la raison pour laquelle les requérants ont introduit leurs requêtes devant la Cour.

Les dispositifs de partage du pouvoir au niveau de l'Etat, notamment ceux concernant la structure de la Chambre des peuples et de la présidence de l'Etat, prévoient que seuls ceux qui déclarent une appartenance à l'un des trois groupes ethniques principaux peuvent postuler à ces deux organes de l'Etat. Il me faut préciser que l'appartenance ethnique dans le contexte de la Bosnie-Herzégovine ne doit pas être prise comme une catégorie juridique, dans la mesure où elle dépend exclusivement d'une autotaxonomie qui, *stricto sensu*, s'analyse en un critère subjectif. Cela signifie en réalité que chacun a le droit de déclarer ou de ne pas déclarer une affiliation à un groupe ethnique. Personne n'a l'obligation de le faire. Il n'y a ni obligation juridique de déclarer une appartenance ethnique ni paramètres objectifs permettant d'établir pareille appartenance pour un individu.

Ce n'est que lorsqu'un particulier souhaite entrer dans le jeu politique que la question de l'appartenance ethnique revêt de l'importance. La déclaration d'une appartenance ethnique relève donc non pas d'une catégorie objective et juridique, mais bien d'une catégorie subjective et politique.

#### **IV. Le constat d'une violation de l'article 1 du Protocole n° 12**

Tout en étant en désaccord avec certains aspects du raisonnement développé par la Grande Chambre pour motiver son constat de violation de l'article 1 du Protocole n° 12, je n'ai éprouvé aucune difficulté à partager l'avis de la majorité selon lequel le dispositif constitutionnel de la Bosnie-Herzégovine concernant la structure de la présidence de l'Etat emporte violation de l'interdiction générale de la discrimination.

Ma divergence de vue concernant cette partie de l'arrêt vient du fait que je m'attendais à ce que la Cour utilise cette affaire, qui était la toute première de cette nature, pour fixer des principes, des standards ou des critères de départ spécifiques, qui auraient pu être appliqués aux futures affaires portant sur des faits de discrimination en général. Il apparaît que ces attentes étaient irréalistes, la Cour ayant simplement rappelé à cet égard le raisonnement et la motivation livrés par elle pour le grief qui se rapportait aux dispositions constitutionnelles relatives à la Chambre des peuples, qui avait donné lieu à un constat de violation de l'article 14.

De surcroît, la Cour a traité ce grief comme s'il était moins important, donnant l'impression que l'article 1 du Protocole n° 12 était appliqué uniquement parce qu'il n'était pas possible d'appliquer l'article 3 du Protocole n° 1. La motivation propre au constat relatif au grief tiré de l'article 1 du Protocole n° 12 tient en seulement deux paragraphes, où la Cour arrive à la conclusion qu'« aucune distinction pertinente ne peut être établie entre la Chambre des peuples et la présidence de la Bosnie-Herzégovine »

concernant le dispositif constitutionnel discriminatoire. J'estime quant à moi qu'il y a plusieurs éléments distinctifs qui auraient dû être discutés.

La structure tripartite de la présidence de l'Etat est, comme beaucoup d'autres institutions étatiques de la Bosnie-Herzégovine, le résultat d'un compromis politique dégagé par l'Accord de Dayton. Elle tendait à la création d'un mécanisme d'équilibre et à prévenir toute suprématie de l'un des peuples dans le processus décisionnel. La question clé à laquelle il aurait fallu d'après moi apporter une réponse en l'espèce est celle de savoir si la structure tripartite a jamais été justifiée et si elle l'est toujours. Du point de vue de la jurisprudence relative à l'article 1 du Protocole n° 12, il eût été non seulement intéressant mais aussi très utile que la Cour fût connaître son opinion sur ce point. Or la Cour s'est contentée de réitérer les arguments se rapportant aux critères appliqués à la partie de l'arrêt relative à l'article 14, ce que je trouve décevant.

Sur un plan purement théorique, c'est-à-dire abstraction faite des atrocités, des massacres et des bains de sang qui ont précédé les accords de paix, j'aurais estimé que même à elle seule l'obligation pour un individu de déclarer son appartenance à un groupe ethnique pour pouvoir faire acte de candidature à un poste public était inacceptable et suffisante pour justifier un constat de violation de l'interdiction de toute discrimination fondée sur l'appartenance ethnique.

Pour revenir à la structure de la présidence de l'Etat, si la Bosnie-Herzégovine était un Etat stable et autonome, l'essence de la discrimination aurait résidé non seulement dans l'inéligibilité des minorités, mais également dans l'inéligibilité de tous ceux qui n'auraient pas pu ou n'auraient pas souhaité déclarer leur appartenance ethnique pour pouvoir se porter candidats à des fonctions publiques. Toutefois dès lors que la Bosnie-Herzégovine a été créée à la suite d'une pression exercée par la communauté internationale et que quatorze ans après elle ne fonctionne toujours pas comme un Etat indépendant et souverain, on ne peut pas dire qu'elle représente un Etat suffisamment stable pour que l'on puisse raisonner de cette façon.

D'un autre côté, si rien n'est fait pour améliorer la situation actuelle, il n'y a aucune chance de voir les choses progresser. L'élimination de la méfiance entre les ethnies est d'après moi un processus qu'il y a lieu de développer de manière très précautionneuse, étape par étape. Si le temps est venu (et je souligne ici une fois de plus que la Cour ne s'est livrée à aucune évaluation à cet égard) de modifier la structure de l'état postconflictuel, j'ose espérer qu'une modification de la composition de la présidence de l'Etat pourrait constituer la première étape. La présidence de l'Etat est une institution qui

représente l'Etat dans son ensemble<sup>1</sup>, alors que la Chambre des peuples est investie d'un rôle important et sensible de protection des « intérêts vitaux » de chaque peuple constituant.

## V. Le constat d'une violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 3 du Protocole n° 1

A mon grand regret, et pour les raisons énumérées ci-dessous, je ne puis partager l'opinion de la majorité sur la question de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 3 du Protocole n° 1.

Premièrement, la question de *l'applicabilité de l'article 3 du Protocole n° 1* est ici très sujette à débat. L'article 3 du Protocole n° 1 protège le droit à des élections libres, mais il n'existe pas de réponse bien définie et communément admise à la question de savoir si sont ici visées tant les élections directes que les élections indirectes<sup>2</sup>. Renvoyant à sa jurisprudence, la Cour indique toutefois que l'article 3 du Protocole n° 1 fut « soigneusement rédigé de manière à éviter des termes susceptibles d'être interprétés comme une obligation absolue d'organiser des élections pour les deux chambres dans l'ensemble des systèmes bicaméraux » (paragraphe 40 de l'arrêt). En même temps, comme la Grande Chambre le fait observer, il est clair que l'article 3 du Protocole n° 1 s'applique à chaque chambre directement élue d'un parlement. A cet égard, il convient de préciser qu'en Bosnie-Herzégovine il n'y a pas d'élections, ni directes ni indirectes, pour les membres de la Chambre des peuples. Ceux-ci sont désignés par les Parlements des Entités, ce qui signifie en réalité que les plaintes formulées en l'espèce sont de nature purement théorique, dès lors qu'il n'y a ni élections préalables ni obligation pour les Parlements des Entités de désigner tel ou tel candidat. La composition de la Chambre des peuples n'est pas le résultat d'un processus électoral. Les membres de la Chambre des peuples sont désignés/choisis à la majorité au sein de l'Assemblée nationale de la Republika Srpska et à la majorité dans les groupes bosniaques et croates au sein du Parlement de la Fédération de Bosnie-Herzégovine<sup>3</sup>. Dès lors que la version originale de la Constitution de la Bosnie-Herzégovine a été établie en anglais, même une approche linguistique confirme que l'on n'est pas en présence d'élections mais de désignations. En effet, l'article 4 de la Constitution énonce que la Chambre des peuples « *shall comprise 15 delegates* » (comprend quinze

1. Voir les pouvoirs de la présidence de l'Etat tels qu'ils se trouvent décrits à l'article V § 3 de la Constitution.

2. Dans l'arrêt de la majorité, le point de vue selon lequel le droit à des élections libres s'applique tant aux élections directes qu'aux élections indirectes s'appuie uniquement sur un renvoi aux travaux préparatoires du Protocole n° 1 (paragraphe 40 de l'arrêt).

3. Voir l'article IV de la Constitution de la Bosnie-Herzégovine.

délégués) et que « *the designated delegates shall be selected* » (les *délégués désignés* sont *choisis*) par les Parlements respectifs des Entités<sup>1</sup>.

La notion de droit à des élections libres en Bosnie-Herzégovine n'inclut tout simplement pas en tant que tel le droit de se porter candidat à la Chambre des peuples, dès lors que les membres de cette chambre ne sont pas élus mais désignés/choisis par les parlements des Entités.

On pourrait toujours parler d'élections indirectes si les listes de candidats étaient annoncées pendant la campagne électorale ou à un quelconque autre moment avant la désignation des intéressés (et que le processus était ainsi transparent pour le public) ou s'il y avait des critères à remplir pour pouvoir être désigné. Or les noms des candidats ne figurent pas sur des bulletins ou des listes électorales. Un fait qu'a totalement ignoré la Cour, c'est que ni la Constitution de la Bosnie-Herzégovine ni la loi électorale ne prévoient que les personnes souhaitant se porter candidates aux élections à la Chambre des peuples doivent satisfaire à certains critères. Aucune disposition du droit interne ne dit à partir de quelle structure, de quel parti politique ou même de quelle option politique les candidats doivent être sélectionnés<sup>2</sup>. Le choix peut donc en théorie se porter sur n'importe quel individu, quand bien même il ne serait pas engagé dans la vie publique. Ainsi, la procédure de désignation des membres de la Chambre des peuples ne dépend pas de l'appartenance à tel ou tel parti politique; il n'y a pas de lien formel entre les délégués et les électeurs, et les noms des candidats ne sont pas connus du grand public, pas même des électeurs, avant leur désignation par les membres des Parlements des Entités. La seule exigence formelle concerne la déclaration d'appartenance ethnique, qui n'est juridiquement pertinente que pour la qualité de membre de la Chambre des peuples. A strictement parler, il est clair que les requérants ne peuvent être « élus », mais cette impossibilité est due non à leur appartenance ethnique mais à l'absence de dispositions prévoyant l'élection des délégués en général, les membres de la chambre en question étant tous désignés. Les individus appartenant à l'un des trois peuples constituants pourraient très bien se plaindre, eux aussi, de l'absence d'élections libres relativement à la Chambre des peuples, la seule manière pour une personne de devenir membre de cette chambre étant d'être désignée par le Parlement d'une Entité. En conséquence, il n'existe d'une manière générale pour personne un quelconque droit de se porter candidat à des élections à la Chambre des peuples, pareilles élections n'étant

1. Il s'agit de distinguer entre les notions « d'élection » et de « sélection » : d'un point de vue linguistique, une « élection » implique un choix illimité tandis qu'une « sélection » implique un choix de préférence/ un choix limité.

2. Une seule exception à cela : les membres des chambres des peuples cantonales doivent être désignés parmi les membres des parlements cantonaux.

simplement pas prévues. En conséquence, si cette procédure doit être qualifiée de discriminatoire, les mêmes critères de discrimination doivent-ils être appliqués aux systèmes parlementaires qui prévoient que les sièges de la seconde chambre sont héréditaires (comme c'est le cas de la Chambre des lords britannique) ou conditionnés par l'exercice d'une fonction publique (comme c'est le cas du Conseil fédéral (*Bundesrat*) allemand) ? Il me paraît aussi peu approprié de conclure au caractère discriminatoire du processus dans ces systèmes que ce ne l'est dans le cas de la Bosnie-Herzégovine.

Le fait que la seule condition de forme qui doive être remplie par les délégués à la Chambre des peuples se rapporte à leur appartenance ethnique montre que la Chambre des peuples a été conçue pour assurer un certain équilibre ethnique au sein du pouvoir législatif.

C'est un fait bien établi que ce sont des mécanismes de cette nature qui ont permis la restauration de la paix en Bosnie-Herzégovine, et il est tout aussi clair que, quatorze ans après, il n'est toujours pas possible de dégager une approche commune et partagée quant à d'éventuels réaménagements constitutionnels en Bosnie-Herzégovine<sup>1</sup>.

Mon second point de désaccord avec la décision de la Grande chambre sur la recevabilité concerne la nature juridique de la Chambre des peuples. Celle-ci est appréhendée par la Grande Chambre comme la seconde chambre de l'Assemblée parlementaire de la Bosnie-Herzégovine. Je ne souscris pas à cette analyse.

D'une manière générale, une chambre haute se distingue normalement de la chambre basse sur un (ou plusieurs) des points suivants : elle est dotée de pouvoirs moindres que ceux dont jouit la chambre basse (pour certains textes votés par celle-ci, elle peut ainsi avoir simplement la faculté de formuler des réserves, ou, en cas de réforme constitutionnelle, son pouvoir peut être limité à l'expression ou non de son approbation) ; elle est une chambre consultative ou « de révision », de sorte que ses pouvoirs d'initiative sont souvent réduits d'une manière ou d'une autre ; elle représente les unités administratives ou fédérales ; s'ils sont élus, ses membres ont souvent des mandats plus longs que les membres de la chambre basse (si elle est composée de pairs ou de nobles, ses membres détiennent leur siège à vie) et si elle se compose de membres élus, son renouvellement s'effectue de manière échelonnée et non de manière globale.

Du point de vue de la structure institutionnelle, les sièges d'une chambre haute peuvent être pourvus selon des modalités très diverses : élection directe,

1. Comme je l'ai indiqué ci-dessus, des discussions en vue d'une réforme constitutionnelle furent entamées en 2006 (« le paquet d'avril »), mais elles échouèrent. Les pourparlers ont maintenant repris (« le paquet Butmir »), mais il apparaît que les représentants politiques campent sur leurs positions antérieures.

élection indirecte, désignation ou encore voie héréditaire, mais un certain mélange de tous ces systèmes peut aussi être appliqué. Comme je l'ai dit ci-dessus, le Conseil fédéral (*Bundesrat*) allemand est un cas tout à fait unique, dans la mesure où ses membres sont des délégués des gouvernements des *Länder* qui peuvent être rappelés à tout moment, et il en est de même de la Chambre des lords britannique, où les sièges sont partiellement héréditaires.

On l'a vu ci-dessus, une chambre haute est en général conçue pour représenter les unités administratives ou fédérales, ce qui n'est pas le cas en Bosnie-Herzégovine, dans la mesure où la Chambre des peuples représente non seulement les Entités de la Bosnie-Herzégovine, mais également les ethnies (c'est-à-dire les peuples constituants). Les deux chambres de l'Assemblée parlementaire sont sur le même pied et elles constituent deux parties qui ne peuvent fonctionner indépendamment l'une de l'autre. Chaque projet doit être discuté et adopté par les deux chambres, le rôle particulier de la Chambre des peuples étant de protéger les « intérêts vitaux » de chaque peuple constituant.

Pour déclarer l'article 3 du Protocole n° 1 applicable, la Grande chambre a jugé décisive l'ampleur des pouvoirs législatifs exercés par la Chambre des peuples<sup>1</sup>. Je ne souscris pas à cette appréciation. En effet, les deux chambres jouissent des mêmes pouvoirs<sup>2</sup>, dès lors que « [t]oute législation nécessite l'approbation des deux chambres<sup>3</sup> », ce qui confirme bien que les deux chambres sont sur le même pied. La représentation ethnique au sein de la Chambre des peuples ne revêt de pertinence que lorsqu'il s'agit des intérêts vitaux des peuples constituants: « [u]n projet de décision soumis à l'Assemblée parlementaire peut être déclaré contraire aux intérêts vitaux du peuple bosniaque, croate ou serbe par une majorité de délégués bosniaques, croates ou serbes désignés conformément aux dispositions de l'alinéa 1 a) (...). Pour être approuvé par la Chambre des peuples, un tel projet de décision requiert la majorité des délégués bosniaques, des délégués croates et des délégués serbes présents et votants<sup>4</sup> ».

1. Paragraphe 41 de l'arrêt.

2. Article IV § 4 de la Constitution de Bosnie-Herzégovine – Pouvoirs

« Les pouvoirs suivants sont exercés par l'Assemblée parlementaire :

a) Promulguer les lois nécessaires pour mettre en œuvre les décisions de la présidence ou exercer les responsabilités de l'Assemblée aux termes de la présente Constitution.  
 b) Décider des sources et des montants des recettes nécessaires pour le fonctionnement des institutions de la Bosnie-Herzégovine et pour l'exécution de ses obligations internationales.  
 c) Approuver le budget des institutions de la Bosnie-Herzégovine.  
 d) Consentir ou non à la ratification des traités.  
 e) Régler toutes autres questions nécessaires pour remplir ses fonctions ou s'acquitter des charges qui lui sont attribuées par consentement mutuel des Entités. »

3. Article IV § 3 c) de la Constitution de la Bosnie-Herzégovine.

4. Article IV § 3 e) de la Constitution de la Bosnie-Herzégovine.

Les dispositions constitutionnelles relatives aux pouvoirs qui ne sont pas partagés entre la Chambre des représentants et la Chambre des peuples (voir la note de bas de page n° 2 sur la présente page) illustrent le fait que l'Assemblée parlementaire de la Bosnie-Herzégovine a une structure tout à fait unique qui ne rentre dans aucune des catégories des modèles traditionnellement acceptés. De surcroît, l'article X de la Constitution dispose que celle-ci « peut être révisée par décision de l'Assemblée parlementaire », disposition qui doit être interprétée comme signifiant que les deux chambres doivent se prononcer sur ce point. Il serait erroné d'inférer de l'arrêt de la Grande Chambre que les requérants en l'espèce, qui sont d'origine rom et d'origine juive respectivement, ne peuvent participer à l'exercice du pouvoir législatif en Bosnie-Herzégovine au motif qu'ils n'ont pas la possibilité de se porter candidats aux élections à la Chambre des peuples, car les deux chambres disposent des mêmes pouvoirs et les requérants ont amplement la possibilité de devenir membre de la Chambre des représentants, où les candidatures sont indépendantes de l'appartenance ethnique<sup>1</sup>.

La Chambre des peuples est une chambre de veto, dont les membres perçoivent leur tâche comme consistant exclusivement à défendre les intérêts de leur peuple, et c'est précisément ce qui fait de cette chambre un mécanisme *sui generis*. La question de savoir si, quatorze ans après l'Accord de Dayton, la Bosnie-Herzégovine a toujours besoin de pareil mécanisme est une autre question à laquelle il y a lieu de répondre sur le terrain de la justification si tant est que l'on juge l'article 3 du Protocole n° 1 applicable.

En résumé, je considère que l'article 3 du Protocole n° 1 n'est pas applicable en l'espèce, dans la mesure où le droit interne ne prévoit tout simplement pas en tant que tel et pour qui que ce soit un droit de se porter candidat aux élections à la Chambre des peuples; celle-ci est un organe non électif, qui ne possède ni les caractéristiques ni les pouvoirs qui sont typiquement ceux d'une seconde chambre, et sa structure échappe au domaine de l'article 3 du Protocole n° 1.

En ce qui concerne le *fond du grief*, la question principale est celle de savoir si le traitement différencié ici incriminé est ou non discriminatoire. Il ressort de la jurisprudence de la Cour relative à l'article 14 qu'une différence de traitement est discriminatoire si elle ne repose pas sur une justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un but légitime

1. La Constitution de la Bosnie-Herzégovine prévoit (article IV § 2) que « [l]a Chambre des représentants comporte quarante-deux membres, dont les deux tiers sont élus par le territoire de la Fédération et un tiers par le territoire de la Republika Srpska » et que « [l]es membres de la Chambre des représentants sont élus directement par leur Entité conformément aux dispositions d'une loi électorale que l'Assemblée parlementaire approuvera ».

ou s'il n'existe pas un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé.

La conclusion de la majorité selon laquelle les dispositions constitutionnelles pertinentes tendaient non pas à établir une domination ethnique comme le soutenaient les requérants, mais à faire cesser un conflit brutal et à assurer une égalité effective entre les parties à la guerre, à savoir les peuples constituants, est correcte, comme l'est la conclusion de la majorité selon laquelle les dispositions en cause ont pour conséquence un traitement différencié en fonction de l'appartenance ethnique. Cela étant, ce dispositif était-il justifié et, dans l'affirmative, les éléments de justification sont-ils toujours présents et significatifs aujourd'hui ? La Grande Chambre a préféré ne répondre qu'à moitié à cette question. Il me paraît pourtant qu'une réponse détaillée était en l'occurrence primordiale. Le traitement différencié des individus appartenant au groupe des « autres » est une question qu'il s'agissait de réexaminer une fois que la situation en Bosnie-Herzégovine serait devenue moins sensible et, de ce point de vue, la Cour a admis que la différenciation litigieuse était à l'origine justifiée.

Cela étant, quelle est la situation aujourd'hui, quatorze ans après l'Accord de Dayton ? Si l'on en revient aux faits qui ont initialement motivé l'adoption du dispositif incriminé et si l'on s'en tient aux chiffres des pertes, cent mille habitants de la Bosnie-Herzégovine au moins ont été tués ou ont disparu pendant la guerre. Un million trois cent mille personnes supplémentaires de la population d'avant-guerre (soit vingt-huit pour cent de celle-ci) sont devenues des réfugiés résidant à l'extérieur de la Bosnie-Herzégovine. S'il n'y avait pas eu la guerre, fin 1995 la Bosnie-Herzégovine aurait compté, sur la base des taux habituels de natalité, de mortalité et de migration, 4 millions et demi d'habitants. Or, en réalité, fin 1995 on dénombrait seulement 2,9 millions d'habitants dans le pays. Quatorze années se sont écoulées depuis la fin du conflit armé, mais a-t-on vraiment enregistré, comme l'affirme la Grande Chambre, des progrès significatifs ?

Le dernier rapport d'Amnesty International sur la Bosnie-Herzégovine relève que « treize ans après la fin de la guerre, on estimait à 13 000 le nombre de personnes dont on était toujours sans nouvelles. (...) Les discours à tendance nationaliste se sont multipliés en Bosnie-Herzégovine et le pays restait divisé selon de profonds clivages ethniques<sup>1</sup>. »

D'après le ministère des Droits de l'homme et des réfugiés de Bosnie-Herzégovine, plus de 1,2 million de personnes n'ont toujours pas regagné leur domicile d'avant-guerre. Les personnes qui sont revenues sont souvent confrontées à des difficultés d'accès aux dispositifs de logement et d'emploi.

1. Voir <http://www.amnesty.org/en/region/bosnia-herzegovina/report-2009>.

Environ deux mille sept cents familles vivent toujours dans ce qu'on appelle des établissements collectifs de logement. Certaines personnes venues de l'étranger ne peuvent récupérer leurs biens, soit que ceux-ci aient été détruits, soit que les autorités montrent peu d'empressement à les laisser les recouvrer<sup>1</sup>. La situation politique ne semble pas meilleure. L'Etat est géré par des partis politiques portant des bannières nationalistes et recourant à la rhétorique nationaliste. De nombreuses personnes soupçonnées de crimes de guerre sont toujours en liberté, même si un processus de transfert des affaires de crimes de guerre du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie vers les juridictions internes a débuté. Les autorités judiciaires et de poursuite sont toujours supervisées par des juges et des procureurs internationaux, dont ils reçoivent leurs instructions. Tous ces faits ont en réalité été jugés suffisants par les Nations unies, l'Union européenne et le Conseil de mise en œuvre de la paix pour justifier la prorogation (en novembre 2009) du mandat du Haut Représentant. Il existe par ailleurs d'autres signes indiquant que la communauté internationale ne considère pas que des progrès significatifs soient enregistrés en Bosnie-Herzégovine (par exemple, les forces militaires internationales sont toujours présentes, tout comme la Mission de police de l'Union européenne). Beaucoup d'Etats, sur leur site web officiel, dissuadent leurs citoyens de se rendre en Bosnie-Herzégovine, invoquant des risques pour leur sécurité. Les élections de 2006 ont montré que la plupart des électeurs préféreraient toujours voir les nationalistes au pouvoir, se sentant davantage en sécurité s'ils sont dirigés par «leur propre peuple». Les enfants dans les écoles sont séparés<sup>2</sup>, les villes qui avant la guerre avaient une population mélangée sont toujours divisées. En devenant membre du Conseil de l'Europe, la Bosnie-Herzégovine s'était engagée notamment à «revoir la loi électorale dans un délai de un an, avec l'aide de la Commission [européenne] pour la démocratie par le droit (Commission de Venise) et à la lumière des principes du Conseil de l'Europe, aux fins d'amendement, le cas échéant». Le fait que la Bosnie-Herzégovine n'ait toujours pas honoré cet engagement montre qu'en réalité il n'y a pas de consensus entre les principaux partis politiques.

Sachant tout cela, peut-on se dire absolument certain que les dispositifs constitutionnels ici incriminés ne reposent plus aujourd'hui sur aucune justification ? D'un autre côté, s'ils sont toujours justifiés, ces dispositifs peuvent-ils être réputés poursuivre un but légitime ? Ainsi que la Commission de Venise l'a justement fait observer, «la répartition des postes dans les organes de l'Etat entre les peuples constituants était un élément central de

1. Voir <http://www.mhrr.gov.ba/izbjeglice/?id=6>.

2. Voir le document SG/Inf(2008)2 établi par les services du Secrétaire général du Conseil de l'Europe.

l'Accord de Dayton qui a permis de rétablir la paix en [Bosnie-Herzégovine]. Dans une telle situation, il est difficile de nier la légitimité de normes qui peuvent faire problème du point de vue de la non-discrimination, mais qui sont nécessaires pour réaliser la paix et la stabilité et éviter de nouvelles pertes en vies humaines». La paix a été rétablie, mais l'élément stabilité demeure problématique. Il se peut que, comme le juge Feldmann de la Cour constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine l'a déclaré dans une opinion concordante « (...), la justification tirée du besoin de rétablir la paix avait vocation à être seulement temporaire, mais le temps n'est pas encore venu de considérer que l'Etat s'est éloigné pour de bon des besoins spéciaux qui ont dicté l'architecture institutionnelle inhabituelle définie dans l'Accord de Dayton et dans la Constitution de la Bosnie-Herzégovine<sup>1</sup> ». Dans l'affaire *Ždanoka c. Lettonie*<sup>2</sup>, la Cour a jugé qu'il n'était « pas surprenant qu'un corps législatif démocratique nouvellement établi se trouvant dans une phase de tourmente politique ait besoin d'un temps de réflexion pour examiner quelles mesures il lui faut envisager pour accomplir sa mission ». Dans le même arrêt, la Cour a déclaré qu'il convenait de laisser aux autorités internes « suffisamment de latitude pour apprécier les besoins de la société s'agissant de construire la confiance dans les nouvelles institutions démocratiques, notamment dans le Parlement national, et pour rechercher si la mesure litigieuse est toujours nécessaire à ces fins (...) »<sup>3</sup>. Les arrangements constitutionnels particuliers mis en place en Bosnie-Herzégovine peuvent-ils toujours être réputés nécessaires, et la situation actuelle peut-elle être considérée comme justifiée malgré le temps qui s'est écoulé depuis l'Accord de Dayton ? Appartient-il à la Cour européenne de dire que le moment est venu de changer le dispositif ? J'hésiterais à donner une réponse ferme et définitive à ces questions. « L'identité au travers de la citoyenneté » est un changement souhaitable, mais il se dégage de la jurisprudence de la Cour qu'une distinction ethnique doit être jugée non nécessaire et dès lors discriminatoire lorsque le même résultat (but légitime) pourrait être atteint au travers d'une mesure ne s'appuyant pas sur une différenciation raciale ou ethnique ou sur des critères autres que ceux basés sur la naissance<sup>4</sup>. Cela étant, quelle serait l'autre façon de maintenir l'équilibre ethnique et de construire la confiance dont on a tellement besoin en Bosnie-Herzégovine ? La Cour n'a pas répondu non plus à cette question. Elle s'est contentée de

1. Voir sur le site [http://www.ustavnisud.ba/eng/odluke/povuci\\_pdf.php?pid=67930](http://www.ustavnisud.ba/eng/odluke/povuci_pdf.php?pid=67930) l'opinion concordante du juge Feldmann jointe à la décision de la Cour constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine AP-2678/06-2006.

2. [GC], n° 58278/00, § 131, CEDH 2006-IV.

3. *Ibidem*, § 134.

4. *Inze c. Autriche*, 28 octobre 1987, § 44, série A n° 126.

conclure que « le maintien de l'impossibilité faite au requérant de se porter candidat aux élections à la Chambre des peuples de Bosnie-Herzégovine ne repose pas sur une justification objective et raisonnable et est donc contraire à l'article 14 combiné avec l'article 3 du Protocole n° 1 » (paragraphe 50 de l'arrêt).

Ainsi, le critère de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé n'a pas du tout été appliqué en l'espèce. J'y vois une occasion manquée de fournir des arguments plus décisifs et convaincants ou à tout le moins un élément de comparaison avec les autres Etats membres du Conseil de l'Europe. Le droit de la plupart sinon de tous les Etats membres du Conseil de l'Europe prévoit certaines distinctions fondées sur la nationalité relativement à certains droits, et la jurisprudence de la Cour reconnaît aux autorités nationales une certaine marge d'appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure des différences justifient un traitement juridique différencié<sup>1</sup>. De surcroît, il ressort de la jurisprudence de la Cour que la marge d'appréciation varie « selon les circonstances<sup>2</sup> ». La Cour a par ailleurs déclaré qu'« [i]l existe de nombreuses manières d'organiser et de faire fonctionner les systèmes électoraux et une multitude de différences au sein de l'Europe notamment dans l'évolution historique, la diversité culturelle et la pensée politique, qu'il incombe à chaque Etat contractant d'incorporer dans sa propre vision de la démocratie<sup>3</sup> ». Sur le plan jurisprudentiel, il aurait été très intéressant de voir jusqu'où serait allée en l'occurrence la marge d'appréciation accordée par la Cour aux Etats en la matière.

## VI. Frais et dépens

Enfin, je suis en désaccord avec la décision de la majorité d'accorder 20 000 euros (EUR) au second requérant et seulement 1 000 EUR au premier requérant pour frais et dépens. La Cour justifie cet écart en indiquant que l'équipe de juristes qui représentait le second requérant comportait trois avocats et/ou experts internationaux et que ceux-ci ont dû se réunir à New-York et Sarajevo, tandis que le premier requérant aurait été représenté *pro bono* et n'aurait réclamé que 1 000 EUR pour la comparution de son avocat à l'audience devant la Cour<sup>4</sup>. Considérant que les observations déposées par les deux requérants étaient d'une qualité comparable, j'ai tout simplement trouvé injuste d'accorder à l'un et à l'autre des montants radicalement différents.

1. *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique*, 2 mars 1987, série A n° 113, et *Yumak et Sadak c. Turquie* [GC], n° 10226/03, CEDH 2008.

2. *Rasmussen c. Danemark*, 28 novembre 1984, § 40, série A n° 87.

3. *Hirst c. Royaume-Uni (n° 2)* [GC], n° 74025/01, § 61, CEDH 2005-IX.

4. Paragraphe 64 de l'arrêt.

## OPINION DISSIDENTE DU JUGE BONELLO

*(Traduction)*

En principe et dans l'abstrait, je ne puis que partager le raisonnement de la majorité quant à l'importance d'assurer sans discrimination la jouissance des droits électoraux. Non sans d'importantes réserves, j'ai voté en faveur de la recevabilité des deux requêtes. Mais j'ai également voté, avec moins d'hésitations, contre le constat d'une violation de la Convention. Ces deux affaires peuvent apparaître comme les plus simples que la Cour ait jamais eues à traiter, mais en même temps elles sont peut-être parmi les plus insidieuses. Rien de plus évident que de juger condamnables les dispositions qui, dans un système constitutionnel, empêchent les Roms et les Juifs de se porter candidats à des élections. Si l'on s'en tient à cela, on a une affaire de violation manifeste qui ne vaut guère la peine que l'on perde du temps à l'instruire.

Derrière cette invitation à s'occuper d'affaires plus stimulantes se cachent toutefois des questions qui m'ont profondément perturbé et au sujet desquelles, je le confesse, je n'ai entendu aucune réponse satisfaisante de la part de la Cour. Certes, des réponses persuasives peuvent être trouvées si l'on congédie l'histoire. Il me semble que c'est exactement ce qu'a fait le présent arrêt : il a séparé la Bosnie-Herzégovine des réalités de son propre passé récent.

Après les événements extraordinairement violents de 1992, où l'on a assisté à d'horribles bains de sang, à des massacres ethniques et à une vendetta sans frontières, la communauté internationale est intervenue : d'abord dans le but de faire accepter une trêve par les Bosniaques, les Serbes et les Croates, puis dans celui de mettre en place un règlement plus permanent : l'Accord de Dayton de 1995. Ces derniers sont venus au jour difficilement, après des négociations compliquées et opiniâtres qui visaient à la création d'organes institutionnels basés presque exclusivement sur des systèmes de freins et de contrepoids entre les trois ethnies belligérantes. C'est finalement un équilibre des plus précaires, construit sur une symétrie tripartite fragile née de la méfiance et nourrie du soupçon, qui fut laborieusement atteint.

Ce n'est que le fonctionnement de cette construction en filigrane qui permit l'extinction de cet enfer qu'avait été la Bosnie-Herzégovine. L'architecture n'en est peut-être pas parfaite, mais c'est la seule qui réussit à amener les belligérants à substituer le dialogue à la dynamite. Elle est basée sur une répartition des pouvoirs qui fut figlée jusque dans les derniers détails quant à la manière dont les trois ethnies étaient censées participer à l'exercice du pouvoir dans les divers organes représentatifs de l'Etat.

C'est à l'aide d'une balance d'apothicaire que l'Accord de Dayton dosa les proportions ethniques exactes de la recette de paix.

Et voilà maintenant que la Cour prend sur elle de bouleverser tout l'édifice. Strasbourg dit aux anciens belligérants comme aux bonnes âmes qui ont conçu le plan de paix qu'ils ont eu tout faux. Qu'ils feraient mieux de reprendre tout à zéro. Que la formule de Dayton était inepte et que c'est désormais la non-formule de Strasbourg qui prend sa place. Retour à la planche à dessin.

Les questions que je me pose sont étroitement liées à la fois à la recevabilité et au fond des deux requêtes. D'abord, est-il bien du ressort de la Cour de s'inviter elle-même dans des exercices multilatéraux de maintien de la paix et dans des traités déjà signés, ratifiés et exécutés ? Je serais le premier à demander que la Cour ne se montre pas trop petite pour ses idéaux, mais je serais aussi le dernier à souhaiter qu'elle apparaisse trop grande pour son costume.

Se pose alors une seconde question : la Cour a des pouvoirs quasi illimités lorsqu'il s'agit d'octroyer réparation dans des cas de violation établie de droits de l'homme garantis par la Convention, et il est certainement normal qu'il en soit ainsi. Mais ces pouvoirs quasi illimités vont-ils jusqu'à permettre de défaire un traité international, *a fortiori* lorsque ce traité a été conçu par des Etats et des organes internationaux *dont certains ne sont ni signataires de la Convention ni défenseurs devant la Cour* ? Plus particulièrement, la Cour a-t-elle compétence pour renverser au travers de l'octroi d'une satisfaction équitable l'action souveraine de l'Union européenne et des Etats-Unis d'Amérique, qui se partagent la paternité de l'Accord de Dayton, dont la Constitution de la Bosnie-Herzégovine mise en cause devant la Cour ne constitue qu'une annexe ? Je n'ai pas de réponses toutes prêtes à ces questions, mais je les trouve suffisamment pertinentes pour estimer que la Cour aurait dû les traiter au préalable et de manière approfondie. Elle ne l'a pas fait.

Je le répète, nul ne peut se dire en désaccord avec la formule – presque une platitude – du préambule de la Convention selon laquelle les droits de l'homme « constituent les assises mêmes de la paix dans le monde ». Cela n'est pas douteux. Mais *quid* des situations exceptionnellement perverses où la mise en œuvre des droits de l'homme pourrait déclencher la guerre plutôt que favoriser la paix ? Les droits pour les deux requérants de se porter candidats aux élections sont-ils à ce point absolus et contraignants qu'ils peuvent annuler la paix, la sécurité et l'ordre public établis pour l'ensemble de la population, y compris eux-mêmes ? La Cour se rend-elle compte de ce que signifie la réouverture de tout le processus de Dayton aux fins d'alignement du système constitutionnel sur son arrêt ? Et a-t-elle bien

conscience de l'énormité des conséquences au cas où la nouvelle aube censée se lever grâce à elle viendrait à ne pas poindre ?

Toute la structure de la Convention est fondée sur une souveraineté primordiale des droits de l'homme mais, hormis pour les droits qui font partie du noyau dur (ce qui n'est certainement pas le cas du droit de se porter candidat à des élections), toujours sous réserve que leur exercice se fasse en conformité avec les droits d'autrui et avec la valeur prépondérante qu'est l'intérêt social. Je ne pense pas que l'on puisse considérer que la Convention exige que les requérants aient la faculté d'exercer leur droit de se porter candidats à des élections quoi qu'il advienne. Candidats aux élections, fût-ce au prix d'Armageddon ?

Je suis tout prêt à clamer combien inestimables sont les valeurs d'égalité et de non-discrimination, mais il me paraît que la paix et la réconciliation nationales sont à placer au moins sur le même pied. Or la Cour a canonisé les premières et bradé les secondes. Avec tout le respect que j'ai pour elle, son arrêt me semble être un exercice de style totalement déconnecté de la réalité et ne tenant pas compte des flots de sang qui ont fertilisé la Constitution de Dayton. La Cour a préféré embrasser son propre état de déni aseptisé plutôt que de s'ouvrir à ce monde moins lisse qui existe à l'extérieur. Peut-être cela explique-t-il pourquoi, dans l'exposé des faits, l'arrêt ne rappelle même pas de manière sommaire les tragédies qui ont précédé Dayton et qui n'ont pris fin que grâce à Dayton. La Cour, délibérément ou non, a écarté de sa vision non pas l'écorce mais le cœur de l'histoire des Balkans. Elle s'est sentie obligée de désavouer la Constitution de Dayton, mais elle n'a pas éprouvé la nécessité de la remplacer par quelque chose d'aussi propice à la paix.

Une autre conclusion de la Cour me paraît critiquable: celle qui affirme que la situation en Bosnie-Herzégovine est aujourd'hui différente et que le délicat équilibre tripartite qui s'imposait antérieurement n'est plus indispensable. Cela est bien possible et je ne puis que l'espérer. Mais, d'après moi, une institution judiciaire aussi éloignée du foyer de dissension ne peut guère être la mieux placée pour en juger. Dans le cas d'événements révolutionnaires traumatisants, il n'appartient pas à la Cour d'établir au travers d'un processus de divination quand la période transitoire peut être jugée avoir pris fin et quand un état d'urgence nationale doit être réputé appartenir au passé au motif que les choses se sont normalisées. Je doute que la Cour soit mieux placée que les autorités nationales pour déterminer à partir de quel moment on peut dire que les anciennes fractures se sont consolidées, que les ressentiments historiques se sont apaisés et que les discordes générationnelles se sont harmonisées. Je pense que des prétentions de ce type, qui semblent procéder d'un angélisme aveugle, ne tiennent pas suffisamment compte, voire font totalement abstraction, des ressources

inépuisables de la rancœur. La Cour a tort de se montrer hermétique aux histoires où la haine valide la culture.

La Cour ordonne à l'Etat défendeur de passer l'Accord de Dayton à la moulinette et de se mettre à la recherche d'autre chose. J'estime pour ma part qu'un Etat quel qu'il soit ne doit jamais être placé devant une obligation juridique ou un devoir moral de saboter le système même auquel il doit son existence démocratique. Dans des situations de ce type, la retenue judiciaire apparaît plutôt comme une vertu que comme un vice.

La Cour a maintes fois admis que la jouissance de la plupart des droits fondamentaux – et notamment du droit de se porter candidat à des élections – est soumise à des tempéraments intrinsèques et à des restrictions extrinsèques. Elle peut être écornée pour des considérations objectives et raisonnables. L'exercice des droits fondamentaux peut subir des limitations aux fins de la sécurité et de l'ordre public, pourvu qu'elles soient conformes à l'intérêt général de la communauté. Il peut être contraint de reculer face à des réalités historiques exceptionnelles, telles que le terrorisme et le crime organisé, ou en raison de l'existence d'une situation d'urgence au plan national.

Au fil des ans, Strasbourg a approuvé sans effort particulier des restrictions aux droits électoraux (celui de voter comme celui de se porter candidat à des élections) fondées sur un éventail extrêmement large de justifications: de la non-maîtrise d'une langue par le candidat<sup>1</sup> à son incarcération<sup>2</sup> ou à l'existence d'une condamnation antérieurement prononcée contre lui pour une infraction grave<sup>3</sup>; du non-accomplissement de « quatre années de résidence continue »<sup>4</sup> au non-respect de conditions de nationalité et de citoyenneté<sup>5</sup>; de l'appartenance au Parlement d'un autre Etat<sup>6</sup> à la possession d'une double nationalité<sup>7</sup>; de la non-satisfaction d'une condition d'âge (vingt-cinq ans minimum) pour une candidature à la Chambre des Représentants<sup>8</sup> à la non-satisfaction d'une autre condition d'âge (quarante ans minimum) pour une candidature au Sénat<sup>9</sup>; de la constitution d'une

1. *Clerfayt et autres c. Belgique*, n° 27120/95, décision de la Commission du 8 septembre 1997, Décisions et rapports (DR) 90, p. 35.

2. *Hollande c. Irlande*, n° 24827/94, décision de la Commission du 14 avril 1998, DR 93-B, p. 15.

3. *H. c. Pays-Bas*, n° 9914/82, décision de la Commission du 4 juillet 1983, DR 33, p. 242.

4. *Polacco et Garofalo c. Italie*, n° 23450/94, décision de la Commission du 15 septembre 1997, DR 90-B, p. 5.

5. *Luksch c. Italie*, n° 27614/95, décision de la Commission du 21 mai 1997, DR 89-A, p. 76.

6. *M. c. Royaume-Uni*, n° 10316/83, décision de la Commission du 7 mars 1984, DR 37, p. 129.

7. *Gantchev c. Bulgarie*, n° 28858/95, décision de la Commission du 25 novembre 1966, DR 87-B, p. 130.

8. *W, X, Y et Z c. Belgique*, nos 6745/74 et 6746/74, décision de la Commission du 30 mai 1975, Annuaire 18, p. 237.

9. *Ibidem*.

menace pour la stabilité de l'ordre démocratique<sup>1</sup> au refus de prêter serment dans une langue déterminée<sup>2</sup>; de la situation d'agent public<sup>3</sup> à celle de fonctionnaire local<sup>4</sup>; du non-respect d'une condition en vertu de laquelle la candidature d'une personne n'ayant pu recueillir le nombre requis de signatures de soutien ne pouvait être admise<sup>5</sup> au refus de prêter un serment d'allégeance au monarque<sup>6</sup>.

Toutes ces circonstances ont été jugées par Strasbourg suffisamment impérieuses pour justifier le retrait du droit de vote ou du droit de se porter candidat à des élections. A l'inverse, un danger manifeste et actuel de déstabilisation de l'équilibre national ne l'a pas été. La Cour a estimé que le souci d'éviter le risque d'une guerre civile et de nouveaux carnages et celui de maintenir la cohésion territoriale de l'Etat ne revêtaient pas une valeur sociale suffisante pour justifier une certaine limitation des droits des deux requérants.

Je ne me reconnais pas dans cette analyse. Je ne puis adhérer à une Cour qui sème des idéaux et récolte des massacres.

1. *Ždanoka c. Lettonie* [GC], n° 58278/00, CEDH 2006-IV.

2. *Fryske Nasjonale Partij et autres c. Pays-Bas*, n° 11100/84, décision de la Commission du 12 décembre 1985, DR 45, p. 240.

3. *Gítonas et autres c. Grèce*, 1<sup>er</sup> juillet 1997, § 40, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-IV.

4. *Ahmed et autres c. Royaume-Uni*, 2 septembre 1998, § 75, *Recueil* 1998-VI.

5. *Asensio Serqueda c. Espagne*, n° 23151/94, DR 77-A, p. 122.

6. *McGuiness c. Royaume-Uni* (déc.), n° 39511/98, CEDH 1999-V.