

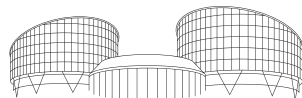
EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME



REPORTS
OF JUDGMENTS AND DECISIONS

RECUEIL
DES ARRÊTS ET DÉCISIONS

2010-II



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 2010-II**

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)
Imprimé sur demande par CPI Wöhrmann Print Service (Zutphen, Pays-Bas)
sur papier FSC (www.fsc.org)

ISBN: 978-94-6240-115-0

© 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 Bureau¹ of the Court following a proposal by the Jurisconsult².

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).

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 Bureau¹ à la suite de la proposition du jurisconsulte².

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^{er} novembre 1998 sont cités de la manière suivante : nom de l'affaire (en italique), numéro de la requête, numéro du paragraphe (pour les arrêts), sigle de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), année et (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).

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>Grosaru c. Roumanie</i> , n° 78039/01, arrêt du 2 mars 2010	1
<i>Grosaru v. Romania</i> , no. 78039/01, judgment of 2 March 2010	31
<i>Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom</i> , no. 61498/08, judgment of 2 March 2010	61
<i>Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni</i> , n° 61498/08, arrêt du 2 mars 2010.....	151
<i>Oršuš and Others v. Croatia</i> [GC], no. 15766/03, judgment of 16 March 2010	247
<i>Oršuš et autres c. Croatie</i> [GC], n° 15766/03, arrêt du 16 mars 2010	325
<i>Carson and Others v. the United Kingdom</i> [GC], no. 42184/05, judgment of 16 March 2010	407
<i>Carson et autres c. Royaume-Uni</i> [GC], n° 42184/05, arrêt du 16 mars 2010.....	445

Subject matter/Objet des affaires

Article 3

Transfer of detainees to Iraqi authorities despite risk of capital punishment

Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom, p. 61

Détenus remis aux autorités irakiennes malgré le risque qu'ils soient soumis à la peine capitale

Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni, p. 151

Article 6

Alleged risk of unfair trial before Iraqi High Tribunal

Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom, p. 61

Risque allégué de procès inéquitable devant le Tribunal spécial irakien

Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni, p. 151

Articles 13 and/et 34

Transfer of detainees to Iraqi authorities in contravention of interim measure

Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom, p. 61

Détenus remis aux autorités irakiennes au mépris d'une mesure provisoire

Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni, p. 151

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 of index-linking for pensioners resident in overseas countries which had no reciprocal arrangements with the United Kingdom

Carson and Others v. the United Kingdom [GC], p. 407

Refus de revaloriser les pensions de retraités résidant dans des pays étrangers n'ayant pas conclu d'accord de réciprocité avec le Royaume-Uni

Carson et autres c. Royaume-Uni [GC], p. 445

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

Placement of Roma children in Roma-only classes owing to their allegedly

poor command of the Croatian language

Oršuš and Others v. Croatia [GC], p. 247

Placement d'enfants roms dans des classes réservées sous le prétexte de leur maîtrise insuffisante de la langue croate

Oršuš et autres c. Croatie [GC], p. 325

Article 3 of Protocol No. 1/Article 3 du Protocole n° 1

Post-electoral dispute concerning parliamentary representation of a national minority

Grosaru v. Romania, p. 31

Contentieux postélectoral relatif à la représentation parlementaire d'une minorité nationale

Grosaru c. Roumanie, p. 1

GROSARU c. ROUMANIE
(Requête n° 78039/01)

TROISIÈME SECTION

ARRÊT DU 2 MARS 2010¹

1. Texte français original.

SOMMAIRE¹**Contentieux postélectoral relatif à la représentation parlementaire d'une minorité nationale****Article 3 du Protocole n° 1**

Fait de se porter candidat aux élections – Contentieux postélectoral relatif à la représentation parlementaire d'une minorité nationale – Manque de clarté de la loi électorale – Absence de garanties suffisantes d'impartialité des organes chargés d'examiner les contestations électorales – Contrôle judiciaire insuffisant de l'application des règles électorales

*

* *

Aux élections législatives de 2000, le requérant était candidat au mandat de député parlementaire pour l'une des organisations représentant la minorité italienne de Roumanie au siège revenant à cette minorité. Après le décompte des voix, cette organisation obtint le mandat. Parmi tous les candidats, le requérant était celui qui avait obtenu le plus de voix au niveau national. Cependant, le siège de député fut attribué à une autre candidate de l'organisation, l'intéressée étant arrivée en tête des suffrages dans l'une des circonscriptions. Le requérant contesta cette décision devant le bureau électoral central et les juridictions internes, sans succès.

Article 3 du Protocole n° 1 : en vertu de la loi électorale, le bureau électoral central doit déterminer les nom et prénom du premier candidat inscrit sur la liste de l'organisation qui a réuni le plus grand nombre de suffrages. La loi ne précise pas s'il s'agit du plus grand nombre de voix au niveau national ou au niveau d'une circonscription électorale. En l'espèce, le bureau électoral central a interprété la loi en optant pour une méthode basée sur la représentativité territoriale et non sur la représentativité nationale. Pour déterminer si le manque de clarté des règles électorales pouvait donner lieu à une interprétation extensive et, dès lors, arbitraire, il est nécessaire de tenir compte de plusieurs éléments. Le bureau électoral central n'a pas précisé s'il s'agissait d'une première interprétation de cette disposition ou si une pratique constante existait en la matière. Il n'a pas non plus expliqué pourquoi le critère de la représentativité territoriale s'appliquait aux minorités nationales alors que celles-ci bénéficiaient, pour d'autres aspects ayant trait aux élections, de dispositions particulières liées au critère de la représentativité nationale. Le

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

Gouvernement n'a pas davantage fourni d'informations sur l'interprétation de la disposition en question. Ainsi, les dispositions pertinentes ne répondaient pas à l'époque des faits aux exigences de précision posées dans la jurisprudence de la Cour. Par ailleurs, le bureau électoral central et la commission de validation de la Chambre des députés ont examiné la contestation du requérant, puis l'ont rejetée pour défaut de fondement. Les règles de composition de ces organes, qui sont constitués d'un grand nombre de membres représentant des partis politiques, ne paraissent pas de nature à fournir un gage suffisant d'impartialité. En outre, aucun tribunal national – notamment, ni la Cour suprême de justice ni la Cour constitutionnelle – ne s'est prononcé sur l'interprétation de la disposition légale en question. Or il était important que les allégations du requérant soient examinées dans le cadre d'une procédure judiciaire. Dans ces conditions, le manque de clarté de la loi électorale relativement à la représentation des minorités nationales et l'absence de garanties suffisantes quant à l'impartialité des organes chargés d'examiner les contestations en la matière ont porté atteinte à la substance même des droits garantis par l'article 3 du Protocole n° 1.

Conclusion : violation (unanimité).

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

Jurisprudence citée par la Cour

Artico c. Italie, 13 mai 1980, série A n° 37

Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique, 2 mars 1987, série A n° 113

I.Z. c. Grèce, n° 18997/91, décision de la Commission du 28 février 1994, Décisions et rapports 76-B

Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie, 30 janvier 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-I

Matthews c. Royaume-Uni [GC], n° 24833/94, CEDH 1999-I

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

Babenko c. Ukraine (déc.), n° 43476/98, 4 mai 1999

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

Podkolzina c. Lettonie, n° 46726/99, CEDH 2002-II

Hirst c. Royaume-Uni (n° 2) [GC], n° 74025/01, CEDH 2005-IX

Ždanoka c. Lettonie [GC], n° 58278/00, CEDH 2006-IV

Lykourazos c. Grèce, n° 33554/03, CEDH 2006-VIII

Kovatch c. Ukraine, n° 39424/02, CEDH 2008

Paschalidis, Koutmeridis et Zaharakis c. Grèce, n°s 27863/05, 28422/05 et 28028/05, 10 avril 2008

Yumak et Sadak c. Turquie [GC], n° 10226/03, CEDH 2008

En l'affaire Grosaru c. Roumanie,

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

Josep Casadevall, *président*,
Elisabet Fura,
Corneliu Birsan,
Alvina Gyulumyan,
Egbert Myjer,
Ineta Ziemele,
Ann Power, *juges*,

et de Santiago Quesada, *greffier de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 2 février 2010

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

PROCÉDURE

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 78039/01) dirigée contre la Roumanie et dont un ressortissant de cet Etat, M. Mircea Grosaru (« le requérant »), a saisi la Cour le 30 avril 2001 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »).

2. Le gouvernement roumain (« le Gouvernement ») est représenté par son agent, M. R.-H. Radu, du ministère des Affaires extérieures.

3. Le requérant, s'étant vu refuser l'attribution d'un mandat de député au nom de la minorité italienne de Roumanie, s'estimait victime d'une violation de ses droits garantis par les articles 13 de la Convention et 3 du Protocole n° 1.

4. Par une décision du 25 novembre 2008, la chambre a déclaré la requête partiellement recevable.

5. Le Gouvernement, mais non le requérant, a déposé des observations écrites complémentaires (article 59 § 1 du règlement).

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

6. Le requérant est né en 1952 et réside à Bucarest.

7. Membre de l'Association des Italiens de Roumanie, il se porta candidat aux élections législatives du 26 novembre 2000 au nom de la Communauté italienne de Roumanie, l'une des organisations représentant la minorité

italienne de Roumanie. Ladite organisation déposa la liste uninominale du requérant dans 19 des 42 circonscriptions du pays.

8. Après le décompte des voix, le bureau électoral central décida, en vertu de l'article 4 de la loi n° 68/1992 sur l'élection à la Chambre des députés et au Sénat (« la loi n° 68/1992 »), d'attribuer le mandat de député revenant à la minorité italienne à la Communauté italienne de Roumanie, celle-ci ayant obtenu 21 263 voix au niveau national.

9. Bien que le requérant eût obtenu au niveau national 5 624 voix sur un total de 21 263 suffrages, le bureau électoral central attribua le mandat de député à un autre membre de la Communauté italienne de Roumanie, M^{me} Ileana Stana Ionescu, qui s'était présentée sur une autre liste uninominale et n'avait obtenu que 2 943 voix, mais dans une seule et même circonscription.

10. Le 1^{er} décembre 2000, le requérant contesta devant le bureau électoral central la décision d'attribution du mandat de député. Le 2 décembre 2000, le bureau rejeta sa contestation à la majorité des voix. Cette décision fut signée par six juges et six représentants des partis politiques.

11. En ses parties pertinentes, elle est libellée en ces termes :

« En vertu de l'article 4 § 2 de la loi n° 68/1992 telle que modifiée et complétée, les organisations de citoyens appartenant à des minorités nationales qui participent aux élections sont assimilées juridiquement aux partis politiques en ce qui concerne les opérations électorales.

S'agissant de la minorité italienne, la centralisation des voix et la répartition des mandats ont été effectuées conformément à l'article 66 de la loi, en retenant l'organisation qui a obtenu le plus grand nombre de voix ainsi que l'ordre des candidats sur la liste gagnante de cette organisation, le critère de la candidature individuelle n'étant pas prévu par la loi.

Il convient de préciser que l'ordonnance d'urgence n° 165 du gouvernement en date du 15 *[sic]* octobre 2000, qui donne le droit aux minorités nationales de déposer la même liste de candidats à la Chambre des députés dans plusieurs circonscriptions électorales, ne méconnaît pas le principe des mandats répartis par circonscriptions électorales, le fondement de cette réglementation étant de déterminer, en l'occurrence, l'organisation de la minorité ethnique qui dispose du plus grand nombre de voix, et non de contrevenir au principe de la représentativité territoriale dans le cadre des élections. »

12. Dans une opinion dissidente, la représentante d'un parti politique estima que l'article 68 § 1 g) de la loi n° 68/1992 devait être interprété en ce sens que dans le cas d'une minorité ethnique donnée, le mandat de député devait être attribué au premier candidat sur la liste gagnante au niveau national de l'organisation ayant obtenu, toujours à l'échelon national, le plus grand nombre de voix.

13. Le 2 décembre 2000, le requérant introduisit un recours devant le bureau électoral central contre la décision rendue par celui-ci le même jour. Le 3 décembre 2000, le bureau, siégeant en une formation composée de six juges et douze représentants des partis politiques, rejeta le recours comme irrecevable, au motif que ses décisions étaient définitives.

14. Le 4 décembre 2000, le requérant porta l'affaire devant la Cour constitutionnelle. Par une lettre du 11 décembre 2000 dans laquelle elle renvoyait à l'article 21 de la Constitution consacrant le libre accès à la justice, la Cour informa le requérant qu'elle n'était pas compétente en matière de contentieux électoral.

15. Le 4 décembre 2000, le requérant saisit la Cour suprême de justice. Par une décision du 13 décembre 2000, celle-ci déclara ce recours irrecevable, au motif que les décisions du bureau électoral central étaient définitives.

16. Le 8 décembre 2000, le requérant réitéra sans succès sa contestation dans un mémoire adressé à la commission de validation de la Chambre des députés. Il ressort de la transcription de la séance du 15 décembre 2000 de la Chambre des députés publiée sur le portail Internet de cette institution que la contestation du requérant fut rejetée pour les mêmes motifs que ceux qui avaient été avancés par le bureau électoral central.

17. Lors des élections législatives de 2004 et de 2008, le requérant fut élu député au nom de la minorité italienne de Roumanie.

II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES ET INTERNATIONAUX PERTINENTS

A. Le droit interne

1. *La Constitution roumaine (en vigueur à l'époque des faits)*

L'élection des Chambres

Article 59

« 1) La Chambre des députés et le Sénat sont élus au suffrage universel, égal, direct, secret et librement exprimé, conformément à la loi électorale.

2) Les organisations de citoyens appartenant aux minorités nationales qui ne réunissent pas aux élections le nombre de voix nécessaire pour être représentées au Parlement ont droit chacune à un siège de député, dans les conditions fixées par la loi électorale. Les citoyens d'une minorité nationale ne peuvent être représentés que par une seule organisation.

(...)»

2. La loi n° 68/1992 du 15 juillet 1992 sur l'élection à la Chambre des députés et au Sénat

18. Les articles pertinents de cette loi, en vigueur à l'époque des faits, sont libellés comme suit :

Article 4

« 1. Conformément à l'art. 59 § 2 de la Constitution, les organisations légalement constituées de citoyens appartenant à une même minorité nationale qui n'ont pas obtenu au moins un siège de député ou de sénateur ont droit, conjointement, à un siège de député, si elles ont obtenu au moins 5 % du nombre moyen de suffrages valablement exprimés à l'échelon national pour l'élection d'un député.

2. Les organisations de citoyens appartenant à des minorités nationales qui participent aux élections sont assimilées juridiquement aux partis politiques en ce qui concerne les opérations électorales.

3. Bénéficient également des dispositions du paragraphe 1 les organisations de citoyens appartenant à des minorités nationales qui ont participé aux élections sur la liste commune des organisations en question ; dans ce cas, si aucun des candidats inscrits sur la liste commune n'a été élu, un siège de député est attribué à toutes les organisations qui ont proposé la liste, dans le respect des dispositions du paragraphe 1.

4. Les dispositions du paragraphe 3 ne s'appliquent pas aux organisations de citoyens appartenant à des minorités nationales qui ont participé aux élections sur une liste commune avec un parti politique ou une autre formation politique ou qui y ont participé tant sur les listes communes visées au paragraphe 3 que sur leurs propres listes.

5. Le siège de député accordé conformément aux paragraphes 1 et 3 est attribué en sus du nombre total de députés (...) »

Article 24

« 1. Le bureau électoral central est composé de sept juges de la Cour suprême de justice et de seize représentants des partis, formations politiques et coalitions qui participent aux élections.

2. Dans les cinq jours suivant la fixation de la date des élections, le président de la Cour suprême de justice procède à la désignation des sept juges parmi l'ensemble des juges en exercice de la Cour, en séance publique et par tirage au sort. Le résultat du tirage au sort est consigné dans un procès-verbal signé par le président de la Cour suprême de justice, qui vaut acte de confirmation. Le président de la Cour suprême de justice rend publique la date de la séance par voie de presse, au moins quarante-huit heures à l'avance.

3. Dans les vingt-quatre heures qui suivent leur confirmation, les juges désignés choisissent parmi eux, à bulletin secret, le président du bureau électoral central. Le bureau ainsi constitué, qui est ensuite complété par les représentants des partis,

formations politiques et coalitions, remplit toutes les fonctions qui lui incombent en vertu de la présente loi.

4. Dans les deux jours qui suivent l'expiration du délai de dépôt des candidatures, les partis, formations politiques et coalitions qui participent aux élections communiquent par écrit au bureau électoral central le nombre de listes présentées dans chaque circonscription électorale, ainsi que les noms et prénoms des candidats. Les communications déposées après ce délai ne sont plus prises en considération.

5. La désignation des représentants des partis, formations politiques ou coalitions au bureau électoral central est effectuée dans l'ordre décroissant du nombre de listes communiquées par chaque parti, formation politique ou coalition au sens du paragraphe 4 par rapport au nombre total de circonscriptions électorales que compte le pays. Un parti, une formation politique ou une coalition ne peut avoir plus de cinq représentants.

6. Les personnes ayant la qualité de représentants d'un parti, d'une formation ou d'une coalition au bureau électoral central sont choisies dans l'ordre mentionné dans la communication visée au paragraphe 4.

7. Si plusieurs partis, formations politiques ou coalitions ont déposé le même nombre de listes, la désignation de leurs représentants est effectuée par le président du bureau électoral central, par tirage au sort, en présence des personnes déléguées par les partis, formations ou coalitions concernés.

(...)»

Article 25

« 1. Le bureau électoral central exerce les attributions suivantes :

a) veiller à la mise à jour des listes électorales, à l'application à l'échelon national des dispositions légales concernant les élections, ainsi qu'à l'interprétation uniforme de celles-ci ;

b) résoudre les contestations relatives à ses activités ou aux opérations des bureaux électoraux de circonscription ;

c) recevoir des bureaux électoraux de circonscription les procès-verbaux mentionnant le nombre de suffrages valablement exprimés pour chaque liste de candidats et constater quels partis, formations politiques ou coalitions n'ont pas obtenu 3 % au moins des suffrages valablement exprimés à l'échelon national ; communiquer aux bureaux électoraux de circonscription et rendre publics, dans les vingt-quatre heures qui suivent, les noms des partis, formations politiques ou coalitions concernés ;

d) vérifier et enregistrer le résultat des élections, additionner, à l'échelon national, les suffrages non utilisés pour chaque parti, formation politique ou coalition qui remplissent la condition prévue à la lettre c) ci-dessus et procéder à la répartition centralisée des sièges par circonscription électorale ;

e) confirmer l'attribution d'un siège de député à l'organisation de citoyens appartenant à une minorité nationale qui a satisfait aux conditions prévues à l'article 4, et délivrer l'attestation correspondante au député ainsi désigné ;

f) annuler les élections organisées dans une circonscription électorale si le vote ou la validation des résultats ont fait l'objet d'une fraude de nature à modifier les modalités d'attribution des sièges, et décider de l'organisation d'un nouveau scrutin ;

g) exercer toutes autres attributions qui lui incombent conformément à la présente loi.

(...)

4. Les décisions du bureau électoral central sont prononcées en séance publique. »

Article 66

« 1. Aux fins de l'attribution des sièges aux candidats inscrits sur les listes, sont pris en considération uniquement les partis, formations politiques et coalitions qui ont réuni, à l'échelon national, au moins 3 % des suffrages valablement exprimés. L'attribution des sièges a lieu séparément pour la Chambre des députés et pour le Sénat.

2. Les sièges sont attribués après communication par le bureau électoral central des noms des partis, formations politiques ou coalitions ayant réuni au moins 3 % des suffrages valablement exprimés à l'échelon national. L'attribution des sièges a lieu séparément pour la Chambre des députés et pour le Sénat.

3. La répartition et l'attribution des sièges de députés et de sénateurs s'effectuent en deux étapes : au niveau de chaque circonscription électorale et au niveau national.

4. Au niveau de la circonscription électorale, le bureau électoral détermine, séparément pour la Chambre des députés et pour le Sénat, le coefficient électoral de la circonscription, en divisant le nombre total de suffrages valablement exprimés pour toutes les listes des partis, formations politiques et coalitions qui remplissent la condition prévue au paragraphe 1 et pour les candidats indépendants par le nombre de députés ou, selon le cas, de sénateurs à élire dans ladite circonscription ; sont attribués à chaque liste autant de mandats que le nombre de suffrages valablement exprimés pour cette liste contient de fois le coefficient électoral de la circonscription électorale. Le bureau électoral de circonscription procède à l'attribution des sièges dans l'ordre d'inscription des candidats sur la liste ; il est attribué un siège à chaque candidat indépendant ayant obtenu un nombre de voix valablement exprimées au moins égal au coefficient électoral pour les députés ou, selon le cas, les sénateurs. Le bureau électoral de circonscription communique au bureau électoral central, en vue de leur répartition centralisée, la liste des suffrages restants (non utilisés ou inférieurs au coefficient électoral) obtenus par les listes des partis, formations politiques et coalitions remplissant la condition prévue au paragraphe 1 et des sièges qu'il n'a pas attribués.

5. Pour chaque parti, formation politique ou coalition remplissant la condition prévue au premier paragraphe, le bureau électoral central additionne à l'échelon national, séparément pour la Chambre des députés et pour le Sénat, les suffrages non utilisés ou inférieurs au coefficient électoral de circonscription de toutes les circonscriptions

électorales. Le nombre de suffrages ainsi obtenu par chaque parti, formation politique ou coalition est divisé par 1, 2, 3, 4 etc. en procédant à autant d'opérations de division qu'il y a de sièges non attribués au niveau des circonscriptions électorales ; les quotients résultant de la division, quelle que soit la liste dont ils proviennent, sont classés par ordre décroissant à concurrence du nombre de sièges non attribués ; le quotient le plus bas constitue le coefficient électoral national pour les députés ou, selon le cas, pour les sénateurs. Chaque parti, formation politique ou coalition se voit attribuer autant de sièges de députés, ou de sénateurs, que le nombre total de suffrages valablement exprimés, non utilisés et inférieurs au coefficient électoral de circonscription qu'il ou elle a recueillis à l'échelon national contient de fois le coefficient électoral fixé au niveau national.

6. Le bureau électoral central détermine la répartition des sièges par circonscription électorale. (...)»

Article 68

« 1. Le bureau électoral central tranche les contestations pouvant survenir et dresse un procès-verbal distinct pour la Chambre des députés et pour le Sénat. Ce procès-verbal indique, à l'échelon national :

- a) le nombre total d'électeurs inscrits sur les listes électorales permanentes ;
- b) le nombre total de votants ;
- c) le nombre total de suffrages valablement exprimés ;
- d) le nombre total de suffrages nuls ;
- e) la manière dont les bureaux électoraux de circonscription ont appliqué les dispositions de l'article 66 § 4 ;
- f) la répartition des mandats au niveau national en vertu de l'article 66 § 5, et leur affectation aux circonscriptions électorales en vertu de l'article 66 § 6 ;
- g) les organisations de citoyens appartenant à des minorités nationales qui, malgré leur participation aux élections, n'ont obtenu aucun mandat de député ou de sénateur ; le total des suffrages valablement exprimés pour les listes de chacune de ces organisations et pour les organisations qui ont droit à un siège de député conformément à l'article 4 ; ainsi que les nom et prénom du premier candidat inscrit sur la liste de l'organisation ayant droit à un siège de député qui a réuni le plus grand nombre de suffrages. En cas d'égalité des suffrages obtenus par les listes de l'organisation, il est procédé à la désignation par tirage au sort.

(...)»

19. L'article 91 § 9 de la nouvelle loi n° 373 du 24 septembre 2004 sur les élections à la Chambre des députés et au Sénat précise que le mandat de député des minorités nationales est attribué à la circonscription électorale dans laquelle la liste de candidats déposée a obtenu le plus grand nombre de voix.

3. L'ordonnance d'urgence n° 165/2000 du 13 octobre 2000 portant modification de la loi n° 68/1992

20. Par cette ordonnance, le paragraphe suivant fut ajouté à l'article 5 de la loi n° 68/1992 précitée :

« 8. Par dérogation aux dispositions des paragraphes 3, 6 et 7, les organisations de citoyens appartenant à des minorités nationales peuvent déposer la même liste de candidats à la Chambre des députés dans plusieurs circonscriptions électorales. »

4. Le règlement de la Chambre des députés du 24 février 1994, republié le 14 mars 1996

21. Les articles pertinents de ce règlement dans sa version en vigueur à l'époque des faits étaient libellés comme suit :

Article 3

« Aux fins de la validation des mandats, la Chambre des députés élit, lors de sa première séance, une commission composée de 30 députés reflétant la configuration politique de la Chambre, telle qu'elle ressort de la constitution des groupes parlementaires. »

Article 6 § 5

« La commission de validation examine les contestations pendantes et celles qui ont été examinées en méconnaissance des dispositions procédurales. »

B. Les travaux de la Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise)

1. Le Code de bonne conduite en matière électorale

22. Le Code de bonne conduite en matière électorale a été adopté par la Commission de Venise lors de sa 51^e session plénière tenue les 5 et 6 juillet 2002, et soumis à l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe le 6 novembre 2002. En ses parties pertinentes, il est ainsi libellé :

3.3. L'existence d'un système de recours efficace

« Afin que les règles du droit électoral ne restent pas lettre morte, leur non-respect doit pouvoir être contesté devant un organe de recours. Cela vaut en particulier du résultat de l'élection, dont la contestation permet d'invoquer les irrégularités dans la procédure de vote ; cela vaut aussi d'actes pris avant l'élection, en particulier en ce qui concerne le droit de vote, les listes électorales et l'éligibilité, la validité des candidatures, le respect des règles de la campagne électorale et l'accès aux médias ou le financement des partis.

Deux solutions sont envisageables :

- Les recours sont traités par des tribunaux – ordinaires, spéciaux ou constitutionnels.

– Les instances compétentes sont des commissions électorales. Ce système présente de réels avantages du fait que ces commissions sont très spécialisées et, donc, plus au fait des questions électorales que les tribunaux. Il est néanmoins souhaitable, à titre de précaution, de mettre en place une forme de contrôle juridictionnel. Dès lors, le premier degré de recours sera la commission électorale supérieure, et le deuxième le tribunal compétent.

Le recours devant le Parlement, comme juge de sa propre élection, est parfois prévu, mais risque d'entraîner des décisions politiques. Il est admissible en première instance là où il est connu de longue date, mais un recours judiciaire doit alors être possible.

La procédure de recours devrait être la plus brève possible, en tout cas en ce qui concerne les décisions à prendre avant l'élection. Sur ce point, il faut éviter deux écueils: d'une part, que la procédure de recours retarde le processus électoral; d'autre part, que, faute d'effet suspensif, les décisions sur recours qui pouvaient être prises avant ne soient prises après les élections. En outre, les décisions relatives aux résultats de l'élection ne doivent pas tarder, surtout si le climat politique est tendu. Cela implique à la fois des délais de recours très courts et que l'instance de recours soit tenue de statuer aussitôt que possible. Les délais doivent cependant être assez longs pour permettre un recours, pour garantir l'exercice des droits de la défense et une décision réfléchie. Un délai de trois à cinq jours en première instance (aussi bien pour recourir que pour statuer) paraît raisonnable pour les décisions à prendre avant les élections. Il est toutefois admissible que les instances supérieures (Cours suprêmes, Cours constitutionnelles) se voient accorder un peu plus de temps pour statuer.

Par ailleurs, la procédure doit être simple. La mise à la disposition des électeurs désirant former un recours de formulaires spéciaux contribue à la simplification de la procédure. Il est nécessaire d'écarter tout formalisme, afin d'éviter des décisions d'irrecevabilité, notamment dans les affaires politiquement délicates.

En outre, il faut absolument que les dispositions en matière de recours, et notamment de compétence et de responsabilités des diverses instances, soient clairement réglées par la loi, afin d'éviter tout conflit de compétences positif ou négatif. Ni les requérants, ni les autorités ne doivent pouvoir choisir l'instance de recours. Le risque de déni de justice est en effet accru s'il est possible de recourir alternativement auprès des tribunaux et des commissions électorales ou en l'absence de délimitation claire des compétences entre plusieurs tribunaux – par exemple les tribunaux ordinaires et la Cour constitutionnelle.

(...)

Les litiges liés aux listes électorales, qui relèvent par exemple de la compétence de l'administration locale agissant sous contrôle des commissions électorales ou en collaboration avec elles, peuvent être traités par des tribunaux de première instance.

La qualité pour recourir doit être reconnue très largement. Le recours doit être ouvert à tout électeur de la circonscription et à tout candidat qui se présente dans celle-ci. Un quorum raisonnable peut toutefois être imposé pour les recours des électeurs relatifs aux résultats des élections.

La procédure doit avoir un caractère judiciaire, en ce sens que le droit des requérants au contradictoire doit être sauvegardé.

Les *pouvoirs* de l'instance de recours sont également importants. Il doit lui être possible d'annuler le scrutin si une irrégularité a pu influencer le résultat, c'est-à-dire modifier la répartition des sièges. Ce principe général doit être affiné, en ce sens que le contentieux de l'annulation ne doit pas forcément porter sur l'ensemble du territoire, voire l'ensemble de la circonscription; au contraire, l'annulation doit être possible par bureau de vote. Cela permettra à la fois d'éviter deux situations extrêmes: l'annulation de la totalité d'un scrutin alors que les irrégularités sont limitées géographiquement; le refus d'annuler le scrutin si l'étendue géographique des irrégularités est insuffisante. L'annulation du scrutin doit entraîner la répétition de l'élection sur le territoire où l'élection a été annulée.

Lorsque les commissions électorales supérieures sont instances de recours, elles doivent pouvoir rectifier ou annuler d'office les décisions des commissions électorales supérieures.»

2. Le Rapport sur le droit électoral et l'administration des élections en Europe

23. Le Rapport sur le droit électoral et l'administration des élections en Europe (« Etude de synthèse sur certains défis et problèmes récurrents ») a été adopté par le Conseil des élections démocratiques lors de sa 17^e réunion (Venise, 8-9 juin 2006) et par la Commission de Venise lors de sa 67^e session plénière (Venise, 9-10 juin 2006). En ses parties pertinentes, il est ainsi libellé:

XII. Recours en matière d'élections et responsabilité au titre des violations du droit électoral

« 167. Les procédures de dépôt de recours doivent être ouvertes au moins à tout électeur, candidat et parti. Un quorum raisonnable peut toutefois être imposé pour les recours des électeurs relatifs aux résultats des élections (CDL-AD(2002)023rev, paragraphe 99). Pour être conformes aux normes internationales, les procédures de recours doivent clairement conférer les droits suivants aux électeurs, aux candidats et aux partis politiques: droit de déposer un recours, droit de présenter des éléments de preuve à l'appui d'un recours, droit à un examen public et équitable d'un recours, droit à ce qu'un tribunal se prononce de façon transparente et impartiale sur un recours, droit à une solution effective et rapide ainsi que droit de s'adresser à un tribunal d'appel si le recours est rejeté (voir par exemple CDL-AD(2004)027, paragraphe 111). En pratique, cependant, ces droits ne sont pas toujours respectés. Il arrive que même des recours fondés ne puissent pas conduire à l'élimination de l'inégalité.

168. En raison de traditions juridiques et politiques différentes selon les pays, diverses procédures sont utilisées pour résoudre les litiges électoraux. Dans nombre

de démocraties bien établies d'Europe de l'Ouest (comme l'Allemagne, la France, l'Italie ou le Royaume-Uni), les recours en matière électorale sont entendus par les organes administratifs et judiciaires ordinaires dans le cadre de procédures spéciales. Par contre, dans la plupart des démocraties nouvelles ou émergentes d'Europe centrale et de l'Est (ainsi que dans d'autres régions du monde), des commissions électorales indépendantes et des tribunaux ordinaires se partagent la responsabilité d'examiner les recours en matière électorale. (...)»

3. Le Rapport sur le droit électoral et les minorités nationales

24. Le Rapport sur le droit électoral et les minorités nationales a été adopté par la Commission de Venise le 25 janvier 2000. Il concerne l'élément central de la vie publique, la participation aux organes élus de l'Etat, et tout particulièrement au Parlement national. Cette participation est examinée au travers du droit électoral, et des possibilités qu'il offre aux personnes appartenant à des minorités nationales d'être présentes dans les organes élus.

Les règles du droit électoral relatives à une représentation spéciale des minorités sont l'exception. Ainsi, parmi les Etats qui ont répondu au questionnaire de la Commission, trois seulement (Croatie, Roumanie, Slovénie) prévoyaient l'élection de députés destinés à représenter les minorités nationales. Selon le rapport, la Roumanie est le pays où le plus grand nombre de partis ou organisations de minorités – assimilées aux partis politiques en matière électorale – ont participé aux élections et ont des députés et des sénateurs au Parlement.

Sans forcément garantir la présence de personnes appartenant à des minorités nationales dans les organes élus, d'autres systèmes facilitent la représentation des organisations de minorités. En Pologne et en Allemagne, les règles en matière de quorum ne s'appliquent en effet pas à de telles organisations.

Le système belge est spécifique. L'ensemble des institutions est conçu de manière à établir un équilibre entre les divers groupes linguistiques (plutôt qu'entre des minorités proprement dites). En outre, dans certains territoires mixtes du point de vue linguistique, des aménagements ont été opérés afin que les électeurs des différentes communautés linguistiques soient représentés dans l'organe élu.

Le plus souvent toutefois, la représentation des minorités dans l'organe élu est au contraire assurée par l'application des règles générales du droit électoral, qui traitent de la même manière les personnes appartenant à des minorités nationales et les autres.

C. Les Recommandations de Lund sur la participation effective des minorités nationales à la vie publique

25. Les recommandations ont été adoptées à Lund (Suède) en septembre 1999 par un groupe d'experts internationaux sous l'égide du Haut Commissaire pour les minorités nationales de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE). En ses parties pertinentes, les recommandations sont ainsi libellées :

B. Elections

«7) L'expérience acquise, notamment en Europe, démontre l'importance du processus électoral pour faciliter la participation des minorités à la vie politique. Les Etats doivent garantir le droit de personnes appartenant à des minorités nationales de prendre part à la conduite des affaires publiques, notamment grâce au droit de voter ou de se porter candidat, sans discrimination.

8) Les règlements applicables à la formation et à l'activité de partis politiques doivent être conformes au principe de droit international concernant la liberté d'association. Ce principe inclut la liberté de créer des partis politiques basés sur des caractéristiques communautaires de même que des partis qui ne sont pas identifiés exclusivement avec les intérêts d'une communauté déterminée.

9) Le système électoral devrait faciliter la représentation et l'influence des minorités.

– Lorsque des minorités sont concentrées sur le plan territorial, les circonscriptions qui n'élisent qu'un seul député peuvent assurer une représentation suffisante de la minorité.

– Des systèmes de représentation proportionnelle, selon lesquels le nombre de voix qu'obtient un parti politique dans le scrutin national se reflète dans le nombre de sièges législatifs, peuvent contribuer à assurer la représentation des minorités.

– Certaines formes de vote préférentiel, selon lesquelles les électeurs classent les candidats dans un ordre de préférence, peuvent faciliter la représentation des minorités et promouvoir une coopération intercommunautaire.

– Un abaissement du seuil fixé pour être représenté au sein du corps législatif peut renforcer l'insertion des minorités nationales dans la gestion des affaires publiques.

10) Le découpage des circonscriptions électorales devrait permettre aux minorités nationales d'être représentées de manière équitable.»

Les recommandations de Lund sont développées dans les Lignes directrices visant à favoriser la participation des minorités nationales au processus électoral, publiées en janvier 2001, sous l'égide de l'OSCE.

D. Le droit comparé en matière de recours postélectoraux

26. Malgré la diversité de l'organisation et des caractéristiques de l'administration électorale compétente en matière de résultats et de

répartition des sièges (commissions électorales indépendantes, structures gouvernementales, bureaux électoraux temporaires, tribunaux), il ressort des éléments dont la Cour dispose sur la législation de bon nombre d'Etats membres du Conseil de l'Europe qu'il existe une certaine convergence quant à l'existence d'un système de recours postélectoral. Dans certains Etats, il est possible d'exercer un tel recours devant un organe qualifié de cour ou de tribunal, qu'il s'agisse du juge ordinaire, d'une cour électorale spéciale, ou d'un tribunal constitutionnel. Si certains pays prévoient jusqu'à deux degrés de recours devant des organes juridictionnels, d'autres n'envisagent qu'un seul recours de ce type, en première instance. Les trois pays qui n'envisagent aucun recours juridictionnel en dehors de la validation des pouvoirs par la chambre législative sont des pays d'Europe occidentale (Belgique, Italie, Luxembourg). L'existence de cette tendance à la juridictionnalisation du contentieux postélectoral s'inscrit dans le droit fil des normes européennes préconisées par la Commission de Venise, qui souligne qu'un recours juridictionnel devrait exister dans tous les cas, les seuls recours devant la commission de validation du Parlement ou devant une commission électorale n'offrant pas de garanties suffisantes.

1. L'administration électorale centrale en tant qu'organe de recours

27. Tel est le système adopté par la Roumanie et l'Albanie. Dans ce dernier pays, il est possible de contester les décisions relatives à la déclaration des résultats devant la commission électorale centrale elle-même. Cependant, les parties lésées peuvent ensuite recourir contre la décision de la commission devant un tribunal (le collège électoral de la Cour d'appel de Tirana).

2. La validation politique: les commissions parlementaires de validation

28. Si cette pratique est largement répandue, trois pays (Belgique, Italie, Luxembourg) présentent la particularité de ne pas prévoir d'autre recours postélectoral que la validation par le Parlement, les décisions des bureaux électoraux étant considérées comme définitives. Cela étant, ces trois pays jouissent d'une longue tradition démocratique qui tend à dissiper les doutes éventuels quant à la légitimité d'une telle pratique. La Commission de Venise se montre toutefois réservée de manière générale quant à l'effectivité de ce type de recours, l'impartialité de tels organes paraissant sujette à caution (paragraphe 22 ci-dessus).

29. On peut rappeler à cet égard l'exemple français: la Commission de validation (qui était alors seule à statuer sur les recours) ayant, en 1956, exclu vingt-cinq députés poujadistes du Parlement, le Conseil constitutionnel institué par la Constitution de 1958 a été chargé d'éviter

de tels écueils, et la pratique de la validation a purement et simplement disparu du paysage parlementaire français. On peut souligner par ailleurs qu'en 2005, la Suisse a instauré la possibilité d'un recours devant le Tribunal fédéral (alors qu'auparavant, seule la vérification des pouvoirs par le Conseil national tenait lieu de recours).

30. Pour autant, cette pratique reste implantée dans certains Etats. Par ailleurs, un système double persiste dans de nombreux pays, dont la Suisse. Le contrôle juridictionnel n'empêche pas de fait l'existence d'une validation par le Parlement, dans la mesure où les buts de l'un et de l'autre restent distincts : dans un cas, il s'agit d'un contrôle judiciaire visant à régler d'éventuels contentieux, dans l'autre, il s'agit d'un contrôle politique visant à valider les mandats. L'existence de ce type de validation repose sur une reconnaissance de la spécificité et de l'indépendance du pouvoir législatif par rapport tant au pouvoir exécutif qu'au pouvoir judiciaire.

3. Le recours juridictionnel

31. Un premier type de recours est celui que l'on porte devant le juge « ordinaire ». Les instances compétentes peuvent être des tribunaux administratifs et des cours d'appel, comme dans les pays suivants : Andorre, Azerbaïdjan, Bosnie-Herzégovine, Espagne (chambre contentieuse administrative de la Cour suprême), Géorgie (cour et cour d'appel de Tbilissi), Hongrie, Lettonie (département des affaires administratives du Sénat de la Cour suprême), Royaume-Uni (Election Court de la High Court et appel devant la Court of Appeal).

32. De nombreux pays confient la tâche de statuer sur le contentieux postélectoral au juge constitutionnel. Cependant, le contrôle que celui-ci opère n'est pas nécessairement le même d'un système à l'autre : ainsi, il peut se contenter de contrôler la constitutionnalité (Géorgie), ou vérifier et approuver les résultats transmis par la commission électorale (Azerbaïdjan).

33. Certains pays ont adopté ce type de recours, soit en première instance soit en dernier ressort : Andorre (deuxième degré de juridiction), Arménie (premier degré), Croatie (premier degré), Espagne (deuxième degré et protection des droits fondamentaux), Estonie (premier degré, devant la Cour suprême en tant que juge constitutionnel), France (premier degré), Géorgie (seulement si des questions de constitutionnalité se posent), Malte (premier degré), Suisse (deuxième degré devant le Tribunal fédéral).

34. Enfin, certains systèmes comprennent des juridictions qui ne connaissent que du contentieux électoral. Elles sont composées de juges venant en général d'autres juridictions et ont une durée de vie limitée (le temps des délais de recours après la publication des résultats), mais elles

jouissent d'une compétence exclusive en matière de contentieux électoral. Des organes spécifiques de ce type ont été institués dans les pays suivants : Albanie (collège électoral de la cour d'appel de Tirana), Grèce (Cour spéciale suprême, spécialisée dans certains types de contentieux, dont le contentieux électoral), Royaume-Uni (Election court), Suède (Commission de révision électorale).

4. *Le recours devant l'exécutif*

35. Un seul cas est connu, celui de la Suisse (contestation devant le gouvernement cantonal). Cette particularité est le fruit de l'histoire du pays et de sa tradition fédérale ; cependant les pouvoirs du gouvernement cantonal vont de pair avec la validation par le Conseil national (Parlement) de ses propres pouvoirs ainsi qu'avec le recours devant le Tribunal fédéral, depuis 2005.

EN DROIT

I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 3 DU PROTOCOLE N° 1 À LA CONVENTION

36. Le requérant se plaint du refus des autorités de lui attribuer un mandat de député au nom de la minorité italienne lors des élections parlementaires de 2000. Il invoque l'article 3 du Protocole n° 1, qui est ainsi libellé :

« 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. »

A. **Thèses des parties**

37. Le Gouvernement souligne d'emblée que, selon la jurisprudence de la Cour, les Etats contractants jouissent d'une large marge d'appréciation en matière électorale. Il arguë que les conditions requises par la législation en vigueur à l'époque des faits (la Constitution et la loi n° 68/1992 sur l'élection à la Chambre des députés et au Sénat (« la loi n° 68/1992 ») pour la représentation des minorités au Parlement étaient minimales, qu'elles poursuivaient un but légitime, et que les moyens employés pour y parvenir n'étaient pas disproportionnés.

38. Le Gouvernement considère que dans sa décision du 2 décembre 2000, le bureau électoral central a correctement interprété les dispositions législatives pertinentes en matière d'élection des députés représentant des

minorités nationales. Ainsi, le bureau aurait jugé à bon droit que le mandat devait être attribué à l'organisation italienne ayant réuni le plus grand nombre de voix dans une seule et même circonscription, en l'occurrence la Communauté italienne de Roumanie. Or le requérant représentait l'Association des Italiens de Roumanie.

39. Enfin, le Gouvernement souligne que la représentation des minorités au Parlement roumain est importante. C'est d'ailleurs ce qu'a constaté la Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise) dans son rapport du 25 janvier 2000 sur la loi électorale et les minorités nationales et dans son avis de 2005 sur le projet de loi relatif au statut des minorités en Roumanie. Ainsi, lors des élections législatives de 2000, les minorités nationales se sont vu attribuer 45 mandats de députés sur un total de 341, et, lors des élections municipales, des centaines de maires et de conseillers départementaux et locaux appartenant à des minorités nationales ont été élus.

40. Le requérant fait valoir que l'Association des Italiens de Roumanie, dont il faisait partie, et la Communauté italienne de Roumanie avaient signé un protocole d'alliance validé par le bureau électoral central, en vertu duquel l'Association des Italiens de Roumanie participait aux élections avec son emblème électoral et la Communauté italienne de Roumanie avec son nom. Lors des élections parlementaires de 2000, il aurait donc fait partie de la même organisation que M^{me} Ileana Stana Ionescu, à savoir la Communauté italienne de Roumanie.

41. Le requérant estime que l'interprétation des dispositions électorales donnée par le bureau électoral central est contraire à la logique même de la possibilité qu'offre la loi aux représentants des minorités de déposer une liste dans plusieurs circonscriptions, en application du principe de représentation au niveau national. En outre, il arguë que le mandat de député est attribué aux minorités ayant obtenu 5 % au moins des suffrages valablement exprimés au niveau national pour l'élection d'un député et ce, en sus du nombre de députés issu de la norme de représentation.

B. Appréciation de la Cour

1. Principes se dégageant de la jurisprudence de la Cour

42. La Cour rappelle que l'article 3 du Protocole n° 1 diffère des autres dispositions de la Convention et de ses Protocoles garantissant des droits en ce qu'il énonce l'obligation pour les Hautes Parties contractantes d'organiser des élections dans des conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple et non un droit ou une liberté en particulier. Toutefois, eu égard

aux travaux préparatoires de l'article 3 du Protocole n° 1 et à l'interprétation qui est donnée de cette clause dans le cadre de la Convention dans son ensemble, la Cour a établi que cet article implique également des droits subjectifs, dont le droit de vote et celui de se porter candidat à des élections (*Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique*, 2 mars 1987, §§ 46-51, série A n° 113, et *Ždanoka c. Lettonie* [GC], n° 58278/00, § 102, CEDH 2006-IV).

43. Les droits garantis par l'article 3 du Protocole n° 1 sont cruciaux pour l'établissement et le maintien des fondements d'une véritable démocratie régie par la prééminence du droit. Néanmoins, ces droits ne sont pas absolus. Il y a place pour des «limitations implicites», et les Etats contractants doivent se voir accorder une marge d'appréciation en la matière. A ce sujet, la Cour a déjà réaffirmé que la marge d'appréciation en ce domaine est large (*Mathieu-Mohin et Clerfayt*, précité, § 52, et, plus récemment, *Mathews c. Royaume-Uni* [GC], n° 24833/94, § 63, CEDH 1999-I, *Labita c. Italie* [GC], n° 26772/95, § 201, CEDH 2000-IV, et *Podkolzina c. Lettonie*, n° 46726/99, § 33, CEDH 2002-II). Il 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 (*Hirst c. Royaume-Uni (n° 2)* [GC], n° 74025/01, § 61, CEDH 2005-IX).

44. Cependant, il appartient à la Cour de statuer en dernier ressort sur l'observation des exigences de l'article 3 du Protocole n° 1 ; il lui faut s'assurer que les conditions auxquelles sont subordonnés les droits de vote ou le fait de se porter candidat à des élections ne réduisent pas les droits en question au point de les atteindre dans leur substance même et de les priver de leur effectivité, que ces conditions poursuivent un but légitime et que les moyens employés ne se révèlent pas disproportionnés (*Mathieu-Mohin et Clerfayt*, précité). En particulier, aucune des conditions imposées le cas échéant ne doit entraver la libre expression du peuple sur le choix du corps législatif – autrement dit, elles doivent refléter, ou ne pas contrecarrer, le souci de maintenir l'intégrité et l'effectivité d'une procédure électorale visant à déterminer la volonté du peuple par l'intermédiaire du suffrage universel (*Hirst*, précité, § 62, et *Yumak et Sadak c. Turquie* [GC], n° 10226/03, § 109, CEDH 2008). Toutefois, la Cour n'a pas à prendre position sur le choix entre un système électoral et un autre. En effet, ce choix, dicté par des considérations d'ordre historique et politique qui lui sont propres, relève en principe du domaine de compétence exclusive de l'Etat (*Podkolzina*, précité, § 34).

2. Application de ces principes généraux en l'espèce

45. En l'espèce, la Cour observe d'emblée qu'il ressort des pièces du dossier que le requérant s'est bel et bien porté candidat au nom de la Communauté italienne de Roumanie et non, comme le soutient le Gouvernement, de l'Association des Italiens de Roumanie.

46. Elle note que la présente affaire ne concerne pas, comme dans la grande majorité des arrêts qu'elle a rendus jusqu'à présent en matière électorale, des conditions d'éligibilité, mais l'attribution d'un mandat de député, soit une question de droit postélectoral. Il s'agit là d'une problématique tout aussi cruciale, qui influe en outre directement sur le résultat des élections, circonstance à laquelle la Cour accorde une très grande importance (*I.Z. c. Grèce*, n° 18997/91, décision de la Commission du 28 février 1994, Décisions et rapports 76-B, p. 65, et *Babenko c. Ukraine* (déc.), n° 43476/98, 4 mai 1999).

47. A cet égard, la Cour rappelle que l'objet et le but de la Convention, instrument de protection des êtres humains, appellent à interpréter et à appliquer ses dispositions d'une manière qui en rende les exigences non pas théoriques ou illusoire, mais concrètes et effectives (voir par exemple *Artico c. Italie*, 13 mai 1980, § 33, série A n° 37, *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, 30 janvier 1998, § 33, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-I, et *Chassagnou et autres c. France* [GC], n°s 25088/94, 28331/95 et 28443/95, § 100, CEDH 1999-III). Or le droit de se porter candidat aux élections et, le cas échéant, d'être élu, garanti par l'article 3 du Protocole n° 1 et inhérent à la notion de régime véritablement démocratique, ne serait qu'illusoire si l'intéressé pouvait à tout moment en être arbitrairement privé. Par conséquent, s'il est vrai que les Etats disposent d'une grande marge d'appréciation pour établir des règles électorales *in abstracto*, le principe d'effectivité des droits exige que les décisions prises en application de ces règles soient conformes à un certain nombre de critères permettant d'éviter l'arbitraire. En particulier, ces décisions doivent être prises par un organe présentant un minimum de garanties d'impartialité. De même, le pouvoir autonome d'appréciation de cet organe ne doit pas être exorbitant; il doit être, à un niveau suffisant de précision, circonscrit par les dispositions du droit interne. Enfin, la procédure du constat d'inéligibilité doit être de nature à garantir une décision équitable et objective, ainsi qu'à éviter tout abus de pouvoir de la part de l'autorité compétente (*Podkolzina*, précité, § 35).

48. La Cour constate d'emblée que la Roumanie a choisi d'assurer une représentation spéciale des minorités au Parlement, et qu'il s'agit du pays européen où le plus grand nombre de partis ou d'organisations de minorités ont participé aux élections et ont des représentants au Parlement (voir les

conclusions du Rapport sur le droit électoral et les minorités nationales, paragraphe 24 ci-dessus).

49. La Cour observe que la loi n° 68/1992 n'énonce pas clairement les modalités à suivre pour l'attribution du mandat parlementaire correspondant à l'organisation gagnante représentant une minorité nationale. Ainsi, le bureau électoral central, conformément à l'article 68 § 1 g) de la loi en question doit déterminer « les nom et prénom du premier candidat inscrit sur la liste de l'organisation ayant droit à un siège de député qui a réuni le plus grand nombre de suffrages ». Ce texte ne précise donc pas s'il s'agit du plus grand nombre de voix au niveau national ou au niveau d'une circonscription électorale. Or, une telle précision peut s'avérer être décisive au moment de la détermination du candidat retenu.

50. Au sein de la Communauté italienne, au nom de laquelle le requérant s'était porté candidat, le mandat a été attribué non pas au requérant, qui avait obtenu le plus grand nombre de suffrages sur l'ensemble du territoire, mais à un autre candidat qui avait obtenu un nombre important de voix dans une seule et même circonscription. Le bureau électoral central a donc opté pour une méthode basée sur la représentativité territoriale et non sur la représentativité nationale.

51. La question qui se pose en l'espèce est celle de savoir si ce manque de clarté des règles électorales pouvait donner lieu à une interprétation arbitraire lors de leur application. A ce sujet, la Cour rappelle qu'elle a déjà sanctionné l'interprétation extensive, et dès lors arbitraire, d'une disposition légale en matière électorale (voir les affaires *Kovatch c. Ukraine* (n° 39424/02, §§ 48-62, CEDH 2008), relative à l'invalidation du scrutin dans quatre circonscriptions lors des élections parlementaires, ce qui avait conduit à l'élection d'un autre candidat que le requérant, *Lykourazos c. Grèce* (n° 33554/03, §§ 50-58, CEDH 2006-VIII), relative à la déchéance d'un mandat parlementaire en raison d'une incompatibilité professionnelle introduite par une nouvelle loi, et *Paschalidis, Koutmeridis et Zaharakis c. Grèce* (n°s 27863/05, 28422/05 et 28028/05, §§ 29-35, 10 avril 2008), relative à la prise en compte des bulletins blancs pour le calcul du quotient électoral dans une seule circonscription électorale).

52. De l'avis de la Cour, le manque de clarté des dispositions pertinentes en la matière imposait aux autorités nationales d'être prudentes dans leur interprétation, compte tenu de l'impact direct que celle-ci aurait sur le résultat des élections (*Kovatch*, précité, § 59). Le bureau électoral central a interprété les dispositions de la loi n° 68/1992 en ce sens que le mandat devait être attribué à la liste de l'organisation de citoyens appartenant à une minorité nationale qui avait recueilli le plus grand nombre de voix dans une seule et même circonscription électorale. Il n'a pas précisé s'il s'agissait d'une

première interprétation de cette disposition ou si une pratique constante existait en la matière. Il n'a pas non plus expliqué pourquoi le critère de la représentativité territoriale s'appliquait aux minorités nationales alors que celles-ci bénéficiaient, pour d'autres aspects ayant trait aux élections, de dispositions particulières liées au critère de la représentativité nationale. Enfin, bien que la Cour l'y ait invité, le Gouvernement n'a pas davantage fourni d'informations sur l'interprétation faite par les autorités nationales ou par la doctrine de l'article 68 § 1 g) de la loi n° 68/1992. La Cour estime donc que les dispositions déterminantes pour l'attribution d'un mandat de député à l'organisation représentant une minorité nationale ne répondaient pas à l'époque des faits aux exigences de précision posées dans sa jurisprudence (paragraphe 47 ci-dessus).

53. Toutefois, la Cour prend acte de la modification législative intervenue quant à la portée de la disposition litigieuse dans la nouvelle loi sur l'élection au Parlement (Le droit interne – paragraphe 19 ci-dessus). Il reste néanmoins que ce changement législatif est largement postérieur aux faits dénoncés par le requérant, et ne permet donc pas de remédier à sa situation.

54. Par ailleurs, la Cour note que le bureau électoral central et la commission de validation de la Chambre des députés ont examiné la contestation du requérant puis l'ont rejetée pour défaut de fondement. Or, de l'avis de la Cour, un individu dont la nomination à une fonction de député a été refusée a des raisons légitimes de craindre que la grande majorité des membres de l'organe ayant examiné la légalité des élections, plus concrètement les membres représentant les autres partis politiques du bureau central, aient un intérêt contraire au sien. Les règles de composition de cet organe constitué d'un grand nombre de membres représentant des partis politiques ne paraissent donc pas de nature à fournir un gage suffisant d'impartialité. La même conclusion vaut *a fortiori* pour la commission de validation de la Chambre des députés.

55. En outre, la Cour note qu'aucun tribunal national ne s'est prononcé sur l'interprétation de la disposition légale en question. Ainsi, la Cour suprême de justice a rejeté la contestation du requérant comme irrecevable, considérant que les décisions du bureau central étaient définitives. Par la suite, la Cour constitutionnelle s'est bornée à informer le requérant qu'elle n'était pas compétente en matière électorale. A ce sujet, la Cour rappelle que dans l'affaire *Babenko* précitée, elle avait jugé important le fait que les allégations du requérant avaient été examinées dans le cadre d'une procédure judiciaire.

56. Cette approche est d'ailleurs confirmée par la Commission de Venise dans son Code de bonne conduite en matière électorale, qui prône

un contrôle judiciaire de l'application des règles électorales, éventuellement en complément des recours devant les commissions électorales ou devant le Parlement (paragraphe 22 ci-dessus). Les éléments de droit comparé montrent également que plusieurs Etats membres du Conseil de l'Europe ont adopté un contrôle juridictionnel, seuls quelques Etats gardant encore un contrôle des élections purement politique (paragraphe 28 ci-dessus).

57. Dans ces conditions, la Cour estime que le manque de clarté de la loi électorale en ce qui concerne les minorités nationales et l'absence de garanties suffisantes quant à l'impartialité des organes chargés d'examiner les contestations du requérant ont porté atteinte à la substance même des droits garantis par l'article 3 du Protocole n° 1.

Il y a donc eu violation de cet article.

II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 13 DE LA CONVENTION COMBINÉ AVEC L'ARTICLE 3 DU PROTOCOLE N° 1

58. Invoquant en substance l'article 13 de la Convention combiné avec l'article 3 du Protocole n° 1, le requérant se plaint de l'absence de recours effectif lui permettant de contester le refus des autorités de lui attribuer le mandat de député pour la minorité italienne et, en conséquence, de la méconnaissance de la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif. L'article 13 de la Convention 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. »

59. Le Gouvernement soutient que le requérant disposait d'un recours interne effectif au sens de l'article 13 de la Convention, à savoir la contestation devant le bureau électoral central, organe qui répondrait aux exigences posées dans la jurisprudence de la Cour. Il souligne à cet égard qu'en vertu de l'article 24 de la loi n° 68/1992, le bureau électoral central était composé de sept juges de la Cour suprême de justice et de seize représentants des partis politiques, que les juges étaient choisis de manière aléatoire, par tirage au sort, que les décisions du bureau étaient motivées, et que les membres de celui-ci avaient la possibilité de formuler des opinions dissidentes.

60. Enfin, le Gouvernement arguë que les Etats contractants ont une large marge d'appréciation en ce qui concerne l'article 13 de la Convention (*Wille c. Liechtenstein* [GC], n° 28396/95, § 75, CEDH 1999-VII) et que les dispositions législatives d'autres Etats prévoient le même recours interne en la matière (voir le cas de la Hongrie).

61. Le requérant soutient que la décision du 2 décembre 2000 du bureau électoral central ne constitue pas un recours efficace. Il estime en effet que cet organe n'est pas impartial. En particulier, il lui reproche d'être composé de juges de la Cour suprême de justice, qui aurait ainsi par la suite été influencée lorsqu'elle a refusé d'examiner sa contestation. Enfin, il considère que la référence du Gouvernement à des législations électorales prétendument semblables est dénuée de pertinence en l'espèce, compte tenu du statut particulier dont bénéficient les minorités nationales en Roumanie.

62. La Cour estime que, pour les raisons qui figurent aux paragraphes 55 et 56 ci-dessus, il y a également violation de l'article 13 de la Convention combiné avec l'article 3 du Protocole n° 1.

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

63. 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

64. Au titre du dommage matériel, le requérant réclame 200 000 euros (EUR), qui correspondent aux salaires et indemnités auxquels il aurait eu droit en tant que député pour la période 2000-2004. Au titre du dommage moral, il demande 1 500 000 EUR pour le préjudice qu'il estime avoir subi du fait de l'impossibilité dans laquelle il s'est trouvé d'exercer le mandat de député et des attaques et des injustices auxquelles il affirme que lui-même et sa famille ont été exposés.

65. Le Gouvernement estime que la somme demandée par le requérant au titre du dommage matériel est excessive et purement spéculative. Il souligne qu'elle n'est accompagnée d'aucun document justificatif. Par ailleurs, il renvoie à la jurisprudence de la Cour relative à l'article 3 du Protocole n° 1 à la Convention, en vertu de laquelle la Cour n'octroie pas de sommes pour dommage matériel dans ce domaine (*Podkolzina c. Lettonie*, n° 46726/99, § 49, CEDH 2002-II, *Aziz c. Chypre*, n° 69949/01, § 43, CEDH 2004-V, *Melnitchenko c. Ukraine*, n° 17707/02, § 75, CEDH 2004-X, et *Hirst c. Royaume-Uni (n° 2)* [GC], n° 74025/01, § 94, CEDH 2005-IX).

66. En ce qui concerne le dommage moral, le Gouvernement estime qu'aucun lien de causalité n'a été établi entre le dommage éventuel et la

violation alléguée de la Convention. En outre, il souligne que dans plusieurs affaires où elle a constaté une violation de l'article 3 du Protocole n° 1, la Cour a considéré que le constat de violation fournissait en soi une satisfaction équitable suffisante pour le dommage moral subi par les requérants. En toute hypothèse, la somme demandée serait exorbitante compte tenu des montants habituellement octroyés par la Cour en la matière (*Podkolzina*, précité, § 52, et *Melnitchenko*, précité, § 78).

67. Pour ce qui est du dommage matériel, la Cour ne saurait spéculer sur ce qu'aurait été l'issue des élections en présence d'une disposition claire interprétée par un organisme répondant de manière suffisante aux exigences d'impartialité. Par ailleurs, l'intéressé n'a pas fait mention des activités professionnelles qu'il a exercées entre 2000 et 2004 ni démontré que le montant des honoraires ou salaires qu'il a éventuellement perçus était inférieur à celui des indemnités parlementaires qu'il aurait perdues pendant la période considérée. Dès lors, la Cour rejette les prétentions qu'il a formulées au titre du dommage matériel (*Kovatch c. Ukraine*, n° 39424/02, § 66, CEDH 2008).

68. En revanche, la Cour reconnaît que le requérant a subi un préjudice moral du fait de la violation constatée. En conséquence, statuant en équité et eu égard à l'ensemble des circonstances de l'affaire, elle lui alloue 5 000 EUR au titre du dommage moral.

B. Frais et dépens

69. Le requérant demande également 2 300 EUR pour les frais et dépens qu'il a engagés dans le cadre des procédures menées devant les juridictions internes et devant la Cour.

70. Le Gouvernement souligne que l'intéressé n'a produit aucun justificatif à l'appui de sa demande.

71. 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, la Cour note que le requérant n'a pas détaillé ses demandes ni communiqué de justificatif à l'appui de ses estimations. Dès lors, elle ne saurait accorder aucune somme à ce titre.

C. Intérêts moratoires

72. 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 3 du Protocole n° 1 à la Convention ;
2. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 13 de la Convention combiné avec l'article 3 du Protocole n° 1 ;
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, 5 000 EUR (cinq mille euros) pour dommage moral, à convertir en lei au taux applicable à la date du règlement, plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt ;
 - b) qu'à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement, ce montant sera à majorer d'un intérêt simple à un taux égal à celui de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne applicable pendant cette période, augmenté de trois points de pourcentage ;
4. *Rejette* la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en français, puis communiqué par écrit le 2 mars 2010, 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 de la juge Ziemele.

J.C.M.
S.Q.

OPINION CONCORDANTE DE LA JUGE ZIEMELE

1. J'ai voté avec la majorité pour la violation de l'article 13 de la Convention combiné avec l'article 3 du Protocole n° 1. Il me semble important que la Cour continue de développer sa jurisprudence relative à l'article 13 (voir, à cet égard, mon opinion dissidente dans l'affaire *Zavoloka c. Lettonie* (n° 58447/00, 7 juillet 2009)).

2. En l'espèce, pourtant, la Cour s'est contentée, dans son raisonnement sur l'article 13, de renvoyer à ses conclusions quant à l'article 3 du Protocole n° 1. Ce faisant, elle a manqué une occasion de préciser la portée des obligations qui découlent de l'article 13 lorsque surviennent des problèmes de respect des droits de l'homme dans le contexte d'élections nationales. La Cour a estimé que les dispositions de la loi électorale relatives aux minorités nationales manquaient de clarté et que les organes chargés d'examiner les litiges en matière électorale n'étaient pas suffisamment impartiaux; et elle a noté qu'aucun tribunal ne s'était prononcé sur l'interprétation du droit ni même sur le litige lui-même. Pour ces motifs, elle a conclu à la violation de l'article 3. Pour ce qui est de la violation de l'article 13 combiné avec l'article 3 du Protocole n° 1, elle a renvoyé à ses conclusions relatives à l'absence de contrôle juridictionnel (paragraphe 62 de l'arrêt).

3. Il convient de noter que jusqu'à cet arrêt, la Cour examinait sous l'angle de l'article 3 du Protocole n° 1 le fonctionnement des recours relatifs à des allégations de problèmes électoraux (*Podkolzina c. Lettonie*, n° 46726/99, § 37, CEDH 2002-II). Dans l'affaire *Podkolzina*, elle a considéré qu'il n'était pas nécessaire d'examiner séparément l'absence de recours effectif du point de vue de l'article 13 (*ibidem*, § 45). La présente affaire marque donc un tournant dans sa jurisprudence, tournant auquel je souscris.

4. Il reste que la question soulevée en l'espèce est celle de la nature et de la portée des obligations qui découlent de l'article 13, dans la limite de la pertinence de ces éléments pour l'examen de la présente affaire. En d'autres termes, il faut se demander quels sont les recours effectifs qui devraient exister pour l'examen des allégations de violation du droit à des élections libres. Jusqu'à présent, la Cour a dégagé dans sa jurisprudence plusieurs éléments qui précisent la notion de recours effectif au sens de l'article 13. Elle a ainsi admis qu'il n'est pas nécessaire, pour que le recours soit effectif, qu'il soit judiciaire ou qu'il se suffise à lui-même: un ensemble de recours considérés dans leur globalité peuvent répondre à l'exigence d'effectivité. En outre, l'effectivité, telle que la Cour l'interprète, consiste aussi bien à empêcher la survenance ou la continuation de la violation alléguée qu'à fournir à la victime de la violation un redressement approprié, par exemple

sous la forme d'une indemnisation, pour toute violation s'étant déjà produite (*Kudła c. Pologne* [GC], n° 30210/96, § 158, CEDH 2000-XI).

5. En l'espèce, le requérant alléguait, sous l'angle de l'article 13, qu'aucun recours ne lui permettait de recouvrer son siège au Parlement, tandis que le Gouvernement arguait que la composition du bureau électoral central répondait aux exigences rendant effectifs les recours devant lui. Or, la Cour ayant renvoyé à sa conclusion relative à l'absence de contrôle juridictionnel, elle n'a développé ni à partir des observations des parties ni de son propre chef la notion de l'effectivité des recours dans les cas tels que celui du requérant. Je note à cet égard que le Code de bonne conduite en matière électorale adopté en 2002 par la Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise) du Conseil de l'Europe admet qu'un recours peut être effectif non seulement lorsqu'il est examiné par des tribunaux, mais encore lorsqu'il l'est par des commissions électorales (voir le chapitre 3.3 du code, cité au paragraphe 22 de l'arrêt). J'estime qu'en se bornant à renvoyer à l'absence de contrôle juridictionnel disponible pour les parties intéressées en général et pour le requérant en particulier, la Cour n'a pas répondu à la question qui se posait sous l'angle de l'article 13, à savoir celle de l'existence d'un ensemble efficace d'institutions et de procédures qui auraient permis au requérant de contester quant au fond la privation de mandat dont il s'estimait victime et de demander une réparation adéquate.

GROSARU v. ROMANIA
(Application no. 78039/01)

THIRD SECTION

JUDGMENT OF 2 MARCH 2010¹

1. Translation; original French.

SUMMARY¹**Post-electoral dispute concerning parliamentary representation of a national minority****Article 3 of Protocol No. 1**

Standing as candidate in elections – Post-electoral dispute concerning parliamentary representation of a national minority – Lack of clarity of election law – Lack of sufficient guarantees of impartiality of the bodies responsible for examining electoral disputes – Insufficient judicial review of the application of electoral rules

*

* *

The applicant stood as a candidate in the parliamentary elections of 2000 for the seat reserved to the Italian minority in Romania. He was nominated as a candidate for one of the organisations representing the Italian minority which, after the votes had been counted, was allocated the parliamentary seat. The applicant was the candidate having secured the largest number of votes at national level. However, the seat was allocated to another candidate belonging to that organisation, who had secured the largest number of votes in a single constituency. The applicant's appeals to the Central Electoral Office and to the national courts were unsuccessful.

Held

Article 3 of Protocol No. 1: According to the Elections Law, the Central Electoral Office had to determine the name and surname of the first candidate appearing on the list of the organisations entitled to a seat in the Chamber of Deputies having secured the largest number of votes. The Law did not specify whether that was the largest number of votes at national level or at constituency level. In this case, the Central Electoral Office had interpreted the Law by opting for a method based on territorial representation rather than national representation. In order to determine whether the lack of clarity in the electoral rules could give rise to a wide, and therefore arbitrary, interpretation, it had been necessary to take account of various factors. Firstly, the Central Electoral Office had not specified whether that had been a first interpretation of that provision or whether there was an established practice in that regard. Neither had it explained why the criterion of territorial representation applied to national minorities while, in other electoral matters, such minorities benefited from specific provisions relating to the criterion of national

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

representation. Lastly, the Government had failed to provide additional information on the interpretation of the provision in question. Thus, the relevant provisions had not, at the material time, satisfied the requirements of precision laid down in the Court's case-law. Moreover, the Central Electoral Office and the Chamber of Deputies Validation Commission had examined the applicant's challenge and rejected it as being ill-founded. The rules of composition of that body, made up of a large number of members representing political parties, did not appear to be such as to provide a sufficient guarantee of impartiality. Furthermore, no national court, be it the Supreme Court of Justice or the Constitutional Court, had ruled on the interpretation of the legal provision at issue, yet it was important that the applicant's claims be examined in the context of judicial proceedings. In those circumstances, the lack of clarity of the electoral law as regards national minorities and the lack of sufficient guarantees as to the impartiality of the bodies responsible for examining the applicant's challenges had impaired the very essence of the rights guaranteed by Article 3 of Protocol No. 1.

Conclusion: violation (unanimously).

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

Case-law cited by the Court

Artico v. Italy, 13 May 1980, Series A no. 37

Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium, 2 March 1987, Series A no. 113

I.Z. v. Greece, no. 18997/91, Commission decision of 28 February 1994, Decisions and Reports 76-A

United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey, 30 January 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-I

Matthews v. the United Kingdom [GC], no. 24833/94, ECHR 1999-I

Chassagnou and Others v. France [GC], nos. 25088/94, 28331/95 and 28443/95, ECHR 1999-III

Babenko v. Ukraine (dec.), no. 43476/98, 4 May 1999

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

Podkolzina v. Latvia, no. 46726/99, ECHR 2002-II

Hirst v. the United Kingdom (no. 2) [GC], no. 74025/01, ECHR 2005-IX

Ždanoka v. Latvia [GC], no. 58278/00, ECHR 2006-IV

Lykourazos v. Greece, no. 33554/03, ECHR 2006-VIII

Kovach v. Ukraine, no. 39424/02, ECHR 2008

Paschalidis, Koutmeridis and Zaharakis v. Greece, nos. 27863/05, 28422/05, and 28028/05, 10 April 2008

Yumak and Sadak v. Turkey [GC], no. 10226/03, ECHR 2008

In the case of Grosaru v. Romania,

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

Josep Casadevall, *President*,
Elisabet Fura,
Corneliu Birsan,
Alvina Gyulumyan,
Egbert Myjer,
Ineta Ziemele,
Ann Power, *judges*,

and Santiago Quesada, *Section Registrar*,

Having deliberated in private on 2 February 2010,

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

PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 78039/01) against Romania lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by a Romanian national, Mr Mircea Grosaru (“the applicant”), on 30 April 2001.

2. The Romanian Government (“the Government”) were represented by their Agent, Mr R.-H. Radu, of the Ministry of Foreign Affairs.

3. The applicant claimed to be a victim of a violation of his rights under Article 13 of the Convention and Article 3 of Protocol No. 1 as a result of having been refused a seat as a member of parliament (MP) representing the Italian minority in Romania.

4. By a decision of 25 November 2008, the Court declared the application partly admissible.

5. The Government, but not the applicant, filed additional observations (Rule 59 § 1 of the Rules of Court).

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

6. The applicant was born in 1952 and lives in Bucharest.

7. As a member of the Association of Italians of Romania, he stood as a candidate in the parliamentary elections of 26 November 2000 for the Italian Community of Romania, one of the organisations representing

the Italian minority in Romania. That organisation submitted a single-candidate list containing the applicant's name in nineteen of the forty-two constituencies.

8. Once the votes had been counted, the Central Electoral Office decided, on the basis of Article 4 of Law no. 68/1992 on elections to the Chamber of Deputies and to the Senate ("Law no. 68/1992"), to allocate the parliamentary seat belonging to the Italian minority to the Italian Community of Romania, which had secured 21,263 votes at national level.

9. Although at national level the applicant had secured 5,624 votes out of a total of 21,263, the Central Electoral Office allocated the parliamentary seat to another member of the Italian Community of Romania, Ms Ileana Stana Ionescu, who had stood for election on another single-candidate list and had secured only 2,943 votes, but in a single constituency.

10. On 1 December 2000 the applicant challenged the decision allocating the parliamentary seat before the Central Electoral Office. On 2 December 2000 the Office dismissed his challenge by a majority. That decision was signed by six judges and six representatives of political parties.

11. The relevant parts of that decision read:

"In accordance with Article 4 § 2 of Law no. 68/1992, as amended and supplemented, organisations of citizens belonging to national minorities participating in elections are accorded the same legal status as political parties for the purposes of the electoral process.

With regard to the Italian minority, the votes were centralised and the parliamentary seats were allocated, in accordance with Article 66 of the Law, to the organisation having secured the greatest number of votes and on the basis of the order of candidates appearing on that organisation's winning list, there being no provision in law for individual nomination.

It should be specified that the government's Emergency Ordinance no. 165 of 15 [*sic*] October 2000 granting national minorities the right to submit the same list of candidates for the Chamber of Deputies in more than one constituency does not infringe the principle of parliamentary seats being allocated by constituency, the basis of that regulation being to determine, in such instances, the ethnic minority organisation having the largest number of votes, and not to breach the principle of territorial representation in elections."

12. In a dissenting opinion, a representative of a political party submitted that Article 68 § 1 (g) of Law no. 68/1992 should be interpreted to mean that in the case of a given ethnic minority, the parliamentary seat should be allocated to the first candidate on the organisation's national list having gained the most votes, again at national level.

13. On 2 December 2000 the applicant lodged an appeal with the Central Electoral Office against its decision of the same date. On

3 December 2000 the Office, sitting as a panel composed of six judges and twelve representatives of political parties, declared the appeal inadmissible on the ground that its decisions were final.

14. On 4 December 2000 the applicant submitted his case to the Constitutional Court. By a letter of 11 December 2000, in which reference was made to Article 21 of the Romanian Constitution guaranteeing free access to the courts, the court informed the applicant that it did not have jurisdiction in matters concerning electoral disputes.

15. On 4 December 2000 the applicant lodged an appeal with the Supreme Court of Justice. By a decision of 13 December 2000, that court declared the appeal inadmissible on the ground that the decisions of the Central Electoral Office were final.

16. On 8 December 2000 the applicant repeated his challenge in a submission to the Chamber of Deputies Validation Commission, but was unsuccessful. The transcript of the Chamber of Deputies' session of 15 December 2000, published on the website of that institution, shows that the applicant's challenge was rejected on the same ground as that put forward by the Central Electoral Office.

17. In the parliamentary elections of 2004 and 2008 the applicant was elected MP for the Italian minority in Romania.

II. RELEVANT DOMESTIC AND INTERNATIONAL LAW AND PRACTICE

A. Domestic law

1. *The Romanian Constitution (in force at the material time)*

Election of the Chambers

Article 59

“(1) The Chamber of Deputies and the Senate are elected by universal, equal, direct, secret and free suffrage, in accordance with electoral law.

(2) Organisations of citizens belonging to national minorities which fail to obtain the number of votes necessary for representation in Parliament each have the right to one Chamber of Deputies seat, in accordance with the provisions of electoral legislation. Citizens of a national minority can be represented by one organisation only.

...”

2. Law no. 68/1992 of 15 July 1992 on elections to the Chamber of Deputies and to the Senate

18. The relevant Articles of this Law, in force at the material time, provide:

Article 4

“1. Legally constituted organisations of citizens belonging to a single national minority which fail to obtain at least one seat in the Chamber of Deputies or the Senate are entitled, jointly, to one seat in the Chamber of Deputies, in accordance with Article 59 § 2 of the Constitution, provided that their share of the vote is at least 5% of the average number of validly cast votes at national level for the election of a deputy.

2. Organisations of citizens belonging to national minorities participating in elections shall be accorded the same legal status as political parties for the purposes of the electoral process.

3. Organisations of citizens belonging to national minorities having participated in elections on the joint list of the organisations in question shall also be covered by the provisions of paragraph 1; in the event that none of the candidates appearing on the joint list is elected, a seat in the Chamber of Deputies shall be allocated to all the organisations having proposed the list, in compliance with the provisions of paragraph 1.

4. The provisions of paragraph 3 shall not apply to organisations of citizens belonging to national minorities having taken part in elections on a joint list with a political party or another political grouping or which have participated both on the joint lists referred to in paragraph 3 and on their own lists.

5. The seat in the Chamber of Deputies allocated in accordance with paragraphs 1 and 3 shall be allocated in addition to the total number of seats.

...”

Article 24

“1. The Central Electoral Office shall be composed of seven judges of the Supreme Court of Justice and sixteen representatives of the parties, political groupings and coalitions participating in the elections.

2. Within five days of an election date being set, the President of the Supreme Court of Justice shall appoint the seven judges from amongst those serving at the court, in a public session and by the drawing of lots. A record shall be made of the result of the draw which shall be signed by the President of the Supreme Court of Justice and which shall serve as confirmation. The President of the Supreme Court of Justice shall give at least forty-eight hours’ notice in the press of the date of the session.

3. Within twenty-four hours of their confirmation, the appointed judges shall select the president of the Central Electoral Office from among their number, by secret ballot. The office thus composed, which is then joined by representatives of the parties,

political groupings and coalitions, shall perform all the duties incumbent upon it in accordance with this Law.

4. In the two days following expiry of the time-limit in which to put forward a candidate, the parties, political groupings and coalitions participating in the elections shall inform the Central Electoral Office in writing of the number of lists submitted in each constituency and the names and surnames of the candidates. Any communications submitted after that time-limit shall not be taken into consideration.

5. Representatives of parties, political groupings or coalitions shall be appointed to the Central Electoral Office in descending order of the number of lists submitted by each party, political grouping or coalition, for the purposes of paragraph 4, in relation to the total number of constituencies nationwide. No party, political grouping or coalition may have more than five representatives.

6. Representatives of parties, political groupings or coalitions appointed to the Central Electoral Office shall be chosen in the order referred to in the communication mentioned in paragraph 4.

7. If more than one party, political grouping or coalition has submitted the same number of lists, their representatives shall be appointed by the President of the Central Electoral Office, by the drawing of lots, in the presence of persons delegated by the parties, political groupings or coalitions concerned ...”

Article 25

“1. The Central Electoral Office shall:

(a) ensure that electoral registers are updated and monitor the application and uniform interpretation of legal provisions relating to elections at national level;

(b) resolve any disputes in relation to its activities or the operations of the constituency electoral offices;

(c) receive reports from the constituency electoral offices indicating the number of votes validly cast for each list of candidates and record which parties, political groupings or coalitions have failed to obtain at least 3% of validly cast votes at national level; communicate to the constituency electoral offices and publish, within the following forty-eight hours, the names of the parties, political groupings or coalitions concerned;

(d) verify and record the result of the elections, count, at national level, the number of unused votes for each party, political grouping or coalition satisfying the criterion referred to in paragraph (c) above and allocate seats centrally by constituency;

(e) confirm the allocation of a parliamentary seat to the organisation of citizens belonging to a national minority having satisfied the criteria set forth in Article 4, and issue the relevant confirmation to the deputy thus appointed;

(f) annul any elections organised in a constituency if the vote or validation of the results has been subject to fraud affecting the arrangements for the allocation of seats, and organise a new ballot;

(g) perform all other duties incumbent upon it in accordance with this Law.

...

4. The decisions of the Central Electoral Office shall be pronounced in public.”

Article 66

“1. For the purposes of allocation of seats to candidates on the lists, only parties, political groupings and coalitions having secured at least 3% of the validly cast votes at national level shall be taken into account. Seats in the Chamber of Deputies and the Senate shall be allocated separately.

2. Seats shall be allocated once the Central Electoral Office has notified the names of the parties, political groupings or coalitions having secured at least 3% of the validly cast votes at national level. Seats in the Chamber of Deputies and the Senate shall be allocated separately.

3. Seats in the Chamber of Deputies and the Senate shall be distributed and allocated in two stages: at constituency level and at national level.

4. At constituency level, the electoral office shall determine the constituency electoral coefficient, separately for the Chamber of Deputies and for the Senate, by dividing the total number of votes validly cast for all the lists of the parties, political groupings and coalitions satisfying the criterion referred to in paragraph 1 and for independent candidates by the number of deputies or, as applicable, senators, to be elected in that constituency; each list shall be allocated as many seats as the number of validly cast votes for that list divided by the electoral coefficient of the constituency. The constituency electoral office shall allocate seats in the order in which the candidates appear on the list; one seat shall be allocated to each independent candidate having obtained a number of validly cast votes at least equal to the electoral coefficient for deputies or, as applicable, senators. The constituency electoral office shall inform the Central Electoral Office, with a view to their centralised distribution, of the list of remaining votes (unused or fewer than the electoral coefficient) secured by the lists of parties, political groupings and coalitions satisfying the criterion referred to in paragraph 1 and of any seats that have not been allocated.

5. For each party, political grouping or coalition satisfying the criterion referred to in paragraph 1, the Central Electoral Office shall add up, at national level, separately for the Chamber of Deputies and for the Senate, the total number of any unused votes or votes below the constituency electoral coefficient of all constituencies. The number of votes thus obtained by each party, political grouping or coalition shall be divided by 1, 2, 3, 4, etc., in line with the number of unallocated seats at constituency level; the quotients resulting from the division, irrespective of the list from which they come, shall be ranked in descending order up to the number of unallocated seats; the lowest quotient shall constitute the national electoral coefficient for deputies or, as applicable, senators. Each party, political grouping or coalition shall be allocated as many seats in the Chamber of Deputies or the Senate as the total number of validly cast votes, unused and lower than the constituency coefficient that it has obtained at national level divided by the electoral coefficient fixed at national level.

6. The Central Electoral Office shall determine the distribution of seats by constituency. ...”

Article 68

“1. The Central Electoral Office shall resolve any disputes that may arise and issue a separate report for the Chamber of Deputies and for the Senate. The report shall indicate, at national level:

- (a) the total number of voters registered on the permanent electoral registers;
- (b) the total number of voters;
- (c) the total number of validly cast votes;
- (d) the total number of invalid votes;
- (e) the method by which the constituency electoral offices have applied the provisions of Article 66 § 4;
- (f) how seats have been distributed at national level in accordance with Article 66 § 5 and the allocation thereof to the constituencies in accordance with Article 66 § 6;
- (g) the organisations of citizens belonging to national minorities which, despite having participated in the elections, have failed to gain a seat in the Chamber of Deputies or the Senate; the total number of votes validly cast for the lists of each of those organisations and for organisations entitled to a seat in the Chamber of Deputies in accordance with Article 4; and the name and surname of the first candidate appearing on the list of the organisation entitled to a seat in the Chamber of Deputies having secured the largest number of votes. In the event of any organisations’ lists having obtained the same number of votes, seats shall be allocated by the drawing of lots.”

19. Article 91 § 9 of the new Law no. 373 of 24 September 2004 on elections to the Chamber of Deputies and to the Senate states that the parliamentary seat belonging to the national minorities is to be allocated to the constituency in which the list of candidates put forward has obtained the highest number of votes.

3. Emergency Ordinance no. 165/2000 of 13 October 2000 amending Law no. 68/1992

20. This Ordinance added the following paragraph to Article 5 of the above-mentioned Law no. 68/1992:

“8. By way of derogation from the provisions of paragraphs 3, 6 and 7, organisations of citizens belonging to national minorities may submit the same list of candidates to the Chamber of Deputies in more than one constituency.”

4. Regulations of the Chamber of Deputies of 24 February 1994, republished on 14 March 1996

21. The relevant parts of the Regulations, in the version in force at the material time, were worded as follows:

Regulation 3

“For the purposes of validating mandates, the Chamber of Deputies shall elect, at its first session, a committee comprising thirty deputies reflecting the political composition of the Chamber, as this results from the constitution of parliamentary groups.”

Regulation 6 § 5

“The Validation Commission shall examine any pending disputes and any which have been examined in breach of the procedural provisions.”

B. Work of the European Commission for Democracy through Law (“the Venice Commission”)

1. The Code of Good Practice in Electoral Matters

22. The Code of Good Practice in Electoral Matters was adopted by the Venice Commission at its 51st plenary session held on 5 and 6 July 2002 and submitted to the Parliamentary Assembly of the Council of Europe on 6 November 2002. The relevant parts thereof read as follows:

3.3. An effective system of appeal

“If the electoral law provisions are to be more than just words on a page, failure to comply with the electoral law must be open to challenge before an appeal body. This applies in particular to the election results: individual citizens may challenge them on the grounds of irregularities in the voting procedures. It also applies to decisions taken before the elections, especially in connection with the right to vote, electoral registers and standing for election, the validity of candidatures, compliance with the rules governing the electoral campaign and access to the media or to party funding.

There are two possible solutions:

- appeals may be heard by the ordinary courts, a special court or the Constitutional Court;
- appeals may be heard by an electoral commission. There is much to be said for this latter system in that the commissions are highly specialised whereas the courts tend to be less experienced with regard to electoral issues. As a precautionary measure, however, it is desirable that there should be some form of judicial supervision in place, making the higher commission the first appeal level and the competent court the second.

Appeal to parliament, as the judge of its own election, is sometimes provided for but could result in political decisions. It is acceptable as a first instance in places where it is long established, but a judicial appeal should then be possible.

Appeal proceedings should be as brief as possible, in any case concerning decisions to be taken before the election. On this point, two pitfalls must be avoided: first, that appeal proceedings retard the electoral process, and second, that, due to their lack of suspensive effect, decisions on appeals which could have been taken before, are taken after the elections.

In addition, decisions on the results of elections must also not take too long, especially where the political climate is tense. This means both that the time-limits for appeals must be very short and that the appeal body must make its ruling as quickly as possible. Time-limits must, however, be long enough to make an appeal possible, to guarantee the exercise of rights of defence and a reflected decision. A time-limit of three to five days at first instance (both for lodging appeals and making rulings) seems reasonable for decisions to be taken before the elections. It is, however, permissible to grant a little more time to Supreme and Constitutional Courts for their rulings.

The procedure must also be simple, and providing voters with special appeal forms helps to make it so. It is necessary to eliminate formalism, and so avoid decisions of inadmissibility, especially in politically sensitive cases.

It is also vital that the appeal procedure, and especially the powers and responsibilities of the various bodies involved in it, should be clearly regulated by law, so as to avoid any positive or negative conflicts of jurisdiction. Neither the appellants nor the authorities should be able to choose the appeal body. The risk that successive bodies will refuse to give a decision is seriously increased where it is theoretically possible to appeal to either the courts or an electoral commission, or where the powers of different courts – e.g. the ordinary courts and the Constitutional Court – are not clearly differentiated ...

Disputes relating to the electoral registers, which are the responsibility, for example, of the local administration operating under the supervision of or in cooperation with the electoral commissions, can be dealt with by courts of first instance.

Standing in such appeals must be granted as widely as possible. It must be open to every elector in the constituency and to every candidate standing for election there to lodge an appeal. A reasonable quorum may, however, be imposed for appeals by voters on the results of elections.

The appeal procedure should be of a judicial nature, in the sense that the right of the appellants to proceedings in which both parties are heard should be safeguarded.

The *powers* of appeal bodies are important too. They should have authority to annul elections, if irregularities may have influenced the outcome, i.e. affected the distribution of seats. This is the general principle, but it should be open to adjustment, i.e. annulment should not necessarily affect the whole country or constituency – indeed, it should be possible to annul the results of just one polling station. This makes it possible to avoid the two extremes: annulling an entire election, although irregularities affect a small area only, and refusing to annul, because the area affected

is too small. In zones where the results have been annulled, the elections must be repeated.

Where higher-level commissions are appeal bodies, they should be able to rectify or annul *ex officio* the decisions of lower electoral commissions.”

2. *The Report on electoral law and electoral administration in Europe*

23. The Report on electoral law and electoral administration in Europe (“Synthesis study on recurrent challenges and problematic issues”) was adopted by the Council for Democratic Elections at its 17th meeting (Venice, 8-9 June 2006) and by the Venice Commission at its 67th plenary session (Venice, 9-10 June 2006). The relevant parts thereof read as follows:

XII. Election appeals and accountability for electoral violations

“167. Complaint and appeals procedures must be open at least to each voter, candidate, and party. A reasonable quorum may, however, be imposed for appeals by voters on the results of election (CDL-AD(2002)023rev, para. 99). In order to comply with international standards, the complaint and appeals procedures should clearly provide the following rights for voters, candidates, and political parties: the rights to file a complaint, to present evidence in support of the complaint, to a public and fair hearing on the complaint, to an impartial and transparent proceedings on the complaint [*sic*], to an effective and speedy remedy, as well as to appeal an appellate court if a remedy is denied (see for example CDL-AD(2004)027, para. 111). In practice, however, these rights are not always respected. At times, even credible complaints are left without any legal redress.

168. Due to different legal and political traditions, a variety of procedures are used in the resolution of election disputes. In many established democracies in western Europe (like France, Germany, Italy, or the United Kingdom) election appeals are heard by ordinary administrative and judicial bodies operating under special procedures. In contrast, in most emerging and new democracies in central and eastern Europe (and in other regions of the world), the responsibility for deciding on election complaints and appeals is shared between independent electoral commissions and ordinary courts ...”

3. *The Report on electoral law and national minorities*

24. The Report on electoral law and national minorities was adopted by the Venice Commission on 25 January 2000. It concerns the central element of public life – participation in a State’s elected bodies, especially the national legislature. Such participation is studied through electoral law and the possibilities it gives members of national minorities of being present in elected bodies.

Rules of electoral law which provide for special representation of minorities are an exception. Of the States which replied to the Commission’s questionnaire, only three (Croatia, Romania and Slovenia) provided for the

election of deputies intended to represent national minorities. According to the report, Romania is the country where the largest number of minority parties or organisations (treated as political parties for electoral purposes) took part in elections and have deputies and senators in the parliament.

Other systems, while not necessarily guaranteeing the presence of members of national minorities in the elected bodies, facilitate the representation of minority organisations. In Germany and Poland, threshold rules do not apply to such organisations.

The Belgian system is specific. The body of institutions is conceived in such a way as to establish a balance between the different linguistic groups (rather than between minorities in the strict sense). Moreover, in certain areas which are mixed from a linguistic point of view, adjustments have been made so that electors from different linguistic communities are represented in the elected body.

In most cases, however, the representation of minorities in an elected body is achieved through the application of the ordinary rules of electoral law, which treat people belonging to national minorities and others in the same way.

C. Lund recommendations on the effective participation of national minorities in public life

25. The Lund recommendations were adopted in Lund (Sweden) in September 1999 by a group of international experts under the aegis of the High Commissioner on National Minorities of the Organization for Security and Co-operation in Europe (OSCE). The relevant parts of those recommendations read as follows:

B. Elections

“(7) Experience in Europe and elsewhere demonstrates the importance of the electoral process for facilitating the participation of minorities in the political sphere. States shall guarantee the right of persons belonging to national minorities to take part in the conduct of public affairs, including through the rights to vote and stand for office without discrimination.

(8) The regulation of the grouping and activity of political parties shall comply with the international law principle of freedom of association. This principle includes the freedom to establish political parties based on communal identities as well as those not identified exclusively with the interests of a specific community.

(9) The electoral system should facilitate minority representation and influence.

– Where minorities are concentrated territorially, single-member districts may provide sufficient minority representation.

- Proportional representation systems, where a political party's share in the national vote is reflected in its share of the legislative seats, may assist in the representation of minorities.
- Some forms of preference voting, where voters rank candidates in order of choice, may facilitate minority representation and promote inter-communal cooperation.
- Lower numerical thresholds for representation in the legislature may enhance the inclusion of national minorities in governance.

(10) The geographic boundaries of electoral districts should facilitate the equitable representation of national minorities.”

The Lund recommendations are set out in the “Guidelines to Assist National Minority Participation in the Electoral Process” published in January 2001 under the aegis of the OSCE.

D. Comparative law concerning post-electoral system of appeals

26. Despite differences in the organisation and characteristics of the electoral administration responsible for declaring results and the distribution of seats (independent electoral commissions, government structures, temporary polling stations, courts), the information available to the Court concerning the legislation of a large number of Council of Europe member States shows a degree of convergence as regards the existence of a post-electoral system of appeals. In certain States it is possible to lodge an appeal with a recognised court or tribunal body, be it an ordinary court, a special electoral court or a Constitutional Court. While certain countries make provision for up to two stages of appeal before the judicial authorities, others envisage only one such appeal, at first instance. The three countries that envisage no judicial remedy beyond validation of powers by the legislative chamber are in western Europe (Belgium, Italy and Luxembourg). The tendency towards investing courts with jurisdiction for post-electoral disputes is in line with the European standards recommended by the Venice Commission, which points out that in all cases there must be a judicial remedy available, since an appeal to the parliamentary validation commission or an electoral commission does not offer sufficient guarantees.

1. Central electoral administration as an appeal body

27. This is the system used by Romania and Albania. In Albania, decisions relating to the declaration of results may be challenged before the central electoral commission itself. However, the losing parties may subsequently appeal against the decision before a court (the electoral chamber of the Tirana Court of Appeal).

2. *Political validation: parliamentary validation commissions*

28. While such a practice is fairly widespread, three countries (Belgium, Italy and Luxembourg) stand out because the only post-election remedy available is validation by parliament, the decisions of the electoral offices being deemed to be final. That said, those three countries have enjoyed a long tradition of democracy which would tend to dissipate any doubts as to the legitimacy of such a practice. The Venice Commission in general has reservations as to the effectiveness of this type of remedy, however, as there could be doubts as to the impartiality of such bodies (see paragraph 22 above).

29. The French example may be held up in this regard: when the validation commission (which at the time was the only body authorised to hear appeals) excluded twenty-five Poujadist MPs from parliament in 1956, the Constitutional Council created by the 1958 Constitution was tasked with avoiding such pitfalls and the practice of validation purely and simply disappeared from the French parliamentary landscape. It may also be useful to point out that in 2005, Switzerland created the possibility of an appeal to the Federal Court (while previously, the verification of powers by the National Council served as the only appeal process).

30. Nevertheless, that practice remains the norm in certain States. Furthermore, various countries, including Switzerland, continue to use a dual system. Judicial review does not *de facto* prevent validation by parliament, in so far as their objectives remain separate. The purpose of the first is to settle potential disputes through the courts while the purpose of the second is to validate mandates by means of political supervision. This type of validation acknowledges the specific nature and independence of the legislature in relation both to the executive and the judiciary.

3. *Appeals to the courts*

31. One type of appeal is that lodged with an “ordinary” court. The competent authorities may be administrative courts and courts of appeal, as in the following countries: Andorra, Azerbaijan, Bosnia and Herzegovina, Georgia (Tbilisi Court and Court of Appeal), Hungary, Latvia (Department of Administrative Affairs of the Senate of the Supreme Court), Spain (Administrative Appeals Division of the Supreme Court) and the United Kingdom (Election Court of the High Court and appeal to the Court of Appeal).

32. Many countries confer jurisdiction for post-electoral disputes on the Constitutional Court. However, that court may not necessarily have the same powers of review from one system to another. It may merely

review constitutionality (Georgia) or it may verify and approve the results submitted by the electoral commission (Azerbaijan).

33. Certain countries have adopted this type of remedy either at first or last instance: Andorra (second instance), Armenia (first instance), Croatia (first instance), Estonia (first instance, before the Supreme Court as the Constitutional Court), France (first instance), Georgia (only where issues of constitutionality arise), Malta (first instance), Spain (second instance and protection of fundamental rights) and Switzerland (second instance before the Federal Court).

34. Lastly, some systems include courts which deal only with electoral disputes. They are composed of judges who are generally from other jurisdictions and they have a limited lifespan (the time-limit for an appeal following the publication of the results), but they enjoy exclusive jurisdiction in electoral disputes. Specific bodies of this kind have been set up in the following countries: Albania (electoral chamber of the Tirana Court of Appeal), Greece (Special Supreme Court, specialising in certain types of dispute, including electoral disputes), Sweden (Electoral Review Board) and the United Kingdom (Election Court).

4. Appeal to the executive

35. Only one case is known – that of Switzerland (challenge before the cantonal government). This is the result of the country’s history and federal tradition; however, the powers of the cantonal government go hand in hand with validation by the Conseil national (Parliament) of its own powers and appeal to the Federal Court since 2005.

THE LAW

I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 3 OF PROTOCOL No. 1

36. The applicant complained that the authorities had refused to allocate him a seat as an MP representing the Italian minority in the parliamentary elections of 2000. He relied on Article 3 of Protocol No. 1, which 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.”

A. The parties’ submissions

37. The Government submitted at the outset that according to the Court’s case-law, the Contracting States enjoy a wide margin of appreciation

in electoral matters. They argued that the conditions laid down by the legislation in force at the material time (the Constitution and Law no. 68/1992 on elections to the Chamber of Deputies and to the Senate – “Law no. 68/1992”) for the representation of minorities in Parliament were minimal, that they pursued a legitimate aim and that the means used to attain that aim were not disproportionate.

38. The Government argued that in its decision of 2 December 2000, the Central Electoral Office had correctly interpreted the relevant legislative provisions relating to the election of MPs representing national minorities. Thus, the Office had rightly held that the seat should be allocated to the Italian organisation having secured the largest number of votes in a single constituency, in the instant case, the Italian Community of Romania. The applicant represented the Association of Italians of Romania.

39. Lastly, the Government pointed out that the representation of minorities in the Romanian Parliament was an important issue. That had also been noted by the Venice Commission in its Report on electoral law and national minorities of 25 January 2000 and in its Opinion on the draft law on the status of national minorities living in Romania of 2005. Accordingly, in the parliamentary elections of 2000, national minorities had been allocated 45 seats out of a total of 341 and, in the municipal elections, hundreds of mayors and departmental and local councillors from national minorities had been elected.

40. The applicant claimed that the Association of Italians of Romania, of which he was a member, and the Italian Community of Romania had signed an alliance agreement validated by the Central Electoral Office, under which the Association of Italians of Romania would take part in the elections using its electoral emblem and the Italian Community of Romania would take part using its name. Therefore, in the parliamentary elections of 2000 he had been a member of the same organisation as Ms Ileana Stana Ionescu, namely, the Italian Community of Romania.

41. The applicant argued that the Central Electoral Office’s interpretation of the electoral provisions failed even to recognise the possibility afforded by law to minority representatives to submit a list in more than one constituency, in accordance with the principle of representation at national level. Furthermore, he argued that a parliamentary seat was allocated to minorities having obtained at least 5% of validly cast votes at national level for the election of an MP, in addition to the number of MPs elected according to the rules of representation.

B. The Court's assessment

1. Principles established by the Court's case-law

42. The Court reiterates that Article 3 of Protocol No. 1 differs from other rights guaranteed by the Convention and its Protocols as it is phrased in terms of the obligation of the High Contracting Party to hold elections which ensure the free expression of the opinion of the people rather than in terms of a particular right or freedom. However, having regard to the preparatory work to Article 3 of Protocol No. 1 and the interpretation of the provision in the context of the Convention as a whole, the Court has established that this provision also implies individual rights, including the right to vote and to stand for election (see *Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium*, 2 March 1987, §§ 46-51, Series A no. 113, and *Ždanoka v. Latvia* [GC], no. 58278/00, § 102, ECHR 2006-IV).

43. The rights guaranteed under Article 3 of Protocol No. 1 are crucial to establishing and maintaining the foundations of an effective and meaningful democracy governed by the rule of law. Nonetheless, these rights are not absolute. There is room for “implied limitations”, and Contracting States must be given a margin of appreciation in this sphere. The Court reaffirms that the margin in this area is wide (see *Mathieu-Mohin and Clerfayt*, cited above, § 52, and, more recently, *Matthews v. the United Kingdom* [GC], no. 24833/94, § 63, ECHR 1999-I; *Labita v. Italy* [GC], no. 26772/95, § 201, ECHR 2000-IV; and *Podkolzina v. Latvia*, no. 46726/99, § 33, ECHR 2002-II). There 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 its own democratic vision (see *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)* [GC], no. 74025/01, § 61, ECHR 2005-IX).

44. It is, however, for the Court to determine in the last resort whether the requirements of Article 3 of Protocol No. 1 have been complied with; it has to satisfy itself that the conditions do not curtail the rights in question to such an extent as to impair their very essence and deprive them of their effectiveness; that they are imposed in pursuit of a legitimate aim; and that the means employed are not disproportionate (see *Mathieu-Mohin and Clerfayt*, loc. cit.). In particular, any conditions imposed must not thwart the free expression of the people in the choice of the legislature – in other words, they must reflect, or not run counter to, the concern to maintain the integrity and effectiveness of an electoral procedure aimed at identifying the will of the people through universal suffrage (see *Hirst*, cited above,

§ 62, and *Yumak and Sadak v. Turkey* [GC], no. 10226/03, § 109, ECHR 2008. The Court is not required to adopt a position on the choice between one electoral system and another. That decision, which is determined by historical and political considerations specific to each country, is in principle one which the State alone has the power to make (see *Podkolzina*, cited above, § 34).

2. *Application of these general principles to the instant case*

45. In the instant case, the Court observes at the outset that the documents in the case file show that the applicant did in fact stand as a candidate representing the Italian Community of Romania and not, as submitted by the Government, the Association of Italians of Romania.

46. It notes that this case, unlike the majority of judgments it has delivered on electoral matters to date, does not concern conditions of eligibility but the allocation of a parliamentary seat, that is, a matter of post-electoral rights. This is an equally crucial issue, which, furthermore, has a direct impact on the election results, a factor to which the Court attaches significant weight (see *I.Z. v. Greece*, no. 18997/91, Commission decision of 28 February 1994, Decisions and Reports 76-A, p. 65, and *Babenko v. Ukraine* (dec.), no. 43476/98, 4 May 1999).

47. In that connection, the Court reiterates that the object and purpose of the Convention, which is an instrument for the protection of human beings, requires its provisions to be interpreted and applied in such a way as to make their stipulations not theoretical or illusory but practical and effective (see, for example, *Artico v. Italy*, 13 May 1980, § 33, Series A no. 37; *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey*, 30 January 1998, § 33, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-I; and *Chassagnou and Others v. France* [GC], nos. 25088/94, 28331/95 and 28443/95, § 100, ECHR 1999-III). The right to stand as a candidate in an election, which is guaranteed by Article 3 of Protocol No. 1 and is inherent in the concept of a truly democratic regime, would be merely illusory if one could be arbitrarily deprived of it at any moment. Consequently, while it is true that States have a wide margin of appreciation when establishing eligibility conditions in the abstract, the principle that rights must be effective requires the finding that this or that candidate has failed to satisfy them to comply with a number of criteria framed to prevent arbitrary decisions. In particular, such a finding must be reached by a body which can provide a minimum of guarantees of its impartiality. Similarly, the discretion enjoyed by the body concerned must not be exorbitantly wide; it must be circumscribed, with sufficient precision, by the provisions of domestic law. Lastly, the procedure for ruling a candidate ineligible must be such as to guarantee a fair and

objective decision and prevent any abuse of power on the part of the relevant authority (see *Podkolzina*, cited above, § 35).

48. The Court notes at the outset that Romania has chosen to ensure special representation for minorities in Parliament and that this is the European country where the largest number of minority parties or organisations have participated in elections and have representatives in Parliament (see the conclusions of the Report on electoral law and national minorities, paragraph 24 above).

49. The Court observes that Law no. 68/1992 does not set out clearly the procedure to be followed in assigning the parliamentary seat set aside for the winning organisation representing a national minority. Thus, the Central Electoral Office, in accordance with Article 68 § 1 (g) of the Law in question must indicate “the name and surname of the first candidate appearing on the list of the organisation entitled to a seat in the Chamber of Deputies having secured the largest number of votes”. That text does not specify whether this is the largest number of votes at national level or at constituency level. However, such a detail may prove decisive when determining the winning candidate.

50. Within the Italian Community of Romania, for which the applicant had stood as a candidate, the seat was allocated not to the applicant, who had secured the greatest number of votes at national level, but to another candidate, who had secured a large number of votes in a single constituency. The Central Electoral Office therefore opted for a method based on territorial representation rather than national representation.

51. The issue arising in the instant case is whether that lack of clarity in the electoral rules could give rise to an arbitrary interpretation upon their application. In that regard, the Court points out that it has already sanctioned a wide, and therefore arbitrary, interpretation of a legal provision relating to elections (see the cases of *Kovach v. Ukraine* (no. 39424/02, §§ 48-62, ECHR 2008), concerning invalidation of the ballot in four constituencies during parliamentary elections, which led to the election of a candidate other than the applicant; *Lykourazos v. Greece* (no. 33554/03, §§ 50-58, ECHR 2006-VIII), concerning the forfeiture of a parliamentary seat as a result of professional incompatibility introduced by a new Law; and *Paschalidis, Koutmeridis and Zaharakis v. Greece* (nos. 27863/05, 28422/05 and 28028/05, §§ 29-35, 10 April 2008), concerning the counting of blank votes when calculating the electoral quotient in a single constituency).

52. In the opinion of the Court, the lack of clarity of the relevant electoral provisions required the national authorities to be prudent in interpreting them, bearing in mind the direct impact that their interpretation would have on the result of the elections (see *Kovach*, cited above, § 59). The

Central Electoral Office interpreted the provisions of Law no. 68/1992 to mean that the seat should be allocated to the list of the organisation of citizens belonging to a national minority which had secured the largest number of votes in a single constituency. It did not specify whether that was a first interpretation of that provision or whether there was an established practice in that regard. Neither did it explain why the criterion of territorial representation applied to national minorities while, in other electoral matters, such minorities benefited from specific provisions relating to the criterion of national representation. Lastly, although the Court had requested it, the Government failed to provide additional information on the interpretation by the national authorities or legal authorities of Article 68 § 1 (g) of Law no. 68/1992. The Court therefore considers that the decisive provisions governing the allocation of a parliamentary seat to the organisation representing a national minority did not, at the material time, satisfy the requirements of precision laid down in its case-law (see paragraph 47 above).

53. However, the Court takes note of the legislative amendment made to the scope of the provision at issue in the new parliamentary election Law (see Relevant domestic law above, paragraph 19). The fact remains, however, that that legislative amendment was introduced long after the events which were the subject of the applicant's complaints and cannot therefore remedy his situation.

54. Moreover, the Court notes that the Central Electoral Office and the Chamber of Deputies Validation Commission examined the applicant's challenge and rejected it as being ill-founded. In the Court's opinion, however, an individual whose appointment as an MP has been rejected has legitimate grounds to fear that the large majority of members of the body having examined the lawfulness of the elections, more specifically the members representing the other political parties of the Central Electoral Office, may have an interest contrary to his own. The rules of composition of that body, made up of a large number of members representing political parties, do not therefore appear to be such as to provide a sufficient guarantee of impartiality. The same conclusion holds good a fortiori for the Chamber of Deputies Validation Commission.

55. Furthermore, the Court notes that no national court ruled on the interpretation of the legal provision at issue. Thus, the Supreme Court of Justice rejected the applicant's challenge as being inadmissible, considering that the decisions of the Central Electoral Office were final. Subsequently, the Constitutional Court informed the applicant that it had no jurisdiction in electoral matters. In that connection, the Court points out that in *Babenko*

(cited above), it had ruled that the fact that the applicant's allegations had been examined in the context of judicial proceedings was significant.

56. That approach has, moreover, been confirmed by the Venice Commission in its Code of Good Practice in Electoral Matters, which recommends judicial review of the application of electoral rules, possibly in addition to appeals to the electoral commissions or before parliament (see paragraph 22 above). The comparative-law materials also show that several Council of Europe member States have adopted judicial review and only a few States still maintain purely political supervision of elections (see paragraph 28 above).

57. In those circumstances, the Court considers that the lack of clarity of the electoral law as regards national minorities and the lack of sufficient guarantees as to the impartiality of the bodies responsible for examining the applicant's challenges impaired the very essence of the rights guaranteed by Article 3 of Protocol No. 1.

There has therefore been a violation of that Article.

II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 13 OF THE CONVENTION TAKEN IN CONJUNCTION WITH ARTICLE 3 OF PROTOCOL NO. 1

58. Relying in substance on Article 13 of the Convention taken in conjunction with Article 3 of Protocol No. 1, the applicant complained that he had had no effective remedy by which to challenge the authorities' refusal to allocate him the parliamentary seat for the Italian minority and, as a result, that there had been a violation of the freedom of expression of the opinion of the people as to the choice of legislative body. Article 13 of the Convention 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.”

59. The Government submitted that an effective domestic remedy within the meaning of Article 13 of the Convention had been available to the applicant, namely, challenging the decision before the Central Electoral Office, a body meeting the requirements laid down in the Court's case-law. They pointed out in that connection that, under Article 24 of Law no. 68/1992, the Central Electoral Office was composed of seven judges of the Supreme Court of Justice and sixteen representatives of the political parties, that the judges were selected randomly, by the drawing of lots, that the decisions of the office were reasoned, and that the members thereof were able to formulate dissenting opinions.

60. Lastly, the Government argued that the Contracting States had a wide margin of appreciation as regards Article 13 of the Convention (see *Wille v. Liechtenstein* [GC], no. 28396/95, § 75, ECHR 1999-VII) and that the legislative provisions of other States provided for the same domestic remedy in that regard (see the case of Hungary).

61. The applicant submitted that the Central Electoral Office's decision of 2 December 2000 did not constitute an effective remedy. He argued that that body was not impartial. In particular, he criticised it for being composed of judges of the Supreme Court of Justice, which had thus subsequently been influenced when refusing to examine his challenge. Lastly, he submitted that the Government's reference to supposedly similar electoral legislation was irrelevant in the instant case, given the specific status enjoyed by national minorities in Romania.

62. For the reasons set out in paragraphs 55 and 56 above, the Court considers that there has also been a violation of Article 13 of the Convention taken in conjunction with Article 3 of Protocol No. 1.

III. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

63. 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

64. The applicant claimed 200,000 euros (EUR) in respect of pecuniary damage, corresponding to the salary and allowances to which he would have been entitled as an MP for the period 2002 to 2004. He sought EUR 1,500,000, in respect of non-pecuniary damage, for the injury he claimed to have incurred as a result of it being impossible for him to carry out his duties as an MP and the attacks and injustices to which he claimed he and his family had been exposed.

65. The Government submitted that the amount claimed by the applicant in respect of pecuniary damage was excessive and purely speculative. They pointed out that the claim was not accompanied by any supporting documentation. Furthermore, they referred to the Court's case-law concerning Article 3 of Protocol No. 1, according to which the Court does not award amounts in respect of pecuniary damage in this domain (see *Podkolzina v. Latvia*, no. 46726/99, § 49, ECHR 2002-II; *Aziz v.*

Cyprus, no. 69949/01, § 43, ECHR 2004-V; *Melnychenko v. Ukraine*, no. 17707/02, § 75, ECHR 2004-X; and *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)* [GC], no. 74025/01, § 94, ECHR 2005-IX).

66. As regards non-pecuniary damage, the Government argued that no causal link had been established between any damage and the alleged violation of the Convention. Furthermore, they pointed out that in several cases in which it had found a violation of Article 3 of Protocol No. 1, the Court had considered that the finding of a violation in itself provided sufficient just satisfaction in respect of the non-pecuniary damage incurred by the applicants. In any event, the amount sought was exorbitant given the amounts normally awarded by the Court under this head (see *Podkolzina*, cited above, § 52, and *Melnychenko*, cited above, § 78).

67. As regards pecuniary damage, the Court cannot speculate as to what the outcome of the elections would have been had there been a clear provision interpreted by a body adequately meeting the requirements of impartiality. Furthermore, the applicant had failed to mention the professional activities in which he had been engaged between 2000 and 2004 and had not proved that the amount of any fees or salaries he had received had been lower than the amount of any parliamentary allowances forfeited during the period under consideration. The Court therefore rejects the claims made in respect of pecuniary damage (see *Kovach v. Ukraine*, no. 39424/02, § 66, ECHR 2008).

68. The Court acknowledges, however, that the applicant did incur non-pecuniary damage as a result of the violation found. Accordingly, ruling on an equitable basis and having regard to all the circumstances of the case, it awards him EUR 5,000 in respect of non-pecuniary damage.

B. Costs and expenses

69. The applicant also claimed EUR 2,300 for the costs and expenses incurred in the proceedings before the national courts and before the Court.

70. The Government pointed out that the applicant had produced no documentation in support of his claim.

71. According to the Court's case-law, an applicant may only obtain reimbursement of his costs and expenses in so far as they were actually incurred, were necessarily incurred and were reasonable as to quantum. In the instant case, the Court notes that the applicant failed to detail his claims or provide any documentation in support of his estimates. Accordingly, the Court is not able to award any amount under this head.

C. Default interest

72. 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 3 of Protocol No. 1;
2. *Holds* that there has been a violation of Article 13 of the Convention taken in conjunction with Article 3 of Protocol No. 1;
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 5,000 (five thousand euros) in respect of non-pecuniary damage plus any tax that may be chargeable, to be converted into the respondent State's national currency at the rate applicable at the date of settlement;
 - (b) that from the expiry of the above-mentioned three months until settlement simple interest shall be payable on the above 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 French, and notified in writing on 2 March 2010, 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 separate opinion of Judge Ziemele is annexed to this judgment.

J.C.M.
S.Q.

CONCURRING OPINION OF JUDGE ZIEMELE

1. I voted with the majority in finding that there has been a violation of Article 13 taken in conjunction with Article 3 of Protocol No. 1. I think that it is important that the Court should further develop its case-law concerning Article 13 (see my dissenting opinion in *Zavoloka v. Latvia*, no. 58447/00, 7 July 2009).

2. In the current case, however, the Court in its reasoning under Article 13 simply referred back to the findings under Article 3 of Protocol No. 1 and therefore missed the opportunity to clarify the scope of the obligations that derive from Article 13 of the Convention in circumstances where human rights problems arise in the context of national elections. The Court found that the election law was not sufficiently clear as concerns the provisions on national minorities, that the authorities entrusted to deal with election disputes were not sufficiently impartial and that no court had ruled on the interpretation of the law or indeed the very dispute. This led the Court to find a violation of Article 3. As for the violation of Article 13, the Court noted its findings concerning the absence of judicial review (see paragraph 62 of the judgment).

3. It should be noted that until this judgment the Court had considered the functioning of remedies in respect of alleged election problems under Article 3 of Protocol No. 1 (see *Podkolzina v. Latvia*, no. 46726/99, § 37, ECHR 2002-II). In the above-mentioned *Podkolzina* case the Court considered that it was not necessary to examine separately the lack of an effective remedy from the point of view of Article 13 (*ibid.*, § 45). The present case marks a change in the Court's approach, which I can indeed endorse.

4. The question, however, is what are the nature and scope of the obligations that derive from Article 13, as this may be relevant in the circumstances of the case at issue? In other words, what effective remedies should be in place where violations of the right to free elections are alleged? In its case-law so far the Court has developed several elements that clarify the notion of effective remedy under Article 13. The Court has thus accepted that for a remedy to be effective it need not always be a judicial remedy or a single remedy. The Court has accepted the possibility of an aggregate of remedies. Furthermore, the notion of effectiveness is construed as ensuring either the prevention of the alleged violation, or the provision of adequate redress, including compensation, for the victim of a violation (see *Kudła v. Poland* [GC], no. 30210/96, § 158, ECHR 2000-XI).

5. In the present case, under Article 13 the applicant alleged that there was no remedy capable of restoring his seat in Parliament, whereas the Government argued that the composition of the Central Electoral Office complied with the requirement of being an effective remedy. Since the Court referred back to its finding regarding the absence of judicial review, it did not elaborate either on the submissions of the parties or on its own understanding of the notion of effectiveness of a remedy for the purposes of the applicant's claim. I note in this regard that the 2002 Code of Good Practice in Electoral Matters of the Council of Europe's Venice Commission accepts that an effective appeal can exist where such appeals are heard not only by courts but also by electoral commissions (see under Chapter 3.3 of the Code, cited in paragraph 22 of the judgment). I believe that the Court's reference to the fact that no judicial appeal was available in general, and to the applicant in particular, is not sufficient to answer the question that Article 13 poses, namely whether there was a meaningful system of institutions and procedures that enabled the applicant to challenge in substance the fact that he was allegedly deprived of his mandate and to seek appropriate redress.

AL-SAADOON AND MUFDHI v. THE UNITED KINGDOM
(Application no. 61498/08)

FOURTH SECTION

JUDGMENT OF 2 MARCH 2010¹

1. English original.

SUMMARY¹**Transfer of detainees to Iraqi authorities despite risk of capital punishment****Article 3**

Inhuman treatment – Transfer of detainees to Iraqi authorities despite risk of capital punishment – Well-founded and continuing fear of execution – Indicators that death penalty now prohibited in all circumstances – Positive obligations – Duty not to enter into agreement with another State conflicting with Convention obligations – Paramount obligations in respect of persons brought into jurisdiction through arrest and detention – Failure to seek alternatives to referral or binding assurances

Article 6

Fair hearing – Alleged risk of unfair trial before Iraqi High Tribunal – Absence of evidence of flagrantly unfair trial

Articles 13 and 34

Hinder the exercise of the right of petition – Transfer of detainees to Iraqi authorities in contravention of interim measure – Absence of objective impediment to Convention compliance – Entry into arrangements conflicting with Convention obligations – Failure to seek binding assurances – Failure to take reasonable steps to comply with interim measure – Transfer of detainees unjustifiably nullifying effectiveness of appeal to House of Lords

*

* *

This case concerned a complaint by two Iraqi nationals that the British authorities in Iraq had transferred them to Iraqi custody in breach of an interim measure indicated by the European Court under Rule 39 of the Rules of Court, so putting them at real risk of an unfair trial followed by execution by hanging. The applicants were arrested by British forces in 2003 following the invasion of Iraq by the Multinational Force. They were initially detained in British-run detention facilities as “security internees” on suspicion of being senior members of the Ba’ath Party under the former regime and of orchestrating violence against the coalition forces.

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

In October 2004 the British Royal Military Police, which had been investigating the deaths of two British soldiers in an ambush in southern Iraq on 23 March 2003, concluded that there was evidence of the applicants' involvement in the killing. In December 2005 the British authorities formally referred the murder cases against the applicants to the Iraqi criminal courts. In May 2006 a warrant was issued under the Iraqi Penal Code for the applicants' arrest and an order made authorising their continued detention by the British Army in Basra. The British authorities reclassified the applicants' status from "security internees" to "criminal detainees". The cases were then transferred to the Basra Criminal Court, which decided that the allegations against the applicants constituted war crimes triable by the Iraqi High Tribunal (IHT), which had power to impose the death penalty. The IHT made repeated requests for the applicants' transfer into its custody. The applicants sought judicial review in the English courts of the legality of the proposed transfer. The Divisional Court declared it lawful on 19 December 2008 and its decision was upheld by the Court of Appeal on 30 December 2008. While accepting that there was a real risk that the applicants would be executed, the Court of Appeal found that, even prior to the expiry of the United Nations mandate on 31 December 2008, the United Kingdom had not been exercising, in relation to the applicants, autonomous power as a sovereign State, but had acted as an agent for the Iraqi court. The United Kingdom had no discretionary power of its own to hold, release or return the applicants. In essence it was detaining them only at the request and to the order of the IHT and was obliged to return them to the custody of that tribunal in accordance with the arrangements between the United Kingdom and Iraq. That was *a fortiori* so with the expiry of the United Nations mandate, as after that date the British forces would enjoy no legal power to detain any Iraqi. In any event, even if the United Kingdom was exercising jurisdiction, it nevertheless had an international-law obligation to transfer the applicants to the custody of the IHT which obligation had to be respected unless it would expose the applicants to a crime against humanity or torture. The death penalty by hanging did not fit into either of those categories. The Court of Appeal therefore dismissed the appeal. It also refused permission to appeal to the House of Lords or to grant the applicants interim relief.

Shortly after being informed of the Court of Appeal's ruling the European Court of Human Rights gave an indication under Rule 39 of the Rules of Court that the applicants should not be removed or transferred from the custody of the United Kingdom until further notice. However, the Government replied on 31 December 2008 that, since the United Nations mandate was due to expire at midnight, exceptionally they could not comply and had transferred the applicants to Iraqi custody earlier in the day. The applicants' trial before the IHT started in May 2009 and ended in September 2009 with a verdict cancelling the charges against them and ordering their immediate release. Upon an appeal by the prosecutor, the Iraqi Court of Cassation remitted the cases for further investigation by the Iraqi authorities and

for a retrial. The applicants remained in custody. In its admissibility decision of 30 June 2009, the European Court had found that, given the total and exclusive *de facto*, and subsequently also *de jure*, control exercised by the United Kingdom authorities over the detention facilities in Basra, the applicants had been within the United Kingdom's jurisdiction until their physical transfer to the custody of the Iraqi authorities on 31 December 2008.

Held

(1) Article 3: Although the death penalty had not been considered to violate international standards when the Convention was drafted, there had since been an evolution towards its complete *de facto* and *de jure* abolition within all the member States of the Council of Europe. Two Protocols to the Convention had thus entered into force, abolishing the death penalty in time of war (Protocol No. 6) and in all circumstances (Protocol No. 13), and the United Kingdom had ratified them both. All but two member States had signed Protocol No. 13 and all but three of the States which had signed it had ratified it. These figures and consistent State practice in observing the moratorium on capital punishment were strongly indicative that Article 2 of the Convention had been amended so as to prohibit the death penalty in all circumstances. Accordingly, there was no longer any bar to considering the death penalty – which caused not only physical pain but also intense psychological suffering as a result of the foreknowledge of death – as inhuman and degrading treatment or punishment within the meaning of Article 3. Given the nature of the evidence and allegations against them, from August 2004, when the death penalty was reintroduced in Iraq, there had been substantial grounds for believing that the applicants would run a real risk of being sentenced to death if tried and convicted by an Iraqi court. The applicants themselves must have been aware of that risk. In the Court's view, at least from May 2006, when the Iraqi criminal courts accepted jurisdiction over their cases, the applicants had been subjected to a well-founded and continuing fear of execution which it was reasonable to assume caused them intense psychological suffering that had undoubtedly intensified since their transfer into Iraqi custody on 31 December 2008.

As to the Government's contention that, in accordance with well-established principles of international law, they had had no option but to respect Iraqi sovereignty and transfer the applicants to the custody of the Iraqi courts when requested, the Court reiterated that it was not open to a Contracting State to enter into an agreement with another State which conflicted with its obligations under the Convention, especially in a case involving the death penalty and the risk of grave and irreversible harm. Furthermore, although the British courts had considered themselves bound by the principles of international law restricting the duty to provide "diplomatic asylum" to cases where the individual concerned was at risk of treatment so harsh as to constitute a crime against humanity, the Court considered that the applicants' situation was clearly distinguishable. The applicants had not sought refuge with the United Kingdom authorities, but had actively

been brought, through their arrest and detention by British armed forces, within the United Kingdom's jurisdiction. In these circumstances, the respondent State had been under a paramount obligation to ensure that the applicants' arrest and detention did not end in a manner which would breach their rights.

In any event, the Court was not satisfied that the need to secure the applicants' rights under the Convention had inevitably required a breach of Iraqi sovereignty. It did not appear that any real attempt had been made to negotiate with the Iraqi authorities to prevent the risk of the death penalty. For example, although the evidence showed that the Iraqi prosecutors had initially had "cold feet" about bringing the cases themselves because the matter was "so high profile", the opportunity did not appear to have been seized to seek the consent of the Iraqi government to an alternative arrangement involving the applicants being tried by a British court, either in Iraq or in the United Kingdom. Likewise, no request was made to the Iraqi authorities, before the decision was made to refer the applicants' cases to the Iraqi courts, for a binding assurance that, in the event of a referral, the applicants would not be at risk of capital punishment. Indeed, no such assurance had ever been obtained. In the absence of such an assurance, the referral of the applicants' cases to the Iraqi courts and their physical transfer to the custody of the Iraqi authorities had failed to take proper account of the United Kingdom's obligations under Articles 2 and 3 of the Convention and Article 1 of Protocol No. 13. Accordingly, while the outcome of their cases before the IHT remained uncertain, the applicants had been subjected, since at least May 2006, to inhuman treatment through the fear of execution by the Iraqi authorities.

Conclusion: violation (unanimously).

(2) Article 6: The Court accepted the national courts' finding that it had not been established that, at the date of their transfer to the Iraqi authorities, the applicants risked a flagrantly unfair trial before the IHT. Nor, now that the trial had taken place, was there any evidence before the Court to cast doubt on that assessment.

Conclusion: no violation (unanimously).

(3) Articles 13 and 34: The Government had argued that there had been an "objective impediment" to compliance with the Rule 39 indication in that the applicants' transfer to the Iraqi authorities had been the only course of action that was consistent with respect for Iraqi sovereignty. The Court considered, however, that the respondent State was responsible for the situation in which it had found itself as, firstly, it had not obtained a binding assurance regarding the death penalty before referring the applicants' cases to the Iraqi courts and transferring them physically to Iraqi custody and, secondly, it had entered into arrangements with another State which conflicted with its Convention obligations to safeguard the applicants' fundamental human rights. Nor had it established that there had been no realistic or practicable means available to safeguard those rights.

Moreover, the Government had not satisfied the Court that they had taken all reasonable steps, or indeed any steps, to seek to comply with the Rule 39

indication. They had not informed the Court, for example, of any attempt to explain the situation to the Iraqi authorities and to reach a temporary solution. The Government's approaches to the Iraqi authorities prior to the applicants' transfer on 31 December 2008 had not been sufficient to secure any binding assurance that the death penalty would not be applied and their subsequent efforts had come after the applicants had left the jurisdiction and therefore at a time when the British authorities had lost any real and certain power to secure their safety. In sum, the respondent State had not taken all reasonable steps to comply with the interim measure and had thereby exposed the applicants to a serious risk of grave and irreparable harm. This had also had the effect of unjustifiably nullifying the effectiveness of any appeal to the House of Lords.

Conclusion: violations (six votes to one).

Article 46: The Government were required to seek to put an end to the suffering that the fear of execution caused the applicants as soon as possible, by taking all possible steps to obtain an assurance from the Iraqi authorities that they would not be subjected to the death penalty.

Article 41: The Court held that the findings of a violation of Articles 3, 13 and 34, coupled with the Article 46 indication, constituted sufficient just satisfaction in respect of any non-pecuniary damage. It made an award in respect of costs and expenses.

Case-law cited by the Court

Soering v. the United Kingdom, 7 July 1989, Series A no. 161

Vilvarajah and Others v. the United Kingdom, 30 October 1991, Series A no. 215

M. v. Denmark, no. 17392/90, Commission decision of 14 October 1992, Decisions and Reports 73

Loizidou v. Turkey (preliminary objections), 23 March 1995, Series A no. 310

McCann and Others v. the United Kingdom, 27 September 1995, Series A no. 324

Ismaili v. Germany (dec.), no. 58128/00, 15 March 2001

Al-Adsani v. the United Kingdom [GC], no. 35763/97, ECHR 2001-XI

Banković and Others v. Belgium and Others (dec.) [GC], no. 52207/99, ECHR 2001-XII

S.R. v. Sweden (dec.), no. 62806/00, 23 April 2002

Mamatkulov and Askarov v. Turkey [GC], nos. 46827/99 and 46951/99, ECHR 2005-I

Öcalan v. Turkey [GC], no. 46221/99, ECHR 2005-IV

Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland [GC], no. 45036/98, ECHR 2005-VI

Bader and Kanbor v. Sweden, no. 13284/04, ECHR 2005-XI

Saadi v. Italy [GC], no. 37201/06, ECHR 2008

Hakizimana v. Sweden (dec.), no. 37913/05, 27 March 2008

Paladi v. Moldova [GC], no. 39806/05, 10 March 2009

A. and Others v. the United Kingdom [GC], no. 3455/05, ECHR 2009

Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom (dec.), no. 61498/08, 30 June 2009

Kaboulov v. Ukraine, no. 41015/04, 19 November 2009

In the case of Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom,
 The European Court of Human Rights (Fourth Section), sitting as a
 Chamber composed of:
 Lech Garlicki, *President*,
 Nicolas Bratza,
 Giovanni Bonello,
 Ljiljana Mijović,
 Ján Šikuta,
 Mihai Poalelungi,
 Nebojša Vučinić, *judges*,
 and Lawrence Early, *Section Registrar*,
 Having deliberated in private on 2 February 2010,
 Delivers the following judgment, which was adopted on that date:

PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 61498/08) against the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by two Iraqi nationals, Mr Faisal Attiyah Nassar Khalaf Hussain Al-Saadoon and Mr Khalef Hussain Mufdhi (“the applicants”), on 22 December 2008.

2. The applicants, who were granted legal aid, were represented by Mr P. Shiner, a lawyer practising in Birmingham. The United Kingdom Government (“the Government”) were represented by their Agent, Mr D. Walton, Foreign and Commonwealth Office.

3. The applicants alleged that their detention by British forces in Basra and their transfer by those forces to the custody of the Iraqi authorities fell within the jurisdiction of the United Kingdom and gave rise to violations of their rights under Articles 2, 3, 6, 13 and 34 of the Convention and Article 1 of Protocol No. 13.

4. On 30 December 2008 the Acting President of the Section decided to grant the applicants’ request for an interim measure under Rule 39 of the Rules of Court. The Government were therefore informed that the applicants should not be removed or transferred from the custody of the United Kingdom until further notice. By a letter dated 31 December 2008, the Government informed the Court that the applicants had nonetheless been transferred to the custody of the Iraqi authorities earlier that day.

5. On 17 February 2009 the Chamber decided to refuse a further application by the applicants for an interim measure under Rule 39

and decided to give the case priority under Rule 41 and to expedite the procedure. On the same day, the President of the Chamber decided to give notice of the application to the Government. It was also decided to examine the merits of the application at the same time as its admissibility (Article 29 § 3 of the Convention).

6. On 20 March 2009 the Equality and Human Rights Commission was granted leave by the President to intervene as a third party (Article 36 § 2 of the Convention and Rule 44 § 2). On 25 March 2009 the Bar Human Rights Committee of England and Wales, British Irish Rights Watch, the European Human Rights Advocacy Centre, Human Rights Watch, the International Commission of Jurists, the International Federation for Human Rights, JUSTICE, Liberty and REDRESS (“the group of interveners”) were also granted leave to intervene.

7. On 30 June 2009 the Court unanimously decided to disapply Article 29 § 3 of the Convention, to declare the complaints concerning conditions of detention and the risk of ill-treatment and extrajudicial killing in Iraqi custody inadmissible, to join the question of the admissibility of Article 13 of the Convention and the issues arising under Article 34 to the merits and to declare the remainder of the application admissible.

8. On the same day, the President of the Chamber put further questions to the parties. The parties’ responses to those questions were received on 21 August 2009.

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

9. The facts of the case and the relevant legal framework may be summarised as follows.

A. The occupation of Iraq

10. On 20 March 2003 a coalition of armed forces (the Multinational Force or “MNF”), led by the United States of America with a large force from the United Kingdom and smaller contingents from Australia and Poland, commenced the invasion of Iraq.

11. Major combat operations in Iraq ceased at the beginning of May 2003. The United States of America and the United Kingdom thereafter became occupying powers within the meaning of section III of the Hague Regulations on the Laws and Customs of War on Land (1907) and the Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of

War (Geneva, 1949) (“the Fourth Geneva Convention”). Article 27 of the Fourth Geneva Convention placed an obligation on the United Kingdom, within the area it occupied, to protect the civilian population against all acts of violence and Articles 41, 42 and 78 gave the United Kingdom the power, *inter alia*, to intern Iraqi civilians where necessary for imperative reasons of security.

12. The Coalition Provisional Authority (CPA) was created by the government of the United States of America as a “caretaker administration” until an Iraqi government could be established. It had power, *inter alia*, to issue legislation. On 13 May 2003 the US Secretary for Defence, Donald Rumsfeld, issued a memorandum formally appointing Ambassador Paul Bremer as Administrator of the CPA with responsibility for the temporary governance of Iraq. The CPA administration was divided into regional areas. CPA South remained under United Kingdom responsibility and control, with a United Kingdom regional coordinator. It covered the southernmost four of Iraq’s eighteen provinces, each having a governorate coordinator. British troops were deployed in the same area. The United Kingdom was represented at CPA headquarters through the office of the United Kingdom Special Representative. Although the United Kingdom Special Representative and his office sought to influence CPA policy and decisions, he had no formal decision-making power within the CPA. All the CPA’s administrative and legislative decisions were taken by Ambassador Bremer.

13. CPA Regulation No. 1 gave the CPA authority to issue binding regulations and orders and memoranda in relation to the interpretation and application of any regulation and order. CPA Order No. 7, dated 9 June 2003, modified the Iraqi Penal Code to remove certain offences and, in section 3(1), suspended the operation of the death penalty in Iraq. CPA Memorandum No. 3 of 18 June 2003 was entitled “Criminal Procedures” and contained, *inter alia*, the following provisions:

Section 6: Criminal Detentions

“(1) Consistent with the Fourth Geneva Convention, the following standards will apply to all persons who are detained by Coalition Forces solely in relation to allegations of criminal acts and who are not security internees (hereinafter ‘criminal detainees’):

(a) Upon the initial induction into a Coalition Force detention centre a criminal detainee shall be apprised of his rights to remain silent and to consult an attorney.

(b) A criminal detainee suspected of a felony offence may consult an attorney 72 hours after induction into a Coalition Force detention centre.

(c) A criminal detainee shall be promptly informed, in writing, in a language which they understand, of the particulars of the charges preferred against them.

(d) A criminal detainee shall be brought before a judicial officer as rapidly as possible and in no instance later than 90 days from the date of induction into a Coalition Force detention centre.

(e) Access to detainees shall be granted to official delegates of the International Committee of the Red Cross (ICRC). ...

(2) Where any criminal detainee held by Coalition Forces is subsequently transferred to an Iraqi court, a failure to comply with these procedures shall not constitute grounds for any legal remedy or negation of process, but any period spent in detention awaiting trial or punishment shall be deducted from any period of imprisonment imposed.”

Section 7: Coalition Force Security Internee Process

“(1) Consistent with the Fourth Geneva Convention, the following standards will apply to all persons who are detained by Coalition Forces where necessary for imperative reasons of security (hereinafter ‘security internees’):

(a) In accordance with Article 78 of the Fourth Geneva Convention, Coalition Forces shall, with the least possible delay, afford persons held as security internees the right of appeal against the decision to intern them.

(b) The decision to intern a person shall be reviewed not later than six months from the date of induction into an internment facility by a competent body established for the purpose by Coalition Forces.

(c) The operation, condition and standards of any internment facility established by Coalition Forces shall be in accordance with section IV of the Fourth Geneva Convention.

(d) Access to internees shall be granted to official delegates of the International Committee of the Red Cross (ICRC). ...

(e) If a person is subsequently determined to be a criminal detainee following tribunal proceedings concerning his or her status, or following the commission of a crime while in internment, the period that person has spent in internment will not count with respect to the period set out in section 6(1)(d) herein.

(f) Where any security internee held by Coalition Forces is subsequently transferred to an Iraqi court, a failure to comply with these proceedings shall not constitute grounds for any legal remedy, but may be considered in mitigation in sentence.”

14. The invasion had gone ahead after the abandonment of the efforts by the coalition States to obtain the backing of a United Nations Security Council (UNSC) resolution (UNSCR). UNSCR 1483 was adopted by the UNSC on 22 May 2003. Acting under Chapter VII of the United Nations Charter, the UNSC called on the coalition of occupying States, in conformity with the United Nations Charter and other relevant international law, to promote the welfare of the Iraqi people and work towards the restoration of conditions of stability and security. The UNSC further requested the Secretary-General to appoint a Special Representative in Iraq: he was

to report regularly to the UNSC on his activities under the UNSCR, which were to coordinate the activities of the United Nations and other international agencies engaged in post-conflict processes and humanitarian assistance in a number of specified ways, including the protection of human rights.

15. In July 2003 the Governing Council of Iraq was established, which the CPA was to consult on all matters concerning the temporary governance of Iraq.

16. UNSCR 1511, adopted on 16 October 2003, underscored the temporary nature of the CPA's role; determined that the Governing Council of Iraq and its ministers were the principal bodies of the Iraqi interim administration which embodied the sovereignty of the State of Iraq during the transitional period until an internationally recognised, representative government was established and assumed the responsibilities of the CPA; called upon the CPA to return governing responsibilities and authorities to the people of Iraq as soon as practicable; and invited the Governing Council of Iraq to produce a timetable and programme for the drafting of a new constitution for Iraq and for the holding of democratic elections under that constitution. It authorised the MNF to take all necessary measures to contribute to the maintenance of security and stability in Iraq and provided that the requirements and mission of the MNF would be reviewed within one year of the date of the UNSCR and that in any case the mandate of the MNF was to expire upon the completion of the political process to which the resolution had previously referred.

17. Pursuant to UNSCR 1483 (see paragraph 14 above), provision was made by CPA Order No. 48 of 10 December 2003 for the setting up of an Iraqi Tribunal to try members of the previous Iraqi regime alleged to be responsible for crimes and atrocities. In the Order, the CPA delegated to the interim government the following authority:

“The Governing Council is hereby authorised to establish an Iraqi Special Tribunal (the ‘Tribunal’ [subsequently known as the ‘Iraqi High Tribunal’ or ‘IHT’]) to try Iraqi nationals or residents of Iraq accused of genocide, crimes against humanity, war crimes or violations of certain Iraqi laws, by promulgating a statute, the proposed provisions of which have been discussed extensively between the Governing Council and the CPA ...”

18. On 8 March 2004 the Governing Council of Iraq promulgated the Law of Administration for the State of Iraq for the Transitional Period (known as the “Transitional Administrative Law”). This provided a temporary legal framework for the administration of Iraq for the transitional period which was due to commence by 30 June 2004 with the establishment of an interim Iraqi government (“the interim government”) and the dissolution of the

CPA. Section 26 of the Transitional Administrative Law made provision for the laws in force in Iraq at the time of that change to continue in effect unless rescinded or amended by the interim government, and specifically for the laws, regulations, orders and directives issued by the CPA to remain in force until rescinded or amended by legislation duly enacted and having the force of law.

19. Further provision for the new regime was made in UNSCR 1546, adopted on 8 June 2004. The UNSCR endorsed “the formation of a sovereign interim government of Iraq ... which will assume full responsibility and authority by 30 June 2004 for governing Iraq” (Article 1) and welcomed “that, also by 30 June 2004, the occupation will end and [the CPA] will cease to exist, and that Iraq will reassert its full sovereignty” (Article 2). It noted that the presence of the MNF was at the request of the incoming interim government (as set out in correspondence between the Iraqi Prime Minister and the US Secretary of State annexed to the resolution) and reaffirmed the authorisation for the MNF to remain in Iraq, with authority to take all necessary measures to contribute to the maintenance of security and stability there. Provision was again made for the mandate of the MNF to be reviewed within twelve months and to expire upon completion of the political process previously referred to.

20. A revised version of CPA Memorandum No. 3 was issued on 27 June 2004 (“CPA Memorandum No. 3 (Revised)”) which amended the law and procedure in relation to detention. It provided as follows:

Section 1: Purpose

“(1) This Memorandum implements CPA Order No. 7 by establishing procedures for applying criminal law in Iraq, recognising that effective administration of justice must consider:

(a) the continuing involvement of the Multinational Force (MNF) in providing critical support to some aspects of the administration of justice;

(b) the need to transition from this support;

(c) the need to modify aspects of Iraqi law that violate fundamental standards of human rights;

(d) the ongoing process of security internee management in accordance with the relevant and appropriate standards set out in the Fourth Geneva Convention which shall be applied by the MNF as a matter of policy in accordance with its mandate.

...”

Section 5: Criminal Detentions

“(1) A national contingent of the MNF shall have the right to apprehend persons who are suspected of having committed criminal acts and are not considered

security internees (hereinafter ‘criminal detainees’) who shall be handed over to Iraqi authorities as soon as reasonably practicable. A national contingent of the MNF may retain criminal detainees in facilities that it maintains at the request of the appropriate Iraqi authorities based on security or capacity considerations. Where such criminal detainees are retained in the detention facilities of a national contingent of the MNF the following standards will apply:

(a) Upon the initial induction into the detention centre a criminal detainee shall be apprised of his rights to remain silent and to consult an attorney by the authority serving an arrest warrant.

(b) A criminal detainee suspected of a felony offence may consult an attorney 72 hours after induction into the detention centre.

(c) A criminal detainee shall be promptly informed, in writing, in a language which they understand, of the particulars of the charges preferred against them by the authority serving an arrest warrant.

(d) A criminal detainee shall be brought before a judicial officer as rapidly as possible and in no instance later than 90 days from the date of induction into the detention centre.

(e) Access to detainees shall be granted to the Iraqi Prisons and Detainee Ombudsman (hereinafter ‘the Ombudsman’). ...

(f) Access to detainees shall be granted to official delegates of the International Committee of the Red Cross (ICRC). ...

(2) Where any criminal detainee held by a national contingent of the MNF is subsequently transferred to an Iraqi court, a failure to comply with these procedures shall not constitute grounds for any legal remedy or negation of process, but any period spent in detention awaiting trial or punishment shall be deducted from any period of imprisonment imposed.”

Section 6: MNF Security Internee Process

“(1) Any person who is detained by a national contingent of the MNF for imperative reasons of security in accordance with the mandate set out in UNSCR 1546 (hereinafter ‘security internees’) shall, if he is held for a period longer than 72 hours, be entitled to have a review of the decision to intern him.

(2) The review must take place with the least possible delay and in any case must be held no later than 7 days after the date of induction into an internment facility.

(3) Further reviews of the continued detention of any security internee shall be conducted on a regular basis but in any case not later than six months from the date of induction into an internment facility.

(4) The operation, condition and standards of any internment facility established by the MNF shall be in accordance with section IV of the Fourth Geneva Convention.

(5) Security internees who are placed in internment after 30 June 2004, must in all cases only be held for so long as the imperative reasons of security in relation to the

internee exist and in any case must be either released from internment or transferred to the Iraqi criminal jurisdiction not later than 18 months from the date of induction into an MNF internment facility. Any person under the age of 18 interned at any time shall in all cases be released not later than 12 months after the initial date of internment.

...

(9) If a person is subsequently determined to be a criminal detainee following a review of his or her status, or following the commission of a crime while in internment, the period that person has spent in internment will not count with respect to the period set out in section 5(2) herein ...”

21. CPA Order No. 17 (Revised), dated 27 June 2004, dealt with the status of MNF personnel in Iraq. Section 2 established the immunity from Iraqi legal process of MNF personnel, as follows:

Section 2: Iraqi Legal Process

“(1) Unless provided otherwise herein, the MNF, the CPA, Foreign Liaison Missions, their Personnel, property, funds and assets, and all International Consultants shall be immune from Iraqi legal process.

(2) All MNF, CPA and Foreign Liaison Mission Personnel, and International Consultants shall respect the Iraqi laws relevant to those Personnel and Consultants in Iraq including the Regulations, Orders, Memoranda and Public Notices issued by the Administrator of the CPA.

(3) All MNF, CPA and Foreign Liaison Mission Personnel, and International Consultants shall be subject to the exclusive jurisdiction of their Sending States. They shall be immune from any form of arrest or detention other than by persons acting on behalf of their Sending States, except that nothing in this provision shall prohibit MNF Personnel from preventing acts of serious misconduct by the above-mentioned Personnel or Consultants, or otherwise temporarily detaining any such Personnel or Consultants who pose a risk of injury to themselves or others, pending expeditious turnover to the appropriate authorities of the Sending State. In all such circumstances, the appropriate senior representative of the detained person’s Sending State in Iraq shall be notified immediately.

(4) The Sending States of MNF Personnel shall have the right to exercise within Iraq any criminal and disciplinary jurisdiction conferred on them by the law of that Sending State over all persons subject to the military law of that Sending State.

...”

Section 9(1) of the Order provided for the inviolability of MNF facilities, as follows:

“The MNF may use without cost such areas for headquarters, camps or other premises as may be necessary for the conduct of the operational and administrative activities of the MNF. All premises currently used by the MNF shall continue to be used by it without hindrance for the duration of this Order, unless other mutually

agreed arrangements are entered into between the MNF and the Government. While any areas on which such headquarters, camps or other premises are located remain Iraqi territory, they shall be inviolable and subject to the exclusive control and authority of the MNF, including with respect to entry and exit of all personnel. The MNF shall be guaranteed unimpeded access to such MNF premises. Where MNF Personnel are co-located with military personnel of Iraq, permanent, direct and immediate access for the MNF to those premises shall be guaranteed.”

B. The transfer of authority from the CPA to the Iraqi government and the United Kingdom-Iraq Memorandum of Understanding

22. On 28 June 2004 the occupation came to an end when full authority was transferred from the CPA to the interim government and the CPA ceased to exist. Subsequently the MNF, including the British forces forming part of it, remained in Iraq pursuant to requests by the Iraqi government and authorisations from the UNSC. In accordance with section 26 of the Transitional Administrative Law (see paragraph 18 above), the CPA Memorandum and Order set out above remained in force.

23. In August 2004 the Iraqi National Assembly reintroduced the death penalty to the Iraqi Penal Code in respect of certain violent crimes, including murder and certain war crimes.

24. On 9 October 2004 the Iraqi National Assembly established the Iraqi High Tribunal (IHT). The IHT was given jurisdiction over a list of offences, including war crimes, committed in Iraq or elsewhere during the period 17 July 1968 to 1 May 2003. Article 19 of its Statute provided for a number of fair trial guarantees for accused persons. Article 24 provided that the IHT should impose the penalties prescribed by the Iraqi Penal Code.

25. On 8 November 2004 a memorandum of understanding (MOU) regarding criminal suspects was entered into between the United Kingdom contingent of the MNF and the Ministries of Justice and of the Interior of Iraq (collectively referred to as “the Participants”). The preamble to the MOU recited the authority of the United Kingdom contingent of the MNF, “in accordance with the mandate conferred by UNSCR 1546”, to intern persons for imperative reasons of security, and the power of national contingents of the MNF, “in accordance with CPA Memorandum No. 3 (Revised)”, to apprehend persons who were suspected of committing criminal acts. It also stated that “[w]hereas Iraq is developing its own custodial capacity with the aim of being able to confine all criminal suspects in its own facilities, it may, in the meantime, request [the United Kingdom contingent of the MNF] to confine persons who are suspected of having committed criminal acts in safe and secure detention facilities, subject to

security and capacity considerations”. The substantive provisions of the MOU included the following:

Section 1: Purpose and Scope

“This Memorandum of Understanding (MOU) sets out the authorities and responsibilities in relation to criminal suspects. For the purpose of this MOU, ‘criminal suspects’ are: ...

(c) individuals who are suspected of having committed criminal acts who are held at the request of the Iraqi authorities.”

Section 2: Authorities and Responsibilities Generally

“(1) The interim Iraqi government (and any successor) has legal authority over all criminal suspects who have been ordered to stand trial and who are waiting trial in the physical custody of [the United Kingdom contingent of the MNF] in accordance with the terms of this Memorandum of Understanding (MOU).

(2) The [United Kingdom contingent of the MNF] has a discretion whether to accept any particular criminal suspect into its physical custody and whether to continue to provide custody for a suspect who is in its physical custody at the time this MOU comes into operation or who, at any time in the future, comes into its custody. ...”

Section 3: Authorities and Responsibilities in relation to individual criminal suspects

“(1) In relation to any criminal suspect being held in the physical custody of the [United Kingdom contingent of the MNF], the Ministry of Justice will:

(a) provide [the United Kingdom contingent of the MNF] with a written request for his delivery up to attend a court appearance or for any other purpose connected with the criminal process and will give as much advance notice of the proposed date when the presence of the suspect is required as is practicable;

...

(d) ensure that any criminal proceedings commenced against a criminal suspect progress without undue delay.

(2) In relation to any criminal suspect being held in the physical custody of [the United Kingdom contingent of the MNF], [the United Kingdom contingent of the MNF]:

(a) will provide humane treatment and will not subject any criminal suspect to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment;

...

(c) will take appropriate steps to ensure that the conditions of custody meet the standards set out in CPA Memoranda Nos. 2 and 3;

...

(3) In relation to any criminal suspect apprehended by [the United Kingdom contingent of the MNF] and handed over to the Iraqi authorities as soon as reasonably practicable, in accordance with section 5 of the CPA Memorandum No. 3 (Revised), the Ministry of Justice and the Ministry of the Interior, as the case may be:

- (a) will provide humane treatment and will not subject any criminal suspect to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment; and
- (b) will hold the criminal suspect in accordance with Iraqi law.

(4) In relation to any criminal suspect transferred to the Ministry of the Interior or the Ministry of Justice by [the United Kingdom contingent of the MNF] from its detention facilities, the Ministry of Justice and the Ministry of the Interior, as the case may be, will:

(a) inform [the United Kingdom contingent of the MNF] before releasing any individual and will comply with any request by [the United Kingdom contingent of the MNF] that [the United Kingdom contingent of the MNF] should reassume custody if,

(i) the individual is wanted for prosecution by any State that has contributed forces to the MNF for breaches of the laws and customs of war, or

(ii) the internment of the individual is necessary for imperative reasons of security, in which case [the United Kingdom contingent of the MNF] will assume custody of that individual after consultation between the Participants to reach an agreed solution.

...

(c) provide an assurance that during any temporary periods when a suspect is in the hands of the Iraqi authorities whether at the [the United Kingdom contingent of the MNF]'s detention facility or elsewhere and at any time following the transfer of a suspect to Iraqi facilities,

(i) the suspect will be treated humanely and will not be subject to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment; and

(ii) the requirements of CPA Orders with respect to cooperation with and reasonable access to be provided to the Iraqi Ombudsman for Penal and Detention Matters and the International Committee of the Red Cross will be adhered to.

(5) If [the United Kingdom contingent of the MNF] decides that it is no longer prepared to provide custody facilities for a particular suspect, it shall give notice of this decision to the Ministry of Justice as soon as possible to enable the Ministry of Justice to make other arrangements for the custody of that suspect if it so wishes. The Ministry of Justice will then notify [the United Kingdom contingent of the MNF] of the arrangements it has made or alternatively will indicate that the suspect should be released. [The United Kingdom contingent of the MNF] will then use its best endeavours to enable any such alternative arrangements to be put in place."

26. The last relevant UNSCR, 1790 of 18 December 2007, extended the MNF's mandate to remain, for the last time, until 31 December 2008.

Annexed to the Resolution was a letter from the Iraqi Prime Minister which stated, *inter alia*:

“The government of Iraq requests that the Security Council should consider extending the mandate of MNF-1 in the light of Iraq’s achievements over the past few years, namely, the strengthened capacity of its Army and security forces and its significant successes in the security, political and economic spheres. A review of the role and authority of MNF-1 will thus be required in order to strike a balance between, on the one hand, the need to extend, one last time, the mandate of the force and, on the other hand, progress made by Iraq in the area of security. In this regard, it is important for Iraq to be treated as an independent and fully sovereign State and, in seeking the aforementioned balance, the following objectives should be highlighted:

...

4. The government of Iraq will be responsible for arrest, detention and imprisonment tasks. When those tasks are carried out by MNF-1, there will be maximum levels of coordination, cooperation and understanding with the government of Iraq.”

C. Information submitted by the Government about measures taken by them to express concern about the reintroduction of the death penalty in Iraq

27. In July 2004 the United Kingdom Government made representations to the Iraqi Deputy Prime Minister, Barham Saleh, and the Iraqi Minister of Human Rights that Iraq should not adopt the death penalty Order (which restored the death penalty for certain specified offences) of the interim Iraqi government.

28. Further representations were considered before the MOU was signed in November 2004. However, that MOU was intended to set out the authorities and responsibilities of the respective parties. Consequently, primarily as a result of the reintroduction by Iraq of the death penalty for certain specified offences, the judgment was made that Iraq would not respond favourably to requests that the MOU reverse the effect of the recently adopted Iraqi Order and prohibit the imposition or use of the death penalty. The judgment was made that it was better to pursue the United Kingdom’s opposition to the imposition and use of the death penalty by other means.

29. Further representations were made on this issue. During the United Kingdom’s Presidency of the European Union in the second half of 2005, the Government made representations to the Iraqi Deputy Minister for Foreign Affairs advocating the abolition of the death penalty.

30. The Government supported a *démarche* against the use of the death penalty issued by the Austrian Presidency to the Ministry of Foreign Affairs in April 2006.

31. On 15 October 2006 the British ambassador made representations to the Iraqi President, Jalal Talibani, that he should not sign a death warrant in the event that a death penalty was passed on those involved in the abduction of Phillip Sands and Norman Kember.

32. The Prime Minister's Special Envoy for Human Rights in Iraq wrote to the President of Iraq on 28 February 2007 to request a stay of execution for four Iraqi women sentenced to death. The opposition to the imposition or use of the death penalty under any circumstances was reiterated.

33. In March 2007 the Government supported a *démarche* opposing the use of the death penalty following the imposition of the death penalty on Taha Yassin Ramadan.

34. The Government strongly supported the resolutions adopted by the United Nations General Assembly in December 2007 (A/Res/62/149) and in November 2008 (A/Res/63/168), calling upon all States that maintain the death penalty to establish a moratorium on executions with a view to abolition.

35. In response to recent executions in Iraq, the Government joined other European member States in a *démarche* against the death penalty delivered on 8 March 2009 and reissued on 13 April 2009 by the Czech European Union Presidency to Iraqi Vice President Tariq al-Hashemi and to the Head of the Iraqi Prime Minister's Office.

D. The legal basis for the presence of British armed forces in Iraq from 1 January 2009

36. The Iraqi Council of Ministers Resolution 439/2008, passed on 16 December 2008, stated as follows:

Article 1

“The forces of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland are permitted to stay in Iraq to complete the tasks they are given, and for these tasks to end no later than the 31st of May 2009 and to fully withdraw from Iraq no later than the 31st of July 2009.

...”

Article 4

“(a) Members of the forces referred to in Articles 1 and 2 of the Law and members of the Ministries of Defence of the countries to which those aforementioned forces belong, who are working with those forces, shall be subject to the jurisdiction of Iraq with the exception of crimes committed by them while on duty which are not committed with intent or do not arise from gross negligence, and with the exception of those committed by them inside agreed facilities and military installations used by

them, in which case they shall be subject to the jurisdiction of the country to which they belong.

...

(c) An accused member of the forces or the Ministry of Defence of the countries referred to in Articles 1 and 2 of this Law, shall be held in the custody of the authorities of the country to which the accused belongs. These authorities should make available the accused to the Iraqi authorities for the purposes of investigation and trial.

...”

Article 6

“The task and activities of the forces referred to in Articles 1 and 2 of this Law and their facilities and military installations during their temporary presence in Iraq are to be specified by the government of Iraq with the agreement of the governments and parties concerned, providing that these troops do not carry out any operations or military activities within Iraqi land, airspace and waters without prior approval from the government of Iraq.”

37. The Iraqi Council of Ministers Resolution 50/2008 of 23 December 2008, which took effect from 1 January 2009, authorised the Council of Ministers to take all necessary measures to achieve the withdrawal of forces no later than 31 July 2009 and to regulate their activities in accordance with Resolution 439/2008 in the meantime. It also provided that CPA Order No. 17 (Revised) (see paragraph 21 above) should be suspended until repealed according to standard procedure.

38. On 30 December 2008 the United Kingdom and Iraqi governments signed a further memorandum of understanding (“the second MOU”), which came into effect on 1 January 2009. It recorded that British forces would complete specified tasks, mainly confined to training and advising Iraqi security forces, no later than 31 May 2009 and withdraw fully no later than 31 July 2009. Paragraph 5 of the second MOU provided that the British and Iraqi forces would waive all claims against each other arising out of the specified tasks. The main facilities and military installations to be used by the British forces during their temporary presence in Iraq were identified in paragraph 3, but the second MOU did not provide for the inviolability of those premises.

E. The applicants’ arrest and detention

39. The applicants are Sunni Muslims from southern Iraq. The first applicant joined the Ba’ath Party in 1969, aged 17. In 1996 he became the Branch Member of the Al-Zubair branch of the Ba’ath Party (reporting to the second applicant, the General Secretary of the Al-Zubair branch). The second applicant joined the Ba’ath Party in 1968, aged 18. In February

2001 he became the General Secretary of the Al-Zubair branch, the highest rank in the province of Al-Zubair.

40. On or around 23 March 2003, two British servicemen, Staff Sergeant Cullingworth and Sapper Allsopp, were ambushed in Al-Zubair, southern Iraq, by Iraqi militia forces. Their bodies were found on 10 April 2003 buried in the grounds of a government building in Al-Zubair. They were found to have been killed by multiple gunshot wounds.

41. British forces in Basra arrested the first applicant on 30 April 2003 and the second applicant on 21 November 2003. They were initially detained at a facility run by American forces known as “Camp Bucca”. On 15 December 2003 they were transferred to a British-run facility in Iraq known as the “Divisional Temporary Detention Facility”. On 20 April 2007 they were transferred to another British detention facility in Iraq, the “Divisional Internment Facility”, where they remained until 31 December 2008.

42. The applicants were initially classified as “security internees”. Their notices of internment stated that they were suspected of being senior members of the Ba’ath Party under the former regime and of orchestrating anti-MNF violence by former regime elements, and that it was believed that if they were released they would represent an imperative threat to security.

43. Between March 2003 and October 2004 the Special Investigations Branch of the United Kingdom’s Royal Military Police conducted an investigation into the deaths of Staff Sergeant Cullingworth and Sapper Allsopp and found evidence that the applicants were part of a group who slapped and rifle-butted the soldiers, at a time when they were prisoners of war; entered into an agreement to kill them; and were among those seen to have shot at them.

44. The minutes of the meetings of the Divisional Internment Review Committee (DIRC) referring to the applicants read as follows:

DIRC minute dated 27 July 2004

“UK SofS [Secretary of State] is concerned about the death penalty and the [Iraqi] prosecutor is not sure that there is a realistic prospect of conviction as the offence happened too close to the actual hostilities. Negotiations are continuing at a high level.”

DIRC minute dated 31 August 2004

“Referred to SofS over proposed transfer to CCCI [Central Criminal Court of Iraq] because the death penalty might be imposed. There has now been a case conference between prosecutor, MoJ [Iraqi Ministry of Justice] and FCO legal [United Kingdom Foreign and Commonwealth Legal Advisers].

CCCI is still considering whether to take the case. Comd [Commander] Legal will chase SofS and progress from CCCI.”

DIRC minute dated 28 September 2004

“A case conference was held in Baghdad on 24 Sep 04. This has convinced the prosecutors that there is a good case. However they have cold feet about prosecuting it as the matter is so high profile. Legal Branch will be considering with SBMR-I [Senior British Military Representative – Iraq] POLAD [Political Adviser] how to proceed; we may have to bring a prosecutor or assistant out from UK.”

DIRC minute dated 19 October 2004

“S03 Legal [a military legal officer] has asked ALS [Army Legal Service] Brig Prosecutions to look into establishing a new post in Baghdad for an ALS officer to assist with the prosecution of this case. The requirements will be discussed between S03 Legal and the US JAG [Judge Advocate General] liaison team to the CCCI when S03 Legal attends Baghdad on Thursday 21 Oct 04.”

DIRC minute dated 2 November 2004

“SIB [Royal Military Police Special Investigation Branch] have now completed final interviews, which have not progressed the case in any material way. Discussions between Legal Branch, SBMR-I POLAD and DALs [Directorate of Army Legal Services] are ongoing reference the bid for an ALS officer/civilian lawyer to assist with the prosecution of this case. S03 Legal [British military legal officer, Capt HRB Mynors] will go to Baghdad from 03 to 05 Nov 04 to begin to assess the paperwork and decide what further work is needed and how long it will take, in order better to decide on the requirement for the assistant prosecutor.”

DIRC minute dated 9 November 2004

“S03 Legal visited Baghdad to consider the requirements for a CCCI LO [Iraqi Central Criminal Court Legal Officer]. The [deleted] Case is almost ready to take to court but the EOD [explosive ordinance disposal] case ... will need a significant amount of work. The decision over who will take on these cases has been staffed back to Brig ALS Advisory. Barry Burton (SBMR-I POLAD) thinks it should be an ALS officer, the ALS hierarchy are not sure. Due to the sensitivity of these cases it will probably be decided at ministerial level.”

DIRC minute dated 16 November 2004

“The CCCI LO issue over who is to liaise with the CCCI over the prosecution of the EOD murder case ... is still being considered in the UK. Comd Legal will be chasing Brig ALS Advisory today.

HQ DALs, MOD [Ministry of Defence] and FCO are discussing who will take this case forward at the CCCI. The US LOs are not prepared to take the case on and have asked for a UK LO. It is not yet clear who this will be. Once it has been decided who will lead on the case, SIB will need to make further enquiries.”

DIRC minute dated 24 November 2004

“APA [the Army Prosecuting Authority] has informed Legal Branch that Major Richard Allen ALS has been designated as the LO to the CCCI. Date of commencement tbc [to be confirmed]. This will affect internees 088888 and 090537 [the applicants] as they may eventually be transferred to the CCCI if it is decided to prosecute them.”

DIRC minute dated 30 November 2004

“The issue is over who will conduct the case. It has been agreed that Major Richard Allen ALS will be sent to liaise with the CCCI in Baghdad wef [with effect from] Jan 05 to progress prosecutions. However it now appears that there is confusion over whether he will be allowed to progress this particular case (although others will be OK). S03 Legal will chase ALS to find out what will be decided about progress on this case. This case needs more investigations and a decision clarifying how many accused/ what offences before it can be passed to the investigative magistrate of the CCCI and a remand order can be sought.”

DIRC minute dated 31 January 2005

“The ALS CCCI LO is currently examining all the case papers and will produce a case analysis as to potential prosecution of all individuals implicated, including this internee. The case analysis is expected to be available in fourteen days. It will then be circulated within the MOD/FCO and other interested parties in order for a decision as to the way forward to be made, particularly given the potential death penalty issue.

Upon distribution of the case analysis from the ALS CCCI LO, pressure should be maintained on MOD/FCO to identify the way forward given the potential death penalty difficulties. POLAD to action.”

DIRC minute dated 3 April 2005

“The ALS CCCI LO has now considered all the case papers and prepared a case analysis as to the strength and viability of a potential prosecution of all individuals implicated, including this internee. Pursuant to a meeting with Comd Legal at HQ MND(SE) [Multinational Division (South-East) (Iraq)] on 09 Mar 05, it has been assessed that there exists sufficient evidence to prosecute the case against this internee. The case analysis is now with the MOD/FCO in London, where a meeting is expected to take place between PJHQ [Permanent Joint Head Quarters], the MOD and the FCO within the next fourteen days focusing on the legal ramifications surrounding the transfer of the case to the CCCI in Baghdad for prosecution, particularly given the potential death penalty issue.

Pressure should be maintained on the MOD/FCO to expedite the way forward in providing guidance on the potential death penalty difficulties now that the case analysis is complete and the early phases of the operation are underway. POLAD to action.”

DIRC minute dated 3 May 2005

“The case analysis is now with the MOD/FCO in London and governmental discussions are ongoing (although currently stalled) on the legal ramifications surround [*sic*] the transfer of the case to the CCCI in Baghdad for prosecution, particularly given the possible application of the death penalty.

Pressure must continue to be maintained on the MOD/FCO to expedite the way forward now that the case analysis is with the Government for consideration. In particular, guidance must be sought on the safeguards that can be imposed before transferring the case to the CCCI, especially in light of the potential death penalty difficulties. POLAD to action.”

DIRC minute dated 4 December 2005

[Having noted that the case analysis was still with the MOD/FCO in London]

“Comd Legal’s hope is this internee’s case, together with 090537, will be submitted before the CCCI in Baghdad during the week commencing 5 Dec 05 with the ultimate aim these internees be transferred out of the DTDF [Divisional Temporary Detention Facility] and handed over into the ICJS [Iraqi Criminal Justice System]. Comd Legal was of the view it would be easier to secure witness evidence in any CCCI case owing to the fact this internee, together with 0888888, were senior Ba’athists. Issues may arise over the detention of potential co-accused. Again, however it is assessed that the detention of such individuals who are still alive may prove less problematic than many other detention questions.”

Minute of the Joint Detention Committee dated 30 December 2005

“This internee (together with ... Al-Saadoon ...) is, as a result of extensive investigation by the Special Investigative Branch of the Royal Military Police, believed to be responsible for the deaths (on or about 23 March 2003) of Staff Sergeant Cullingworth and Sergeant Allsopp, both of the British Army.

The investigation has resulted in eye witness testimony that alleges this accused (who was a civilian and head of the Az Zuabyr Ba’ath Party) was one of a group of people who slapped and rifle-butted the two above-named soldiers at a time when they were prisoners of war and were, therefore, protected persons under the Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War dated 12 August 1949. This internee was a party to an agreement to kill the soldiers and was seen to be one of those who shot the two soldiers.

The police investigation is now complete and the United Kingdom intends to lodge the evidence with the Iraqi High Tribunal in the near future.”

F. The referral of the applicants’ cases to the Iraqi courts

45. On 16 December 2005 the cases against the applicants concerning the deaths of Staff Sergeant Cullingworth and Sapper Allsopp were formally referred by the United Kingdom contingent of the MNF to the Chief

Investigative Judge of the Central Criminal Court of Iraq. The cases were subsequently transferred to the Basra Criminal Court and on 12 April 2006 a British officer attended that court to make a statement of complaint in respect of the killing of the two soldiers.

46. On 18 May 2006 the applicants appeared before the Special Investigative Panel of the Basra Criminal Court to give evidence in response to the complaint. The court issued arrest warrants under the Iraqi Penal Code and made an order authorising the applicants' continued detention by the United Kingdom contingent of the MNF. On 21 May 2006 the United Kingdom authorities decided to reclassify the applicants from "security internees" to "criminal detainees".

47. After an initial investigation, the Basra Criminal Court decided that, since the alleged offences constituted war crimes, the applicants' cases should be transferred to the IHT (see paragraph 24 above) and the IHT accepted that it had jurisdiction. The applicants twice appealed against the decision to transfer their cases to the IHT but the Basra Criminal Court in its appellate capacity dismissed the first appeal on 27 November 2006 and the Federal Appeal Court in Basra dismissed the second appeal on 16 May 2007.

48. The IHT first requested that the applicants be transferred into its custody on 27 December 2007 and repeated that request on several occasions until May 2008. When asked by the English Court of Appeal to clarify why the applicants were not transferred by the United Kingdom contingent of the MNF to the IHT between December 2007 and May 2008, counsel for the Government explained:

"We took the view that there was then a genuine issue, because there had been no decision by any court as to whether or not there was the international-law obligation that we say existed or any decision on the question of jurisdiction. That was resolved by the Divisional Court, and thereafter we have said it is not now possible for us to give that undertaking [not to transfer them]."

G. The judicial review proceedings and the approaches made by the United Kingdom Government to the Iraqi authorities concerning the application of the death penalty to the applicants

49. On 12 June 2008 the applicants issued judicial review proceedings in England challenging, *inter alia*, the legality of their proposed transfer. Shortly after proceedings were issued, the Government provided an undertaking that it would not transfer the applicants pending the determination of their claim before the English courts.

1. Approaches made by the United Kingdom Government to the Iraqi authorities concerning the application of the death penalty to the applicants

50. Five days later, on 17 June 2008, Abda Sharif (Legal Adviser at the British embassy in Baghdad) met with the President of the IHT, President Aref, to reiterate the United Kingdom's strong opposition to the death penalty. During this discussion President Aref invited letters from the victims' families and from the British embassy in Baghdad opposing the imposition of the death penalty in this case, as that would be a factor which would be taken into account by the court. President Aref also indicated that it would be helpful if the British embassy waived its right to civil compensation.

51. On 29 June 2008 the Second Secretary Human Rights Officer at the British embassy in Baghdad, Mr Gordon Ross, met with President Aref to further discuss the situation and what would be the effect if only one of the families of the two victims were to write to seek clemency. The President indicated that if only one of the two families sought clemency, the letter from one family would be taken into account by the court and the fact that the other family had not done so would not significantly affect matters.

52. The Government were able to contact one of the families of the two victims. That family agreed to support a plea for clemency and the non-imposition of the death penalty in the event that the applicants were convicted of a capital offence.

53. The British embassy in Baghdad also wrote seeking the non-imposition of the death penalty. It also waived any right to civil compensation.

54. Abda Sharif held a further meeting with President Aref on 18 August 2008 and presented him with the letter from the British embassy, outlining the United Kingdom's opposition to the imposition of the death penalty. The letter was signed by the British ambassador, Christopher Prentice, and waived the right to compensation. This was accompanied by a letter dated 6 August 2008 from one of the families seeking clemency, with an Arabic translation.

2. The proceedings in the Divisional Court

55. The hearing before the Divisional Court took place on 18 to 20 November 2008. Claims by the applicants concerning the legality of their detention by British forces were adjourned.

56. At the hearing the court expressed its concerns about what would happen to the applicants after the expiry of the United Nations mandate on 31 December 2008. The Government put before the court evidence about

the intergovernmental negotiations between the United Kingdom and Iraq that were then continuing as to whether and pursuant to what terms British forces would be permitted to remain in Iraq post-31 December 2008. This included the following statement of Mr Watkins, one of the leaders of the United Kingdom's negotiating team:

“... I recognised that, if possible, it would be desirable for UK forces to be in a position to continue to hold the claimants for a period of time whilst this litigation is resolved. I therefore considered with colleagues whether it would be appropriate to raise this issue with the Iraqi negotiating team. I cannot comment in detail on sensitive inter-governmental negotiations, but the judgment was made that to introduce the issue of UK forces continuing to hold detainees, whether generally or specifically in relation to these two claimants, risked adversely affecting the conduct and outcome of these important and urgent negotiations.

Furthermore, the judgment was made that raising the issue would not in any event have resulted in any agreement with the Iraqi authorities whereby the claimants remained in the custody of the British forces in Iraq, still less that they would agree to the removal of the claimants from Iraq. Given the fact that the Iraqis are seeking the transfer of detainees from the US to Iraq and the fact that these two claimants are Iraqi nationals accused of crimes within Iraq and that the Iraqi courts have repeatedly requested the transfer of these two claimants in order to complete investigations and if appropriate try them, there was no realistic prospect of Iraq agreeing to allow them to remain within the custody of the UK. To have raised the issue would therefore have resulted in my judgment in no change in relation to the position of the claimants, but would have risked adversely affecting the conduct and outcome of the negotiations with the government of Iraq.

... I have considered whether there may be any other means whereby UK forces could continue to hold the claimants for a period of time beyond the end of this year pending the outcome of this litigation. Conceivably, we might ask the government of Iraq to submit draft legislation to the CoR [Council of Representatives] specifically to permit the UK to hold the claimants indefinitely or pending the outcome of this litigation. Given the facts set out in the previous paragraph, I consider that there is no reasonable prospect that the government of Iraq would accede to such a request. Furthermore, the process of drafting and passing such legislation would extend beyond the end of this year. And even raising the issue would in my considered opinion risk adversely affecting the passage of the legislation and finalising of the inter-governmental arrangement.

There is no likelihood in my view of the UK being able to secure any agreement from the Iraqi authorities that we may continue to hold the claimants either indefinitely or pending the outcome of this litigation.”

57. Judgment was delivered on 19 December 2008. The Divisional Court noted that the applicants had been subject to the jurisdiction and legal authority of the Iraqi courts since no later than 18 May 2006 (see paragraph 46 above). CPA Memorandum No. 3 (Revised) (see paragraph 20

above), which was the Iraqi law in force at the time, required the British forces to hand over “criminal detainees” to the Iraqi authorities as soon as practicable. This requirement was also reflected in the United Kingdom-Iraq MOU of 8 November 2004 (see paragraph 25 above). Nonetheless, the Divisional Court rejected the Government’s argument that the actions of the United Kingdom in respect of the applicants were attributable to the Iraqi authorities: the British forces were lawfully present in Iraq, pursuant to a United Nations mandate, as part of the MNF subject to the exclusive jurisdiction of the United Kingdom and independent of the Iraqi State. The British forces had physical custody and control of the applicants and had it in their power to refuse to transfer them to the custody of the IHT, even if to act in such a way would be contrary to the United Kingdom’s international-law obligations. The applicants therefore fell within the United Kingdom’s jurisdiction for the purposes of Article 1 of the Convention and the Human Rights Act 1998.

58. The Divisional Court then considered whether the applicants could rely on the principle against *refoulement* in *Soering v. the United Kingdom*, (7 July 1989, Series A no. 161). It rejected the Government’s argument that the *Soering* principle could apply only to transfers across territorial boundaries, but it considered itself bound by the Court of Appeal’s judgment in *R(B) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* ([2004] EWCA Civ 1344: see paragraph 94 below), which held that where a fugitive was within the jurisdiction of the United Kingdom but on the territory of another sovereign State (for example, within an embassy or consulate), the United Kingdom was under an international-law obligation to surrender him unless there was clear evidence that the receiving State intended to subject him to treatment so harsh as to constitute a crime against humanity.

59. The Divisional Court considered expert evidence relating to the fairness of proceedings before the IHT. It found no cogent evidence to support the applicants’ claims that detainees held by the Iraqi authorities were subjected to torture to extract confessions and that evidence obtained by torture would be used against them. It found that although, during the first two trials before the IHT in which Saddam Hussein was one of the defendants (the *Dujayl* and *Anfal* trials), there had been a number of fatal attacks on IHT staff and defence lawyers, the situation had improved and no lawyers, witnesses or IHT staff members had been kidnapped or killed in 2008. It did not, therefore, consider that IHT staff and counsel would be so concerned about their safety as to prevent the applicants from having a fair trial and it found that adequate security measures were taken to protect witnesses. There had been no permanent replacements of judges in current trials and there was not a sufficient risk of replacement of the judiciary to

operate as a factor prejudicing the possibility of the applicants' receiving a fair trial. The court noted examples of concerns expressed by third parties relating to the independence of the IHT, but observed that these related to events during the *Dujayl* and *Anfal* trials in early 2007, with no more recent examples of such concerns. Taking everything together, it was satisfied that the IHT was sufficiently independent to meet the requirements of a fair trial. There was no real risk of defence counsel being prevented from doing a proper job for the applicants in the event of a trial. The IHT Statute and its rules had been modelled on the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda and the International Criminal Court. The protection afforded to defendants included the presumption of innocence; the right to be informed of charges; the right to defence counsel; the right to be tried without undue delay; the right to be present during trial; the right to examine or confront witnesses; the privilege against self-incrimination; the right not to have silence taken into account in determining guilt; the right of disclosure of exculpatory evidence and witness statements; the exclusion of coerced evidence; the right to ensure that interrogations are videotaped; the right to pose questions directly to the witness; and the right to appellate review. The Divisional Court concluded with regard to the risk of a breach of Article 6 of the Convention:

"The overall picture which emerges is that, although initially there were deeply unsatisfactory aspects of the IHT and trial environment, which cast doubt on the ability to provide defendants with a fair trial at that time, there have been many significant improvements since then.

... To date the claimants have appeared before the Iraqi courts and have denied the allegations made against them; and there can be no complaint about the way in which the courts have dealt with them. As to the future, looking at the various points individually and cumulatively, the evidence before us falls a long way short of establishing substantial grounds for believing there to be a real risk that a trial of the claimants would involve a flagrant breach of the principles guaranteed by Article 6. Thus, even if the Convention were to apply in the normal way, we would reject the claim that transfer of the claimants into the custody of the IHT would be contrary to Article 6."

60. Next, the Divisional Court considered the evidence relating to the likelihood that the applicants would be subjected to the death penalty. It concluded:

"Taking the evidence as a whole, we are satisfied that substantial grounds have been shown for believing there to be a real risk of the claimants being condemned to the death penalty and executed, contrary to Protocol No. 13, if they are transferred into the custody of the IHT. In particular: (a) the penalties for the offences with which the applicants are charged include the death penalty; (b) there is clear evidence that persons convicted of such offences are liable in practice to be sentenced to death;

(c) the matters relied on as mitigating against the imposition of the death penalty are not sufficiently cogent or certain to negative the real risk; (d) in spite of the efforts made on behalf of the Secretary of State, no assurance has been given that the death penalty will not be imposed in this case; and (e) in any event, even if President Aref [the President of the IHT] had given such an assurance, we are not satisfied it would necessarily be effective because he does not have the authority to bind the appeal chamber which would automatically have to consider the appropriate sentence, whatever decision the trial chamber had reached.”

However, the court found that although the death penalty was prohibited by the Convention, it was not yet contrary to internationally accepted norms, at least where it was imposed for serious crimes following conviction at a trial that met minimum standards of fairness. It followed that “however repugnant the death penalty may be within our domestic legal system and under the Convention, its imposition would not be contrary to international law” and the risk that the applicants might be executed did not therefore operate to relieve the United Kingdom of its public international-law obligation to transfer them to the custody of the IHT.

61. The Divisional Court next examined the issues under Article 3 of the Convention. It found that the IHT had requested that, prior to trial, the applicants should be detained in Compound 4 of Rusafa Prison, which was run by the Iraqi Ministry of Justice; if the applicants were convicted and sentenced to over ten years of imprisonment, they would be sent to Fort Suse Prison, also run by the Ministry of Justice. The court referred to a report by the Provost Marshall, the British army officer responsible for conducting inspections of British overseas military detention facilities, who had inspected Rusafa Prison in April 2008 and found that Compound 4 “satisfied the requirements [of the Fourth Geneva Convention]” in respect of the applicants, providing “relative segregation, protection from elements and reasonable living conditions”. Although the Provost Marshall’s inspectors had received complaints from some detainees about the lack of visits and the quality of the food, no one had complained of mistreatment. The Divisional Court also referred to an inspection report by the United States International Criminal Investigative Training Assistance Programme on Compounds 1 to 6A at Rusafa Prison, which found no indication that detainees were subjected to intentional or overt acts of mistreatment. Conditions at Compound 4 were found to comply with basic human rights standards; detainees were allowed regular visits from legal representatives and relatives; force was used only as a last resort when necessary to prevent prisoners from harming themselves or others; corporal punishment was forbidden and the prisoners interviewed stated that they had never known it to be used; and there was a robust system for the reporting of

any mistreatment. In addition, the court had reference to the fact that, in accordance with paragraph 4(c) of section 3 of the MOU of 8 November 2004 (see paragraph 25 above), the Iraqi authorities had provided an assurance that, following transfer to Iraqi facilities, the applicants would be treated humanely. Although the applicants had adduced expert evidence concerning the conditions at Rusafa Prison, this evidence did not establish any instances of actual mistreatment of prisoners. The evidence relating to Fort Suse Prison did not indicate that, if detained there, the applicants would be at risk of ill-treatment. The court therefore concluded that the evidence fell well short of establishing substantial grounds for believing that the applicants would face a real risk of treatment contrary to Article 3 of the Convention if transferred into the custody of the IHT.

62. The Divisional Court concluded that the proposed transfer would be lawful and it dismissed the claim for judicial review, but added:

“Whilst we have been led to that conclusion by our analysis of the legal principles and the factual evidence, we are seriously troubled by the result, since on our assessment the claimants, if transferred, will face a real risk of the death penalty in the event that they are convicted by the Iraqi court. In all normal circumstances the Convention (as well as the Extradition Act 2003 in extradition cases) would operate to prevent such a result. It arises here only because of the highly exceptional circumstances of the case and the application to them of the principles in *R(B) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, as we have understood the judgment of the Court of Appeal in that case. ...”

63. The Divisional Court granted the applicants leave to appeal to the Court of Appeal and, on 19 December 2008, granted an interim injunction prohibiting their transfer until 4 p.m. on 22 December 2008 to allow an application for interim relief to be made to the Court of Appeal.

3. *The proceedings in the Court of Appeal*

64. The applicants appealed against the Divisional Court’s judgment, principally on the grounds that (1) the court had erred in concluding that there was a relevant public international-law context which could have the effect of modifying the principle in *Soering* (cited above); (2) even if the court had applied the right test, it had been wrong to hold that the death penalty and execution were not contrary to internationally accepted norms; (3) Article 3 of the Convention and international law prevented transfer in circumstances where substantial grounds had been shown for believing there to be a real risk of the applicants being condemned to death by hanging; (4) it was incorrect to conclude that any United Kingdom jurisdiction to try the applicants either did not exist or was subordinate to Iraqi claims; (5) the court had applied the incorrect test in respect of the applicants’ claims

concerning the fairness of any trial before the IHT; and (6) the court had erred in concluding that the evidence before it did not establish substantial grounds for believing there to be a real risk that the applicants' trial would involve a flagrant breach of the principles guaranteed by Article 3.

65. On 22 December 2008 the Court of Appeal directed that the full appeal hearing would take place on 29 to 30 December 2008. It made an injunction prohibiting the applicants' transfer before 4.30 p.m. on 30 December 2008.

66. Among the evidence placed before the Court of Appeal was a further statement by Mr Watkins concerning the ongoing negotiations with Iraq. He explained, *inter alia*, that the question of British forces being permitted to exercise detention powers in Iraq had been expressly rejected by Iraq in the course of the negotiations:

“In the course of discussions on Sunday 21 December, Iraqi officials made clear that, even in relation to any proposed authorised tasks, they did not consider it acceptable for UK forces to exercise detention powers after 31 December 2008.

It remains my firm and considered view that, in all the circumstances, there is no likelihood of the UK being able to secure any agreement from the Iraqi authorities that we may continue to hold the claimants either indefinitely or pending the outcome of this litigation. Further, as I said in my first witness statement, even raising the issue would risk adversely affecting the conduct and outcome of the current negotiations.”

67. The Court of Appeal dismissed the appeal at 2.30 p.m. on 30 December 2008, with the following short oral reasons.

“(i) On the facts the United Kingdom is not exercising jurisdiction over the appellants within the meaning of ECHR, Article 1. See in particular *Banković v. UK* (2001) 11 BHRC 4. In essence the United Kingdom detains the appellants only at the request and to the order of the IHT, and is obliged to return them to the custody of the IHT by force of arrangements made between the United Kingdom and Iraq, and the United Kingdom has no discretionary power of its own to hold, release or return the appellants. They are acting purely as agents of the IHT.

(ii) *R(B) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2005] QB 643 shows that an obligation of this kind to return persons to the host State has to be respected, albeit that the holding State in question is subject to ECHR obligations, unless – paragraph 88 – to return the appellants would expose them to a crime against humanity. We are bound by that decision, being a decision of this court.

(iii) Neither the death penalty generally, nor the death penalty by hanging, is shown to be a crime against humanity or an act of torture.

(iv) Accordingly, even if the United Kingdom is exercising Article 1 jurisdiction, contrary to our opinion, it is obliged to return the appellants to the custody of the IHT. That is so before 31 December 2008; *a fortiori* after 31 December 2008, when there will be no UN mandate, no provision as between the United Kingdom and

Iraq granting inviolability to the British base or allowing for any detention of the appellants by the United Kingdom forces, save to the order of the IHT. In short, the United Kingdom will have no colour of legal power whatever after 31 December to do anything other than return the appellants to the order of the IHT. There will be no power to move the appellants anywhere else, nor indeed to prevent the Iraqis taking the appellants from British custody. British troops could not be ordered to take any steps to prevent that happening. Before 31 December it is true that the base at Basra is inviolable under local arrangements made between the United Kingdom and Iraq, but that inviolability ceases tomorrow. That is why the United Kingdom is thereafter entirely legally powerless to take action other than in compliance with the wishes of the IHT or to resist any action taken by the Iraqi authorities.

(v) No freestanding claim against the United Kingdom under customary international law can run, nor is there on the facts any viable claim under ECHR, Article 6.”

68. The Court of Appeal refused the applicants permission to appeal to the House of Lords, stating that:

“Certainly there are some important issues that have been raised but in the context of this case, having regard to the position that obtains post-31 December 2008, it would not be right to grant permission.”

69. The Court of Appeal also refused to grant the applicants interim relief pending either an application to the House of Lords for permission to appeal and for interim relief, or to this Court for interim measures. Shortly after 3 p.m. the Court of Appeal lifted the injunction which had prevented the applicants’ transfer until 4.30 p.m. on the same day.

70. The Court of Appeal handed down its full written judgment on 21 January 2009 ([2009] EWCA Civ 7). It found, firstly, that there were substantial grounds for believing that the applicants would face a real risk of execution if they were transferred to the custody of the IHT, for the following reasons.

“It is common ground that the death penalty is a punishment available under Iraqi law for the offences with which the appellants are charged. The Divisional Court held (paragraph 148) that that was enough to give rise prima facie to a real risk of its being applied to the appellants. Accordingly, following the approach commended by the Strasbourg Court in *Saadi v. Italy* (application no. 37201/06, judgment of 28 February 2008), in particular at paragraph 129, the burden effectively shifted to the Secretary of State to show that such a risk was not in fact made out.

Mr Lewis QC for the Secretary of State relied on evidence to the effect that the family of one of the victims had written to President Aref of the IHT to seek clemency for the appellants if they were found guilty. President Aref had earlier invited letters of this kind through the British embassy, indicating that it would be helpful if the embassy could waive claims to civil compensation and that he would then pass such letters to the trial chamber for their consideration. Ms Abda Sharif, Legal Adviser and Head of the Justice and Human Rights Section at the British embassy in Baghdad, has

given evidence of legal advice to the effect that the impact of a plea of clemency by the families of the victims in Iraq is likely to be that the Iraqi court ‘will not impose the death penalty in any particular case’. Ms Sharif says that President Aref has confirmed that such a plea for clemency is likely to be an important factor for any court in assessing what sentence would be imposed on the claimants. She also produces a letter from President Aref, given to her at a meeting on 21 October 2008, in which the court’s procedures for considering sentence are described in some detail. The Divisional Court observed (paragraph 155):

‘That letter represents President Aref’s considered written position. It is striking that the letter gives no indication whatsoever that the death penalty would not be or even probably would not be imposed.’

Mr Lewis relied on the evidence of Mr Spillers, an American attorney who was the Rule of Law Liaison to the IHT between July 2008 and 22 December 2008. Mr Spillers had also met President Aref, on 27 October 2008. The President explained the factors which would influence the IHT against imposing a death sentence. These were ‘an admission of the crime by the claimants, a request for forgiveness from the family of the victims, a request for forgiveness of the court for the acts, and a request for leniency from the family of a victim’ (Divisional Court, paragraph 156). Mr Spillers reported the President as indicating that an assurance that the death penalty would not be imposed was ‘implicit’ in his account of these factors.

Mr Spillers has provided a further statement since the Divisional Court’s judgment was delivered. He describes the outcome of the IHT proceedings in what has been called the *1991 Uprising* case. The fifteen defendants were all former high-ranking members of Saddam Hussein’s regime charged with crimes against humanity. Three were acquitted. Ten received very substantial terms of imprisonment. Only the remaining two were sentenced to death, including one (‘Chemical Ali’) who was already under sentence of death following an earlier trial.

...

In my judgment there is no sufficient basis for departing from the balanced assessment of the Divisional Court on this point. Mr Spillers’ new evidence concerning the *1991 Uprising* case, while helpful to the Secretary of State, is not so substantial as to overturn the lower court’s conclusion. The real risk test is satisfied.”

71. In support of its conclusion that the applicants did not fall within the United Kingdom’s jurisdiction for the purposes of the Convention and the Human Rights Act 1998, the Court of Appeal observed as follows.

**“The Legal Position Relating to the Appellants’ Detention –
Before 31 December 2008**

32. Until 31 December 2008 the United Kingdom forces at Basra enjoyed the guarantees of immunity and inviolability provided by CPA Order No. 17 (Revised). But those measures prohibited invasive sanctions; they did not confer executive power. In my judgment, from at least May 2006 until 31 December 2008, the British forces at Basra were not entitled to carry out any activities on Iraq’s territory in relation to

criminal detainees save as consented to by Iraq, or otherwise authorised by a binding resolution or resolutions of the Security Council. So much flows from the fact of Iraq's sovereignty and is not contradicted – quite the reverse – by any of the United Nations measures in the case. Thus the MNF mandate was extended by the Security Council at Iraq's express request. The letter requesting its extension (which was attached to Resolution 1790 (2007)) expressly stated at paragraph 4, '[t]he government of Iraq will be responsible for arrest, detention and imprisonment tasks'. The various material Security Council Resolutions (1483 (2003), 1546 (2004) and 1790 (2007)) all emphasise the primacy of Iraqi sovereignty. As regards criminal detentions, CPA Memorandum No. 3 (Revised) makes it [plain] that so far as criminal detainees may be held by any national contingent of the MNF, they are held, in effect, to the order of the Iraqi authorities.

33. In these circumstances the United Kingdom was not before 31 December 2008 exercising any power or jurisdiction in relation to the appellants other than as agent for the Iraqi court. It was not exercising, or purporting to exercise, any autonomous power of its own as a sovereign State.

The Legal Position Relating to the Appellants' Detention – After 31 December 2008

34. As I stated earlier, once the mandate expired there remained under international law no trace or colour of any power or authority whatever for the MNF, or any part of it, to maintain any presence in Iraq save only and strictly at the will of the Iraqi authorities. [Counsel for the applicants] sought to submit that the British base at Basra would by force of customary international law remain inviolable after 31 December. But she was unable to identify any principle which might, on the facts, support that position; and it is to my mind wholly inescapable that after that date British forces remaining in Iraq have done so only by consent of the Iraqi authorities and on such terms as those authorities have agreed. And it must have been plain, as soon as it was known when the mandate would come to an end, that this would be the true state of affairs.

35. And there is no sensible room for doubt but that the terms on which British forces would be permitted to remain in Iraq by the Iraqi authorities would not encompass any role or function which would permit, far less require, British (or any other) forces to continue to hold detainees. ...

36. After 31 December 2008 British forces enjoyed no legal power to detain any Iraqi. Had they done so, the Iraqi authorities would have been entitled to enter the premises occupied by the British and recover any such person so detained.

Conclusion on the Jurisdiction Question

37. It is not easy to identify precisely the scope of the Article 1 jurisdiction where it is said to be exercised outside the territory of the impugned State Party, because the learning makes it clear that its scope has no sharp edge; it has to be ascertained from a combination of key ideas which are strategic rather than lexical. Drawing on the *Banković* judgment and their Lordships' opinions in *Al-Skeini*, I suggest that there are

four core propositions, though each needs some explanation. (1) It is an exceptional jurisdiction. (2) It is to be ascertained in harmony with other applicable norms of international law. (3) It reflects the regional nature of the Convention rights. (4) It reflects the indivisible nature of the Convention rights. The first and second of these propositions imply (as perhaps does the term jurisdiction itself) an exercise of sovereign legal authority, not merely *de facto* power, by one State on the territory of another. That is of itself an exceptional state of affairs, though well recognised in some instances such as that of an embassy. The power must be given by law, since if it were given only by chance or strength its exercise would by no means be harmonious with material norms of international law, but offensive to them; and there would be no principled basis on which the power could be said to be limited, and thus exceptional. ... It is impossible to reconcile a test of mere factual control with the limiting effect of the first two propositions I have set out, and, indeed, that of the last two, as I shall explain.

38. These first two propositions, understood as I have suggested, condition the others. If a State Party is to exercise Article 1 jurisdiction outside its own territory, the regional and indivisible nature of the Convention rights requires the existence of a regime in which that State enjoys legal powers wide enough to allow its vindication, consistently with its obligations under international law, of the panoply of Convention rights – rights which may however, in the territory in question, represent an alien political philosophy.

39. The ECHR's natural setting is the *espace juridique* of the States Parties; if, exceptionally, its writ is to run elsewhere, this *espace juridique* must in considerable measure be replicated. In short the State Party must have the legal power to fulfil substantial governmental functions as a sovereign State. It may do so within a narrow scope, as an embassy, consulate, military base or prison; it may, in order to do so, depend on the host State's consent or the mandate of the United Nations; but however precisely exemplified, this is the kind of legal power the State must possess: it must enjoy the discretion to decide questions of a kind which ordinarily fall to the State's executive government. If the Article 1 jurisdiction is held to run in other circumstances, the limiting conditions imposed by the four propositions I have set out will be undermined."

72. The Court of Appeal also considered the question of conflicting international-law obligations, which arose only if it was wrong about the lack of jurisdiction, and held that the Divisional Court had been correct in having regard to the United Kingdom's obligation under international law to transfer the applicants to the custody of the IHT:

"48. ... A State Party to the ECHR, exercising Article 1 jurisdiction in a foreign territory, may certainly owe duties arising under international law to the host State. Article 55 of the Vienna Convention [on Consular Relations, 1963], referred to in *R(B)* at paragraph 88, offers an obvious platform for such a potential duty. In this case the United Kingdom was plainly obliged under international law to transfer the applicants pursuant to the IHT's request. In such instances, there may be a conflict between the State Party's ECHR obligations and its international obligations.

49. One solution might have been to hold that the existence of such an international obligation is incompatible with the exercise of Article 1 jurisdiction, because it would show that the State Party's legal power in the relevant foreign territory lacked the amplitude required to guarantee the Convention rights. In that case there would be no conflict. Such a comfort would of course be no comfort to the appellants – the duty to transfer them would without more negative the ECHR jurisdiction, so that they would enjoy no Convention rights. However, such an outcome would, I think, have been consistent with *Banković*; but this is not the direction our courts have taken. Both *Al-Jedda* and *R(B)* recognise that a State Party may be fixed with potentially inconsistent obligations arising under the ECHR and international law respectively.

50. With great respect I see no reason to doubt this position. While I have certainly asserted that the scope of the Article 1 jurisdiction has to accommodate the pressure on States Parties of international obligations apart from the ECHR, it by no means follows that the ECHR duty must always yield to the other obligation, so that no conflict can arise. No doubt it will be a matter for assessment in any case (where the issue sensibly arises) whether the international-law obligations are so pressing, or operate on so wide a front, as in effect to deprive the relevant State Party of the *espace juridique* which the Article 1 jurisdiction demands. They may not do so; and where they do not, this court's decision in *R(B)* shows the correct juridical approach."

73. The Court of Appeal rejected the applicants' argument, based on *Öcalan v. Turkey* ([GC], no. 46221/99, ECHR 2005-IV), that where the proposed *refoulement* was to a State where after the trial the applicant might suffer the death penalty, no flagrant breach of the right to a fair trial under Article 6 of the Convention needed to be shown, only a real risk of an unfair trial. The court observed that *Öcalan* was not a *refoulement* case and that in *Bader and Kanbor v. Sweden* (no. 13284/04, ECHR 2005-XI), the Court had held that it was necessary in a deportation or extradition case for the applicant to establish a risk of suffering a flagrant denial of a fair trial in the receiving State, the outcome of which was or is likely to be the death penalty, before the Court could find a violation of Article 2 or 3 of the Convention. The Court of Appeal accepted the Divisional Court's assessment of the evidence about the fairness of proceedings before the IHT and therefore also dismissed the complaint under Article 6.

74. Finally, the Court of Appeal rejected the applicants' argument under international law that execution by hanging fell to be regarded as a crime against humanity, inhuman or degrading treatment or a form of torture. While terrible errors occurred from time to time, where for example the hanged man's neck was not broken so that he suffocated, or the drop was too long so that he was decapitated, such evidence was anecdotal and partial. There was other evidence, such as that considered by the Royal

Commission on Capital Punishment, in its report of 1949-53, which found that hanging was “speedy and certain”. The court concluded that, since the evidence before it regarding this method of execution was very limited, it was in no position to arrive at any overall finding as to the effects of hanging for the purpose of making an assessment of its compatibility or otherwise with norms of customary international law.

4. The House of Lords

75. The applicants’ lawyers contacted the Judicial Office of the House of Lords between 19 and 22 December 2008 but were advised that the Judicial Office would be closed over the Christmas and New Year period and would not reopen until 12 January 2009.

76. On 7 January 2009 the applicants’ request for legal aid to petition the House of Lords was refused, primarily on the basis that the transfer (see paragraph 80 below) meant that no effective remedy would be available.

77. On 6 February 2009 the applicants lodged a petition for leave to appeal with the House of Lords. It was refused on 16 February 2009.

H. The Rule 39 interim measures and the applicants’ transfer

78. On 22 December 2008, prior to the Court of Appeal hearing on interim relief, the applicants lodged an urgent application for interim measures under Rule 39 of this Court’s Rules. The Government made written representations to the Court as to why the applicants’ application should not be granted, copies of which were provided to the applicants.

79. Shortly after being informed of the ruling of the Court of Appeal on 30 December 2008, the Court gave an indication under Rule 39, informing the Government that the applicants should not be removed or transferred from the custody of the United Kingdom until further notice.

80. The applicants were transferred into the physical custody of the Iraqi authorities and admitted to Rusafa Prison on 31 December 2008.

81. On the afternoon of the same day, the Government informed the Court and the applicants’ solicitors that the applicants had been transferred. In their letter to the Court the Government stated:

“... the Government took the view that, exceptionally, it could not comply with the measure indicated by the Court; and further that this action should not be regarded as a breach of Article 34 in this case. The Government regard the circumstances of this case as wholly exceptional. It remains the Government policy to comply with Rule 39 measures indicated by the Court as a matter of course where it is able to do so.”

I. The applicants' trial before the IHT and the further approaches made by the United Kingdom authorities to the Iraqi authorities concerning the application of the death penalty to the applicants

82. In accordance with assurances given by the Iraqi Ministry of Justice in July and August 2008, the applicants were initially held at Rusafa Prison, Compound 4. In March 2009 they were transferred to Compound 1 of the same prison.

83. On 24 February 2009 Catherine Duncan (Legal Adviser at the British embassy in Baghdad) reminded President Aref of his previous statements on the death penalty.

84. The applicants' trial before the IHT commenced on 11 May 2009. Each was represented by an Iraqi lawyer. The applicants were originally charged with killing the two British soldiers when they had clearly surrendered, an offence carrying a maximum penalty of the death sentence.

85. On 30 June 2009 this Court declared the application admissible and put further questions to the parties (see paragraphs 7-8 above). In particular, it requested the United Kingdom Government to inform it of the representations, if any, which had been made to the Iraqi authorities since the time of the applicants' transfer with a view to ensuring that they would not be subjected to the death penalty if convicted.

86. On 21 July 2009, after the close of the evidence in the case, the prosecution read two letters to the trial chamber of the IHT. The first, dated 16 July 2009, was from the United Kingdom Government conveying their opposition to the death penalty and enclosing the letter received in August 2008 from the family of one of the murdered soldiers (see paragraphs 52 and 54 above). The second letter was from the sister of the other soldier, with whom the Government had made contact, also asking for clemency for the defendants. The Chief Trial Judge then read out a statement of charges against each applicant. The charges had been reduced from killing the soldiers to negligently handing them over to other Ba'ath Party officials who killed them, instead of protecting them and sending them for medical treatment as required by the Geneva Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded in Armies in the Field of 12 August 1949. This charge did not carry a death sentence.

87. At the next hearing, on 29 July 2009, a further charge was added, namely torture or inhuman treatment of the soldiers, contrary to the Geneva Conventions. According to Articles 13 and 24 §§ 1 and 5 of Law no. (10) 2005 on the Iraqi Higher Criminal Court, the penalty for this offence "shall be determined by the court taking into account the gravity of the crime as well as the individual circumstances, judicial precedents and

relevant sentences issued by international criminal courts”. The Government informed the Court by a letter of 31 July 2009 that the President of the trial chamber had informed a British official in Baghdad that “[i]n his view, a death sentence was not the appropriate penalty in this case”.

88. On 9 September 2009 the IHT gave its verdict. It decided to cancel the charges against the applicants, due to insufficient evidence, and ordered their immediate release. Shortly thereafter the prosecutor lodged an appeal against this decision to the Court of Cassation.

89. By a letter of 12 January 2010, the Government informed the Court that the Court of Cassation had decided that the investigation had been incomplete and had ordered that the case be remitted for reinvestigation by the Iraqi authorities and retrial. The applicants remain in custody.

II. RELEVANT NATIONAL AND INTERNATIONAL LEGAL MATERIALS

A. Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, Geneva, 12 August 1949 (“the Fourth Geneva Convention”)

90. The Fourth Geneva Convention provides, *inter alia*:

Article 27

“Protected persons are entitled, in all circumstances, to respect for their persons, their honour, their family rights, their religious convictions and practices, and their manners and customs. They shall at all times be humanely treated, and shall be protected especially against all acts of violence or threats thereof and against insults and public curiosity.

Women shall be especially protected against any attack on their honour, in particular against rape, enforced prostitution, or any form of indecent assault.

Without prejudice to the provisions relating to their state of health, age and sex, all protected persons shall be treated with the same consideration by the Party to the conflict in whose power they are, without any adverse distinction based, in particular, on race, religion or political opinion.

However, the Parties to the conflict may take such measures of control and security in regard to protected persons as may be necessary as a result of the war.”

Article 41

“Should the Power, in whose hands protected persons may be, consider the measures of control mentioned in the present Convention to be inadequate, it may not have recourse to any other measure of control more severe than that of assigned residence or internment, in accordance with the provisions of Articles 42 and 43.

...”

Article 42

“The internment or placing in assigned residence of protected persons may be ordered only if the security of the Detaining Power makes it absolutely necessary.

If any person, acting through the representatives of the Protecting Power, voluntarily demands internment, and if his situation renders this step necessary, he shall be interned by the Power in whose hands he may be.”

Article 70

“Protected persons shall not be arrested, prosecuted or convicted by the Occupying Power for acts committed or for opinions expressed before the occupation, or during a temporary interruption thereof, with the exception of breaches of the laws and customs of war. ...”

Article 77

“Protected persons who have been accused of offences or convicted by the courts in occupied territory, shall be handed over at the close of occupation, with the relevant records, to the authorities of the liberated territory.”

Article 78

“If the Occupying Power considers it necessary, for imperative reasons of security, to take safety measures concerning protected persons, it may, at the most, subject them to assigned residence or to internment. ...”

B. The Geneva Conventions Act 1957

91. This statute was enacted to give effect in United Kingdom domestic law to the provisions of the 1949 Geneva Conventions. It provides, *inter alia*:

“1(1) Any person, whatever his nationality, who, whether in or outside the United Kingdom, commits, or aids, abets or procures the commission by any other person of a grave breach of any of the scheduled conventions or the first protocol shall be guilty of an offence.”

The term “grave breach” is defined in each of the four Geneva Conventions of 1949 and in Additional Protocol I as certain acts (including wilful killing, torture or inhuman treatment, wilfully causing great suffering or serious injury to body or health, extensive destruction and appropriation of property, not justified by military necessity and carried out unlawfully and wantonly, wilfully depriving a prisoner of war or a civilian of the rights of fair and regular trial) committed against “protected persons” (as defined precisely in each Convention), including prisoners of war, civilians and the wounded.

C. Joint Doctrine Publications 2006

92. The purpose of the Ministry of Defence's Joint Doctrine Publication (JDP) 1-10 "Prisoners of War, Internees and Detainees" (May 2006) is as follows:

"1. ... to provide high-level joint doctrinal guidance on how to deal with persons who fall into the hands of UK Armed Forces during military operations, whether Prisoners of War (PW), civilian internees or those detained as a result of suspected or actual criminal activity.

2. This Edition of JDP 1-10 is written primarily for the benefit of the United Kingdom operational Commander responsible for UK Forces' compliance with domestic United Kingdom law, international law and the Law of Armed Conflict (LOAC). It should prove useful to those involved in operational planning when the issues covered in this publication may arise. It is also intended to assist those responsible for all aspects of force protection and area security, personnel whose duties involve liaison with local civil authorities, UK Governmental Departments (Foreign and Commonwealth Office (FCO), Home Office, Department for International Development (DFID)), Non-Governmental Organisations (NGOs) and International Organisations (IOs), such as the International Committee of the Red Cross (ICRC)."

Chapter 1 of JDP 1-10.3 "Detainees" (July 2006) concerns the handling of detainees. It commences by stating as follows (footnotes omitted):

"101. UK Armed Forces may be empowered under the Host Nation's (HN) law to participate in the arrest of criminal suspects or may be involved in the arrest of persons indicted for war crimes. This chapter details the arrangements for the handling of such persons when they are being temporarily detained by UK Armed Forces during military operations abroad that do not amount to International Armed Conflict.

102. Detainees are a category of prisoner distinct from PW and internees. Detainees are those individuals who, during operations abroad not amounting to International Armed Conflict, are held by UK Armed Forces because they have committed, or are suspected of committing, criminal offences.

103. Detainees are a category of prisoner who can only be held during operations other than International Armed Conflict. It should be noted that, during International Armed Conflict, those who have committed or are suspected of committing criminal offences are categorised and treated as internees.

104. The provisions for the handling of detainees will vary according to the national laws of the territory in which UK Forces are operating, the nature of the operation and the legal framework under which UK Forces are operating. This is a complex area and specialist staff and policy advice will invariably be called for at the earliest stages of planning.

Detainees should be handed over to the appropriate local authorities at the earliest opportunity, provided that there is no reason to believe they will suffer abuses of their human rights."

Section IV of JDP 1-10.3 is entitled “Transfers” and states:

“113. Except for their repatriation or return to their country of residence after the cessation of hostilities, detainees must not be transferred to a State that is not a party to the GCs [Geneva Conventions]. Moreover, they may only be transferred to a State that is a party if the detaining State has satisfied itself that the receiving State is willing and able to apply the GCs. In the event of transfers taking place, the receiving State becomes responsible for the application of the GCs. Should that State fail to carry out its obligations in any important respect, it is the duty of the State which made the transfer either to take effective measures to correct the situation or to request the return of the persons affected. ... In no circumstances may a detainee be transferred to a State where he has reason to fear persecution on account of his political opinions or religious beliefs.

114. It should be borne in mind that the application of the European Convention on Human Rights to those held in UK facilities in some circumstances may impose additional restrictions on their transfer, in particular if they are likely to be tried for an offence which carries the death penalty.”

Section V of JDP 1-10.3 deals with “Handover to the Host Nation Authorities”. It provides:

“116. Detainees must be handed over to the HN authorities as soon as practicable in order that detainees can be dealt with according to the local criminal justice system. ...

117. There may be cases where handover to the HN cannot take place immediately:

- a. If the HN lacks sufficient criminal justice infrastructure to take custody of the detainee, for example, courts, police, custodial facilities and lawyers.
- b. If there are reasonable grounds to suspect the handover would compromise the safety of the detainee.”

D. “Diplomatic asylum”

93. Article 41 of the Vienna Convention on Diplomatic Relations of 1961 provides:

“1. Without prejudice to their privileges and immunities, it is the duty of all persons enjoying such privileges and immunities to respect the laws and regulations of the receiving State. They also have a duty not to interfere in the internal affairs of that State.

2. All official business with the receiving State entrusted to the mission by the sending State shall be conducted with or through the Ministry for Foreign Affairs of the receiving State or such other ministry as may be agreed.

3. The premises of the mission must not be used in any manner incompatible with the functions of the mission as laid down in the present Convention or by other rules of general international law or by any special agreements in force between the sending and the receiving State.”

94. In *R(B) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, cited above, the Court of Appeal observed as follows:

“In a case such as *Soering* the Contracting State commits no breach of international law by permitting an individual to remain within its territorial jurisdiction rather than removing him to another State. The same is not necessarily true where a State permits an individual to remain within the shelter of consular premises rather than requiring him to leave. It does not seem to us that the Convention can require States to give refuge to fugitives within consular premises if to do so would violate international law. So to hold would be in fundamental conflict with the importance that the Grand Chamber attached in *Banković* to principles of international law. Furthermore, there must be an implication that obligations under a Convention are to be interpreted, insofar as possible, in a manner that accords with international law. What has public international law to say about the right to afford ‘diplomatic asylum’?

Oppenheim [Oppenheim’s International Law edited by the late Sir Robert Jennings QC and Sir Arthur Watts QC 9th edition vol 1] deals with this topic at paragraph 495, from which we propose to quote at a little length:

‘Paragraph 495: So-called diplomatic asylum

The practice of granting diplomatic asylum in exceptional circumstances is of long-standing, but it is a matter of dispute to what extent it forms part of general international law.

There would seem to be no general obligation on the part of the receiving State to grant an ambassador the right of affording asylum to a refugee, whether criminal or other, not belonging to this mission. Of course, an ambassador need not deny entrance to refugees seeking safety in the embassy. But as the International Court of Justice noted in the *Asylum* case ... in the absence of an established legal basis, such as is afforded by treaty or established custom, a refugee must be surrendered to the territorial authorities at their request and if surrender is refused, coercive measures may be taken to induce it. Bearing in mind the inviolability of embassy premises, the permissible limits of such measures are not clear. The embassy may be surrounded by soldiers, and ingress and egress prevented; but the legitimacy of forcing an entry in order forcibly to remove the refugee is doubtful, and measures involving an attack on the envoy’s person would clearly be unlawful. Coercive measures are in any case justifiable only in an urgent case, and after the envoy has in vain been requested to surrender the refugee.

It is sometimes suggested that there is, exceptionally, a right to grant asylum on grounds of urgent and compelling reasons of humanity, usually involving the refugee’s life being in imminent jeopardy from arbitrary action. The practice of States has afforded instances of the grant of asylum in such circumstances. The grant of asylum ‘against the violent and disorderly action of irresponsible sections of the population’ is a legal right which, on grounds of humanity, may be exercised irrespective of treaty; the territorial authorities are bound to grant full protection to a diplomatic mission providing shelter for refugees in such circumstances. There is some uncertainty how far compelling reasons of humanity may justify the grant

of asylum in other cases. The International Court's judgment in the *Asylum* case suggests that the grant of asylum may be justified where 'in the guise of justice, arbitrary action is substituted for the rule of law. Such would be the case if the administration of justice were corrupted by measures clearly prompted by political aims'. However, the Court went on to emphasise that 'the safety which arises out of asylum cannot be construed as a protection against the regular application of the laws and against the jurisdiction of legally constituted tribunals'. Thus it would seem not to be enough to show that a refugee is to be tried for a 'political' offence: it must be shown that justice would be subordinated to political dictation and the usual judicial guarantees disregarded. Even where permissible, asylum is only a temporary expedient and may only be afforded so long as the reasons justifying it continue to subsist.'

The propositions in Oppenheim are based, to a large extent, on what seem to be the only juridical pronouncements on the topic to carry authority. On 20 November 1950 the International Court of Justice gave judgment in a dispute between Colombia and Peru that the two States had referred to the Court – *Asylum Case (Colombia v. Peru)* (1950) ICJ Rep. 206. Colombia had given refuge in its embassy in Peru to the leader of a military rebellion, which had been almost instantaneously suppressed. At issue was the effect of two Conventions to which both Colombia and Peru were party which made provision in relation to the grant of asylum to political refugees but not to criminals. Colombia's arguments included the contention that by customary international law it was open to Colombia unilaterally to determine that the fugitive fell to be classified as a political refugee. Much of the judgment related to the effects of the two Conventions, but the Court made some general comments in relation to 'diplomatic asylum':

'The arguments submitted in this respect reveal a confusion between territorial asylum (extradition), on the one hand, and diplomatic asylum, on the other.

In the case of extradition, the refugee is within the territory of the State of refuge. A decision with regard to extradition implies only the normal exercise of the territorial sovereignty. The refugee is outside the territory of the State where the offence was committed, and a decision to grant him asylum in no way derogates from the sovereignty of that State.

In the case of diplomatic asylum, the refugee is within the territory of the State where the offence was committed. A decision to grant diplomatic asylum involves a derogation from the sovereignty of that State. It withdraws the offender from the jurisdiction of the territorial State and constitutes an intervention in matters which are exclusively within the competence of the State. Such a derogation from territorial sovereignty cannot be recognised unless its legal basis is established in each particular case.'

In 1984 six fugitives who were subject to detention orders issued by the South African government sought refuge in the British Consulate in Durban. They became known as the Durban six. The British Government decided that it would not compel them to leave but that it would not intervene on their behalf with the South African authorities. They were told that they could not stay indefinitely and, eventually they

left. Five of them were immediately arrested and charged with high treason, which carried the death penalty. We were referred to an Article in *Human Rights Quarterly* 11 (1989) by Susanne Riveles, which included the following propositions:

‘There exists no universally accepted international agreement to assure a uniform response by States to grant refuge in a mission in an emergency. Most countries, with the exception of those in Latin America, deny outright the claim to diplomatic asylum because it encroaches upon the State’s sovereignty.

Some countries give limited recognition to the practice, allowing ‘temporary safe stay’ on a case-by-case basis to persons under threat of life and limb. It should be recognised that a State has the permissible response of granting temporary sanctuary to individuals or groups in utter desperation who face repressive measures in their home countries. Moreover, this should be considered a basic human right, to be invoked by those fleeing from the persecution for reasons of race, religion, or nationality, or for holding a political opinion in an emergency situation involving the threat of violence.’

Discussion

We have concluded that, if the *Soering* approach is to be applied to diplomatic asylum, the duty to provide refuge can only arise under the Convention where this is compatible with public international law. Where a fugitive is facing the risk of death or injury as the result of lawless disorder, no breach of international law will be occasioned by affording him refuge. Where, however, the receiving State requests that the fugitive be handed over the situation is very different. The basic principle is that the authorities of the receiving State can require surrender of a fugitive in respect of whom they wish to exercise the authority that arises from their territorial jurisdiction; see Article 55 of the 1963 Vienna Convention. Where such a request is made the Convention cannot normally require the diplomatic authorities of the sending State to permit the fugitive to remain within the diplomatic premises in defiance of the receiving State. Should it be clear, however, that the receiving State intends to subject the fugitive to treatment so harsh as to constitute a crime against humanity, international law must surely permit the officials of the sending State to do all that is reasonably possible, including allowing the fugitive to take refuge in the diplomatic premises, in order to protect him against such treatment. In such circumstances the Convention may well impose a duty on a Contracting State to afford diplomatic asylum.

It may be that there is a lesser level of threatened harm that will justify the assertion of an entitlement under international law to grant diplomatic asylum. This is an area where the law is ill-defined. So far as Australian law was concerned, the applicants had escaped from lawful detention under the provisions of the Migration Act 1958. On the face of it international law entitled the Australian authorities to demand their return. We do not consider that the United Kingdom officials could be required by the Convention and the Human Rights Act to decline to hand over the applicants unless this was clearly necessary in order to protect them from the immediate likelihood of experiencing serious injury.”

E. Explanatory report to Protocol No. 13 to the Convention

95. At its meeting on 21 February 2002, the Committee of Ministers of the Council of Europe adopted the text of Protocol No. 13 to the Convention and authorised the publication of the following explanatory report (footnotes omitted):

“1. The right to life, ‘an inalienable attribute of human beings’ and ‘supreme value in the international hierarchy of human rights’ is unanimously guaranteed in legally binding standards at universal and regional levels.

2. When these international standards guaranteeing the right to life were drawn up, exceptions were made for the execution of the death penalty when imposed by a court of law following a conviction of a crime for which this penalty was provided for by law (cf., for example, Article 2 § 1 of the ... Convention ...).

3. However, as illustrated below, there has since been an evolution in domestic and international law towards abolition of the death penalty, both in general and, more specifically, for acts committed in time of war.

4. At the European level, a landmark stage in this general process was the adoption of Protocol No. 6 to the Convention in 1982. This Protocol, which to date has been ratified by almost all States Parties to the Convention, was the first legally binding instrument in Europe – and in the world – which provided for the abolition of the death penalty in time of peace, neither derogations in emergency situations nor reservations being permitted. Nonetheless, under Article 2 of the said Protocol, ‘A State may make provision in its law for the death penalty in respect of acts committed in time of war or of imminent threat of war’. However, according to the same Article, this possibility was restricted to the application of the death penalty in instances laid down in the law and in accordance with its provisions.

5. Subsequently, the Parliamentary Assembly established a practice whereby it required from States wishing to become a member of the Council of Europe that they committed themselves to apply an immediate moratorium on executions, to delete the death penalty from their national legislation, and to sign and ratify Protocol No. 6. The Parliamentary Assembly also put pressure on countries which failed or risked failing to meet the commitments they had undertaken upon accession to the Council of Europe. More generally, the Assembly took the step in 1994 of inviting all member States who had not yet done so, to sign and ratify Protocol No. 6 without delay (Resolution 1044 (1994) on the abolition of capital punishment).

6. This fundamental objective to abolish the death penalty was also affirmed by the Second Summit of Heads of State and Government of member States of the Council of Europe (Strasbourg, October 1997). In the Summit’s Final Declaration, the Heads of State and Government called for the ‘universal abolition of the death penalty and [insisted] on the maintenance, in the meantime, of existing moratoria on executions in Europe’. For its part, the Committee of Ministers of the Council of Europe has indicated that it ‘shares the Parliamentary Assembly’s strong convictions against recourse to the death penalty and its determination to do all in its power to ensure

that capital executions cease to take place'. The Committee of Ministers subsequently adopted a Declaration 'For a European Death Penalty-Free Area'.

7. In the meantime, significant related developments in other fora had taken place. In June 1998, the European Union adopted 'Guidelines to EU Policy Toward Third Countries on the Death Penalty' which, *inter alia*, state its opposition to this penalty in all cases. Within the framework of the United Nations, a Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, aiming at the abolition of the death penalty, was adopted in 1989. For a few years, the UN Commission on Human Rights has regularly adopted Resolutions which call for the establishment of moratoria on executions, with a view to completely abolishing the death penalty. It should also be noted that capital punishment has been excluded from the penalties that the International Criminal Court and the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda are authorised to impose.

8. The specific issue of the abolition of the death penalty also in respect of acts committed in time of war or of imminent threat of war should be seen against the wider background of the above-mentioned developments concerning the abolition of the death penalty in general. It was raised for the first time by the Parliamentary Assembly in Recommendation 1246 (1994), in which it recommended that the Committee of Ministers draw up an additional protocol to the Convention, abolishing the death penalty both in peace- and in wartime.

9. While the Steering Committee for Human Rights (CDDH), by a large majority, was in favour of drawing up such an additional protocol, the Committee of Ministers at the time considered that the political priority was to obtain and maintain moratoria on executions, to be consolidated by complete abolition of the death penalty.

10. A significant further step was made at the European Ministerial Conference on Human Rights, held in Rome on 3-4 November 2000 on the occasion of the 50th anniversary of the Convention, which pronounced itself clearly in favour of the abolition of the death penalty in time of war. In Resolution II adopted by the Conference, the few member States that had not yet abolished the death penalty nor ratified Protocol No. 6 were urgently requested to ratify this Protocol as soon as possible and, in the meantime, respect strictly the moratoria on executions. In the same Resolution, the Conference invited the Committee of Ministers 'to consider the feasibility of a new additional protocol to the Convention which would exclude the possibility of maintaining the death penalty in respect of acts committed in time of war or of imminent threat of war' (paragraph 14 of Resolution II). The Conference also invited member States which still had the death penalty for such acts to consider its abolition (*ibidem*).

11. In the light of texts recently adopted and in the context of the Committee of Ministers' consideration of the follow-up to be given to the Rome Conference, the Government of Sweden presented a proposal for an additional protocol to the Convention at the 733rd meeting of the Ministers' Deputies (7 December 2000). The proposed protocol concerned the abolition of the death penalty in time of war as in time of peace.

12. At their 736th meeting (10-11 January 2001), the Ministers' Deputies instructed the CDDH 'to study the Swedish proposal for a new protocol to the Convention ... and submit its views on the feasibility of a new protocol on this matter'.

13. The CDDH and its Committee of Experts for the Development of Human Rights (DH-DEV) elaborated the draft protocol and the explanatory report thereto in the course of 2001. The CDDH transmitted the draft protocol and explanatory report to the Committee of Ministers on 8 November 2001. The latter adopted the text of the Protocol on 21 February 2002 at the 784th meeting of the Ministers' Deputies and opened it for signature by member States of the Council of Europe on 3 May 2002."

F. The Parliamentary Assembly of the Council of Europe's (PACE) Resolution 1560

96. On 26 June 2007 PACE adopted the following resolution on the "Promotion by Council of Europe member States of an international moratorium on the death penalty":

“1. The Parliamentary Assembly confirms its strong opposition to the death penalty in all circumstances. The death penalty is the ultimate form of cruel, inhuman and degrading punishment: it violates the right to life. The Assembly takes pride in its decisive contribution to making the member States of the Council of Europe a *de facto* death penalty-free zone, and strongly regrets the fact that one European country – Belarus – still carries out executions.

2. The Assembly has also on several occasions taken a strong stand against executions in other parts of the world, and in particular in the Council of Europe observer States which retain the death penalty, namely Japan and the United States of America.

3. It notes with satisfaction that the death penalty is on the decline worldwide, as shown by a 25% decrease in executions and death sentences between 2005 and 2006.

4. It also draws attention to the fact that more than 90% of known executions in 2006 took place in only six countries: China, Iran, Pakistan, Iraq, Sudan, and the United States of America – a Council of Europe observer State. Based on available public records, which may cause the number of executions to be underestimated in countries lacking free media or an accountable government, China alone accounts for more than two thirds of all executions worldwide. Iran's execution rate nearly doubled from 2005 to 2006. Iraq also witnessed a dramatic increase in executions in 2006, bringing the number up to 65. Saudi Arabia, among the worst offenders in 2005, saw a decrease in 2006 to 39 executions, but witnessed an upsurge in early 2007 (48 executions through to the end of April).

5. The small number of countries that still resort to executions on a significant scale is becoming increasingly isolated in the international community. Between 1977 and 2006, the number of abolitionist countries rose from 16 to 89. This number increases to 129 when including those countries which have not carried out any executions for the past ten years or more and which can therefore be considered as abolitionist

in practice. The time is now ripe to give new impetus to the campaign in favour of a death penalty-free world.

6. The Assembly therefore strongly welcomes Italian efforts in the United Nations General Assembly in advocating for a moratorium on the death penalty, as well as the support of the European Union for this initiative, and expects it to be proceeded with in such a manner as to guarantee the best possible success within the United Nations.

7. A moratorium on executions is but one step in the right direction, the ultimate goal remaining the complete abolition of the death penalty in all circumstances.

8. In the meantime, a moratorium is an important step as it saves lives immediately and has the potential of demonstrating to the public in retentionist countries that an end to State-sponsored killings does not lead to any increase in violent crime. On the contrary, a moratorium on executions can bring about a change of atmosphere in society fostering greater respect for the sanctity of human life, and thus contribute to reversing the trend towards ever-increasing hate and violence.

9. Finally, a universal moratorium on the death penalty represents a concrete and highly symbolic political act, which could help change an international climate which is all too often characterised by violent actions which take their victims – by no means exclusively in a context of conflict – from among civilian populations. A universal moratorium on the death penalty would also make a significant contribution to the establishment of a shared and operational body of principles and rules leading towards a more effective rule of law at international level.

10. The Assembly calls on all member and observer States of the Council of Europe to actively support the initiative for the abolition of the death penalty in the UN General Assembly and to make the best use of their influence in order to convince countries that are still on the sidelines to join in. In this context, it warmly welcomes the resolution in the same spirit, adopted by the European Parliament on 26 April 2007, on the initiative for a universal moratorium on the death penalty.

11. At the Luxembourg meeting of 18 June 2007, the General Affairs and External Relations Council (GAERC) of the European Union unanimously made a formal commitment to tabling – at the next session of the General Assembly of the United Nations – a resolution calling for a moratorium on executions all over the world.

12. The Assembly recalls that, whilst 60 States have so far ratified the Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), adopted by the UN General Assembly in 1989 to promote the universal abolition of the death penalty, 10 Council of Europe member and observer States have not yet done so, namely Albania, Armenia, France, Japan (observer), Latvia, Mexico (observer), Poland (signed but not ratified), the Russian Federation, Ukraine, and the United States of America (observer). For countries which have *de facto* and *de jure* abolished the death penalty (Albania, Armenia, France, Latvia, Mexico (observer), Poland and Ukraine), or which maintain a moratorium (Russian Federation), the ratification of the Second Optional Protocol to the ICCPR would be a valuable gesture of political support for abolition, and would contribute to further isolating the remaining retentionist countries.

13. The Council of Europe's own instruments against the death penalty are also still lacking ratifications. In particular, Protocol No. 6 to the European Convention on Human Rights concerning the abolition of the death penalty (ETS No. 114) has still not been ratified by the Russian Federation, despite the commitment to do so undertaken upon its accession to the Council of Europe in 1996. Protocol No. 13 to the Convention concerning the abolition of the death penalty in all circumstances (ETS No. 187), including in time of war or imminent threat of war, has still not been signed by Azerbaijan and the Russian Federation, and has still not been ratified by Armenia, France, Italy, Latvia, Poland and Spain. For the sake of the strong and unified signal to be sent by the Council of Europe as a whole, the Assembly calls on the countries concerned to sign and ratify these instruments without further delay.

14. The Assembly notes in this context that Italy's Chamber of Deputies approved on 2 May 2007, in a second reading, the constitutional bill containing amendments to Article 27 of the Constitution concerning the abolition of the death penalty; the bill is presently before the senate for its second reading and final adoption under the current procedure for constitutional revision. The bill aims to delete from Article 27 § 4 the following words: 'unless in the cases provided for by military laws in case of war', thus eliminating any reference to the death penalty in the Italian Constitution and making it possible to ratify Protocol No. 13 to the Convention.

15. Also, the Assembly reiterates its view, noted in Recommendation 1760 (2006) on the position of the Parliamentary Assembly as regards the Council of Europe member and observer States which have not abolished the death penalty, that the death penalty should be abolished in Abkhazia, South Ossetia and the Transnistrian Moldovan Republic, and that the sentences of all prisoners currently on death row in these territories should be immediately commuted to terms of imprisonment in order to put an end to the cruel and inhuman treatment of those who have been kept on death row for years in a state of uncertainty as to their ultimate fate.

16. The Assembly fully supports the Conference to establish a European Day against the Death Penalty, to be held in Lisbon on 9 October 2007, and expects all member States of the Council of Europe also to show their unstinting support. Given its pioneering work on the abolition of the death penalty in Europe and beyond, the Assembly must play a central role, including through involvement in the drafting of the joint declaration, which its President should co-sign at the inaugural conference. The Assembly will stand ready to contribute to publicity and promotion, including through coordination of supporting events in member States' national parliaments."

G. Cases concerning the obligation on a sending State to make representations against the use of the death penalty by the receiving State after the transfer of an individual from its jurisdiction

97. In *Chitat Ng v. Canada* (Communication No. 469/1991, UN Doc. CCPR/C/49/D/469/1991, 7 January 1994), the United Nations Human Rights Committee found that Mr Ng's extradition to the United

States of America, where he risked execution, gave rise to a violation by Canada of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR). The Committee made the following request:

“18. The Human Rights Committee requests the State Party to make such representations as might still be possible to avoid the imposition of the death penalty and appeals to the State Party to ensure that a similar situation does not arise in the future.”

98. In *Roger Judge v. Canada* (Communication No. 829/1998, UN Doc. CCPR/C/78/D/829/1998, 20 October 2003), the Committee found that Mr Judge’s deportation to the United States, where he had been sentenced to be executed, gave rise to violations by Canada of the ICCPR, and continued:

“12. Pursuant to Article 2 § 3 (a) of the Covenant, the Committee concludes that the author is entitled to an appropriate remedy which would include making such representations as are possible to the receiving State to prevent the carrying out of the death penalty on the author.”

99. In its judgment of 11 October 2002 in *Boumediene and Others*, the Human Rights Chamber for Bosnia and Herzegovina found a number of violations of the Convention arising from the transfer of the claimants, who had been detained in Bosnia and Herzegovina, to the custody of the US security services who subsequently removed them to the US Naval Base at Guantánamo Bay. The Human Rights Chamber then ordered Bosnia and Herzegovina, *inter alia*, to take all possible steps to prevent the death penalty from being pronounced against and executed on the applicants, including attempts to seek assurances from the United States via diplomatic contacts that the applicants would not be subjected to the death penalty.

THE LAW

I. ALLEGED VIOLATIONS OF ARTICLES 2 AND 3 OF THE CONVENTION AND ARTICLE 1 OF PROTOCOL No. 13

100. The applicants alleged that their transfer to the custody of the Iraqi High Tribunal (IHT) exposed them to a real risk of the death penalty, in breach of Articles 2 and 3 of the Convention and Article 1 of Protocol No. 13. The Government disagreed.

Article 2 § 1 provides:

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

Article 3 provides:

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

Protocol No. 13 provides:

“Preamble

The member States of the Council of Europe signatory hereto,

Convinced that everyone’s right to life is a basic value in a democratic society and that the abolition of the death penalty is essential for the protection of this right and for the full recognition of the inherent dignity of all human beings;

Wishing to strengthen the protection of the right to life guaranteed by the Convention ...

Noting that Protocol No. 6 to the Convention, concerning the Abolition of the Death Penalty, signed at Strasbourg on 28 April 1983, does not exclude the death penalty in respect of acts committed in time of war or of imminent threat of war;

Being resolved to take the final step in order to abolish the death penalty in all circumstances,

Have agreed as follows:

Article 1: Abolition of the death penalty

The death penalty shall be abolished. No one shall be condemned to such penalty or executed.

Article 2: Prohibition of derogations

No derogation from the provisions of this Protocol shall be made under Article 15 of the Convention.”

A. The parties’ submissions

1. The applicants

101. The applicants submitted that at the date of transfer they faced allegations of war crimes, punishable with sentences including the death penalty. In trials before the IHT to date, 78.4% of those tried had been convicted and, of those, 35% had been sentenced to death. Despite strenuous efforts and a letter from one of the victim’s family asking for clemency, the Government had, by the date of transfer, been unable to obtain an assurance from the Iraqi authorities that the death penalty would not be imposed. On the face of the evidence, there was a clear and real risk that the applicants would be executed if convicted by the IHT, as both the Divisional Court and the Court of Appeal had accepted.

102. The applicants reasoned that in accordance with Article 30 of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969, Article 2 should be interpreted in the light of Article 1 of Protocol No. 13. Thus, for those States which had ratified the Protocol, the exception in the second part of the second sentence of Article 2 § 1 should be abrogated, with the effect that the passing or execution of a death penalty would breach Article 2 as well as Article 1 of Protocol No. 13. Support for this approach could be found in *Soering v. the United Kingdom* (7 July 1989, §§ 102-04, Series A no. 161), and *Öcalan v. Turkey* ([GC], no. 46221/99, §§ 164-65, ECHR 2005-IV). Moreover, the position across Europe had developed significantly since *Öcalan*, with Protocol No. 13 in force in over 85% of the Council of Europe member States. Hanging was an ineffectual and extremely painful method of killing, such as to amount to inhuman and degrading treatment in breach of Article 3.

103. In any event, the Court in *Öcalan* (cited above, §§ 166-69) had held that passing the death penalty following a trial which failed to meet “the most rigorous standards of fairness ... both at first instance and on appeal” would breach both Articles 2 and 3. It was argued by the Government in the domestic proceedings, and accepted by the Court of Appeal, that the threshold in foreign cases was met only by the imposition of the death penalty following a flagrantly unfair trial. However, this conclusion was not borne out by the Court’s case-law; in *Bader and Kanbor v. Sweden* (no. 13284/04, § 47, ECHR 2005-XI), the Court referred also to the risk of the imposition of the death penalty following an unfair trial. To the extent that *Bader and Kanbor* was authority for the Government’s position, that decision was inconsistent with the reasoning of the Grand Chamber in *Öcalan*.

104. There was no obligation under either Iraqi domestic law or international law which required either for the applicants’ cases to be referred to the Iraqi criminal courts or for them to be reclassified as criminal detainees. The laws and regulations applicable in Iraq, whether adopted by the Coalition Provisional Authority (CPA) or by the Iraqi government, could not be determinative of the issues before the Court, which was concerned with the United Kingdom’s obligations under the Convention. In any event, CPA Memorandum No. 3 (Revised) was expressly limited to persons taken into detention after June 2004 and “not considered security internees”, whereas the applicants were taken into detention before that date and had at all times been held as security internees.

105. Moreover, there was no evidence that the Iraqi authorities had in any way sought the referral of the applicants’ case. The applicants were alleged to have been agents of the former Iraqi regime who had, three days into the active hostilities between Iraq and the United Kingdom,

killed agents of the United Kingdom State. Their alleged offence was an international crime, as much contrary to United Kingdom law as it was to Iraqi law. It was the United Kingdom, not Iraq, which detained them, investigated their alleged offences and thereafter sought their prosecution. The minutes of the meetings of the Divisional Internment Review Committee (DIRC: see paragraph 44 above) indicated that the case was only accepted by the Iraqi authorities following considerable persuasion and assistance by the United Kingdom authorities. The Government's repeated suggestion that the decision to detain and prosecute the applicants before the Iraqi courts was an unfettered exercise of Iraqi sovereignty, with which the United Kingdom Government could not contemplate interfering, was unsustainable given the content of the DIRC minutes. The Government's observations focused on the requirement under international law to respect Iraqi sovereignty and failed to mention the United Kingdom's sovereignty. Equally, while the Government placed repeated reliance on the relevant United Nations Security Council resolutions (UNSCRs), they had failed to refer to the obligations clearly expressed therein that the States concerned had to comply with their international obligations, including under humanitarian and human rights law. The United Kingdom Ministry of Defence's Joint Doctrine Publication on "Detainees" (see paragraph 92 above) also recognised that detainees held by British armed forces abroad should not be transferred to the authorities of the territorial State where there was a reason to believe that they would suffer abuses of their human rights. However, the DIRC minutes also showed that the decision to refer the case was taken with high-level authorisation in circumstances where the United Kingdom authorities were fully aware of the risk to the applicants of the death penalty.

106. The applicants further submitted that the Government had not established that, even if there had been an obligation under Iraqi or international law to transfer the applicants to Iraqi jurisdiction, it had to compel the disapplication of the Convention. The national courts had followed the Court of Appeal's approach in *R(B)* (see paragraph 94 above) but there was no authority in the Court's case-law to show that the *R(B)* approach was correct. Indeed, the Government's contention that its other international obligations should have the effect of entirely displacing its obligations under the Convention was irreconcilable with the judgment in *Soering* (cited above). The requirement on the Court was to interpret the Convention as far as possible in conformity with other international obligations, while heeding its special character as a human rights treaty. While the applicants accepted that the death penalty was not contrary to *universal* norms of customary international law, there was a clear *opinion*

juris and State practice supporting a *regional* customary international-law prohibition on exposure to the death penalty by European States. Thus, in addition to the obligation under the Convention, the United Kingdom was under a customary international-law obligation not to expose the applicants to a risk of the death penalty. The Court had also to consider this obligation when interpreting the respondent State's Convention obligations in this case.

107. If the applicants' cases had not been referred to the Iraqi courts and if the applicants had not been reclassified as criminal detainees, they would have remained as security internees. As such, they could have remained in internment only for so long as they presented an imperative threat to security and could have been released as soon as the threat was perceived as no longer existing. The United Kingdom had released numerous security internees; it appeared from the DIRC minutes that sixty-nine former internees were released from the detention facility where the applicants were held between April and October 2007 and the statistics provided on the Ministry of Defence website showed a total of one hundred and sixty-two former internees set at liberty in 2007. In the alternative, it would have been open to the United Kingdom authorities to prosecute the applicants on war crimes charges. This would have been permitted during the period of the occupation under Article 70 of the Fourth Geneva Convention (see paragraph 90 above). Even once the occupation had come to an end in June 2004 the United Kingdom retained universal jurisdiction over alleged war crimes, by virtue of section 1 of the Geneva Conventions Act 1957 (see paragraph 91 above). The memorandum of understanding (MOU) of 8 November 2004 (see paragraph 25 above) specifically envisaged that the United Kingdom would be entitled to take custody with a view to trying them for war crimes: section 3(4)(a)(i) required that, in relation to any criminal suspect transferred by the United Kingdom to the Iraqi authorities, Iraq would inform the United Kingdom before releasing them and would comply with any request for the United Kingdom to reassume custody if they were "wanted for prosecution by any State that has contributed forces to the MNF [Multinational Force] for breaches of the laws and customs of war". Any suggestion that the United Kingdom had no ongoing legal power to detain or try persons suspected of war crimes was therefore at odds with the agreement concluded with Iraq. Such a trial could have taken place on a United Kingdom base in Iraq, in a neutral third State or in the United Kingdom. However, it does not appear that any consideration was given to this method of reconciling the desire to prosecute the applicants and the need to safeguard their human rights, nor any attempt made to negotiate such an outcome with the Iraqi authorities.

2. *The Government*

108. The Government submitted that, at the date of transfer, there were no substantial grounds for believing that the applicants would face the death penalty, if convicted. While it was correct that Iraqi law permitted capital punishment in respect of offences such as those charged against the applicants, there was no presumption in favour of the death penalty. Following more recent trials before the IHT, such as the *1991 Uprising*, the *Friday Prayers* and the *Merchants* cases, all of which involved extremely serious charges of crimes against the Iraqi people, only six of the twenty-seven individuals convicted had received the death penalty. In addition, a letter had been sent by relatives of one of the murdered soldiers requesting clemency and the United Kingdom authorities had communicated their opposition to the death penalty to the IHT's President and to the Iraqi authorities (see paragraphs 27-35 and 50-54 above).

109. Moreover, even if the Court were to find that the applicants were at a real risk of being executed following conviction by the IHT, the relevant test under Articles 2 and 3 was that set out in *Bader and Kanbor* (cited above), namely the risk that the individual would suffer a flagrant denial of a fair trial in the receiving State, the outcome of which was or was likely to be the death penalty. In the present case, the evidence, as the domestic courts held, was that the applicants would receive a fair trial before the IHT.

110. The Government were opposed to capital punishment and the United Kingdom was bound by the prohibition on the death penalty in Article 1 of Protocol No. 13. They had communicated their concerns about the reintroduction of the death penalty to the Iraqi authorities (see paragraphs 27-35 above). Nonetheless, the availability of the death penalty in Iraqi law and/or its imposition by the Iraqi courts would not, as such, be contrary to international law. Nor could they accept that execution by hanging *per se* resulted in additional suffering, over and above that inherent in the carrying out of the death penalty, such as to raise an issue under Article 3. In these circumstances, any risk of its imposition would not justify the United Kingdom in refusing to comply with its obligation under international law to surrender Iraqi nationals, detained at the request of the Iraqi courts, to those courts for trial. The Convention had to be interpreted in the light of and in harmony with other principles of international law and the relevant international law principle in this case could not be more fundamental: the principle that all States must recognise the sovereignty of other States.

111. The Court had to give effect to limitations on the exercise of a Contracting State's jurisdiction, generally accepted by the community of

nations, stemming from the fact that the State was acting on the territory of a third State. From the early stages of the occupation period, the United Nations Security Council (UNSC) sought to uphold the sovereignty of Iraq and to establish a government of Iraq by Iraq; this could be seen in UNSCR 1483 of 22 May 2003, for example (see paragraph 14 above). The actions of the occupiers were limited by international law in so far as concerned the powers of internment. Pursuant to Article 78 of the Fourth Geneva Convention (see paragraph 90 above), which applied directly during the occupation period, internment was only permissible where necessary for imperative reasons of security. That restriction was reflected in the applicable domestic law, namely section 7(1) of CPA Memorandum No. 3 of 18 June 2003 (see paragraph 13 above). The sovereignty of Iraq, the government of Iraq by Iraq and the limited powers of third States in Iraq were reflected all the more strongly in the UNSCRs in the post-occupation phase: see UNSCR 1546 (paragraph 19 above). It followed from Iraq's sovereignty that the United Kingdom was not entitled to intern or detain Iraqi nationals on Iraq's territory except as permitted by Iraq or otherwise authorised by a binding UNSCR. CPA Order No. 48, enacted pursuant to UNSCR 1483, provided for the establishment of the IHT precisely so that the Iraqi judicial authorities could investigate and try Iraqi nationals accused of war crimes in Iraq. Once informed of the evidence against the applicants, the Iraqi authorities wished to investigate and try them. This was why arrest warrants were issued and why the IHT repeatedly requested the transfer of the applicants to its custody.

112. The United Kingdom had no option other than to transfer the applicants. It was operating in a foreign sovereign State which was demanding the applicants' return. As of midnight on 31 December 2008 the United Kingdom would have had no legal basis of any kind for detaining the applicants and no physical means of continuing to detain them or preventing the Iraqi authorities from entering the base and removing them. The other options would have been equally unworkable. If the United Kingdom had released the applicants, this would have amounted to a violation of Iraqi sovereignty and would have impeded the Iraqi authorities in carrying out their international-law obligation to bring alleged war criminals to justice. It would have been impossible to try the applicants in the United Kingdom. The United Kingdom could not simply remove from Iraq two Iraqi nationals suspected of war crimes committed in Iraq. Removal would have been dependent on the permission of Iraq and would otherwise have been in violation of Iraqi sovereignty. Extradition would also have required the consent of the Iraqi authorities. For these reasons, the case was clearly distinguishable from such cases as *Soering*, cited above, or

Chahal v. the United Kingdom (15 November 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-V), where the remedy sought by the applicant was to remain on the Contracting State's territory and where the Contracting State had a discretion whether or not to extradite or deport him.

3. *The third parties*

113. The Equality and Human Rights Commission submitted that there was a theme in the jurisprudence of the Court regarding the relationship between a State's international-law obligations and its substantive obligations under the Convention. The Court had not generally regarded the substantive Convention obligations as displaced by virtue of a competing or conflicting international-law obligation. A similar approach had recently been taken by the Grand Chamber of the Court of Justice of the European Union in *Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission* (Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P).

114. The group of interveners (see paragraph 6 above) similarly maintained that, in accordance with Convention principles and jurisprudence and the general principles of customary international law as declared in the Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969, the European Convention on Human Rights was not generally displaced by other international legal obligations, including bilateral treaties. The primary factors to be taken into account in resolving the question of an apparent conflict of obligations were: (1) the form of the legal instrument concerned; (2) the degree of compatibility the putatively conflicting obligation maintained with the Convention; for example whether a treaty providing for a transfer of competencies provided for equivalent protection in relation to Convention rights; and (3) the nature of the Convention rights affected. The Convention was a multilateral treaty containing *erga omnes partes* human rights obligations. A State entering into a conflicting agreement with a non-Convention State continued to owe legal obligations to the other States Parties to the Convention. The Convention jurisprudence, particularly in cases concerning extradition, affirmed that other treaties did not displace the obligations under the Convention. In a line of cases, the Court had considered treaties providing for the transfer of competencies to international organisations and held such transfers to be generally permissible, but only provided that Convention rights continued to be secured in a manner which afforded protection at least equivalent to that provided under the Convention. The interveners submitted that similar principles should apply where a subsequent international obligation of a Contracting State, by treaty or otherwise, provided for joint or cooperative

activity with another State, that impacted on the protection of Convention rights within the Contracting State's jurisdiction.

B. The Court's assessment

1. General principles

(a) Protocol No. 13 to the Convention and the abolition of the death penalty

115. The Court takes as its starting point the nature of the right not to be subjected to the death penalty. Judicial execution involves the deliberate and premeditated destruction of a human being by the State authorities. Whatever the method of execution, the extinction of life involves some physical pain. In addition, the foreknowledge of death at the hands of the State must inevitably give rise to intense psychological suffering. The fact that the imposition and use of the death penalty negates fundamental human rights has been recognised by the member States of the Council of Europe. In the Preamble to Protocol No. 13 the Contracting States describe themselves as “convinced that everyone's right to life is a basic value in a democratic society and that the abolition of the death penalty is essential for the protection of this right and for the full recognition of the inherent dignity of all human beings”.

116. Sixty years ago, when the Convention was drafted, the death penalty was not considered to violate international standards. An exception was therefore included to the right to life, so that Article 2 § 1 provides that “[n]o one shall be deprived of his life intentionally save in the execution of a sentence of a court following his conviction of a crime for which this penalty is provided by law”. However, as recorded in the explanatory report to Protocol No. 13, there has subsequently been an evolution towards the complete *de facto* and *de jure* abolition of the death penalty within the member States of the Council of Europe (see paragraph 95 above; see also paragraph 96 above). Protocol No. 6 to the Convention, which abolishes the death penalty except in respect of “acts committed in time of war or of imminent threat of war”, was opened for signature on 28 April 1983 and came into force on 1 March 1985. Following the opening for signature of Protocol No. 6, the Parliamentary Assembly of the Council of Europe established a practice whereby it required States wishing to join the Council of Europe to undertake to apply an immediate moratorium on executions, to delete the death penalty from their national legislation and to sign and ratify Protocol No. 6. All the member States of the Council of Europe have now signed Protocol No. 6 and all save Russia have ratified it.

117. In October 1997 the Council of Europe Heads of State and Government called for the “universal abolition of the death penalty” (see paragraph 95 above). Resolution II adopted at the European Ministerial Conference on Human Rights on 3 to 4 November 2000 invited the Committee of Ministers “to consider the feasibility of a new additional protocol to the Convention which would exclude the possibility of maintaining the death penalty in respect of acts committed in time of war or of imminent threat of war”. Protocol No. 13, which abolishes the death penalty in all circumstances, was opened for signature on 3 May 2002 and came into force on 1 July 2003. At the date of adoption of the present judgment, Protocol No. 13 has been ratified by forty-two member States and signed but not ratified by a further three (Armenia, Latvia and Poland). Azerbaijan and Russia are alone in not having signed the Protocol. It was signed by the United Kingdom on 3 May 2002, ratified on 10 October 2003 and came into force in respect of that State on 1 February 2004.

118. The Court considers that, in respect of those States which are bound by it, the right under Article 1 of Protocol No. 13 not to be subjected to the death penalty, which admits of no derogation and applies in all circumstances, ranks along with the rights in Articles 2 and 3 as a fundamental right, enshrining one of the basic values of the democratic societies making up the Council of Europe. As such, its provisions must be strictly construed (see, *mutatis mutandis*, *Soering*, cited above, § 88, and *McCann and Others v. the United Kingdom*, 27 September 1995, § 147, Series A no. 324).

(b) The effect of signature and ratification of Protocol No. 13 on the interpretation of Articles 2 and 3 of the Convention

119. In *Öcalan* (cited above), the Court examined whether the practice of the Contracting States could be taken as establishing an agreement to abrogate the exception in Article 2 § 1 permitting capital punishment in certain conditions. It noted, with reference to § 103 of the *Soering* judgment (cited above), that if Article 2 were to be read as permitting capital punishment, Article 3 could not be interpreted as prohibiting it, since that would nullify the clear wording of Article 2 § 1. The Grand Chamber in *Öcalan* (§ 163) agreed on this point with the Chamber, which had held as follows:

“... The Court reiterates that it must be mindful of the Convention’s special character as a human rights treaty and that the Convention cannot be interpreted in a vacuum. It should so far as possible be interpreted in harmony with other rules of public international law of which it forms part (see, *mutatis mutandis*, *Al-Adsani v. the United Kingdom* [GC], no. 35763/97, § 55, ECHR 2001-XI, and *Loizidou v. Turkey*,

judgment of 18 December 1996, *Reports* 1996-VI, p. 2231, § 43). It must, however, confine its primary attention to the issues of interpretation and application of the provisions of the Convention that arise in the present case.

... It is recalled that the Court accepted in *Soering* that an established practice within the member States could give rise to an amendment of the Convention. In that case the Court accepted that subsequent practice in national penal policy, in the form of a generalised abolition of capital punishment, could be taken as establishing the agreement of the Contracting States to abrogate the exception provided for under Article 2 § 1 and hence remove a textual limit on the scope for evolutive interpretation of Article 3 (ibid., pp. 40-41, § 103). It was found, however, that Protocol No. 6 showed that the intention of the States was to adopt the normal method of amendment of the text in order to introduce a new obligation to abolish capital punishment in time of peace and to do so by an optional instrument allowing each State to choose the moment when to undertake such an engagement. The Court accordingly concluded that Article 3 could not be interpreted as generally prohibiting the death penalty (ibid., pp. 40-41, §§ 103-04).

... The applicant takes issue with the Court's approach in *Soering*. His principal submission was that the reasoning is flawed since Protocol No. 6 represents merely one yardstick by which the practice of the States may be measured and that the evidence shows that all member States of the Council of Europe have, either *de facto* or *de jure*, effected total abolition of the death penalty for all crimes and in all circumstances. He contended that as a matter of legal theory there was no reason why the States should not be capable of abolishing the death penalty both by abrogating the right to rely on the second sentence of Article 2 § 1 through their practice and by formal recognition of that process in the ratification of Protocol No. 6.

... The Court reiterates that the Convention is a living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions and that the increasingly high standard being required in the area of the protection of human rights and fundamental liberties correspondingly and inevitably requires greater firmness in assessing breaches of the fundamental values of democratic societies (see *Selmouni v. France* [GC], no. 25803/94, § 101, ECHR 1999-V).

... It reiterates that in assessing whether a given treatment or punishment is to be regarded as inhuman or degrading for the purposes of Article 3 it cannot but be influenced by the developments and commonly accepted standards in the penal policy of the member States of the Council of Europe in this field (see *Soering*, cited above, p. 40, § 102). Moreover, the concepts of inhuman and degrading treatment and punishment have evolved considerably since the Convention came into force in 1953 and indeed since the Court's judgment in *Soering* in 1989.

... Equally the Court observes that the legal position as regards the death penalty has undergone a considerable evolution since *Soering* was decided. The *de facto* abolition noted in that case in respect of twenty-two Contracting States in 1989 has developed into a *de jure* abolition in forty-three of the forty-four Contracting States and a moratorium in the remaining State that has not yet abolished the penalty, namely Russia. This almost complete abandonment of the death penalty in times of peace

in Europe is reflected in the fact that all the Contracting States have signed Protocol No. 6 and forty-one States have ratified it, that is to say, all except Turkey, Armenia and Russia. It is further reflected in the policy of the Council of Europe, which requires that new member States undertake to abolish capital punishment as a condition of their admission into the organisation. As a result of these developments the territories encompassed by the member States of the Council of Europe have become a zone free of capital punishment.

... Such a marked development could now be taken as signalling the agreement of the Contracting States to abrogate, or at the very least to modify, the second sentence of Article 2 § 1, particularly when regard is had to the fact that all Contracting States have now signed Protocol No. 6 and that it has been ratified by forty-one States. It may be questioned whether it is necessary to await ratification of Protocol No. 6 by the three remaining States before concluding that the death penalty exception in Article 2 § 1 has been significantly modified. Against such a consistent background, it can be said that capital punishment in peacetime has come to be regarded as an unacceptable ... form of punishment that is no longer permissible under Article 2.”

Having thus concluded that the use of the death penalty except in time of war had become an unacceptable form of punishment, the Grand Chamber in *Öcalan* went on to examine the position as regards capital punishment in all circumstances:

“164. The Court notes that, by opening for signature Protocol No. 13 concerning the abolition of the death penalty in all circumstances, the Contracting States have chosen the traditional method of amendment of the text of the Convention in pursuit of their policy of abolition. At the date of this judgment, three member States have not signed this Protocol and sixteen have yet to ratify it. However, this final step towards complete abolition of the death penalty – that is to say both in times of peace and in times of war – can be seen as confirmation of the abolitionist trend in the practice of the Contracting States. It does not necessarily run counter to the view that Article 2 has been amended in so far as it permits the death penalty in times of peace.

165. For the time being, the fact that there is still a large number of States who have yet to sign or ratify Protocol No. 13 may prevent the Court from finding that it is the established practice of the Contracting States to regard the implementation of the death penalty as inhuman and degrading treatment contrary to Article 3 of the Convention, since no derogation may be made from that provision, even in times of war. However, the Grand Chamber agrees with the Chamber that it is not necessary for the Court to reach any firm conclusion on these points since, for the following reasons, it would be contrary to the Convention, even if Article 2 were to be construed as still permitting the death penalty, to implement a death sentence following an unfair trial.”

120. It can be seen, therefore, that the Grand Chamber in *Öcalan* did not exclude that Article 2 had already been amended so as to remove the exception permitting the death penalty. Moreover, as noted above, the position has evolved since then. All but two of the member States have now

signed Protocol No. 13 and all but three of the States which have signed it have ratified it. These figures, together with consistent State practice in observing the moratorium on capital punishment, are strongly indicative that Article 2 has been amended so as to prohibit the death penalty in all circumstances. Against this background, the Court does not consider that the wording of the second sentence of Article 2 § 1 continues to act as a bar to its interpreting the words “inhuman or degrading treatment or punishment” in Article 3 as including the death penalty (compare *Soering*, cited above, §§ 102-04).

121. In accordance with its constant case-law, ill-treatment must attain a minimum level of severity if it is to fall within the scope of Article 3. The assessment of this minimum depends on all the circumstances of the case, such as the duration of the treatment, its physical or mental effects and, in some cases, the sex, age and state of health of the victim. The Court has considered treatment to be “inhuman” because, *inter alia*, it was premeditated, was applied for hours at a stretch and caused either actual bodily injury or intense physical or mental suffering. It has deemed treatment to be “degrading” because it was such as to arouse in the victims feelings of fear, anguish and inferiority capable of humiliating and debasing them. In considering whether a punishment or treatment was “degrading” within the meaning of Article 3, the Court will have regard to whether its object was to humiliate and debase the person concerned and whether, as far as the consequences are concerned, it adversely affected his or her personality in a manner incompatible with Article 3. However, the absence of any such purpose cannot conclusively rule out a finding of a violation of Article 3. In order for a punishment or treatment associated with it to be “inhuman” or “degrading”, the suffering or humiliation involved must go beyond that inevitable element of suffering or humiliation connected with a given form of legitimate treatment or punishment (see *A. and Others v. the United Kingdom* [GC], no. 3455/05, § 127, ECHR 2009 and the authorities cited therein).

122. Article 3, which prohibits in absolute terms torture and inhuman or degrading treatment or punishment, enshrines one of the fundamental values of democratic societies. It makes no provision for exceptions and no derogation from it is permissible under Article 15, even in the event of a public emergency threatening the life of the nation. As the prohibition of torture and of inhuman or degrading treatment or punishment is absolute, irrespective of the victim’s conduct, the nature of any offence allegedly committed by the applicant is therefore irrelevant for the purposes of Article 3 (see *Saadi v. Italy* [GC], no. 37201/06, § 127, ECHR 2008).

(c) State responsibility under the Convention for the imposition and execution of the death penalty in another State

123. The Court further reiterates that expulsion by a Contracting State may give rise to an issue under Article 3, and hence engage the responsibility of that State under the Convention, where substantial grounds have been shown for believing that the person concerned, if deported, faces a real risk of being subjected to treatment contrary to Article 3. In such a case Article 3 implies an obligation not to deport the person in question to that country (see *Saadi*, cited above, § 125). Similarly, Article 2 of the Convention and Article 1 of Protocol No. 13 prohibit the extradition or deportation of an individual to another State where substantial grounds have been shown for believing that he or she would face a real risk of being subjected to the death penalty there (see *Hakizimana v. Sweden* (dec.), no. 37913/05, 27 March 2008; and, *mutatis mutandis*, *Soering*, cited above, § 111; *S.R. v. Sweden* (dec.), no. 62806/00, 23 April 2002; *Ismaili v. Germany* (dec.), no. 58128/00, 15 March 2001; *Bader and Kanbor*, cited above, § 42; and *Kaboulov v. Ukraine*, no. 41015/04, § 99, 19 November 2009).

124. In this type of case the Court is therefore called upon to assess the situation in the receiving country in the light of the requirements of the above Articles. Nonetheless, there is no question of adjudicating on or establishing the responsibility of the receiving country, whether under general international law, under the Convention or otherwise. In so far as any liability under the Convention is or may be incurred, it is liability incurred by the Contracting State, by reason of its having taken action which has as a direct consequence the exposure of an individual to the risk of proscribed ill-treatment (see *Saadi*, cited above, § 126).

125. In order to determine whether there is a risk of ill-treatment, the Court must examine the foreseeable consequences of sending the applicant to the receiving country, bearing in mind the general situation there and his personal circumstances (*ibid.*, § 130). The existence of the risk must be assessed primarily with reference to those facts which were known or ought to have been known to the Contracting State at the time of expulsion (*ibid.*, § 133). Where the expulsion or transfer has already taken place at the date of the Court's examination, it is not precluded, however, from having regard to information which comes to light subsequently (see *Vilvarajah and Others v. the United Kingdom*, 30 October 1991, § 107(2), Series A no. 215; *Mamatkulov and Askarov v. Turkey* [GC], nos. 46827/99 and 46951/99, § 69, ECHR 2005-I; and, *mutatis mutandis*, *A. and Others*, cited above, § 177).

(d) The extent to which conflicting international obligations affect responsibility under the Convention

126. The Government contended that they were under an obligation under international law to surrender the applicants to the Iraqi authorities. In this connection, the Court notes that the Convention must be interpreted in the light of the rules set out in the Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969, of which Article 31 § 3 (c) indicates that account is to be taken of “any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties”. More generally, the Court reiterates that the principles underlying the Convention cannot be interpreted and applied in a vacuum. The Convention should be interpreted as far as possible in harmony with other principles of international law of which it forms part (see *Al-Adsani v. the United Kingdom* [GC], no. 35763/97, § 55, ECHR 2001-XI, and *Banković and Others v. Belgium and Others* (dec.) [GC], no. 52207/99, § 55-57, ECHR 2001-XII). The Court has also long recognised the importance of international cooperation (see *Al-Adsani*, cited above, § 54, and *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland* [GC], no. 45036/98, § 150, ECHR 2005-VI).

127. The Court must in addition have regard to the special character of the Convention as a treaty for the collective enforcement of human rights and fundamental freedoms. Its approach must be guided by the fact that the object and purpose of the Convention as an instrument for the protection of individual human beings requires that its provisions be interpreted and applied so as to make its safeguards practical and effective (see, *inter alia*, *Soering*, cited above, § 87; *Loizidou v. Turkey* (preliminary objections), 23 March 1995, § 72, Series A no. 310; and *McCann and Others*, cited above, § 146).

128. It has been accepted that a Contracting Party is responsible under Article 1 of the Convention for all acts and omissions of its organs regardless of whether the act or omission in question was a consequence of domestic law or of the necessity to comply with international legal obligations. Article 1 makes no distinction as to the type of rule or measure concerned and does not exclude any part of a Contracting Party’s “jurisdiction” from scrutiny under the Convention (see *Bosphorus*, cited above, § 153). The State is considered to retain Convention liability in respect of treaty commitments subsequent to the entry into force of the Convention (*ibid.*, § 154 and the cases cited therein). For example, in *Soering* (cited above), the obligation under Article 3 of the Convention not to surrender a fugitive to another State where there were substantial grounds for believing that he would be in danger of being subjected to torture or inhuman or degrading treatment or

punishment was held to override the United Kingdom's obligations under the Extradition Treaty it had concluded with the United States in 1972.

2. Application of the above principles to the present case

129. The Court reiterates that the first applicant was arrested by soldiers from the United Kingdom contingent of the MNF on 30 April 2003 and the second applicant on 21 November 2003. They were held in British-run detention facilities as security internees. However, from an early stage in the applicants' internment the British authorities were investigating their involvement in the murders of Staff Sergeant Cullingworth and Sapper Allsopp (see paragraphs 40-43 above).

130. On 28 June 2004 the occupation of Iraq came to an end. In August 2004 the death penalty was reintroduced into the Iraqi Penal Code in respect of a number of offences, including murder (see paragraph 23 above).

131. On 16 December 2005 the United Kingdom authorities referred the applicants' cases to the Iraqi criminal courts (see paragraph 45 above). On 18 May 2006 the Basra Criminal Court made an order authorising their continued detention by British forces and on 21 May 2006 the United Kingdom authorities decided to reclassify the applicants as "criminal detainees" (see paragraph 46 above). From 27 December 2007 the IHT requested that the applicants be transferred to its custody to stand trial on charges carrying the death penalty (see paragraph 48 above). On 31 December 2008 the United Kingdom authorities physically transferred the applicants to the custody of the Iraqi police (see paragraph 80 above).

132. The applicants' trial before the IHT commenced on 11 May 2009. They were originally charged with killing the two British soldiers when they had clearly surrendered, an offence carrying a maximum penalty of the death sentence. On 21 July 2009, following the close of evidence, the original capital charges against the applicants were withdrawn and an offence which did not carry the death penalty was substituted. A week later an additional charge was added, which could in principle have been punishable by death. In January 2010 the Court of Cassation decided to remit the case for renewed investigation and retrial (see paragraphs 82-89 above).

133. The Court notes that the Divisional Court and the Court of Appeal concluded, shortly before the physical transfer took place, that substantial grounds had been shown for believing there to be a real risk of the applicants' being condemned to the death penalty and executed (see paragraphs 60 and 70 above). In coming to this conclusion, the domestic courts took into account the facts that the death penalty was available for the offences with which the applicants were charged; that there was clear

evidence that persons convicted of such offences were liable in practice to be sentenced to death; that no assurance that the death penalty would not be applied had been given by the Iraqi authorities; and that the other factors relied on by the Government, for example the letter from the family of one of the victims requesting clemency, were not sufficiently cogent nor certain to negate the risk.

134. The Court, having itself examined the evidence, sees no reason to depart from the findings of the national courts on this issue. Moreover, it considers that, despite the additional letter submitted by the United Kingdom Government to the IHT in July 2009, informing the IHT that the family of the other murdered soldier did not want the death penalty to be imposed (see paragraph 86 above), the Iraqi authorities have still not given any binding assurance that it will not. The applicants' case has recently been remitted for reinvestigation and retrial and it is impossible to predict the outcome. In these circumstances the Court does not consider that the risk of the applicants' being executed has been entirely dispelled.

135. Moreover, it considers that, given the nature of the evidence and allegations against the applicants, from August 2004, when the death penalty was reintroduced in Iraq, there were substantial grounds for believing that they would run a real risk of being sentenced to death if tried and convicted by an Iraqi court. Indeed, the minute of the meeting of the DIRC of 27 July 2004 recorded that the United Kingdom Secretary of State was already at that stage concerned about the death penalty (see paragraph 44 above). Similar expressions of concern were reported in the minutes of 31 August 2004 and 31 January and 3 May 2005.

136. The applicants must themselves have been aware of this risk. The Court considers that, at least from May 2006, when the Iraqi criminal courts accepted jurisdiction over their cases, the applicants were subjected to a well-founded fear of execution. It is reasonable to assume that this fear caused the applicants intense psychological suffering. It must have continued throughout their appeals to the Iraqi courts against the referral of their cases to the IHT (see paragraph 47 above) and the refusal of the English domestic courts to prevent their physical transfer to the Iraqi authorities. It undoubtedly intensified around 31 December 2008, when the risk became more concrete and the transfer took place, and continues to this day.

137. Protocol No. 13 came into force in respect of the United Kingdom on 1 February 2004. The Court considers that, from that date at the latest, the respondent State's obligations under Article 2 of the Convention and Article 1 of Protocol No. 13 dictated that it should not enter into any arrangement or agreement which involved it in detaining individuals with a view to transferring them to stand trial on capital charges or in any other way

subjecting individuals within its jurisdiction to a real risk of being sentenced to the death penalty and executed. Moreover, it considers that the applicants' well-founded fear of being executed by the Iraqi authorities during the period May 2006 to July 2009 must have given rise to a significant degree of mental suffering and that to subject them to such suffering constituted inhuman treatment within the meaning of Article 3 of the Convention.

138. The Government have contended that, in accordance with well-established principles of international law, they had no option but to respect Iraqi sovereignty and transfer the applicants, who were Iraqi nationals held on Iraqi territory, to the custody of the Iraqi courts when so requested. In this respect, however, the Court refers to its case-law, summarised in paragraphs 126 to 128 above, to the effect that it is not open to a Contracting State to enter into an agreement with another State which conflicts with its obligations under the Convention. This principle carries all the more force in the present case given the absolute and fundamental nature of the right not to be subjected to the death penalty and the grave and irreversible harm risked by the applicants.

139. The domestic courts considered themselves bound by the principles of international law concerning "diplomatic asylum", as applied by the Court of Appeal in the *R(B)* case (see paragraphs 58, 72 and 94 above), to find that the duty to provide refuge extraterritorially could operate only where there was clear evidence that the territorial State intended to subject the individual to treatment so harsh as to constitute a crime against humanity. It is not necessary in this judgment for the Court to examine generally the principles of "diplomatic asylum" or to establish when, if ever, the surrender of an individual by a Contracting State's diplomatic or consular agents could give rise to a violation of the Convention. It merely notes in passing that the Commission in its admissibility decision in *M. v. Denmark*, no. 17392/90, Commission decision of 14 October 1992, Decisions and Reports 73, p. 193, appeared to assume, albeit without detailed reasoning, that the *Soering* principle against *refoulement* would apply where an individual sought and was refused refuge in a Contracting State's embassy.

140. The Court considers in any event that the facts of the present case are such as clearly to distinguish it from a situation of "diplomatic asylum", for the following reasons. Diplomatic and consular premises have a particular status under international law. When a State sets up a diplomatic mission it agrees to respect the laws of the territorial State and not to interfere in its internal affairs (Vienna Convention on Diplomatic Relations of 1961, Article 41 § 1: see paragraph 93 above); this is one of the conditions on which the territorial State consents to the establishment of the mission. Thus, when an individual seeks refuge at an embassy, the obligations owed

by the sending State to the territorial State are known and apply *ab initio* (although there may be other conflicting obligations, for example under the Convention). In contrast, in the present case, the applicants did not choose to seek refuge with the authorities of the United Kingdom; instead, the respondent State's armed forces, having entered Iraq, took active steps to bring the applicants within the United Kingdom's jurisdiction, by arresting them and holding them in British-run detention facilities (see *Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom* (dec.), no. 61498/08, §§ 84-89, 30 June 2009). In these circumstances, the Court considers that the respondent State was under a paramount obligation to ensure that the arrest and detention did not end in a manner which would breach the applicants' rights under Articles 2 and 3 of the Convention and Article 1 of Protocol No. 13.

141. In any event, the Government have not satisfied the Court that the need to secure the applicants' rights under Articles 2 and 3 of the Convention and Article 1 of Protocol No. 13 inevitably required them to act in contravention of Iraqi sovereignty. It does not appear from the evidence before the Court that, despite the concerns voiced at ministerial level as early as July 2004 about the risk of the imposition of the death penalty if the applicants were tried by the Iraqi courts (see paragraph 44 above), any real attempt was made to negotiate with the Iraqi authorities to prevent it. According to the evidence of Mr Watkins before the Divisional Court and Court of Appeal (see paragraphs 56 and 66 above), it was the judgment of the United Kingdom Government towards the end of 2008 that it would not be politic even to raise with the Iraqi government the possibility of removing the applicants to the United Kingdom or continuing to detain them in Iraq after 31 December 2008. However, it would appear from the minute of the DIRC meeting of 28 September 2004 that the Iraqi prosecutors initially had "cold feet" about bringing the case themselves, because the matter was "so high profile" (see paragraph 44 above). This could have provided an opportunity to seek the consent of the Iraqi government to an alternative arrangement involving, for example, the applicants being tried by a United Kingdom court, either in Iraq or in the United Kingdom. It does not appear that any such solution was ever sought.

142. The Government accept, moreover, that no attempt was made, during the negotiations for the United Kingdom-Iraq MOU of 8 November 2004 or at any other time, to seek a general assurance from the Iraqi authorities that, in the light of the United Kingdom's binding obligations under the Convention and Protocol No. 13, no individual transferred from the physical custody of the British armed forces could be subjected to the

death penalty. Similarly, the Government do not contend that, before the decision was made to refer the applicants' cases to the Iraqi courts, any request was made to the Iraqi authorities for a binding assurance that, if the cases were referred, the applicants would not be at risk of capital punishment. Indeed, it would appear that it was only after the applicants had lodged an application for judicial review before the Divisional Court that a first effort was made to seek clemency on their behalf. However, as the domestic courts found, no binding guarantee was obtained.

143. In summary, therefore, the Court considers that, in the absence of any such binding assurance, the referral of the applicants' cases to the Iraqi courts and their physical transfer to the custody of the Iraqi authorities failed to take proper account of the United Kingdom's obligations under Articles 2 and 3 of the Convention and Article 1 of Protocol No. 13 since, throughout the period in question, there were substantial grounds for believing that the applicants would face a real risk of being sentenced to death and executed.

144. The outcome of the applicants' case before the IHT is currently uncertain. While the applicants remain at real risk of execution since their case has been remitted for reinvestigation, it cannot at the present time be predicted whether or not they will be retried on charges carrying the death penalty, convicted, sentenced to death and executed. Whatever the eventual result, however, it is the case that through the actions and inaction of the United Kingdom authorities the applicants have been subjected, since at least May 2006, to the fear of execution by the Iraqi authorities. The Court has held above that causing the applicants psychological suffering of this nature and degree constituted inhuman treatment. It follows that there has been a violation of Article 3 of the Convention.

145. In the circumstances, and in view of the above finding, the Court does not consider it necessary to decide whether there have also been violations of the applicants' rights under Article 2 of the Convention and Article 1 of Protocol No. 13.

II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 6 OF THE CONVENTION

146. The applicants alleged that, at the moment they were transferred to Iraqi custody, there were substantial grounds for believing that they were at a real risk of being subjected to an unfair trial before the IHT in breach of their rights under Article 6 § 1 of the Convention, which provides:

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

The Government denied that there was any risk of an unfair trial.

A. The parties' submissions

147. The applicants alleged that the fairness of trials before the IHT had been the subject of widespread and ongoing criticism from numerous non-governmental organisations and international bodies, focusing both on the IHT's lack of independence and its general ability to conduct a trial meeting even the most basic international requirements. They referred to reports by the International Center for Transitional Justice (*Dujail: Trial and Error?* (November 2006)); the United Nations Human Rights Council's Working Group on Arbitrary Detentions (Opinion 31/2006, in relation to the trial and detention of Saddam Hussein); Human Rights Watch (*The Poisoned Chalice: A Human Rights Watch Briefing Paper on the Decision of the Iraqi High Tribunal in the Dujail Case* (June 2007)); and the statements of their expert witness who had given evidence before the domestic courts (see paragraph 59 above). With reference to these reports, the applicants alleged in particular that IHT personnel and witnesses appearing before it were subject to extreme security risks, including the risk of assassination and that defendants were left without effective representation because of the risk to counsel. The applicants alleged that there was no tradition of judicial independence in Iraq and that the judges of the IHT were subject to continual political interference. These shortcomings explained the conviction rate of approximately 80% of accused persons tried before the IHT.

148. The Government submitted that there was no real risk that the applicants would be submitted to a flagrant denial of justice, as the Divisional Court and Court of Appeal correctly decided on the basis of the extensive and recent evidence before them.

B. The Court's assessment

149. In *Mamatkulov and Askarov* (cited above, §§ 90 and 91), the Grand Chamber confirmed the principle first laid down in *Soering* (cited above, § 113), that an issue might exceptionally be raised under Article 6 by an extradition decision in circumstances where the fugitive had suffered or risked suffering a flagrant denial of a fair trial in the requesting country. As with cases under Article 3, the Court considers that, where the removal has already taken place, the existence of the risk of a flagrant breach of Article 6 must be assessed primarily with reference to those facts which were known or ought to have been known to the Contracting State at the time of removal, although the Court is not precluded from having regard to information which comes to light subsequently (see paragraph 125 above).

150. However, in the present case the Court accepts the national courts' finding that, at the date of transfer, it was not established that the applicants would risk a flagrantly unfair trial before the IHT. Now that the trial has taken place, there is no evidence before the Court to cast doubt on that assessment. It follows that the Court finds no violation of Article 6 of the Convention.

III. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLES 13 AND 34 OF THE CONVENTION

151. The applicants contended that their physical transfer to the Iraqi authorities, in breach of the Court's indication under Rule 39 of the Rules of Court, gave rise to a violation of Article 34 of the Convention, which provides:

"The Court may receive applications from any person, non-governmental organisation or group of individuals claiming to be the victim of a violation by one of the High Contracting Parties of the rights set forth in the Convention or the Protocols thereto. The High Contracting Parties undertake not to hinder in any way the effective exercise of this right."

Furthermore, since at the time the House of Lords had not yet had the opportunity to determine their appeal, the transfer also violated their right to an effective domestic remedy, in breach of Article 13 of the Convention, which states:

"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."

The Government rejected these contentions.

A. The parties' submissions

1. *The applicants*

152. The applicants submitted that the consequences of transferring them to the Iraqi authorities in breach of the Court's Rule 39 indication could not have been more serious, both as to their right to individual petition and their right to an effective remedy. Both this Court's judgment in *Paladi v. Moldova* ([GC], no. 39806/05, § 92, 10 March 2009) and the judgment of the International Court of Justice (ICJ) in *LaGrand* (judgment of 27 June 2001, *ICJ Reports* 2001, p. 466), on which the Government relied, made it clear that the obligation was to take all reasonable steps to comply with an indication of interim measures. Nonetheless, the Government had conceded that at no stage did they make any approach to the Iraqi authorities to

investigate the possibility of detaining the applicants at the British detention facility at Basra for the matter of the few weeks or months that it would take for the legal issues to be resolved. Moreover, the Government had failed to inform either the Court or the applicants' representatives on the morning of 31 December 2008 that they did not intend to comply with the Rule 39 indication. The Court was informed only when the transfer had taken place.

153. They claimed that the Government had been fully aware that the House of Lords did not have provision for vacation business and that the earliest a petition for leave to appeal and interim relief could be lodged was 12 January 2009. In transferring the applicants before that date, the Government knew that their right to seek such leave and thus their chance of an effective domestic remedy would be vitiated.

2. *The Government*

154. The Court had held in *Paladi* (cited above), that it was for a respondent Government to demonstrate that there was an objective impediment which prevented its compliance with an interim measure indicated under Rule 39 of the Rules of Court. In the Government's submission, the question whether there was such an objective impediment had to be assessed in each case with reference to the legal or factual scenario. As the Court had confirmed in its case-law, the Convention had to be interpreted in the light of and in harmony with other principles of international law. This was no less the case when it came to the interpretation of Article 34 and Rule 39. Indeed, much of the reasoning behind the Court's decision in *Mamatkulov and Askarov* (cited above), as to the binding nature of Rule 39 indications was based on consideration of other principles of international law, including the judgment of the ICJ in *LaGrand*, cited above. In that judgment, in a passage cited by the Court in *Paladi*, the ICJ emphasised that its Order of provisional measures "did not require the United States to exercise powers it did not have", although it did impose the obligation to take all measures at its disposal to ensure that Walter LaGrand was not executed pending the conclusion of the proceedings.

155. In the present case, the Rule 39 indication should not be interpreted as requiring the Contracting State to exercise powers it did not have, including notably the power to continue to detain the applicants after midnight on 31 December 2008. An indication under Rule 39 could not require a Contracting State to violate the law and sovereignty of a non-Contracting State. This was, indeed, an exceptional case. If it was correct that the relevant acts fell within the jurisdiction of the United Kingdom,

the case was by definition “exceptional” in terms of the extraterritorial application of the Convention (see *Banković*, cited above, § 74). Further, the exceptional nature of the case derived specifically from the fact that the United Kingdom was acting or being required to act outside its own territory. It could not comply with the Rule 39 indication precisely because it was on the territory of another State. The Government were proud of their long history of cooperation with the Court and their compliance with previous Rule 39 indications. They had failed to comply with the indication in this case only because there was an objective impediment preventing compliance.

156. The Government dismissed as irrelevant the submissions by the third parties to the effect that the obligation to comply with a Rule 39 indication was not discharged by a competing international obligation (see paragraphs 158-59 below). The present case did not involve conflicting obligations where a State could choose to act either in accordance with treaty A or treaty B. The simple point, which the interveners did not address, was that the Government could not comply with the Rule 39 indication; they did not have the relevant powers nor any discretion as to how to act. The applicants alleged that the Government could have done more, but this was to ignore the extreme sensitivity of the important and urgent negotiations that were taking place with Iraq at that time (see paragraphs 56 and 66 above).

157. In the Government’s submission, the complaint under Article 13 was unfounded since the applicants did not seek leave to appeal to the House of Lords until 9 February 2009. At the time of the transfer there were no domestic proceedings pending.

3. *The third parties*

158. The Equality and Human Rights Commission submitted that there could be no principled exception to the principle in *Mamatkulov and Askarov* (cited above), that a State’s failure to comply with an interim measure would be a violation of Article 34, where the State’s failure was based on an international-law obligation (assuming that such an obligation had been identified and existed). The rejection of such an exception flowed from the Court’s case-law regarding conflicts between international-law obligations and substantive Convention obligations and also from the rationale behind the *Mamatkulov and Askarov* rule, which was the need to protect the practical effectiveness of the Convention system for individual applicants.

159. The group of interveners (see paragraph 6 above) reasoned that, given the purpose and significance of interim measures in protecting

Convention rights, the obligation under Article 34 to abide by these measures should be strictly and consistently applied. A State had to take all steps available to it to comply with the order and, in deciding whether and to what extent to comply with interim measures, could not substitute its own judgment for that of the Court. The judgments in *Soering* and *Mamatkulov and Askarov* demonstrated that a competing international obligation did not permit the disregard of interim measures.

B. The Court's assessment

1. General principles

160. Interim measures under Rule 39 of the Rules of Court are indicated only in limited spheres. In practice, the Court will make such an indication only if there is an imminent risk of irreparable damage. While there is no specific provision in the Convention concerning the domains in which Rule 39 will apply, requests for its application usually concern the right to life (Article 2), the right not to be subjected to torture or inhuman treatment (Article 3) and, exceptionally, the right to respect for private and family life (Article 8) or other rights guaranteed by the Convention (see *Mamatkulov and Askarov*, cited above, § 104). Under the Convention system, interim measures play a vital role in avoiding irreversible situations that would prevent the Court from properly examining the application and, where appropriate, securing to the applicant the practical and effective benefit of the Convention rights asserted. Accordingly, in these conditions a failure by a respondent State to comply with interim measures will undermine the effectiveness of the right of individual application guaranteed by Article 34 and the State's formal undertaking in Article 1 to protect the rights and freedoms set forth in the Convention (*ibid.*, § 125).

161. Article 34 will be breached if the authorities of a Contracting State fail to take all steps which could reasonably have been taken in order to comply with the interim measure indicated by the Court (see *Paladi*, cited above, § 88). In examining a complaint under Article 34 concerning the alleged failure of a Contracting State to comply with an interim measure, the Court will not re-examine whether its decision to apply interim measures was correct. It is for the respondent Government to demonstrate to the Court that the interim measure was complied with or, in an exceptional case, that there was an objective impediment which prevented compliance and that the Government took all reasonable steps to remove the impediment and to keep the Court informed about the situation (*ibid.*, § 92).

2. Application of the above principles to the present case

162. As stated above, the Court's approach in interpreting the Convention must be guided by the fact that its object and purpose as an instrument for the protection of individual human beings requires that its provisions be interpreted and applied so as to make its safeguards practical and effective. It has found that the decisions of the United Kingdom authorities to refer the applicants' cases to the Iraqi courts in December 2005 and to transfer them physically to Iraqi custody on 31 December 2008, without having first received any binding assurance that they would not be subjected to the death penalty, put them at real risk of being executed. It has further found that, as a matter of principle, it was not open to the respondent State to enter into an agreement or arrangement with another State which conflicted with its obligations under Articles 2 and 3 of the Convention and Article 1 of Protocol No. 13. Finally, it has found that the Government have failed to establish that there were no realistic or practicable means available to them by which to safeguard the applicants' fundamental human rights. In these circumstances, the "objective impediment" claimed by the Government, namely the absence, on 31 December 2008, of any available course of action consistent with respect for Iraqi sovereignty other than the transfer of the applicants, was of the respondent State's own making.

163. Moreover, the Government have not satisfied the Court that they took all reasonable steps, or indeed any steps, to seek to comply with the Rule 39 indication. They have not informed the Court, for example, of any attempt to explain the situation to the Iraqi authorities and to reach a temporary solution which would have safeguarded the applicants' rights until the Court had completed its examination.

164. It is true that from June 2008 the Government began to make approaches to the Iraqi authorities, initially to ascertain from the President of the IHT what steps would be effective under Iraqi law and practice to reduce the risk of the applicants receiving the death sentence (see paragraphs 50-54 above). Subsequently, in July 2008 the Government contacted the Iraqi prosecutors and requested them to inform the IHT that the Government were opposed to the death penalty and that neither of the families of the two murdered soldiers wished it to be imposed (see paragraph 86 above). These contacts may or may not have contributed to the IHT's decisions to amend the charges against the applicants (see paragraphs 86-88 above); this is not a matter on which the Court is able to speculate. However, as the domestic courts also found, the Government's approaches to the Iraqi authorities prior to the transfer of the applicants on 31 December 2008 were not sufficient to secure any binding assurance that the death penalty would

not be applied and the applicants remained at real risk when the United Kingdom decided not to comply with the Court's indication under Rule 39. The Government's efforts in 2009 to persuade the Iraqi authorities not to use the death penalty came after the applicants had left United Kingdom jurisdiction and therefore at a time when the United Kingdom authorities had lost any real and certain power to secure their safety. Moreover, to date no binding assurance that the death penalty will not be applied has been given and the applicants' fate remains uncertain.

165. In conclusion, the Court does not consider that the authorities of the Contracting State took all steps which could reasonably have been taken in order to comply with the interim measure taken by the Court. The failure to comply with the interim measure and the transfer of the applicants out of the United Kingdom's jurisdiction exposed them to a serious risk of grave and irreparable harm.

166. In the admissibility decision of 30 June 2009 (see paragraph 7 above) the Court joined the question of the admissibility of Article 13 to the merits. Having now examined the merits, and having found in connection with Article 34 that there was no objective justification for the transfer, it reaches the conclusion on similar grounds that the effectiveness of any appeal to the House of Lords was unjustifiably nullified as a result of the Government's transfer of the applicants to the Iraqi authorities. The Court therefore finds the complaint under Article 13 admissible and it finds violations of Articles 13 and 34 of the Convention.

IV. APPLICATION OF ARTICLE 46 OF THE CONVENTION

167. Article 46 of the Convention provides:

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

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

168. The applicants asked the Court to order the Government to take a number of measures which might assist in mitigating the damage caused by their transfer to Iraqi custody. In particular, the applicants requested the Court to order the Government to use their best endeavours to secure by diplomatic representations the applicants' immediate return to United Kingdom custody. Further or alternatively, the Government should be ordered to use their best endeavours to ensure that the applicants received a fair trial before the IHT, were enabled to remain in contact with their English legal representatives and were not sentenced to the death penalty if convicted. They referred, *inter alia*, to *Ilaşcu and Others v. Moldova and*

Russia ([GC], no. 48787/99, § 490, ECHR 2004-VII) where the Court ordered the respondent States to take every measure to put an end to the arbitrary detention of the applicants still detained and to secure their immediate release.

169. The Government submitted that this was not a case permitting of *restitutio in integrum*. The applicants were in Iraqi custody. The Government had no means whatsoever of securing their return to the custody of British forces and no power to detain them in Iraq even if they were returned. The judgment of those involved in negotiating with Iraq prior to the transfer was that there was no prospect of the Iraqi authorities agreeing to the applicants' continued detention by British forces (see paragraphs 56 and 66 above). Careful further consideration had been given to these matters and it was the Government's considered view that the diplomatic representations sought would be inappropriate, could harm bilateral relations and would be ineffective. Likewise, it was the Government's considered view that it would not be appropriate to make the further representations sought as to the full and continuing cooperation of the Iraqi government, and in particular the IHT, with the United Kingdom Government, as regards access by the applicants to their representatives in the United Kingdom and the IHT's manner of operating.

170. The Court notes that where it finds a violation, the respondent State has a legal obligation under Article 46 of the Convention not just to pay those concerned any sums awarded by way of just satisfaction under Article 41, but also to select, subject to supervision by the Committee of Ministers, the general and/or, if appropriate, individual measures to be adopted in their domestic legal order to put an end to the violation found by the Court and to redress so far as possible the effects. The respondent State remains free, subject to monitoring by the Committee of Ministers, to choose the means by which it will discharge its legal obligation under Article 46 of the Convention, provided that such means are compatible with the conclusions set out in the Court's judgment (see *Scozzari and Giunta v. Italy* [GC], nos. 39221/98 and 41963/98, § 249, ECHR 2000-VIII; *Assanidze v. Georgia* [GC], no. 71503/01, § 202, ECHR 2004-II; and *Ilaşcu and Others*, cited above, § 490).

171. In the present case, the Court has found that through the actions and inaction of the United Kingdom authorities the applicants have been subjected to mental suffering caused by the fear of execution amounting to inhuman treatment within the meaning of Article 3. While the outcome of the proceedings before the IHT remains uncertain, that suffering continues. For the Court, compliance with their obligations under Article 3 of the Convention requires the Government to seek to put an end to the

applicants' suffering as soon as possible, by taking all possible steps to obtain an assurance from the Iraqi authorities that they will not be subjected to the death penalty.

V. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

172. Article 41 of the Convention provides as follows:

“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. Non-pecuniary damage

173. The applicants claimed that they were entitled to a substantial award in respect of non-pecuniary damage, given the fundamental nature of the rights that had been violated and the United Kingdom's failure to comply with the Rule 39 indication. They submitted that there was no comparable case, but in the light of awards made in cases under Article 2 involving loss of life caused or contributed to by the State, they were each entitled to compensation in the region of 50,000 pounds sterling (GBP) for exposure to a real risk of the death penalty, together with a further GBP 25,000 in respect of the breaches of Articles 13 and 34.

174. The Government submitted that, in the event that the Court found a violation, that finding would be sufficient just satisfaction. They denied that the applicants were suffering from fear and distress and referred to the report of the Provost Marshall, the British army officer responsible for conducting inspections of British overseas military detention facilities (see also paragraph 61 above), who had visited the applicants in Rusafa Prison on 24 April 2008 and found that they appeared healthy and looked well. Furthermore, it would be inappropriate to award compensation where the damages claimed arose out of a situation where the applicants had been transferred into the custody of the authorities of a host State for investigation and trial for alleged war crimes, in accordance with international law. The sums sought were in any event excessive. The cases relied on by the applicants had involved awards of damages to a relative in respect of an actual killing.

175. In all the circumstances of the present case, the Court considers that the findings of a violation of Articles 3, 13 and 34 and the indication made under Article 46 constitute sufficient just satisfaction for the non-pecuniary damage suffered by the applicants.

B. Costs and expenses

176. The applicants claimed a total of GBP 48,131.58 in respect of the costs and expenses of bringing the application before the Court, inclusive of value-added tax (VAT) at 15%. They claimed for a total of 377 hours and 10 minutes' work by legal advisers, including 189 hours and 24 minutes spent by solicitors, charged at GBP 180 per hour for the senior solicitor and GBP 130 per hour for the junior solicitor; 20 hours' work by one QC and 5 hours' work by another, charged at GBP 350 per hour; 5 hours' work by a second QC; and a total of 162 hours and 45 minutes spent on the application by three other barristers.

177. The Government acknowledged that the application raised a number of complex issues. Nonetheless they considered that the total time spent by the applicants' legal team was excessive and that the use of eight different lawyers must have contributed to duplication and extra costs. They submitted that a total figure of 250 hours would be more reasonable. Furthermore, the hourly sum of GBP 350 for two of the counsel was too high; an hourly rate of GBP 250 would be more appropriate.

178. In the light of the complex issues raised by this case and based on its practice in comparable cases, the Court awards 40,000 euros in respect of costs and expenses, together with any tax that may be chargeable to the applicants.

C. Default interest

179. 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 admissible* unanimously the remaining complaint under Article 13 of the Convention;
2. *Holds* unanimously that there has been a violation of Article 3 of the Convention;
3. *Holds* unanimously that it is not necessary to decide whether there have been violations of Article 2 of the Convention or Article 1 of Protocol No. 13;
4. *Holds* unanimously that there has been no violation of Article 6 of the Convention;

5. *Holds* by six votes to one that there have been violations of Articles 13 and 34 of the Convention;
6. *Holds* unanimously
 - (a) that the findings of a violation constitute sufficient just satisfaction for the non-pecuniary damage suffered by the applicants;
 - (b) that the respondent State is to pay to the applicants jointly EUR 40,000 (forty thousand euros), in respect of costs and expenses, plus any tax that may be chargeable to the applicants, to be converted into pounds sterling at the rate applicable at the date of settlement;
 - (c) 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.

Done in English, and notified in writing on 2 March 2010, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Lawrence Early
Registrar

Lech Garlicki
President

In accordance with Article 45 § 2 of the Convention and Rule 74 § 2 of the Rules of Court, the following separate opinion of Judge Bratza is annexed to this judgment.

L.G.
T.L.E.

PARTLY DISSENTING OPINION OF JUDGE BRATZA

1. I share the view of the Chamber that there has been a violation of Article 3 of the Convention in the present case and that, having regard to this finding, it is not necessary to decide whether there have additionally been violations of Article 2 of the Convention or Article 1 of Protocol No. 13.

2. It was expressly accepted by the Divisional Court and by the Court of Appeal that, taking the evidence as a whole, substantial grounds had been shown for believing that there was a real risk that the applicants would be condemned to the death penalty and executed if they were transferred into the custody of the Iraqi High Tribunal (IHT), no sufficient guarantees having been obtained that such a penalty would not be sought or imposed for the offences with which they were charged. This conclusion is not affected by the fact that, in the result, the charges of murder against the applicants were reduced and replaced by charges which did not carry the death penalty or that, in September 2009, the IHT set aside all the charges against the applicants on the ground of insufficiency of evidence. The Court has previously held that it is not precluded from having regard to information which comes to light subsequent to the surrender or expulsion of a person, such information being of potential value in confirming or refuting the appreciation made by the Contracting State of the well-foundedness or otherwise of an applicant's fears (see *Vilvarajah and Others v. the United Kingdom*, 30 October 1991, § 107, Series A no. 215, and *Mamatkulov and Askarov v. Turkey* [GC], nos. 46827/99 and 46951/99, § 69, ECHR 2005-I). However, since the nature of a Contracting State's responsibility under Article 3 in cases of the present kind lies in the acts of exposing an individual to the risk of ill-treatment, the existence of the risk must be assessed primarily with reference to those facts which were known or might have been known to the Contracting State at the time of surrender or expulsion. Moreover, as pointed out in the judgment, the applicants' case has in any event been recently remitted by the Court of Cassation for reinvestigation and retrial, with the consequence that the risk faced by them at the time of their surrender has not been finally dispelled.

3. In concluding that the Government were in breach of their obligations under Article 3 in the present case, the Chamber has focused not merely on the circumstances in December 2008 when the applicants were physically transferred to the custody of the Iraqi authorities without any assurance that they would not be subjected to the death penalty, but on the acts and omissions of the United Kingdom authorities in the period following the

applicants' arrest and detention as security internees in 2003 and prior to the referral of their cases to the Iraqi courts without the necessary assurances.

4. I fully endorse this latter basis for attaching responsibility to the Government under Article 3. The applicants were initially classified as "security internees", their notices of internment recording that they were suspected of being senior members of the Ba'ath Party under the former regime and of orchestrating anti-Multinational Force (MNF) violence by former regime elements and that, if released, they would represent an imperative threat to security. It was the Special Investigation Branch of the United Kingdom's Royal Military Police which, following an investigation into the deaths of the two British servicemen carried out between March 2003 and October 2004, found evidence implicating the applicants in their killing. In June 2004 the occupation of Iraq came to an end and in August of that year the death penalty was reintroduced into the Iraqi Penal Code in respect of a number of offences, including murder. It is clear from the evidence before the Court, notably the internal Divisional Internment Review Committee minutes referred to in paragraph 44 of the judgment, that extensive negotiations took place between the United Kingdom and Iraqi authorities in the period from July 2004 until the formal reference of the cases against the applicants to the Chief Investigation Judge of the Central Criminal Court of Iraq (CCCI) in December 2005. It is apparent from that evidence that, at least in the initial stages, there were hesitations on the part of the Iraqi authorities about undertaking the prosecution of the applicants in such a high-profile case. At the same time, there were continuing concerns on the part of the United Kingdom authorities that if the applicants were to be transferred to the Iraqi courts for trial the death penalty could be imposed. These concerns were, in particular, reflected in the minute of 3 May 2005 in which guidance was sought "on the safeguards that could be imposed before transferring the case to the CCCI especially in light of the potential death penalty difficulties".

5. Despite this clear appreciation of the risk that the death penalty would be imposed if the applicants were transferred to an Iraqi court and convicted of murder and despite the opportunities which were offered by the discussions at that time, it does not appear that any efforts were made by the United Kingdom authorities either to negotiate alternative arrangements for the trial of the two applicants which would not involve the risk of the death penalty or to secure the necessary safeguards before the applicants' cases were formally referred to the Iraqi courts in December 2005. In particular, as noted in the judgment (see paragraph 141), despite the binding obligations of the United Kingdom under the Convention and Protocol No. 13, no attempt was made to seek either a general assurance

that individuals transferred from the physical custody of the British armed forces to the Iraqi authorities would not be subjected to the death penalty or a specific assurance that the two applicants would not be at risk of capital punishment if their cases were referred to the Iraqi courts for trial. The first efforts which, indeed, appear to have been made to obtain such an assurance on the applicants' behalf were made in mid-2008, after the applicants' cases had been referred, after they had been reclassified by the United Kingdom authorities as "criminal detainees" in May 2006 and after the IHT had made its first of several repeated requests for the transfer of the applicants in December 2007.

6. It was, in my view, this failure on the part of the United Kingdom authorities in the period prior to the referral of the applicants' cases to the Iraqi courts, which itself led to the eventual surrender of the applicants to those courts in December 2008, that gave rise to a breach of the State's obligations under Article 3 of the Convention.

7. By the time of the applicants' eventual surrender, the situation had radically changed. The United Nations mandate for the presence of the MNF, including the British contingent, expired on 31 December 2008. Following the expiry of the mandate, there remained under international law, as the Court of Appeal held, "no trace or colour of any power or authority whatever for the MNF, or any part of it, to maintain any presence in Iraq save only and strictly at the will of the Iraqi authorities" (§ 34; see paragraph 71 of the judgment) and there existed "no sensible room for doubt but that the terms on which British forces would be permitted to remain in Iraq by the Iraqi authorities would not encompass any role or function which would permit, far less require, British (or any other) forces to continue to hold detainees" (§ 35; see paragraph 71 of the judgment). Had they done so, the Iraqi authorities would have been entitled to enter the premises occupied by the British and recover any such persons so detained (§ 36; see paragraph 71 of the judgment).

8. The judgment of the Chamber rejects the Government's argument that by 31 December 2008 they had no option but to respect Iraqi sovereignty and transfer the applicants, who were Iraqi nationals held on Iraqi territory, to the custody of the Iraqi courts, when so requested. Reliance is placed in the judgment on the Court's case-law to the effect that it is not open to a Contracting State to enter into an agreement with another State which conflicts with its obligations under the Convention and that the obligation under Article 3 not to surrender a fugitive to another State where substantial grounds exist for believing that he would be subjected to treatment or punishment contrary to that Article overrides any treaty obligations which might have been concluded after the entry into force of the Convention.

9. While I in no way question these general principles laid down in the Court’s case-law, I am not persuaded that they have any direct application to the special circumstances of the present case, where the two applicants were held by a contingent of a multinational force on foreign sovereign territory, whose mandate to remain on that territory had expired and who had no continuing power or authority to detain or remove from the territory nationals of the foreign sovereign State concerned.

10. It is these considerations which have led me to dissent from the majority of the Chamber in their finding that there have also been violations of Articles 13 and 34 of the Convention.

11. The general principles governing Article 34 have been set out most recently in the Court’s *Paladi* judgment (see *Paladi v. Moldova* [GC], no. 39806/05, 10 March 2009). Article 34 will be breached if the authorities of a Contracting State fail to take all steps which could reasonably have been taken in order to comply with interim measures indicated by the Court under Rule 39 of the Rules of Court. It is for the respondent Government to demonstrate to the Court that the interim measure was complied with, or in an exceptional case, that there was an objective impediment which prevented compliance and that the Government took all reasonable steps to remove the impediment and to keep the Court informed about the situation. The question whether there is such an “objective impediment” has to be assessed in each case with reference to the legal and factual circumstances which prevailed at the time Rule 39 was applied, the respondent State not being required to take measures which are not within its powers.

12. The circumstances of the present case were in my view exceptional. An application for interim measures was lodged with the Court by the applicants on 22 December 2008, some nine days before the United Kingdom’s mandate expired and three days after the Divisional Court had delivered judgment in the applicants’ judicial review proceedings challenging the legality of their proposed transfer to the Iraqi authorities. Although the referral of the applicants’ cases to the Iraqi courts had taken place in December 2005 and the IHT had first requested the applicants’ transfer into its custody in December 2007, it was not until 12 June 2008 that the applicants commenced the judicial review proceedings. The proceedings were undoubtedly of some complexity and were dealt with by the domestic courts with expedition: the hearing before the Divisional Court took place over three days from 18 to 20 November 2008 and the lengthy judgment of the court was delivered one month later. The applicants’ appeal to the Court of Appeal was fixed for a substantive hearing on 29 and 30 December 2008, less than ten days after the appeal had been lodged and on the second day of the hearing the appeal was dismissed by the Court of Appeal, which

gave short reasons for its decision, indicating that its full judgment would follow. As set out in paragraph 67 of the present judgment, it was the unanimous view of the Court of Appeal that after 31 December 2008, the United Kingdom was entirely legally powerless to take action other than in compliance with the wishes of the IHT or to resist any action taken by the Iraqi authorities. The Court of Appeal accordingly lifted the injunction which had prevented the applicants' transfer until 4.30 p.m. on the same day. Shortly after being informed of the ruling of the Court of Appeal, interim measures were applied by the Court under Rule 39 of the Rules of Court, informing the Government that the applicants should not be removed or transferred from the custody of the United Kingdom until further notice.

13. The majority of the Chamber have found the Government's non-compliance with the Rule 39 indication to be unjustified on two principal grounds. It is said that there was no "objective impediment" to compliance with the interim measures since the absence on 31 December 2008 of any available course of action consistent with respect for Iraqi sovereignty other than the transfer of the applicants was of the respondent State's own making. Secondly, it is said that the Government have not satisfied the Court that they took all reasonable steps, or indeed any steps, to seek to comply with the Rule 39 indication, not having informed the Court of any attempt to explain the situation to the Iraqi authorities or to reach a temporary solution which would have safeguarded the applicants' rights until the Court had completed its examination.

14. I am not convinced by either of these points. As to the former, the question whether there was an objective impediment to compliance with an interim measure must be assessed at the time when the measure was applied, in this case 30 December 2008. At that time there existed, as the Court of Appeal found, an objective legal impediment to continuing to detain the applicants and refusing to surrender them to the Iraqi authorities. The fact that, had the United Kingdom obtained the necessary assurances from those authorities some four years before, the applicants could have been safely transferred in December 2008, while undoubtedly relevant in the context of the complaint under Article 3 of the Convention, does not in my view affect the question which falls to be examined under Article 34. As to the latter point, while there are strong reasons to believe that the relevant assurances could have been obtained before the referral of the applicants' case to the Iraqi courts, the lack of success of the efforts made after June 2008 would clearly suggest that there was no realistic prospect of obtaining such assurances or achieving a temporary solution at a time when the expiry of the mandate was imminent, a point confirmed by the evidence

of Mr Watkins before the Divisional Court and the Court of Appeal (see paragraphs 56 and 66 of the judgment).

15. For these reasons, while agreeing that in the circumstances of this case the surrender of the applicants violated their rights under Article 3, I would not find it either necessary or appropriate to hold that there had additionally been a violation of Article 34 of the Convention.

16. The claim under Article 13 is, as appears from paragraph 166 of the judgment, essentially accessory to that under Article 34, it being argued that the transfer of the applicants in non-compliance with the interim measures had nullified the effectiveness of any appeal to the House of Lords. For substantially the same reasons as I have indicated above, I would not find an additional violation of Article 13 in the present case.

17. As to the applicants' complaints under Article 6 of the Convention, I share the conclusion and reasoning of the Chamber and have nothing to add.

AL-SAADON ET MUFDHI c. ROYAUME-UNI
(Requête n° 61498/08)

QUATRIÈME SECTION

ARRÊT DU 2 MARS 2010¹

1. Traduction; original anglais.

SOMMAIRE¹**Détenus remis aux autorités irakiennes malgré le risque qu'ils soient soumis à la peine capitale****Article 3**

Traitements inhumains – Détenus remis aux autorités irakiennes malgré le risque qu'ils soient soumis à la peine capitale – Crainte fondée et constante d'être exécuté – Éléments montrant que la peine de mort est désormais prohibée en toutes circonstances – Obligations positives – Obligation de ne pas conclure d'accord international contraire aux obligations découlant de la Convention – Obligations primordiales de l'Etat à l'égard des individus qu'il a fait entrer dans sa juridiction en les arrêtant et en les détenant – Manquement à rechercher soit d'autres solutions que la remise des détenus soit des assurances contraignantes

Article 6

Procès équitable – Risque allégué de procès inéquitable devant le Tribunal spécial irakien – Absence de preuve de procès manifestement inéquitable

Articles 13 et 34

Entrave à l'exercice du droit de recours – Détenus remis aux autorités irakiennes au mépris d'une mesure provisoire – Absence d'obstacle objectif au respect de la Convention – Conclusion d'accords contraires aux obligations découlant de la Convention – Manquement à rechercher des assurances contraignantes – Manquement à prendre des mesures raisonnables pour respecter la mesure provisoire – Transfert des détenus privant de toute efficacité, de manière injustifiable, tout recours devant la Chambre des Lords

*

* *

L'affaire concerne le grief de deux ressortissants irakiens, qui reprochaient aux autorités britanniques en Irak de les avoir remis aux autorités irakiennes au mépris d'une mesure provisoire indiquée par la Cour européenne des droits de l'homme en vertu de l'article 39 de son règlement et de les avoir ainsi exposés à un risque réel de procès inéquitable suivi d'une exécution par pendaison. En 2003, les requérants

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

furent arrêtés par les forces britanniques à la suite de l'invasion de l'Irak par une force multinationale. Soupçonnés d'avoir été de hauts responsables du parti Baath sous l'ancien régime et d'avoir orchestré les violences contre les forces de la coalition, ils furent d'abord détenus dans un centre de détention administré par les Britanniques en qualité d'«individus internés pour raisons de sécurité». En octobre 2004, au terme d'une enquête sur le décès de deux soldats britanniques, la Police militaire royale du Royaume-Uni conclut qu'un certain nombre d'éléments indiquaient qu'ils avaient participé à l'embuscade dans laquelle les deux hommes avaient été tués, le 23 mars 2003, dans le sud de l'Irak. En décembre 2005, ils furent accusés de meurtre et les autorités britanniques les renvoyèrent devant les juridictions pénales irakiennes. En mai 2006, un mandat d'arrêt fut émis à leur encontre en vertu du code pénal irakien. Une ordonnance autorisant leur maintien en détention par l'armée britannique à Bassora fut également prononcée. Les autorités britanniques modifièrent leur statut : de « détenus pour raisons de sécurité », ils devinrent « détenus pénaux ». Puis, en 2006, leurs affaires furent déferées au tribunal pénal de Bassora, qui considéra que les faits dont ils étaient accusés étaient constitutifs de crimes de guerre, et relevaient donc de la compétence du Tribunal spécial irakien («TSI»), qui avait le pouvoir d'imposer la peine de mort. Le TSI demanda à plusieurs reprises que la garde des requérants lui soit transférée. Ceux-ci contestèrent devant les juridictions anglaises la légalité du transfert envisagé. Le 19 décembre 2008, la *Divisional Court* le déclara légal. Le 30 décembre 2008, la *Court of Appeal* confirma cette décision. Tout en admettant que les intéressés étaient exposés au risque réel d'être exécutés, elle estima que, même avant l'expiration, le 31 décembre 2008, du mandat des Nations unies, le Royaume-Uni n'exerçait pas sur eux le pouvoir autonome d'un Etat souverain mais ne faisait que représenter le tribunal irakien, et qu'il n'avait pas de pouvoir discrétionnaire propre pour les détenir, les libérer ou les remettre aux autorités irakiennes, mais agissait simplement à la demande et sur l'ordre du TSI et était tenu de les lui transférer en vertu des accords conclus entre le Royaume-Uni et l'Irak. Selon la *Court of Appeal*, ce raisonnement s'appliquerait *a fortiori* après l'expiration du mandat, dans la mesure où les forces britanniques ne seraient alors plus légalement habilitées à détenir des Irakiens, et, en toute hypothèse, même si les requérants avaient relevé de la juridiction du Royaume-Uni, celui-ci aurait néanmoins été tenu en droit international de les remettre au TSI, à moins que cela ne les exposât au risque de subir un crime contre l'humanité ou des actes de torture, or l'exécution par pendaison n'était constitutive ni de l'un ni des autres. Pour ces motifs, la *Court of Appeal* rejeta le recours des requérants. Leurs demandes d'autorisation de saisir la Chambre des Lords et leurs demandes de mesures provisoires furent également rejetées.

Peu après avoir été informée de la décision de la *Court of Appeal*, la Cour européenne des droits de l'homme indiqua au Gouvernement britannique en vertu de l'article 39 de son règlement que les requérants ne devaient être ni éloignés ni transférés jusqu'à nouvel ordre. Or, le 31 décembre 2008, le Gouvernement

répondit qu'en raison du fait que le mandat des Nations unies expirerait à minuit, il ne pouvait, exceptionnellement, appliquer la mesure indiquée par la Cour, et qu'il avait remis les requérants aux autorités irakiennes plus tôt dans la journée. Le procès des intéressés devant le TSI commença en mai 2009 et s'acheva en septembre de la même année par un verdict levant les charges qui pesaient sur eux et ordonnant leur libération immédiate. Sur recours du procureur, la Cour de cassation irakienne renvoya les affaires en ordonnant aux autorités irakiennes de procéder à un complément d'enquête avant le nouveau procès. Au moment de l'arrêt, les requérants étaient encore détenus. Dans la décision sur la recevabilité qu'elle rendit le 30 juin 2009, la Cour européenne des droits de l'homme conclut que, étant donné que les autorités du Royaume-Uni exerçaient un contrôle total et exclusif, de fait puis de droit, sur la prison de Bassora où étaient détenus les requérants, ceux-ci relevaient de la juridiction du Royaume-Uni jusqu'à leur remise aux autorités irakiennes le 31 décembre 2008.

1. Article 3 : même si, au moment où la Convention a été rédigée, la peine de mort n'était pas considérée comme contraire aux normes internationales de protection des droits de l'homme, tous les Etats membres du Conseil de l'Europe se sont depuis acheminés vers son abolition totale en fait et en droit. Ainsi, deux protocoles à la Convention abolissant la peine de mort en temps de guerre (Protocole n° 6) puis en toutes circonstances (Protocole n° 13) sont entrés en vigueur, et ils ont l'un comme l'autre été ratifiés par le Royaume-Uni. Tous les Etats membres sauf deux ont signé le Protocole n° 13 à la Convention et, parmi eux, tous sauf trois l'ont ratifié. Ces chiffres ainsi que la pratique constante des Etats, qui observent un moratoire sur la peine capitale, concourent à démontrer que l'article 2 de la Convention interdit aujourd'hui la peine de mort en toutes circonstances. Dès lors, plus rien n'empêche de considérer que cette sanction – source non seulement de douleur physique mais aussi de souffrances morales intenses en raison de l'anticipation de la mort – constitue une peine ou un traitement inhumain et dégradant au sens de l'article 3. Compte tenu de la nature des éléments présentés contre les requérants et des faits dont ils étaient accusés, il y avait, à partir d'août 2004 – date à laquelle la peine de mort a été réintroduite en Irak –, des motifs sérieux de penser qu'ils courraient un risque réel d'être condamnés à mort s'ils étaient jugés et condamnés par une juridiction irakienne. Eux-mêmes étaient sans nul doute conscients de ce risque. De l'avis de la Cour, ils ont, au moins à partir de mai 2006 – date à laquelle les juridictions pénales irakiennes se sont déclarées compétentes pour juger leurs affaires –, éprouvé une crainte fondée et constante d'être exécutés ; et l'on peut raisonnablement supposer que cette crainte a été à l'origine de souffrances morales intenses, certainement accentuées à partir de la remise des intéressés aux autorités irakiennes le 31 décembre 2008.

En ce qui concerne l'argument du Gouvernement selon lequel les principes bien établis du droit international ne laissent pas d'autre choix aux autorités que de remettre les requérants aux juridictions irakiennes à la demande de ces dernières

afin de respecter la souveraineté du pays, la Cour rappelle que les Etats contractants ne peuvent conclure d'accords internationaux contraires aux obligations qui leur incombent au titre de la Convention, en particulier lorsque sont en jeu la peine de mort et le risque de dommages graves et irréversibles. Par ailleurs, elle ne souscrit pas à l'analyse des juridictions britanniques, qui se sont estimées liées par les principes du droit international restreignant le devoir d'accorder l'« asile diplomatique » dans les cas où la personne concernée risque de subir un traitement tellement grave qu'il constitue un crime contre l'humanité. La situation des requérants était en effet différente de celle des demandeurs d'asile: ils n'ont pas cherché refuge auprès des autorités britanniques, mais ce sont ces autorités elles-mêmes qui, en les arrêtant et en les détenant, les ont fait entrer dans la juridiction du Royaume-Uni. Dans ces circonstances, l'Etat défendeur avait l'obligation primordiale de veiller à ce que l'arrestation et la détention des intéressés n'aboutissent pas à une violation de leurs droits.

En toute hypothèse, la Cour n'est pas convaincue que la protection nécessaire des droits des requérants garantis par la Convention passait inévitablement par une violation de la souveraineté irakienne. Il ne semble pas que les autorités britanniques aient véritablement tenté de négocier avec les autorités irakiennes une protection contre le risque d'imposition de la peine de mort. Par exemple, elles n'ont apparemment pas tenté de tirer parti du fait qu'à l'origine, les procureurs irakiens étaient manifestement peu enclins à intenter des poursuites eux-mêmes, en raison du caractère hautement médiatique de ces affaires, pour obtenir du gouvernement irakien un accord en vertu duquel les accusés auraient été jugés par une juridiction britannique, soit en Irak soit au Royaume-Uni. De même, elles n'ont pas demandé, avant de décider de déférer les affaires aux juridictions irakiennes, d'assurance contraignante que cette mesure n'exposerait pas les intéressés au risque de subir la peine capitale. De fait, elles ne se sont jamais fait communiquer aucune assurance de ce type. En l'absence d'une telle garantie, le transfert des affaires des requérants aux juridictions irakiennes et la remise des intéressés aux autorités locales ont méconnu les obligations incombant au Royaume-Uni en vertu des articles 2 et 3 de la Convention et de l'article 1 du Protocole n° 13 à la Convention. Dès lors, nonobstant le fait que l'issue des affaires devant le TSI demeure incertaine, les requérants ont été soumis, au moins depuis mai 2006, à un traitement inhumain, à savoir la crainte d'être exécutés par les autorités irakiennes.

Conclusion: violation (unanimité).

2. Article 6: la Cour souscrit à la conclusion des juridictions nationales selon laquelle il n'a pas été établi qu'à la date de leur remise aux autorités irakiennes, les requérants étaient exposés à un risque de procès manifestement inéquitable devant le TSI. Par ailleurs, le procès ayant déjà eu lieu au moment de l'arrêt, elle constate qu'il ne lui a été communiqué aucun élément de nature à remettre en cause cette appréciation.

Conclusion: non-violation (unanimité).

3. Articles 13 et 34: le Gouvernement arguait qu'un « obstacle objectif » l'avait empêché d'appliquer la mesure provisoire indiquée en vertu de l'article 39 du règlement, seule la remise des requérants aux autorités irakiennes lui permettant selon lui de respecter la souveraineté de l'Etat irakien. La Cour considère quant à elle que l'Etat défendeur était responsable de la situation dans laquelle il s'est trouvé car, premièrement, il ne s'est pas fait communiquer d'assurance contraignante relativement à la peine de mort avant de déférer les affaires des requérants aux juridictions irakiennes et de remettre les intéressés aux autorités locales et, deuxièmement, il a conclu avec un autre Etat un accord contraire aux obligations de protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui lui incombent en vertu de la Convention. Il n'a pas non plus établi qu'il n'y avait pas de moyen réaliste ou réalisable de protéger ces droits.

De plus, le Gouvernement n'a pas convaincu la Cour qu'il a pris toutes les mesures raisonnables, ni d'ailleurs la moindre mesure, pour s'efforcer de respecter la mesure indiquée en vertu de l'article 39 du règlement. Par exemple, il n'a fait part à la Cour d'aucune tentative visant à expliquer la situation aux autorités irakiennes et à trouver avec elles une solution temporaire. Les démarches qu'il a entreprises auprès des autorités locales avant de leur remettre les requérants le 31 décembre 2008 n'ont pas suffi à obtenir la moindre assurance contraignante que la peine de mort ne leur serait pas appliquée, et celles qu'il a entreprises par la suite sont intervenues après que les intéressés eurent quitté sa juridiction, c'est-à-dire après que les autorités britanniques eurent perdu tout pouvoir réel et tangible d'assurer leur sécurité. En bref, l'Etat défendeur n'a pas fait tout ce qui était raisonnablement possible pour respecter la mesure provisoire, et il a ainsi exposé les requérants à un risque sérieux de dommage grave et irréparable. Cette situation a également eu pour effet de priver de toute efficacité, de manière injustifiable, tout recours devant la Chambre des Lords.

Conclusion: violations (six voix contre une).

Article 46: les requérants vivent dans la crainte d'être exécutés. Le Gouvernement doit mettre fin au plus vite à cette situation en prenant toutes les mesures possibles pour obtenir des autorités irakiennes l'assurance qu'ils ne seront pas soumis à la peine de mort.

Article 41: la Cour considère que le constat de violation des articles 3, 13 et 34 allié à la mesure indiquée en vertu de l'article 46 constitue une satisfaction équitable suffisante au titre du dommage moral éventuel. Elle octroie aux requérants une somme pour frais et dépens.

Jurisprudence citée par la Cour

Soering c. Royaume-Uni, 7 juillet 1989, série A n° 161

Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni, 30 octobre 1991, série A n° 215

M. c. Danemark, n° 17392/90, décision de la Commission du 14 octobre 1992, Décisions et rapports 73

- Loizidou c. Turquie* (exceptions préliminaires), 23 mars 1995, série A n° 310
McCann et autres c. Royaume-Uni, 27 septembre 1995, série A n° 324
Ismaili c. Allemagne (déc.), n° 58128/00, 15 mars 2001
Al-Adsani c. Royaume-Uni [GC], n° 35763/97, CEDH 2001-XI
Banković et autres c. Belgique et autres (déc.) [GC], n° 52207/99, CEDH 2001-XII
S.R. c. Suède (déc.), n° 62806/00, 23 avril 2002
Mamatkoulov et Askarov c. Turquie [GC], n^{os} 46827/99 et 46951/99, CEDH 2005-I
Öcalan c. Turquie [GC], n° 46221/99, CEDH 2005-IV
Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlande [GC],
n° 45036/98, CEDH 2005-VI
Bader et Kanbor c. Suède, n° 13284/04, CEDH 2005-XI
Saadi c. Italie [GC], n° 37201/06, CEDH 2008
Hakizimana c. Suède (déc.), n° 37913/05, 27 mars 2008
A. et autres c. Royaume-Uni [GC], n° 3455/05, CEDH 2009
Paladi c. Moldova [GC], n° 39806/05, 10 mars 2009
Al-Saadon et Mufdhi c. Royaume-Uni (déc.), n° 61498/08, 30 juin 2009
Kaboulov c. Ukraine, n° 41015/04, 19 novembre 2009

En l'affaire Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni,

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

Lech Garlicki, *président*,
Nicolas Bratza,
Giovanni Bonello,
Ljiljana Mijović,
Ján Šikuta,
Mihai Poalelungi,
Nebojša Vučinić, *juges*,

et de Lawrence Early, *greffier de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 2 février 2010,

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

PROCÉDURE

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 61498/08) dirigée contre le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et dont deux ressortissants irakiens, M. Faisal Attiyah Nassar Khalaf Hussain Al-Saadoon et M. Khalef Hussain Mufdhi («les requérants»), ont saisi la Cour le 22 décembre 2008 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales («la Convention»).

2. Les requérants, qui ont été admis au bénéfice de l'assistance judiciaire, sont représentés par M^c P. Shiner, avocat à Birmingham. Le gouvernement britannique («le Gouvernement») est représenté par son agent, M. D. Walton, du ministère des Affaires étrangères et du Commonwealth.

3. Les requérants alléguaient que leur détention à Bassora par les forces britanniques et le fait que celles-ci les aient remis aux autorités irakiennes relevaient de la juridiction du Royaume-Uni et avaient emporté violation dans leur chef des droits garantis par les articles 2, 3, 6, 13 et 34 de la Convention et par l'article 1 du Protocole n° 13 à la Convention.

4. Le 30 décembre 2008, le président de la section a décidé de faire droit à la demande de mesure provisoire formée par les intéressés en vertu de l'article 39 du règlement. Le Gouvernement a donc été informé qu'ils ne devaient être ni éloignés ni transférés jusqu'à nouvel ordre. Par une lettre datée du 31 décembre 2008, il a informé la Cour que, malgré cette indication, les intéressés avaient été remis aux autorités irakiennes plus tôt dans la journée.

5. Le 17 février 2009, la chambre a décidé de rejeter une nouvelle demande de mesure provisoire formée par les requérants en vertu de

l'article 39 du règlement et de traiter l'affaire en priorité en vertu de l'article 41 du règlement. Le même jour, le président de la chambre a décidé de communiquer la requête au Gouvernement. Il a en outre été décidé que la chambre se prononcerait en même temps sur la recevabilité et sur le fond de l'affaire (article 29 § 3 de la Convention).

6. Le 20 mars 2009, le président a permis à la Commission pour l'égalité et les droits de l'homme (*Equality and Human Rights Commission*) de se porter tiers intervenant (articles 36 § 2 de la Convention et 44 § 2 du règlement). Le 25 mars 2009, le Comité des droits de l'homme du barreau d'Angleterre et du Pays de Galles (*Bar Human Rights Committee of England and Wales*), *British Irish Rights Watch*, le Centre européen de défense des droits de l'homme (*European Human Rights Advocacy Centre*), *Human Rights Watch*, la Commission internationale de juristes (*International Commission of Jurists*), la Fédération internationale des ligues des droits de l'homme (FIDH), *JUSTICE*, *Liberty* et *REDRESS* («les intervenants») ont également été autorisés à intervenir.

7. Le 30 juin 2009, la Cour a décidé à l'unanimité de lever l'application de l'article 29 § 3 de la Convention, de déclarer irrecevables les griefs concernant les conditions de détention et le risque de mauvais traitements et d'exécution extrajudiciaire par les autorités irakiennes, de joindre au fond la question de la recevabilité du grief tiré de l'article 13 et les questions se posant sous l'angle de l'article 34, et de déclarer la requête recevable pour le surplus.

8. Le même jour, le président de la chambre a posé aux parties des questions supplémentaires. Les réponses à ces questions ont été reçues le 21 août 2009.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

9. Les faits de la cause et le cadre juridique applicable peuvent se résumer comme suit.

A. L'occupation de l'Irak

10. Le 20 mars 2003, l'Irak fut envahi par une coalition de forces armées («la force multinationale») menée par les États-Unis d'Amérique et appuyée par un nombre important de troupes en provenance du Royaume-Uni ainsi que par des contingents moins fournis envoyés par l'Australie et la Pologne.

11. Les principales opérations de combat en Irak cessèrent au début du mois de mai 2003. Les États-Unis d'Amérique et le Royaume-Uni devinrent

alors des puissances occupantes au sens de la section III du Règlement de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre (1907) et de la Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (Genève, 1949) («la quatrième Convention de Genève»). A ce titre, l'article 27 de la quatrième Convention de Genève faisait obligation au Royaume-Uni de protéger la population civile contre tous les actes de violence dans la zone qu'il occupait, et les articles 41, 42 et 78 lui permettaient notamment d'interner des civils irakiens lorsqu'une telle mesure était rendue nécessaire par d'impérieuses raisons de sécurité.

12. Les Etats-Unis d'Amérique mirent en place une autorité appelée Autorité provisoire de la coalition (APC), chargée d'administrer le pays dans l'attente de l'établissement d'un gouvernement irakien. Cette autorité était notamment habilitée à légiférer. Le 13 mai 2003, le secrétaire à la Défense américain Donald Rumsfeld promulgua un mémorandum par lequel l'ambassadeur Paul Bremer était nommé administrateur de l'APC et chargé de gouverner temporairement l'Irak. L'APC fut divisée en sections régionales. L'APC-Sud fut placée sous la responsabilité et le contrôle du Royaume-Uni, qui reçut pour mission d'assurer la coordination régionale. La zone concernée couvrait les quatre provinces les plus méridionales des dix-huit que comptait l'Irak, chaque province ayant son propre coordinateur. Des troupes britanniques furent donc déployées dans cette région. Le Royaume-Uni était représenté au siège de l'APC par le cabinet de son représentant spécial. Même si le représentant spécial du Royaume-Uni et son cabinet s'efforçaient d'influencer la politique et les décisions de l'APC, ils n'avaient aucun pouvoir de décision officiel au sein de cette autorité, dont toutes les décisions administratives et législatives étaient prises par Paul Bremer.

13. Le règlement n° 1 de l'APC habilita celle-ci à promulguer des règlements et des ordonnances contraignants ainsi que des mémorandums aux fins de leur interprétation et de leur application. L'ordonnance n° 7 de l'APC, en date du 9 juin 2003, modifia le code pénal irakien pour abolir certaines infractions et, par son article 3 § 1, elle suspendit l'application de la peine de mort dans le pays. Le mémorandum n° 3 de l'APC, en date du 18 juin 2003, était intitulé «Procédures pénales». Y figuraient notamment les dispositions suivantes :

Article 6 – Détentions pénales

« 1. Conformément à la quatrième Convention de Genève, les normes suivantes s'appliquent à toutes les personnes détenues par les forces de la coalition exclusivement en raison d'allégations relatives à des infractions pénales et non internées pour des raisons de sécurité («détenus pénaux») :

a) A son arrivée dans un centre de détention des forces de la coalition, le détenu pénal est informé de son droit de garder le silence et de son droit de consulter un avocat.

b) Les détenus pénaux soupçonnés de crime peuvent consulter un avocat soixante-douze heures après leur arrivée dans le centre de détention des forces de la coalition.

c) Les détenus pénaux sont promptement informés, par écrit et dans une langue qu'ils comprennent, des accusations retenues contre eux.

d) Les détenus pénaux sont présentés à un magistrat dans un délai aussi bref que possible, qui n'excède en aucun cas quatre-vingt-dix jours à compter de la date de leur arrivée dans le centre de détention des forces de la coalition.

e) Les représentants officiels du Comité international de la Croix-Rouge (CICR) peuvent voir les détenus. (...)

2. Lorsqu'un détenu pénal des forces de la coalition est traduit devant une juridiction irakienne, un manquement aux présentes règles ne constitue pas un motif de recours ou d'annulation de la procédure, mais toute période passée en détention avant le procès ou l'exécution de la peine est déduite de la sentence.»

Article 7 – Procédure applicable aux individus internés par les forces de la coalition pour raisons de sécurité

«1. Conformément à la quatrième Convention de Genève, les normes suivantes s'appliquent à toutes les personnes détenues par les forces de la coalition au motif que leur internement est rendu nécessaire par d'impérieuses raisons de sécurité («individus internés pour raisons de sécurité») :

a) Conformément à l'article 78 de la quatrième Convention de Genève, les forces de la coalition permettent aux individus internés pour raisons de sécurité, le plus rapidement possible, de faire appel de la décision de les interner.

b) Six mois au plus tard après la date d'arrivée de l'intéressé dans le centre d'internement, la décision d'internement est réexaminée par un organe compétent mis en place à cette fin par les forces de la coalition.

c) Le fonctionnement, l'état et les règles de tous les centres d'internement mis en place par les forces de la coalition respectent la section IV de la quatrième Convention de Genève.

d) Les représentants officiels du CICR peuvent voir les individus internés pour raisons de sécurité. (...)

e) Si, soit à la suite d'une procédure judiciaire relative à son statut soit parce qu'il a commis une infraction au centre d'internement, un individu interné pour raisons de sécurité est déclaré «détenu pénal», la période qu'il a passée en internement n'est pas comptabilisée comme période de détention aux fins de l'article 6 § 1 d ci-dessus.

f) Lorsqu'un individu interné pour raisons de sécurité par les forces de la coalition est traduit devant une juridiction irakienne, un manquement aux présentes règles

ne constitue pas un motif de recours, mais il peut être pris en compte aux fins de l'atténuation de la peine.»

14. L'invasion de l'Irak avait eu lieu après que les Etats membres de la coalition eurent renoncé à obtenir l'appui d'une résolution du Conseil de sécurité des Nations unies. Le 22 mai 2003, celui-ci adopta la résolution 1483, dans laquelle, agissant en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations unies, il appelait la coalition des Etats occupants, conformément à la Charte des Nations unies et aux dispositions pertinentes du droit international, à promouvoir le bien-être de la population irakienne en s'employant à rétablir la sécurité et la stabilité; et il demandait au Secrétaire général de désigner un représentant spécial pour l'Irak qui aurait la responsabilité de lui faire régulièrement rapport sur les activités qu'il mènerait au titre de cette résolution, qui consisteraient à coordonner l'action des Nations unies et des autres institutions internationales participant à la reconstruction et apportant une assistance humanitaire de différentes manières, notamment en œuvrant à la protection des droits de l'homme.

15. Le Conseil de gouvernement de l'Irak fut créé en juillet 2003. L'APC devait le consulter pour toutes les questions relatives au gouvernement temporaire de l'Irak.

16. Le 16 octobre 2003, le Conseil de sécurité des Nations unies adopta la résolution 1511, dans laquelle il soulignait la nature temporaire du rôle de l'APC; il considérait que le Conseil de gouvernement de l'Irak et ses ministres étaient les principaux organes de l'administration provisoire irakienne, laquelle incarnait la souveraineté de l'Etat irakien durant la période intérimaire, jusqu'à ce qu'un gouvernement représentatif internationalement reconnu soit mis en place et assume les responsabilités de l'APC; il engageait l'APC à remettre dès que possible les responsabilités et pouvoirs gouvernementaux au peuple irakien; et il invitait le Conseil de gouvernement de l'Irak à lui communiquer un calendrier et un programme aux fins de la rédaction d'une nouvelle constitution pour l'Irak et de la tenue d'élections démocratiques conformément à cette constitution. Il autorisait également la force multinationale à prendre toutes les mesures nécessaires pour contribuer au maintien de la sécurité et de la stabilité en Irak, et décidait de réexaminer les besoins et la mission de la force multinationale un an au plus tard à compter de la date de la résolution, le mandat de la force devant en tout état de cause expirer au terme du processus politique décrit plus haut dans la résolution.

17. En application de la résolution 1483 du Conseil de sécurité des Nations unies (paragraphe 14 ci-dessus), l'APC prévoit dans son ordonnance

n° 48 du 10 décembre 2003 la mise en place d'un tribunal irakien chargé de juger les membres de l'ancien régime accusés de crimes et d'atrocités. Dans cette ordonnance, elle délégait au gouvernement provisoire le pouvoir :

« de mettre en place un Tribunal spécial irakien (« le Tribunal » [ultérieurement abrégé sous la forme « TSI »]) afin de juger les nationaux et les résidents irakiens accusés de génocide, de crimes contre l'humanité, de crimes de guerre ou de violation de certaines lois irakiennes, en promulguant un statut dont les dispositions aur[ai]ent fait l'objet de discussions approfondies entre le Conseil de gouvernement [de l'Irak] et l'APC (...) ».

18. Le 8 mars 2004, le Conseil de gouvernement de l'Irak promulgua la loi d'administration de l'Etat irakien pendant la période transitoire (connue sous le nom de « loi administrative transitoire »). Celle-ci posait un cadre juridique temporaire pour l'administration de l'Irak pendant la période transitoire, qui devait commencer le 30 juin 2004 avec la mise en place d'un gouvernement provisoire irakien (« le gouvernement provisoire ») et la dissolution de l'APC. L'article 26 de la loi administrative transitoire prévoyait que les lois en vigueur en Irak au moment de ce tournant le resteraient jusqu'à ce que le gouvernement provisoire les abroge ou les modifie. En particulier, les lois, règlements, ordonnances et directives de l'APC devaient rester en vigueur tant qu'elles n'auraient pas été abrogées ou modifiées par un texte dûment promulgué et ayant force de loi.

19. D'autres dispositions furent prévues pour le nouveau régime dans la résolution 1546 du Conseil de sécurité des Nations unies, adoptée le 8 juin 2004. Dans cette résolution, le Conseil de sécurité approuvait « la formation d'un gouvernement intérimaire souverain de l'Irak (...), qui assumera[it] pleinement [au] 30 juin 2004 la responsabilité et l'autorité de gouverner l'Irak » (article 1) et notait avec satisfaction « que, [au] 30 juin 2004 également, l'occupation prendra[it] fin, l'[APC] cessera[it] d'exister et l'Irak retrouvera[it] sa pleine souveraineté » (article 2). Compte tenu des lettres échangées entre le Premier ministre irakien et le Secrétaire d'Etat américain qui figuraient en annexe à la résolution, il notait que c'était à la demande du nouveau gouvernement intérimaire que la force multinationale était présente dans le pays, il renouvelait en conséquence l'autorisation qu'il lui avait donnée de rester en Irak, et il décidait qu'elle était habilitée à prendre toutes les mesures nécessaires pour contribuer au maintien de la sécurité et de la stabilité dans le pays, que son mandat serait réexaminé dans un délai de douze mois et qu'il expirerait lorsque le processus politique visé dans la résolution serait terminé.

20. Une version révisée du mémorandum n° 3 de l'APC fut promulguée le 27 juin 2004 (« mémorandum n° 3 de l'APC (version révisée) »). Elle modifiait les normes et la procédure de détention. Elle prévoyait ceci :

Article 1 – Objet

« 1. Le présent mémorandum met en œuvre l'ordonnance n° 7 de l'APC en établissant des procédures d'application du droit pénal en Irak, eu égard au fait qu'une bonne administration de la justice commande de tenir compte des éléments suivants :

a) l'apport continu par la force multinationale d'un soutien essentiel à certains aspects de l'administration de la justice ;

b) la nécessité d'une transition permettant à terme de se passer de ce soutien ;

c) la nécessité de modifier les aspects du droit irakien contraires aux normes fondamentales de respect des droits de l'homme ;

d) le respect, dans la gestion des individus internés pour raisons de sécurité, des normes pertinentes appropriées énoncées dans la quatrième Convention de Genève, que la force multinationale applique systématiquement dans le cadre de son mandat.

(...)»

Article 5 – Détentions pénales

« 1. Chaque contingent national de la force multinationale est habilité à appréhender les individus qui sont soupçonnés d'avoir commis des actes pénalement répréhensibles et qui ne sont pas considérés comme des individus internés pour raisons de sécurité (« détenus pénaux »). Ceux-ci sont remis aux autorités irakiennes dès que cela est raisonnablement faisable. Chaque contingent national de la force multinationale peut retenir les détenus pénaux dans des établissements gérés par lui à la demande des autorités irakiennes compétentes pour des raisons de sécurité ou de capacité. Lorsque ces détenus pénaux sont retenus dans les centres de détention d'un contingent national de la force multinationale, les normes suivantes s'appliquent :

a) A son arrivée au centre de détention, le détenu pénal est informé de son droit de garder le silence et de son droit de consulter un avocat par l'autorité qui lui présente le mandat d'arrêt.

b) Les détenus pénaux soupçonnés de crime peuvent consulter un avocat soixante-douze heures après leur arrivée au centre de détention.

c) L'autorité qui présente le mandat d'arrêt informe promptement le détenu pénal, par écrit et dans une langue qu'il comprend, des accusations retenues contre lui.

d) Les détenus pénaux sont présentés à un magistrat dans un délai aussi bref que possible, qui n'excède en aucun cas quatre-vingt-dix jours à compter de la date de leur arrivée au centre de détention.

e) Le Médiateur irakien des prisons et des détenus (« le médiateur ») peut voir les détenus. (...)

f) Les représentants officiels du Comité international de la Croix-Rouge (CICR) peuvent voir les détenus. (...)

2. Lorsqu'un détenu pénal se trouvant sous la garde d'un contingent national de la force multinationale est traduit devant une juridiction irakienne, un manquement aux

présentes règles ne constitue pas un motif de recours ou d'annulation de la procédure, mais toute période passée en détention avant le procès ou l'exécution de la peine est déduite de la sentence.»

Article 6 – Procédure applicable aux individus internés par la force multinationale pour raisons de sécurité

«1. Conformément au mandat issu de la résolution 1546 du Conseil de sécurité des Nations unies, toutes les personnes détenues par un contingent national de la force multinationale pour d'impérieuses raisons de sécurité («individus internés pour raisons de sécurité») ont droit, si elles sont détenues pendant plus de soixante-douze heures, au réexamen de la décision de les interner.

2. Ce réexamen doit avoir lieu dans un délai aussi bref que possible, qui n'excède en aucun cas sept jours à compter de la date d'arrivée au centre d'internement.

3. Il est procédé à un réexamen du maintien en détention de tous les individus internés pour raisons de sécurité à intervalles réguliers, et dans tous les cas, dans un délai maximum de six mois à compter de la date d'arrivée au centre d'internement.

4. Le fonctionnement, l'état et les règles de tous les centres d'internement mis en place par la force multinationale respectent la section IV de la quatrième Convention de Genève.

5. Dans tous les cas, les individus placés en internement pour raisons de sécurité après le 30 juin 2004 ne peuvent rester internés que tant qu'il existe des raisons impérieuses de les garder, et ils doivent être soit relâchés soit traduits devant la juridiction pénale irakienne dans un délai maximum de dix-huit mois à compter de leur arrivée au centre d'internement de la force multinationale. Tout mineur de moins de dix-huit ans faisant l'objet d'un internement doit, quelle que soit la date de son placement en internement, être relâché dans un délai maximum de douze mois à compter de cette date.

(...)

9. Si, soit à la suite d'un réexamen de son statut soit parce qu'il a commis une infraction au centre d'internement, un individu interné pour raisons de sécurité est déclaré «détenu pénal», la période qu'il a passée en internement n'est pas comptabilisée comme période de détention aux fins de l'article 5 § 2 ci-dessus (...)

21. L'ordonnance n° 17 de l'APC (version révisée), en date du 27 juin 2004, portait sur le statut des membres du personnel de la force multinationale en Irak. En son article 2, elle prévoyait leur immunité face aux juridictions irakiennes :

Article 2 – Procédures judiciaires irakiennes

«1. Sous réserve de dispositions contraires dans la présente ordonnance, la force multinationale, l'APC, les missions de liaison étrangères, leur personnel, leurs biens, leurs fonds et leurs avoirs, ainsi que tous leurs consultants internationaux, bénéficient de l'immunité de procédure devant les juridictions irakiennes.

2. Tous les membres du personnel de la force multinationale, de l'APC et des missions de liaison étrangères et tous leurs consultants internationaux respectent les lois irakiennes qui leur sont applicables en Irak, y compris les règlements, ordonnances, mémorandums et avis publics promulgués par l'administrateur de l'APC.

3. Tous les membres du personnel de la force multinationale, de l'APC et des missions de liaison étrangères et tous leurs consultants internationaux relèvent exclusivement de la juridiction de leurs Etats d'origine. Ils bénéficient de l'immunité face à toute forme d'arrestation ou de détention pouvant être imposées par des personnes n'agissant pas au nom de leurs Etats d'origine. Néanmoins, rien dans la présente disposition n'interdit au personnel de la force multinationale d'empêcher les membres du personnel et consultants susmentionnés de commettre de graves actes répréhensibles ni de détenir temporairement ceux d'entre eux qui sont dangereux pour eux-mêmes ou pour les autres dans l'attente de leur remise – qui doit intervenir à brève échéance – aux autorités compétentes de l'Etat d'origine. En pareilles circonstances, le responsable compétent de l'Etat d'origine de la personne détenue est averti sans délai.

4. Les Etats d'origine du personnel de la force multinationale sont habilités à exercer en Irak la juridiction pénale et disciplinaire que leur confère leur propre législation sur toutes les personnes relevant de leur droit militaire.

(...)»

L'article 9 § 1 de la même ordonnance posait l'inviolabilité des centres de la force multinationale :

«La force multinationale peut utiliser ces zones gratuitement pour y établir ses quartiers généraux, ses camps ou d'autres types d'installations, selon que nécessaire pour la conduite de ses activités opérationnelles et administratives. La force multinationale continuera d'utiliser librement tous les lieux qu'elle utilise actuellement pendant toute la durée de validité de la présente ordonnance, à moins qu'elle ne convienne avec le gouvernement d'arrangements différents. Si les zones sur lesquelles sont établis ces quartiers généraux, camps ou autres types d'installations restent situées en territoire irakien, elles sont inviolables et relèvent du contrôle et de l'autorité exclusifs de la force multinationale, y compris en ce qui concerne l'entrée et la sortie de tous les membres du personnel. Il est garanti à la force multinationale un accès sans entraves à ces lieux. Lorsque le personnel de la force multinationale se trouve sur les mêmes lieux que le personnel militaire irakien, il est garanti à la force multinationale un accès permanent, direct et immédiat aux lieux concernés.»

B. Le transfert d'autorité de l'APC au gouvernement irakien et le mémorandum d'accord relatif aux suspects d'infractions pénales entre le Royaume-Uni et l'Irak

22. Le 28 juin 2004, l'occupation prit fin. L'APC transféra l'autorité totale au gouvernement provisoire et cessa d'exister. Cependant, la force multinationale, y compris les forces britanniques qui en faisaient partie, resta en Irak à la demande du gouvernement irakien et sur autorisation du

Conseil de sécurité des Nations unies. Conformément à l'article 26 de la loi administrative transitoire (paragraphe 18 ci-dessus), le mémorandum et l'ordonnance de l'APC exposés ci-dessus demeurent en vigueur.

23. En août 2004, l'Assemblée nationale irakienne modifia le code pénal pour rétablir la peine de mort pour certains crimes violents, dont le meurtre et certains crimes de guerre.

24. Le 9 octobre 2004, elle institua le Tribunal spécial irakien («TSI»). Celui-ci était compétent pour connaître d'un certain nombre d'infractions, parmi lesquelles les crimes de guerre commis en Irak ou ailleurs entre le 17 juillet 1968 et le 1^{er} mai 2003. L'article 19 du Statut du TSI prévoyait un certain nombre de mesures visant à garantir aux accusés un procès équitable. L'article 24 disposait que le TSI devait imposer les peines prévues par le code pénal irakien.

25. Le 8 novembre 2004, le contingent britannique de la force multinationale conclut avec les ministères irakiens de la Justice et de l'Intérieur un mémorandum d'accord relatif aux suspects d'infractions pénales. Le préambule de ce mémorandum reconnaissait que le contingent britannique de la force multinationale était habilité, «conformément au mandat issu de la résolution 1546 du Conseil de sécurité des Nations unies», à interner des individus pour des raisons impérieuses de sécurité, et que les contingents nationaux de la force multinationale avaient le pouvoir, «conformément au mémorandum n° 3 de l'APC (version révisée)», d'appréhender les personnes soupçonnées d'avoir commis des actes pénalement répréhensibles. Il y était également indiqué que, «[a]ttendu que les autorités irakiennes développ[ai]ent leur propre système de détention en vue d'être en mesure de garder dans leurs propres établissements tous les suspects d'infractions pénales, elles [pouvaient] dans l'intervalle demander au [contingent britannique de la force multinationale] de garder dans des centres de détention sûrs et sécurisés les personnes soupçonnées d'avoir commis des actes pénalement répréhensibles, sous réserve des considérations de sécurité et de capacité». Le dispositif du mémorandum d'accord relatif aux suspects d'infractions pénales comprenait les articles suivants :

Article 1 – Objet et portée

«Le présent mémorandum d'accord répartit les compétences et responsabilités relativement aux suspects d'infractions pénales. Aux fins du présent mémorandum, on entend par «suspects d'infractions pénales» :

(...)

c) les individus qui, étant soupçonnés d'avoir commis des actes pénalement répréhensibles, sont détenus à la demande des autorités irakiennes.»

Article 2 – Compétences et responsabilités en général

« 1. Le gouvernement provisoire irakien (ainsi que ceux qui lui succéderont) exerce sa compétence sur tous les suspects d'infractions pénales qui doivent passer en jugement et qui, dans l'attente de leur procès, sont détenus par [le contingent britannique de la force multinationale] conformément aux termes du présent mémorandum.

2. Le [contingent britannique de la force multinationale] choisit librement d'accepter ou de refuser la garde de chaque suspect d'infractions pénales et de continuer ou non de garder chacun des suspects qu'il détient au moment de l'entrée en application du présent mémorandum ou qu'il détiendra ultérieurement. (...) »

Article 3 – Compétences et responsabilités relativement aux suspects d'infractions pénales

« 1. Pour tout suspect d'infractions pénales détenu par [le contingent britannique de la force multinationale], le ministère de la Justice :

a) adresse au [contingent britannique de la force multinationale], aussi longtemps que possible avant la date à laquelle il est prévu que la présence du suspect sera nécessaire, une demande écrite de remise aux autorités irakiennes visant à permettre à l'intéressé de comparaître au tribunal ou à répondre à tout autre but lié au procès pénal ;

(...)

d) veille à ce que toute procédure pénale entamée contre le suspect progresse sans retard injustifié.

2. Pour tout suspect d'infractions pénales détenu par [le contingent britannique de la force multinationale], [le contingent britannique de la force multinationale] :

a) traite le suspect humainement et ne le soumet pas à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ;

(...)

c) prend les mesures appropriées pour garantir que les conditions de détention répondent aux normes énoncées dans les mémorandums n^{os} 2 et 3 de l'APC ;

(...)

3. Pour tout suspect d'infractions pénales appréhendé par [le contingent britannique de la force multinationale] et remis aux autorités irakiennes dès que raisonnablement possible conformément à l'article 5 du mémorandum n^o 3 de l'APC (version révisée), le ministère de la Justice ou le ministère de l'Intérieur, selon les cas :

a) traite le suspect humainement et ne le soumet pas à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ; et

b) détient le suspect conformément au droit irakien.

4. Pour tout suspect d'infractions pénales transféré au ministère de l'Intérieur ou au ministère de la Justice par [le contingent britannique de la force multinationale] depuis

l'un de ses centres de détention, le ministère de la Justice ou le ministère de l'Intérieur, selon les cas :

a) avertit [le contingent britannique de la force multinationale] avant de relâcher quiconque et fait droit à toute demande [du contingent britannique de la force multinationale] visant à reprendre la garde de l'intéressé,

i) si celui-ci est recherché par un Etat ayant des troupes dans la force multinationale aux fins de poursuites pour violation des lois et coutumes de la guerre, ou

ii) si son internement est rendu nécessaire par d'impérieuses raisons de sécurité,

auxquels cas [le contingent britannique de la force multinationale] assume la garde de l'intéressé après consultation entre les parties au présent mémorandum aux fins de parvenir à une entente à ce sujet. (...)

c) fournit l'assurance que pendant toute période où le suspect se trouve temporairement aux mains des autorités irakiennes, que ce soit au centre de détention [du contingent britannique de la force multinationale] ou ailleurs, et à tout moment après le transfert du suspect dans un établissement irakien,

i) celui-ci sera traité humainement et ne sera pas soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ; et

ii) les exigences posées par les ordonnances de l'APC en matière de visite aux détenus et de coopération avec le Médiateur irakien pour les affaires pénales et la détention et le Comité international de la Croix-Rouge seront respectées.

5. Si [le contingent britannique de la force multinationale] décide qu'il n'est plus disposé à héberger un suspect dans ses centres de détention, il en avertit le ministère de la Justice le plus tôt possible, de manière à lui permettre de prendre, s'il le souhaite, d'autres dispositions pour la garde de ce suspect. Le ministère de la Justice informe ensuite [le contingent britannique de la force multinationale] des dispositions qu'il a prises, ou lui indique que le suspect peut être relâché. [Le contingent britannique de la force multinationale] fait alors de son mieux pour permettre la mise en place des solutions indiquées par le ministère.»

26. La dernière résolution du Conseil de sécurité des Nations unies en la matière (résolution 1790 du 18 décembre 2007) a prorogé le mandat de la force multinationale, lui permettant de rester sur place jusqu'au 31 décembre 2008. Etait annexée à cette résolution une lettre du Premier ministre irakien, dans laquelle on pouvait notamment lire ceci :

«Le gouvernement ira[k]kien prie le Conseil [de sécurité] d'envisager de proroger le mandat de la force multinationale en Irak à la lumière des réalisations de ces dernières années, à savoir la capacité renforcée de son armée et de ses forces de sécurité et ses réussites importantes dans les domaines de la sécurité, de la vie politique et de l'économie. Il faudra ainsi examiner le rôle et l'autorité de la force multinationale en Irak pour réaliser l'équilibre entre, d'une part, la nécessité de proroger, une dernière fois, le mandat de la force et, de l'autre, les progrès réalisés par l'Irak dans le domaine de la sécurité. A ce propos, il est important pour l'Irak d'être traité comme un Etat

indépendant pleinement souverain et, en vue de réaliser l'équilibre susmentionné, de mettre l'accent sur les objectifs suivants :

(...)

4. Le gouvernement irakien sera responsable de l'arrestation, de la détention et de l'emprisonnement. Lorsque ces tâches seront exécutées par la force multinationale en Irak, cela se fera avec la plus haute coordination, coopération et compréhension du gouvernement irakien.»

C. Les informations communiquées par le Gouvernement relativement aux mesures qu'il a prises pour exprimer sa préoccupation face au rétablissement de la peine de mort en Irak

27. En juillet 2004, le gouvernement britannique déclara au Vice-Premier ministre irakien, Barham Saleh, ainsi qu'au ministre irakien des Droits de l'homme, qu'il ne fallait pas que l'Irak adopte l'ordonnance relative à la peine de mort (qui rétablissait la peine capitale pour certaines infractions) du gouvernement provisoire irakien.

28. D'autres déclarations furent examinées avant la signature du mémorandum d'accord relatif aux suspects d'infractions pénales en novembre 2004. Cependant il fut estimé, principalement en raison du rétablissement de la peine de mort en Irak pour certaines infractions, que le pays n'accepterait pas que ce texte, dont l'objet était de répartir les compétences et les responsabilités des parties, prive d'effets l'ordonnance récemment adoptée et interdise l'imposition ou l'exécution de la peine de mort. On pensa qu'il valait mieux que le Royaume-Uni continue de s'opposer à l'imposition et à l'exécution de cette sentence par d'autres moyens.

29. D'autres déclarations furent faites à ce sujet. Pendant que le Royaume-Uni assurait la présidence de l'Union européenne (UE), au second semestre 2005, le Gouvernement fit au vice-ministre irakien des Affaires étrangères des déclarations dans lesquelles il demandait l'abolition de la peine de mort.

30. En avril 2006, le Gouvernement soutint une démarche entreprise par la présidence autrichienne auprès du ministre des Affaires étrangères contre l'exécution de la peine de mort.

31. Le 15 octobre 2006, l'ambassadeur du Royaume-Uni demanda au président irakien, Jalal Talibani, de ne pas signer d'ordre d'exécution si les personnes ayant participé à l'enlèvement de Phillip Sands et de Norman Kember étaient condamnées à mort.

32. Le 28 février 2007, l'émissaire spécial aux droits de l'homme du Premier ministre en Irak écrivit au président irakien pour le prier de surseoir à l'exécution de quatre femmes irakiennes condamnées à mort. L'opposition

du Royaume-Uni à l'imposition et à l'exécution de la peine de mort en toutes circonstances fut réitérée.

33. En mars 2007, le Gouvernement appuya une démarche d'opposition à l'exécution de la peine de mort prononcée à l'égard de Taha Yassin Ramadan.

34. Le Gouvernement apporta également son soutien ferme aux résolutions adoptées par l'Assemblée générale des Nations unies en décembre 2007 (A/Res/62/149) et en novembre 2008 (A/Res/63/168), dans lesquelles elle demandait à tous les Etats qui maintenaient encore la peine de mort d'instituer un moratoire sur les exécutions en vue de l'abolition de la peine de mort.

35. En réaction à de récentes exécutions en Irak, le Gouvernement s'est joint à d'autres Etats membres de l'Union européenne pour soutenir une démarche de protestation contre la peine de mort menée le 8 mars et le 13 avril 2009 par la présidence tchèque de l'UE auprès du chef de cabinet du Premier ministre irakien et du vice-président Tariq al-Hashemi.

D. La base légale de la présence des forces armées britanniques en Irak à partir du 1^{er} janvier 2009

36. La résolution 439/2008 du conseil des ministres irakien, adoptée le 16 décembre 2008, prévoyait ceci :

Article 1

« Il est permis aux forces du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord de rester en Irak afin d'achever les tâches qui leur ont été assignées. Ces tâches doivent prendre fin au plus tard le 31 mai 2009, et les forces britanniques se retireront complètement du pays le 31 juillet 2009 au plus tard.

(...)

Article 4

« a) Les membres des forces visées aux articles 1 et 2 de la loi et les membres des ministères de la Défense des pays auxquels ces forces appartiennent, lesquels collaborent avec lesdites forces, relèvent de la juridiction de l'Irak sauf pour ce qui est des infractions commises par eux de manière non intentionnelle dans l'exercice de leurs fonctions sous réserve qu'elles ne résultent pas d'une négligence grave, et à l'exception des infractions commises par eux au sein des centres et installations militaires agréés qu'ils utilisent, auxquels cas ces individus relèvent de la juridiction du pays auquel ils appartiennent.

(...)

c) Les membres des forces ou du ministère de la Défense des pays visés aux articles 1 et 2 de la présente loi faisant l'objet d'une accusation sont détenus par les autorités du

pays auquel ils appartiennent. Lesdites autorités doivent mettre l'accusé à la disposition des autorités irakiennes aux fins de l'enquête et du procès.

(...)»

Article 6

« La tâche et les activités des forces visées aux articles 1 et 2 de la présente loi et leurs établissements et installations militaires pendant leur présence temporaire en Irak sont indiqués par le gouvernement irakien avec l'accord des gouvernements et des parties concernés. Ces troupes ne mènent pas d'opérations ni d'activités militaires sur le territoire irakien ni dans l'espace aérien ou les eaux territoriales du pays sans l'accord préalable du gouvernement irakien. »

37. La résolution 50/2008 du conseil des ministres irakien, adoptée le 23 décembre 2008 et entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009, autorisait le conseil des ministres à prendre toutes les mesures nécessaires pour parvenir au retrait des forces le 31 juillet 2009 au plus tard et, entre-temps, à réglementer leurs activités conformément à la résolution 439/2008. Elle disposait également que la version révisée de l'ordonnance n° 17 de l'APC (paragraphe 21 ci-dessus) devait être suspendue jusqu'à son abrogation conformément à la procédure prévue.

38. Le 30 décembre 2008, le gouvernement britannique et le gouvernement irakien signèrent un nouveau mémorandum d'accord, qui entra en vigueur le 1^{er} janvier 2009. Ce texte rappelait que les forces britanniques devaient achever un certain nombre de tâches – consistant principalement à former et à conseiller les forces de sécurité irakiennes – le 31 mai 2009 au plus tard, et se retirer complètement du pays le 31 juillet 2009 au plus tard. Le paragraphe 5 stipulait que le Royaume-Uni et les forces irakiennes renonçaient mutuellement à faire valoir tout grief né des tâches énoncées. Les principaux établissements et installations militaires devant être utilisés par les forces britanniques pendant leur présence temporaire en Irak étaient indiqués au paragraphe 3, mais il n'était plus prévu d'inviolabilité pour ces lieux.

E. L'arrestation et la détention des requérants

39. Les requérants sont des musulmans sunnites originaires du sud de l'Irak. Le premier requérant rejoignit le parti Baath en 1969, alors qu'il était âgé de dix-sept ans. En 1996, il devint membre de la branche d'Al-Zubair du parti Baath (sous les ordres du second requérant, secrétaire général de cette même branche). Le second requérant rejoignit le parti Baath en 1968, à l'âge de dix-huit ans. En février 2001, il devint secrétaire général de la branche d'Al-Zubair, titre qui correspondait au plus haut échelon de la hiérarchie au niveau de la province d'Al-Zubair.

40. Le 23 mars 2003 ou dans les jours précédant ou suivant cette date, deux soldats britanniques, le sergent-chef Cullingworth et le sapeur Allsopp, tombèrent dans une embuscade des milices irakiennes à Al-Zubair, dans le sud de l'Irak. Leurs corps furent retrouvés le 10 avril 2003, enterrés dans les fondations d'un bâtiment du gouvernement à Al-Zubair. La cause de la mort fut attribuée aux multiples blessures par balle que présentaient leurs dépouilles.

41. Les forces britanniques à Bassora arrêtaient le premier requérant le 30 avril 2003 et le second requérant le 21 novembre 2003. L'un et l'autre furent d'abord détenus dans un établissement géré par les forces américaines, appelé « Camp Bucca ». Le 15 décembre 2003, ils furent transférés dans un centre administré par les Britanniques, appelé « centre divisionnaire de détention temporaire ». Le 20 avril 2007, ils furent transférés dans un autre centre de détention britannique en Irak, le « centre divisionnaire d'internement ». Ils y restèrent jusqu'au 31 décembre 2008.

42. Les requérants furent initialement qualifiés d'« individus internés pour raisons de sécurité ». Leurs avis d'internement indiquaient qu'ils étaient soupçonnés d'avoir été de hauts responsables du parti Baath sous l'ancien régime et d'avoir orchestré les violences contre la force multinationale perpétrées par des éléments du régime, et que s'ils étaient relâchés, ils représenteraient une menace impérieuse pour la sécurité.

43. Entre mars 2003 et octobre 2004, la Section spéciale d'enquêtes de la Police militaire royale du Royaume-Uni mena l'enquête sur le décès du sergent-chef Cullingworth et du sapeur Allsopp et découvrit des éléments indiquant que les requérants faisaient partie d'un groupe qui avait frappé les soldats alors qu'ils étaient prisonniers de guerre, les avait mis en joue avec des fusils et avait décidé de les tuer, et qu'on les avait vus tirer sur les soldats.

44. Les procès-verbaux des réunions du Comité divisionnaire de réexamen des mesures d'internement (*Divisional Internment Review Committee*, « DIRC ») où fut mentionné le cas des requérants se lisent ainsi :

Procès-verbal du DIRC en date du 27 juillet 2004

« Le [ministre de l'Intérieur] britannique a exprimé ses préoccupations au sujet de la peine de mort. Le procureur [irakien] n'est pas persuadé qu'il y ait une perspective réaliste de condamnation, du fait de la proximité de l'infraction avec les hostilités. Les négociations se poursuivent au plus niveau. »

Procès-verbal du DIRC en date du 31 août 2004

« Discussion avec le ministre de l'Intérieur au sujet du transfert envisagé au TPCI [Tribunal pénal central irakien] compte tenu du fait que la peine de mort pourrait être imposée. Une réunion sur l'affaire s'est tenue entre le procureur, le [ministère

irakien de la Justice] et [les conseillers juridiques du ministère britannique des Affaires étrangères et du Commonwealth].

Le TPCI examine encore l'opportunité d'accepter cette affaire. Le commandant juriste restera en contact avec le ministre de l'Intérieur et suivra l'avancement de l'affaire devant le TPCI.»

Procès-verbal du DIRC en date du 28 septembre 2004

«Une réunion sur l'affaire s'est tenue à Bagdad le 24 septembre 2004. A l'issue de cette réunion, les procureurs étaient convaincus qu'il y avait là un dossier solide. Cependant, ils hésitent à poursuivre, compte tenu du retentissement potentiel de l'affaire. Le service juridique examinera avec [le conseiller politique] du [représentant en chef de l'armée britannique en Irak] la manière de procéder; il faudra peut-être faire venir un procureur ou un procureur adjoint du Royaume-Uni.»

Procès-verbal du DIRC en date du 19 octobre 2004

«Le juriste S03 a demandé au brigadier procureur de l'ALS [service juridique de l'armée] d'envisager de créer un nouveau poste à Bagdad pour qu'un agent de l'ALS collabore aux mesures de poursuite dans cette affaire. Le juriste S03 discutera des critères à retenir à cette fin le jeudi 21 octobre 2004 à Bagdad avec l'équipe de liaison auprès du TPCI du service juridique de l'armée américaine.»

Procès-verbal du DIRC en date du 2 novembre 2004

«La [Section spéciale d'enquêtes de la Police militaire royale du Royaume-Uni] a désormais achevé les derniers entretiens, qui n'ont pas permis de faire avancer l'affaire de façon concrète. Des discussions sont en cours entre le service juridique, le conseiller politique du représentant en chef de l'armée britannique en Irak et le DALIS [Directorate of Army Legal Services] relativement à l'offre de poste pour un agent de l'ALS ou un juriste civil qui serait chargé d'apporter son assistance dans le cadre des mesures de poursuite prises dans cette affaire. Le juriste S03 [capitaine HRB Mynors, juriste de l'armée britannique] va se rendre à Bagdad, où il restera du 3 au 5 novembre 2004 pour procéder à une première évaluation du dossier et déterminer quelles sont les mesures à prendre et combien de temps il faudra afin de préciser les critères de recrutement du procureur adjoint.»

Procès-verbal du DIRC en date du 9 novembre 2004

«Le juriste S03 s'est rendu à Bagdad pour examiner les critères à retenir pour le recrutement du juriste au TPCI. L'affaire [passage barré] est pratiquement en état, mais l'affaire des explosifs (...) constituera une charge de travail considérable. Le brigadier conseil de l'ALS a été chargé de décider à qui ces affaires seraient attribuées. Barry Burton (conseiller politique du représentant en chef de l'armée britannique en Irak) estime qu'il devrait s'agir d'un agent de l'ALS, ce dont doute la hiérarchie de l'ALS. Compte tenu du caractère sensible de ces affaires, la décision sera probablement prise au niveau ministériel.»

Procès-verbal du DIRC en date du 16 novembre 2004

«La question du juriste qui sera chargé d'assurer la liaison avec le TPCI pour ce qui est des poursuites dans l'affaire du meurtre à l'explosif (...) est toujours en cours d'examen au Royaume-Uni. Le commandant juriste va contacter le brigadier conseil de l'ALS aujourd'hui.

Le DALs du QG, le [ministère de la Défense] et le ministère des Affaires étrangères et du Commonwealth sont en discussion pour savoir qui portera cette affaire devant le TPCI. Les juristes américains ne sont pas disposés à s'en charger et ont demandé un juriste britannique. On ne sait pas encore qui ce sera. Lorsque l'on aura décidé qui mènerait cette affaire, la Section spéciale d'enquêtes [de la Police militaire royale du Royaume-Uni] conduira des investigations plus poussées.»

Procès-verbal du DIRC en date du 24 novembre 2004

«L'APA [Autorité de poursuites de l'armée] a informé le service juridique que le juriste au TPCI serait le major Richard Allen (ALS). La date d'effet de cette décision est à confirmer. Seront concernés les internés 088888 et 090537 [les requérants], qui seront probablement traduits devant le TPCI s'il est décidé de les poursuivre.»

Procès-verbal du DIRC en date du 30 novembre 2004

«La question porte sur le point de savoir qui dirigera l'affaire. Il avait été entendu que le major Richard Allen (ALS) serait envoyé à Bagdad pour assurer la liaison avec le TPCI et faire avancer les poursuites à compter du mois de janvier 2005. Cependant, il semble qu'on ne sache plus très bien s'il sera autorisé à s'occuper de cette affaire en particulier (même s'il n'y a aucun problème en ce qui concerne les autres affaires). Le juriste S03 contactera l'ALS pour savoir ce qui sera décidé quant à la suite de cette affaire, pour laquelle sont nécessaires des investigations complémentaires et une décision précisant combien d'accusés et quelles infractions peuvent être confiés au juge d'instruction du TPCI et à quel moment une demande de placement en détention provisoire peut être introduite.»

Procès-verbal du DIRC en date du 31 janvier 2005

«Le juriste de l'ALS au TPCI examine actuellement tous les documents du dossier. Il remettra – en principe dans deux semaines – une analyse de cas relative à la possibilité de poursuivre tous les individus impliqués, y compris cet interné. Cette analyse sera ensuite communiquée au ministère de la Défense, au ministère des Affaires étrangères et du Commonwealth et aux autres parties intéressées afin que l'on puisse prendre une décision sur la marche à suivre, compte tenu en particulier du fait que les auteurs risquent la peine de mort.

Une fois l'analyse de cas du juriste de l'ALS au TPCI communiquée, il serait bon de maintenir la pression sur le ministère de la Défense et le ministère des Affaires étrangères et du Commonwealth pour qu'ils déterminent la marche à suivre compte tenu des difficultés liées au risque d'imposition de la peine de mort. Le conseiller politique doit faire le nécessaire.»

Procès-verbal du DIRC en date du 3 avril 2005

« Le juriste de l'ALS au TPCI a maintenant examiné tous les documents de l'affaire et rédigé une analyse de cas quant à la solidité du dossier de poursuite pour tous les individus impliqués, y compris cet interné. Il a été déterminé au cours d'une réunion tenue avec le commandant juriste au QG [quartier général] de la division multinationale sud-est le 9 mars 2005 qu'il y avait suffisamment d'éléments à charge dans le dossier contre cet interné. L'analyse de cas est maintenant entre les mains du ministère de la Défense et du ministère des Affaires étrangères et du Commonwealth à Londres, où une réunion doit avoir lieu au cours des deux prochaines semaines entre le QG permanent conjoint, le ministère de la Défense et le ministère des Affaires étrangères et du Commonwealth sur les tenants et les aboutissants juridiques du transfert du dossier au TPCI de Bagdad aux fins de poursuite, compte tenu en particulier du problème de la peine de mort.

Il serait bon de maintenir la pression sur le ministère de la Défense et le ministère des Affaires étrangères et du Commonwealth afin qu'ils transmettent au plus vite des instructions relatives aux difficultés liées au risque d'imposition de la peine de mort maintenant que l'analyse de cas est terminée et que les premiers stades de l'opération sont en cours. Le conseiller politique doit faire le nécessaire. »

Procès-verbal du DIRC en date du 3 mai 2005

« L'analyse de cas est entre les mains du ministère de la Défense et du ministère des Affaires étrangères et du Commonwealth à Londres, et des discussions sont en cours (mais actuellement bloquées) au niveau gouvernemental relativement aux tenants et aux aboutissants juridiques du transfert du dossier au TPCI de Bagdad aux fins de poursuite, compte tenu en particulier du problème de la peine de mort.

Il faut maintenir la pression sur le ministère de la Défense et le ministère des Affaires étrangères et du Commonwealth afin qu'ils fassent avancer les choses maintenant que l'analyse de cas a été transmise au Gouvernement pour examen. En particulier, il faut obtenir des instructions sur les garanties qui peuvent être exigées avant le transfert de l'affaire au TPCI, compte tenu notamment des difficultés liées au risque d'imposition de la peine de mort. Le conseiller politique doit faire le nécessaire. »

Procès-verbal du DIRC en date du 4 décembre 2005

[Après avoir pris acte du fait que l'analyse de cas était encore entre les mains du ministère de la Défense et du ministère des Affaires étrangères et du Commonwealth à Londres]

« Le commandant juriste espère que l'affaire de cet interné, ainsi que celle de l'interné 090537, seront portées devant le TPCI à Bagdad au cours de la semaine du 5 décembre 2005, le but étant que par la suite, ces internés soient transférés hors de la DTDF [Divisional Temporary Detention Facility] et remis au système de justice pénale irakien. Le commandant juriste est d'avis qu'il serait plus facile de s'assurer les dépositions de témoins devant le TPCI, cet interné et l'interné 088888 appartenant à la hiérarchie du parti Baath. Des questions peuvent se poser quant à la détention de coaccusés potentiels. Là encore, cependant, l'idée est que la détention de tels individus

encore en vie peut s'avérer moins problématique que beaucoup d'autres questions de détention.»

Procès-verbal de la Commission paritaire de détention en date du 30 décembre 2005

«Cet interné (ainsi que (...) Al-Saadoon (...)) est soupçonné, à l'issue d'une enquête complète menée par la Section spéciale d'enquêtes de la Police militaire royale, d'être responsable des décès (datés approximativement au 23 mars 2003) du sergent-chef Cullingworth et du sapeur Allsopp, officiers de l'armée britannique.

L'enquête a permis de recueillir des témoignages oculaires selon lesquels cet accusé (un civil à la tête de la branche Al-Zubair du parti Baath) faisait partie d'un groupe d'individus qui a frappé et mis en joue les deux soldats susnommés alors que ceux-ci étaient prisonniers de guerre, et donc protégés par la Convention [III] de Genève du 12 août 1949 relative au traitement des prisonniers de guerre. Il se serait entendu avec d'autres individus pour tuer ces soldats, et il a été vu en train de tirer sur eux.

L'enquête de police est à présent terminée et le Royaume-Uni compte transmettre ces éléments au [TSI] sous peu.»

F. Le transfert des affaires des requérants aux juridictions irakiennes

45. Le 16 décembre 2005, le contingent britannique de la force multinationale communiqua officiellement au juge supérieur d'instruction du Tribunal pénal central irakien les accusations portées contre les requérants dans l'affaire du meurtre du sergent-chef Cullingworth et du sapeur Allsopp. L'affaire fut ensuite transférée au tribunal pénal de Bassora et, le 12 avril 2006, un agent de l'armée britannique se présenta devant ce tribunal pour déposer plainte pour le meurtre des deux soldats.

46. Le 18 mai 2006, les requérants comparurent devant la commission d'enquête spéciale du tribunal pénal de Bassora pour faire leurs dépositions relativement à la plainte. Le tribunal prononça des mandats d'arrêt à leur égard en vertu du code pénal irakien et ordonna leur maintien en détention aux mains du contingent britannique de la force multinationale. Le 21 mai 2006, les autorités britanniques décidèrent de changer le statut des requérants d'«individus internés pour raisons de sécurité» à «détenus pénaux».

47. Après une première enquête, le tribunal pénal de Bassora décida que, les infractions alléguées étant constitutives de crimes de guerre, les affaires des requérants devaient être transférées au TSI (paragraphe 24 ci-dessus), et le TSI se reconnut compétent. Les requérants introduisirent deux recours contre la décision de transférer leurs affaires au TSI, mais ils furent tous deux rejetés, le premier le 27 novembre 2006 par le tribunal pénal de Bassora siégeant en juridiction d'appel et le second le 16 mai 2007 par la cour d'appel fédérale de Bassora.

48. Le TSI demanda le transfert des requérants en sa garde, une première fois le 27 décembre 2007, puis à plusieurs reprises jusqu'à mai 2008. En réponse à la question de la *Court of Appeal* britannique sur le point de savoir pourquoi le contingent britannique de la force multinationale n'avait pas remis les requérants au TSI entre décembre 2007 et mai 2008, le conseil du Gouvernement avança l'explication suivante :

« Nous étions d'avis qu'il y avait un réel problème, car aucune juridiction ne s'était prononcée sur le point de savoir si l'on était en présence de l'obligation de droit international dont nous disons qu'elle existait ni sur la question de la juridiction. Puis ces questions ont été tranchées par la *Divisional Court* et, par la suite, nous avons dit qu'il ne nous était plus possible de prendre cet engagement [de ne pas les transférer]. »

G. Le contrôle juridictionnel et les démarches entreprises par le gouvernement britannique auprès des autorités irakiennes relativement à l'application aux requérants de la peine de mort

49. Le 12 juin 2008, les requérants introduisirent une demande de contrôle juridictionnel au Royaume-Uni. Ils contestaient notamment la légalité du transfert qui était envisagé pour eux. Peu après, le Gouvernement prit l'engagement de ne pas les transférer tant que leur action devant les juridictions britanniques n'aurait pas été tranchée.

1. Les démarches entreprises par le gouvernement britannique auprès des autorités irakiennes relativement à l'application aux requérants de la peine de mort

50. Cinq jours plus tard, le 17 juin 2008, M^{me} Abda Sharif (conseiller juridique à l'ambassade du Royaume-Uni à Bagdad) rencontra le président du TSI, M. Aref, pour réitérer la ferme opposition du Royaume-Uni à la peine de mort. Au cours de cet entretien, le président Aref suggéra que les familles des victimes ainsi que l'ambassade du Royaume-Uni à Bagdad fassent parvenir des lettres exprimant leur opposition à l'imposition de la peine de mort en l'espèce. Il estimait que ce serait là un facteur dont le tribunal tiendrait compte. Il indiqua également qu'il serait utile que l'ambassade du Royaume-Uni renonce à son droit d'indemnisation civile.

51. Le 29 juin 2008, le deuxième Secrétaire aux Droits de l'homme à l'ambassade du Royaume-Uni à Bagdad, M. Gordon Ross, rencontra M. Aref pour discuter avec lui de la situation et de ce qu'il adviendrait si seule l'une des familles des deux victimes écrivait pour demander la clémence du Tribunal. M. Aref répondit que si l'une des deux familles seulement demandait la clémence, sa lettre serait prise en compte, et le fait que l'autre famille n'ait pas fait la même démarche ne modifierait pas de manière significative le cours des choses.

52. Le Gouvernement put contacter l'une des deux familles. Celle-ci accepta d'appuyer une demande de clémence et de non-imposition de la peine de mort dans le cas où les requérants seraient reconnus coupables d'une infraction passible de cette sanction.

53. L'ambassade du Royaume-Uni à Bagdad écrit également pour demander au tribunal de ne pas imposer la peine de mort. Elle renonça aussi à tout droit à une indemnisation civile.

54. Le 18 août 2008, M^{me} Abda Sharif rencontra à nouveau le président Aref et lui présenta la lettre de l'ambassade, signée par l'ambassadeur, Christopher Prentice. Le Royaume-Uni y soulignait son opposition à l'infliction de la peine de mort et y renonçait à son droit à une indemnisation. Ce document était accompagné d'une lettre de l'une des familles datée du 6 août 2008 demandant la clémence, avec sa traduction en arabe.

2. *La procédure devant la Divisional Court*

55. L'audience devant la *Divisional Court* se tint du 18 au 20 novembre 2008. Les demandes des requérants concernant la légalité de leur détention par le Royaume-Uni furent repoussées.

56. A l'audience, les juges exprimèrent leur préoccupation quant à ce qu'il adviendrait des requérants après l'expiration du mandat des Nations unies le 31 décembre 2008. Le Gouvernement présenta des documents relatifs aux négociations intergouvernementales qui étaient en cours entre le Royaume-Uni et l'Irak relativement au point de savoir si et dans quelles conditions il serait permis aux forces britanniques de rester sur place après le 31 décembre 2008. Parmi ces documents se trouvait la déclaration de M. Watkins, l'un des dirigeants de l'équipe de négociation du Royaume-Uni. Elle se lisait ainsi :

« (...) J'ai reconnu que, si cela était possible, il serait souhaitable que les forces britanniques soient en mesure de continuer à détenir les demandeurs dans l'attente de l'issue de la procédure. J'ai donc examiné avec mes collègues le point de savoir s'il serait approprié d'aborder cette question avec l'équipe de négociation irakienne. Je ne puis formuler d'observations détaillées sur des négociations intergouvernementales sensibles, mais je suis en mesure de dire qu'il a été estimé que le fait d'évoquer la possibilité que des détenus demeurent aux mains des forces britanniques, de manière générale ou dans le cas particulier des deux intéressés, risquerait de nuire à la conduite et à l'issue de ces négociations importantes et urgentes.

Il a en outre été considéré que le fait d'évoquer cette question ne pourrait en tout état de cause aboutir à aucun accord avec les autorités irakiennes ayant pour effet que les intéressés demeurent aux mains des forces britanniques en Irak, et encore moins qu'elles acceptent que ceux-ci soient emmenés hors du pays. Etant donné que les Irakiens demandent le transfert des détenus des Etats-Unis à l'Irak, que les deux intéressés sont des ressortissants irakiens accusés de crimes commis en Irak, et que les

juridictions irakiennes ont demandé à plusieurs reprises que ces individus leur soient remis de manière à ce qu'elles puissent poursuivre les investigations et, le cas échéant, les juger, il n'aurait pas été réaliste d'envisager que l'Irak puisse accepter de les laisser rester aux mains du Royaume-Uni. Le fait de soulever cette question n'aurait donc rien changé, selon moi, à la situation des demandeurs; en revanche, cela aurait comporté le risque de nuire gravement à la conduite et à l'issue des négociations menées avec le gouvernement irakien.

(...) J'ai réfléchi à la question de savoir s'il pouvait y avoir d'autres moyens pour que les forces britanniques continuent à détenir les demandeurs quelque temps après la fin de cette année, dans l'attente de l'issue de la procédure. On aurait pu aussi envisager de demander au gouvernement irakien qu'il communique au Conseil des représentants un projet de texte autorisant expressément le Royaume-Uni à détenir les demandeurs indéfiniment ou dans l'attente de l'issue de la procédure. Compte tenu des éléments exposés au paragraphe précédent, j'estime qu'il n'y a aucune chance raisonnable que le gouvernement irakien accède à pareille demande. De plus, la rédaction et l'adoption de ce texte prendraient trop longtemps pour pouvoir être achevées d'ici la fin de l'année. En outre, le simple fait d'avoir soulevé cette question risquerait à mon avis de nuire à l'adoption de la loi et à la conclusion de l'accord intergouvernemental.

Selon moi, il est à exclure que le Royaume-Uni puisse obtenir un quelconque accord des autorités irakiennes pour continuer de détenir les demandeurs indéfiniment ou même simplement dans l'attente de l'issue de la procédure.»

57. La *Divisional Court* se prononça le 19 décembre 2008. Elle nota que les requérants relevaient de la juridiction et de la compétence des tribunaux irakiens depuis le 18 mai 2006 au plus tard (paragraphe 46 ci-dessus), que la version révisée du mémorandum n° 3 de l'APC (paragraphe 20 ci-dessus), qui était le droit irakien en vigueur à l'époque, faisait obligation aux forces britanniques de remettre leurs « détenus pénaux » aux autorités irakiennes dès que possible, et que cette obligation figurait également dans le mémorandum d'accord relatif aux suspects d'infractions pénales conclu le 8 novembre 2004 entre le Royaume-Uni et l'Irak (paragraphe 25 ci-dessus). Toutefois, elle rejeta la thèse du Gouvernement selon laquelle les actions du Royaume-Uni à l'égard des requérants étaient imputables aux autorités irakiennes. Elle releva à cet égard que les forces britanniques étaient présentes en Irak légalement, en vertu d'un mandat des Nations unies, qu'elles étaient intégrées à une force multinationale soumise à la juridiction exclusive du Royaume-Uni et indépendante de l'Etat irakien, que les intéressés se trouvaient physiquement en leur garde et sous leur contrôle, et qu'elles avaient le pouvoir de refuser de les remettre au TSI, même si un tel acte aurait été contraire aux obligations de droit international incombant au Royaume-Uni. Pour ces raisons, elle jugea que les requérants relevaient de la juridiction du Royaume-Uni aux fins de l'article 1 de la Convention et de la loi de 1998 sur les droits de l'homme.

58. La *Divisional Court* examina ensuite le point de savoir si les requérants pouvaient se prévaloir du principe de non-refoulement exposé dans l'arrêt *Soering c. Royaume-Uni* (7 juillet 1989, série A n° 161). Elle rejeta l'argument du Gouvernement selon lequel le principe de *Soering* ne pouvait s'appliquer qu'aux transferts entre frontières territoriales, mais se considéra liée par l'arrêt rendu par la *Court of Appeal* en l'affaire *R(B) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* ([2004] EWCA Civ 1344, paragraphe 94 ci-dessous), dans lequel les juges avaient dit que lorsqu'un fugitif relevant de la juridiction du Royaume-Uni se trouvait sur le territoire d'un autre Etat souverain (par exemple dans une ambassade ou un consulat), le Royaume-Uni était tenu, en droit international, de remettre l'intéressé aux autorités de cet autre Etat, à moins qu'il n'y ait des éléments démontrant à l'évidence que celui-ci avait l'intention de le soumettre à un traitement tellement sévère qu'il constituerait un crime contre l'humanité.

59. La *Divisional Court* examina des dépositions d'experts relatives à l'équité des procès devant le TSI. Elle ne décela pas d'éléments sérieux à l'appui de la thèse des requérants selon laquelle les autorités irakiennes torturaient les individus qu'elles détenaient afin de leur extorquer des aveux qui seraient ensuite utilisés contre eux. Elle observa que, même si, pendant les deux premiers procès menés devant le TSI, notamment contre Saddam Hussein (les procès *Dujayl* et *Anfal*), le personnel du TSI et les avocats de la défense avaient été agressés à plusieurs reprises, certains y laissant la vie, la situation s'était améliorée depuis, et aucun avocat, témoin ou membre du TSI n'avait été enlevé ni tué en 2008. En conséquence, elle estima que le personnel du TSI et les avocats n'étaient plus menacés au point d'empêcher les requérants de bénéficier d'un procès équitable, et ce d'autant moins que des mesures de sécurité adéquates avaient été prises pour protéger les témoins. Elle releva qu'il n'y avait pas eu de remplacements permanents de juges dans les derniers procès et qu'il n'existait pas un risque de remplacement des membres du système judiciaire suffisamment élevé pour mettre en péril la possibilité pour les requérants de bénéficier d'un procès équitable. Elle prit note d'exemples de préoccupations exprimées par des tiers relativement à l'indépendance du TSI, mais observa que les craintes portaient sur des faits survenus pendant les procès *Dujayl* et *Anfal* au début de l'année 2007, et qu'il n'avait pas été exprimé de telles préoccupations récemment. Au vu de l'ensemble des éléments, elle estima établi que le TSI était suffisamment indépendant pour présenter les garanties d'un procès équitable. Elle considéra qu'il n'y avait pas réellement de risque que l'avocat des requérants soit empêché d'assurer correctement leur défense en cas de procès. Elle releva que le statut et le règlement du TSI avaient été rédigés sur le modèle de ceux du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, du Tribunal

pénal international pour le Rwanda et de la Cour pénale internationale, et que les accusés bénéficiaient de la présomption d'innocence, du droit d'être informés des charges retenues contre eux, du droit d'être assistés par un avocat, du droit d'être jugés sans délai excessif, du droit d'être présents pendant le procès, du droit d'interroger les témoins ou d'y être confrontés, du droit de ne pas s'accuser eux-mêmes, du droit de ne pas voir leur silence interprété comme un signe de culpabilité, du droit à la communication des éléments et témoignages à décharge, de l'exclusion des déclarations faites sous la contrainte, du droit de s'assurer que les interrogatoires fassent l'objet d'un enregistrement vidéo, du droit de poser des questions directement aux témoins, et du droit d'appel. Elle formula donc, relativement au risque de violation de l'article 6 de la Convention, les conclusions suivantes :

« Globalement, les choses se présentent ainsi : bien qu'à l'origine, pour ce qui est du TSI et des procès tenus devant lui, certains éléments aient gravement laissé à désirer et fait peser un doute sur la possibilité pour les accusés, à cette époque, de bénéficier d'un procès équitable, des améliorations importantes sont intervenues depuis.

(...) A ce jour, les demandeurs ont comparu devant les tribunaux irakiens et ont démenti les accusations portées contre eux ; et on ne saurait juger déplacée la manière dont les tribunaux les ont traités. Pour l'avenir, si on les examine un par un et dans leur ensemble, les différents éléments qui nous ont été soumis sont loin d'établir qu'il existe des motifs raisonnables de croire à l'existence d'un véritable risque qu'un procès des demandeurs donne lieu à une violation flagrante des principes garantis par l'article 6. Ainsi, même si la Convention devait s'appliquer normalement, nous rejeterions la thèse selon laquelle il serait contraire à l'article 6 de remettre les demandeurs au TSI. »

60. La *Divisional Court* examina ensuite les éléments relatifs au degré de probabilité que les requérants soient soumis à la peine de mort. Ses conclusions furent les suivantes :

« A la lumière de l'ensemble des éléments, nous estimons qu'il a été démontré qu'il existait des motifs sérieux de penser que les demandeurs étaient exposés au risque réel d'être condamnés à la peine de mort et exécutés, contrairement au Protocole n° 13 [à la Convention], s'ils étaient remis au TSI. En particulier : a) la peine de mort fait partie des sanctions dont sont passibles les infractions telles que celle dont sont accusés les demandeurs ; b) des éléments clairs démontrent que les personnes reconnues coupables de telles infractions sont en pratique condamnées à mort ; c) les arguments avancés à l'appui de la thèse selon laquelle la peine de mort ne serait pas imposée aux intéressés ne sont pas suffisamment concluants ou certains pour écarter un tel risque ; d) malgré les démarches entreprises au nom du ministre, il n'a été donné aucune assurance que la peine de mort ne serait pas imposée en l'espèce ; et e) en toute hypothèse, même si le président Aref [le président du TSI] avait donné une telle assurance, nous ne sommes pas convaincus qu'elle serait forcément efficace, dans la mesure où il n'a pas le pouvoir de contraindre la chambre d'appel à prendre une décision ou une autre et où celle-ci devrait imposer la sentence appropriée, quelle qu'ait pu être la décision de la chambre de jugement. »

Toutefois, la *Divisional Court* jugea que même si la peine de mort était interdite par la Convention, elle n'était pas encore contraire aux normes reconnues au niveau international, du moins lorsqu'elle était imposée pour des crimes graves dans le cadre d'une condamnation prononcée à l'issue d'un procès respectant des normes minimales d'équité. Il s'ensuivait selon elle que, « pour abjecte qu'elle puisse être considérée dans notre ordre juridique interne et dans le système de la Convention, une telle peine ne serait pas contraire au droit international », et que le risque que les requérants soient exécutés ne relevait donc pas le Royaume-Uni de son obligation de droit international public de les remettre au TSI.

61. La *Divisional Court* examina ensuite les questions relatives à l'article 3 de la Convention. Elle observa, d'une part, que le TSI avait demandé qu'avant le procès, les requérants soient détenus au bloc 4 de la prison de Rusafa, qui était gérée par le ministère de la Justice irakien et, d'autre part, que s'ils étaient reconnus coupables et condamnés à plus de dix années d'emprisonnement, ils seraient envoyés à la prison de Fort Suse, également gérée par le ministère de la Justice irakien. Elle s'appuya sur un rapport du prévôt général (l'officier de l'armée britannique chargé d'inspecter les centres de détention militaires britanniques à l'étranger), qui avait inspecté la prison de Rusafa en avril 2008. Il avait alors estimé que le bloc 4 « répondait aux exigences [de la quatrième Convention de Genève] » à l'égard des requérants, notant qu'il offrait « une relative isolation, la protection des éléments et des conditions de vie raisonnables ». Même si les inspecteurs du prévôt général avaient reçu des plaintes de certains détenus quant à l'absence de visites et à la qualité de la nourriture, personne ne s'était plaint de mauvais traitements. La *Divisional Court* mentionna également un rapport d'inspection du Programme international d'assistance et de formation en matière d'enquêtes et d'affaires pénales (*International Criminal Investigative Training Assistance Program*) des Etats-Unis d'Amérique sur les blocs 1 à 6A à Rusafa : selon ce rapport, rien n'indiquait que les détenus y soient soumis à des mauvais traitements délibérés ou ostensibles ; les conditions de détention au bloc 4 étaient jugées conformes aux normes fondamentales de respect des droits de l'homme ; les détenus pouvaient recevoir régulièrement des visites de leurs représentants et de leurs proches ; la force n'était utilisée qu'en dernier recours, lorsqu'elle était nécessaire pour empêcher les détenus de se blesser ou de blesser autrui ; les châtiments corporels étaient interdits et les détenus interrogés avaient déclaré qu'ils n'avaient jamais eu connaissance de tels actes ; et un système solide de dénonciation d'éventuels mauvais traitements était en place. En outre, la *Divisional Court* releva qu'au paragraphe 4 c) de l'article 3 du mémorandum d'accord relatif aux suspects d'infractions pénales du 8 novembre 2004 (paragraphe 25 ci-dessus), les autorités

irakiennes avaient fourni l'assurance qu'après avoir été transférés dans les centres de détention irakiens, les prisonniers seraient traités humainement. Les requérants avaient versé au dossier des expertises relatives aux conditions de détention à Rusafa, mais la *Divisional Court* estima que ces expertises ne permettaient pas d'établir l'existence de cas de mauvais traitements des détenus. De même, elle jugea que les éléments communiqués relativement à la prison de Fort Suse n'indiquaient pas que, s'ils y étaient détenus, les requérants risqueraient d'y subir des mauvais traitements. Elle conclut donc que les éléments communiqués ne permettaient pas d'établir qu'il y avait des motifs sérieux de penser que les intéressés seraient exposés à un risque réel de traitement contraire à l'article 3 de la Convention s'ils étaient remis au TSI.

62. La *Divisional Court* conclut que le transfert envisagé était légal et rejeta le recours des requérants. Elle ajouta cependant ceci :

« Si notre analyse des principes juridiques et des éléments de fait nous a conduits à cette conclusion, nous sommes gravement perturbés par ce résultat, car nous estimons que s'ils sont transférés, les demandeurs seront exposés au risque réel d'être soumis à la peine de mort dans le cas où le tribunal irakien les déclarerait coupables. En toutes autres circonstances normales, la Convention (de même que la loi de 2003 sur l'extradition dans le cas d'une extradition) permettrait d'empêcher que les choses n'aboutissent à un tel résultat. Il se trouve qu'en l'espèce, les circonstances sont tout à fait exceptionnelles; or nous avons dû leur appliquer les principes de l'affaire *R(B) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* tels que nous avons compris qu'ils ressortaient de l'arrêt rendu par la *Court of Appeal* dans cette affaire. (...) »

63. La *Divisional Court* accorda aux requérants l'autorisation de recourir devant la *Court of Appeal* et prononça, le 19 décembre 2008, une mesure provisoire interdisant leur transfert jusqu'au 22 décembre 2008 à 16 heures, de manière à leur permettre d'introduire une demande de mesure provisoire devant la *Court of Appeal*.

3. La procédure devant la *Court of Appeal*

64. Les requérants interjetèrent appel du jugement de la *Divisional Court*, en se fondant principalement sur les arguments suivants : 1) c'était à tort que les juges avaient conclu à la présence d'un contexte de droit international public ayant pour effet de modifier le principe exposé dans l'arrêt *Soering* (précité) ; 2) même s'ils avaient appliqué les bons critères, c'était à tort que les juges avaient estimé que la peine de mort et l'exécution n'étaient pas contraires aux normes reconnues au niveau international ; 3) l'article 3 de la Convention et le droit international interdisaient de procéder à ce transfert dès lors qu'il avait été démontré qu'il existait des motifs sérieux de penser que les intéressés seraient exposés à un risque réel d'être condamnés à la mort par pendaison ; 4) il était erroné de conclure que la

compétence des juridictions britanniques pour les juger était subordonnée à la demande des autorités irakiennes voire inexistante; 5) les juges n'avaient pas appliqué les bons critères relativement aux griefs concernant l'équité des procès devant le TSI; 6) c'était à tort qu'ils avaient conclu que les éléments qui leur avaient été présentés ne faisaient pas apparaître de motifs sérieux de croire à l'existence d'un risque réel que des violations flagrantes des principes garantis par l'article 3 ne soient commises dans le cadre du procès.

65. Le 22 décembre 2008, la *Court of Appeal* décida que l'audience aurait lieu les 29 et 30 décembre 2008. Elle prononça une injonction interdisant le transfert des requérants jusqu'au 30 décembre 2008 à 16 h 30.

66. Parmi les éléments présentés à la *Court of Appeal* se trouvait une nouvelle déclaration de M. Watkins relative aux négociations en cours avec l'Irak. Il y était expliqué notamment qu'au cours des négociations, l'Irak avait expressément écarté la possibilité pour les forces britanniques d'exercer des pouvoirs de détention sur son territoire :

«Au cours des discussions du dimanche 21 décembre, les responsables irakiens ont été clairs quant au fait qu'ils considéraient que, même dans le cadre des tâches autorisées, il ne serait pas acceptable que les forces britanniques exercent des pouvoirs de détention après le 31 décembre 2008.

Après mûre réflexion, je reste fermement convaincu que, quelles que soient les circonstances, il n'est pas envisageable que le Royaume-Uni soit en mesure d'obtenir l'accord des autorités irakiennes pour continuer à détenir les demandeurs indéfiniment ou même simplement dans l'attente de l'issue de la procédure. En outre, comme je l'ai indiqué dans ma première déposition, le simple fait de soulever la question risquerait de nuire à la conduite et à l'issue des négociations en cours.»

67. La *Court of Appeal* rejeta le recours des requérants le 30 décembre 2008 à 14 h 30, en donnant oralement les brefs motifs suivants :

«i) En ce qui concerne le fait que le Royaume-Uni n'exerce pas sa juridiction sur les appelants au sens de l'article 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, voir notamment l'affaire *Banković c. Royaume-Uni* (2001) 11 BHRC 4. Le Royaume-Uni détient simplement les appelants à la demande et sur l'ordre du TSI, et il est tenu de les lui remettre en vertu des accords anglo-irakiens; il n'a pas de pouvoir discrétionnaire propre pour les détenir, les libérer ou les remettre, mais n'est que le mandataire du TSI.

ii) *R(B) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2005] QB 643 montre qu'une telle obligation de remettre des individus à l'Etat accréditaire doit être respectée quand bien même l'Etat détenteur serait soumis à des obligations au titre de la Convention européenne des droits de l'homme, à moins (paragraphe 88) que la remise des intéressés ne les expose à un crime contre l'humanité. Nous sommes liés par cette décision, celle-ci ayant été rendue par cette cour.

iii) Il n'a pas été démontré que la peine de mort en général ou l'exécution par pendaison en particulier soient constitutives d'un crime contre l'humanité ou d'un acte de torture.

iv) En conséquence, même si le Royaume-Uni exerçait sa juridiction au sens de l'article 1 [de la Convention], ce qui n'est pas notre avis, il serait tenu de remettre les appelants au TSI. Cela vaut pour la période antérieure au 31 décembre 2008, et *a fortiori* pour celle postérieure à cette date, où le mandat des Nations unies aura expiré et où la seule disposition entre le Royaume-Uni et l'Irak accordant l'inviolabilité à la base des forces britanniques ou permettant la détention des appelants sera l'ordonnance du TSI. En bref, le Royaume-Uni n'aura plus, après le 31 décembre, le moindre pouvoir juridique de faire quoi que ce soit d'autre que de remettre les appelants au TSI à sa demande. Il n'aura pas le pouvoir de les transférer ailleurs, ni même d'empêcher l'Irak de les reprendre lui-même : il ne pourrait être ordonné aux troupes britanniques de prendre la moindre mesure pour s'opposer à une telle démarche. Avant le 31 décembre, il est vrai que la base de Bassora est inviolable en vertu des accords locaux passés entre le Royaume-Uni et l'Irak, mais cette inviolabilité prendra fin demain. C'est pourquoi le Royaume-Uni sera alors totalement impuissant d'un point de vue juridique face à la volonté du TSI et aux mesures que pourraient prendre les autorités irakiennes.

v) Aucune action autonome ne peut être intentée contre le Royaume-Uni en droit international coutumier sur cette base, et les faits ne permettent pas non plus d'engager une procédure viable sur le fondement de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.»

68. La *Court of Appeal* refusa aux requérants l'autorisation de saisir la Chambre des Lords, et justifia ce refus de la manière suivante :

« Certes, des questions importantes ont été soulevées, mais dans le contexte de cette affaire et eu égard à la situation postérieure au 31 décembre 2008, il ne serait pas opportun d'accorder une telle autorisation. »

69. Elle refusa également de prolonger l'injonction interdisant le transfert des requérants jusqu'à 16 h 30 le même jour de manière à leur laisser le temps de saisir la Cour d'une demande de mesure provisoire ou de demander à la Chambre des Lords l'autorisation de porter l'affaire devant elle et d'obtenir de sa part une mesure provisoire. Ainsi, peu après 15 heures, elle leva l'injonction.

70. La *Court of Appeal* communiqua son arrêt écrit intégral le 21 janvier 2009 ([2009] EWCA Civ 7). Elle estimait tout d'abord qu'il y avait des motifs sérieux de penser que les requérants seraient exposés à un risque réel d'exécution s'ils étaient remis au TSI, pour les raisons suivantes :

« Il ne prête pas à controverse que la peine de mort est une sanction applicable en droit irakien aux infractions telles que celle dont les appelants sont accusés. La *Divisional Court* a jugé (paragraphe 148) que cette circonstance constituait en soi un commencement de preuve de la réalité du risque subi par les appelants. En conséquence, et conformément à l'approche prônée par la cour de Strasbourg dans l'affaire *Saadi c. Italie* ([GC], n° 37201/06, CEDH 2008-II), en particulier au paragraphe 129, la

charge de démontrer que ce risque n'apparaît pas en réalité se trouve transférée au ministre.

M. Lewis QC, qui représente le ministre, s'est appuyé sur des éléments indiquant que la famille de l'une des victimes avait écrit au président du TSI, M. Aref, pour demander la clémence envers les appelants si ceux-ci étaient jugés coupables. Le président Aref avait lui-même déclaré à l'ambassade du Royaume-Uni que des lettres de ce type seraient utiles, de même que le fait que l'ambassade renonce à ses droits à une indemnisation civile, et il avait indiqué qu'il transmettrait le cas échéant les lettres en question à la formation de jugement pour examen. M^{me} Abda Sharif, conseiller juridique et chef de la section de la justice et des droits de l'homme à l'ambassade du Royaume-Uni à Bagdad, a transmis un avis juridique indiquant que l'effet probable d'une demande de clémence de la part des familles des victimes en Irak serait que le tribunal irakien « n'imposerait pas la peine de mort dans les affaires concernées ». M^{me} [Abda] Sharif a indiqué que le président Aref avait confirmé qu'une telle demande de clémence était susceptible de jouer un rôle important dans l'appréciation par les juges de la sanction à imposer aux appelants. Elle a également produit une lettre du président Aref, qui lui avait été remise lors d'une rencontre tenue le 21 octobre 2008. Cette lettre décrit en détail les procédures du tribunal relatives à l'imposition de la peine. A cet égard, la *Divisional Court* a formulé les observations suivantes (paragraphe 155) :

« Cette lettre expose la position du président Aref. Il est frappant de constater qu'il n'y est nullement indiqué que la peine de mort ne serait pas imposée ni même probablement pas imposée. »

M. Lewis QC s'est également appuyé sur la déposition de M. Spillers, un avocat américain qui assurait la liaison avec le TSI en matière d'état de droit du mois de juillet 2008 au 22 décembre 2008, et qui a rencontré le président Aref le 27 octobre 2008. M. Aref lui aurait alors expliqué que les facteurs susceptibles d'inciter le TSI à ne pas imposer la peine de mort étaient les suivants : « reconnaissance de l'infraction par les accusés, demande de la famille des victimes tendant au pardon des accusés, demande de pardon du tribunal pour les actes commis, et demande de clémence de la part de la famille d'une des victimes » (*Divisional Court*, paragraphe 156). Selon M. Spillers, M. Aref avait indiqué que l'assurance que la peine de mort ne serait pas imposée était « implicite » lorsque ces facteurs étaient réunis.

M. Spillers a fait une nouvelle déposition depuis le jugement de la *Divisional Court*. Il y décrit l'issue de la procédure menée devant le TSI dans ce que l'on a appelé l'affaire du soulèvement de 1991. Les quinze accusés étaient tous d'anciens dignitaires du régime de Saddam Hussein, et ils étaient accusés de crimes contre l'humanité. Trois furent acquittés. Dix se virent imposer des peines de prison extrêmement longues. Deux seulement furent condamnés à mort, dont un (« Ali le Chimique ») qui avait déjà été condamné à mort à l'issue d'un précédent procès.

(...)

A mon avis, il n'y a pas de base suffisante pour s'écarter de l'appréciation équilibrée de la *Divisional Court* sur ce point. La nouvelle déposition de M. Spillers relative à l'affaire du soulèvement de 1991, si elle présente un intérêt pour le ministre, n'est pas

déterminante au point de renverser la conclusion de la juridiction inférieure. Le critère du risque réel a été correctement appliqué.»

71. A l'appui de sa conclusion selon laquelle les requérants ne relevaient pas de la juridiction du Royaume-Uni aux fins de la Convention et de la loi de 1998 sur les droits de l'homme, la *Court of Appeal* formula les observations suivantes :

La situation juridique en ce qui concerne la détention des appelants avant le 31 décembre 2008

«32. Jusqu'au 31 décembre 2008, les forces britanniques à Bassora jouissent des garanties d'immunité et d'inviolabilité conférées par l'ordonnance n° 17 de l'APC (version révisée). Cependant, si ces mesures interdisent les sanctions invasives, elles ne confèrent pas de pouvoir exécutif. J'estime qu'avant même le 31 décembre 2008 et au moins depuis mai 2006, les forces britanniques à Bassora ne sont plus habilitées à mener sur le territoire irakien d'autres activités relatives aux détenus pénaux que celles auxquelles l'Irak consent ou qu'elles sont autorisées à accomplir en vertu d'une ou de plusieurs résolutions contraignantes du Conseil de sécurité. Cette analyse découle de la souveraineté de l'Irak et n'est contredite par aucune des mesures prises par les Nations unies en l'espèce – bien au contraire. Ainsi, le mandat de la force multinationale a été prorogé par le Conseil de sécurité à la demande expresse de l'Irak. La lettre demandant cette prorogation (qui figure en annexe à la résolution 1790 (2007)) indique expressément, au paragraphe 4, que « [l]e [g]ouvernement ira[k]ien sera responsable de l'arrestation, de la détention et de l'emprisonnement ». Les différentes résolutions adoptées par le Conseil de sécurité [des Nations unies] en la matière (1483 (2003), 1546 (2004) et 1790 (2007)) soulignent toutes la primauté de la souveraineté irakienne. En ce qui concerne les détentions pénales, le mémorandum n° 3 de l'APC (version révisée) indique clairement que, dans la mesure où les détenus pénaux peuvent être gardés par un contingent national de la force multinationale, ils le sont par ordre des autorités irakiennes.

33. Dans ces conditions, le Royaume-Uni n'exerce sur les appelants, avant le 31 décembre 2008, aucun autre pouvoir ou juridiction que ceux dont il est dépositaire en tant que mandataire du tribunal irakien ; il n'exerce pas ni ne prétend exercer le pouvoir autonome d'un Etat souverain.»

La situation juridique en ce qui concerne la détention des appelants après le 31 décembre 2008

«34. Comme indiqué précédemment, une fois le mandat des Nations unies expiré, la force multinationale, dans son ensemble ou en partie, n'a plus en droit international le moindre pouvoir ni la moindre autorité pour maintenir une quelconque présence en Irak, si ce n'est exclusivement et strictement en réponse à la volonté des autorités irakiennes. [L'avocate des requérants] a soutenu qu'en vertu du droit international coutumier, la base britannique à Bassora demeurerait inviolable après le 31 décembre, mais elle n'a pas été en mesure d'avancer le moindre principe qui puisse, au regard des faits, étayer cette thèse ; et, à mon avis, force est de constater qu'après cette date, les forces britanniques demeurant en Irak ne le font qu'avec le consentement des autorités

irakiennes et dans les conditions fixées par celles-ci – il devait d'ailleurs être évident, dès que l'on a su que le mandat international prendrait fin, que tel était le cours normal des choses.

35. Il n'y a pas non plus place pour le doute raisonnable quant au fait que les conditions dans lesquelles les autorités irakiennes permettraient éventuellement aux forces britanniques de rester en Irak ne comporteraient aucun rôle ni aucune fonction leur permettant (non plus qu'à d'autres forces) de continuer à détenir des individus, et encore moins les y obligeant. (...)

36. Après le 31 décembre 2008, les forces britanniques n'auront plus le pouvoir juridique de détenir des Irakiens. Si elles le faisaient, les autorités irakiennes seraient fondées à investir les lieux occupés par les Britanniques et à y reprendre toute personne ainsi détenue.»

Conclusion sur la question de la juridiction

«37. Il n'est pas aisé de déterminer précisément la portée de la juridiction au sens de l'article 1 [de la Convention] lorsque celle-ci s'exerce hors du territoire de l'Etat partie mis en cause, car l'expérience montre clairement que cette portée n'a pas de limites tranchées: elle doit s'apprécier à partir d'une combinaison d'éléments clés qui ont trait à la stratégie plus qu'à la sémantique. Faisant fond sur l'arrêt *Banković* et sur les opinions des Lords dans l'affaire *Al-Skeini*, j'avance quatre grands points, dont chacun nécessite certaines explications: 1) il s'agit d'une forme de juridiction exceptionnelle; 2) elle doit être interprétée de manière à se concilier avec les autres normes applicables du droit international; 3) elle reflète la nature régionale des droits garantis par la Convention; 4) elle reflète la nature indivisible des droits garantis par la Convention. Les deux premières propositions impliquent (comme peut-être le terme juridiction lui-même) l'exercice par un Etat, sur le territoire d'un autre Etat, d'une autorité juridique souveraine, et non d'un simple pouvoir factuel. Une telle situation est en elle-même exceptionnelle, bien qu'elle soit reconnue de manière habituelle dans certains cas tels ceux des ambassades. Ce pouvoir doit être conféré par des dispositions juridiques, car s'il n'était acquis que par le hasard ou la force, il ne serait en aucun cas exercé en harmonie avec les normes matérielles du droit international – bien au contraire, il s'y heurterait – et il n'y aurait pas de base fondée sur des principes à partir de laquelle il pourrait être limité et donc considéré comme exceptionnel. (...) Il est impossible de concilier le critère d'un contrôle purement factuel avec l'effet limitatif des deux premières propositions que j'ai énoncées ni même, d'ailleurs, avec les deux dernières, comme je vais l'expliquer.

38. Ces deux premières propositions, comprises comme je l'entends, conditionnent les autres. Si un Etat partie doit exercer sa juridiction au sens de l'article 1 hors de son propre territoire, la nature régionale et indivisible des droits garantis par la Convention appelle l'existence d'un régime dans lequel cet Etat jouit de pouvoirs juridiques suffisamment larges pour pouvoir défendre, conformément à ses obligations de droit international, l'ensemble des droits garantis par la Convention – lesquels peuvent, dans le territoire concerné, relever d'une philosophie politique totalement étrangère.

39. Le cadre naturel de la Convention européenne des droits de l'homme est l'espace juridique de ses Etats parties; si, exceptionnellement, elle doit s'appliquer en un lieu situé hors de cet espace, celui-ci doit y être reproduit dans une mesure considérable. En bref, l'Etat partie doit avoir le pouvoir juridique d'exercer des fonctions gouvernementales substantielles en tant qu'Etat souverain. Il peut le faire dans un cadre étroit, tel qu'une ambassade, un consulat, une base militaire ou une prison; il peut, à cet effet, dépendre du consentement de l'Etat d'accueil ou d'un mandat des Nations unies; mais, globalement, c'est ce type de pouvoir juridique que l'Etat doit détenir: il doit pouvoir décider librement des questions qui relèvent normalement du pouvoir exécutif. Si l'on considérait que la juridiction au sens de l'article 1 s'applique dans d'autres circonstances, les conditions limitatives imposées par les quatre propositions que j'ai énoncées s'en trouveraient mises à mal.»

72. La *Court of Appeal* examina également la question du conflit entre différentes obligations de droit international, précisant qu'il ne survenait que si son analyse relative à l'absence de juridiction était erronée; et elle jugea que c'était à bon droit que la *Divisional Court* avait tenu compte de l'obligation du Royaume-Uni, en droit international, de remettre les requérants au TSI:

«48. (...) Un Etat partie à la Convention européenne des droits de l'homme exerçant sa juridiction au sens de l'article 1 en territoire étranger supporte sans conteste, en droit international, des obligations envers l'Etat accréditaire. L'article 55 de la Convention de Vienne [de 1963 sur les relations consulaires] visé au paragraphe 88 de l'arrêt *R(B) [v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs]* démontre de manière évidente l'existence de telles obligations. A la lumière de cette affaire, il est clair que le Royaume-Uni est tenu, en droit international, de remettre les intéressés au TSI à sa demande. En pareil cas, il peut y avoir un conflit entre les obligations de l'Etat partie au regard de la Convention européenne des droits de l'homme et ses autres obligations internationales.

49. Une solution aurait pu consister à dire que l'existence d'une telle obligation internationale est incompatible avec l'exercice de la juridiction au sens de l'article 1 [de la Convention], en ce qu'elle montre que le pouvoir juridique de l'Etat partie dans le territoire étranger concerné n'est pas suffisamment large pour qu'il lui soit possible de garantir les droits protégés par la Convention. Il n'y aurait alors pas de conflit. Cette solution ne serait certes d'aucun secours pour les détenus, l'obligation de les transférer faisant purement et simplement obstacle à l'application de la juridiction au sens de la Convention, et les privant dès lors des droits garantis par cet instrument. Elle serait toutefois, à mon sens, cohérente avec la décision *Banković*. Cependant, ce n'est pas le choix qu'ont fait nos juges: ils ont reconnu aussi bien dans l'affaire *Al-Jedda* que dans l'affaire *R(B) [v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs]* qu'un Etat partie pouvait se trouver confronté à des obligations potentiellement contradictoires en vertu, d'une part, de la Convention européenne des droits de l'homme et, d'autre part, des autres normes de droit international.

50. Je le dis respectueusement, je ne vois aucune raison de mettre en doute cette position. J'ai certes affirmé qu'il fallait, pour déterminer la portée de la juridiction au sens de l'article 1, tenir compte de la pression que font peser sur les Etats parties leurs obligations internationales issues d'autres sources que la Convention européenne des droits de l'homme, mais il ne s'ensuit nullement que les obligations imposées par la Convention doivent toujours s'effacer devant les autres obligations, de manière à éviter tout conflit. Il faut assurément déterminer, dans tous les cas (où la question se pose raisonnablement), si les obligations de droit international sont à ce point impérieuses ou étendues qu'elle privent l'Etat partie concerné de l'espace juridique requis aux fins de l'exercice de sa juridiction au sens de l'article 1. Il se peut que tel ne soit pas le cas, et c'est alors qu'il faut se tourner vers la décision rendue par cette cour dans l'affaire *R(B)* [*v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*] pour y puiser la bonne approche juridique.»

73. La *Court of Appeal* rejeta l'argument tiré par les requérants de l'affaire *Öcalan c. Turquie* ([GC], n° 46221/99, CEDH 2005-IV) selon lequel, lorsqu'il était envisagé de refouler un individu vers un Etat dans lequel il risquait à l'issue du procès de subir la peine de mort, il n'était pas nécessaire de démontrer l'existence d'une violation flagrante du droit à un procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention, mais il suffisait d'établir qu'il y avait un risque réel de procès inéquitable. Elle observa que l'affaire *Öcalan* (précitée) ne concernait pas un cas de refoulement, et que dans l'affaire *Bader et Kanbor c. Suède* (n° 13284/04, CEDH 2005-XI), la Cour avait jugé que, dans les affaires de refoulement ou d'extradition, elle ne pouvait conclure à une violation des articles 2 ou 3 de la Convention que si le requérant avait établi qu'il risquait de subir dans l'Etat de destination une violation flagrante du droit à un procès équitable, qui était susceptible d'aboutir à l'imposition de la peine de mort. La *Court of Appeal* valida l'appréciation des éléments relatifs à l'équité des procédures devant le TSI faite par la *Divisional Court*, et rejeta donc également le grief tiré de l'article 6.

74. Enfin, elle rejeta l'argument des requérants selon lequel l'exécution par pendaison devait être considérée comme un crime contre l'humanité, un traitement inhumain ou dégradant ou une forme de torture. Elle estima que, même si des dysfonctionnements terribles se produisaient parfois (par exemple, le cou du pendu pouvait ne pas se briser, de sorte qu'il suffoquait, ou encore, le nœud pouvait être trop large, ce qui avait pour effet de décapiter le condamné), de tels cas étaient anecdotiques et non représentatifs. Elle indiqua à cet égard que d'autres éléments, tels que ceux examinés par la Commission royale sur la peine capitale dans son rapport pour les années 1949 à 1953, indiquaient que l'exécution par pendaison était une méthode «rapide et fiable». Elle conclut que, les éléments lui ayant été soumis relativement à ce mode d'exécution étant très peu nombreux, elle n'était

pas en mesure de parvenir à une conclusion globale quant aux effets de la pendaison de manière à apprécier sa compatibilité ou son incompatibilité avec les normes du droit international coutumier.

4. *La Chambre des Lords*

75. Les avocats des requérants contactèrent le Bureau judiciaire de la Chambre des Lords entre le 19 et le 22 décembre 2008, mais furent informés qu'il était fermé pendant la période des fêtes de fin d'année et ne rouvrirait que le 12 janvier 2009.

76. Le 7 janvier 2009, la demande d'assistance judiciaire présentée par les requérants aux fins de saisir la Chambre des Lords fut rejetée, essentiellement au motif que le transfert (paragraphe 80 ci-dessous) impliquait qu'aucun recours effectif ne serait disponible.

77. Le 6 février, les requérants saisirent la Chambre des Lords d'une demande d'autorisation de recours. Celle-ci leur fut refusée le 16 février 2009.

H. Les mesures provisoires indiquées en vertu de l'article 39 du règlement et le transfert des requérants

78. Le 22 décembre 2008, avant l'audience de la *Court of Appeal* sur la mesure provisoire, les requérants introduisirent auprès de la Cour européenne des droits de l'homme une demande urgente d'indication d'une mesure provisoire en vertu de l'article 39 du règlement. Le Gouvernement communiqua à la Cour des déclarations écrites expliquant pourquoi cette demande ne devait pas, selon lui, être accordée. La copie de ces déclarations fut transmise aux requérants.

79. Peu après avoir été informée de l'arrêt rendu par la *Court of Appeal* le 30 décembre 2008, la Cour indiqua au Gouvernement, en vertu de l'article 39 du règlement, que les requérants ne devaient être ni éloignés ni transférés jusqu'à nouvel ordre.

80. Le 31 décembre 2008, les requérants furent remis aux autorités irakiennes et incarcérés à la prison de Rusafa.

81. Le même jour, dans l'après-midi, le Gouvernement informa la Cour et les avocats des requérants que ceux-ci avaient été transférés. Dans sa lettre à la Cour, il indiqua ceci :

« (...) le Gouvernement a été d'avis que, exceptionnellement, il ne pouvait appliquer la mesure indiquée par la Cour. En l'espèce, cette décision ne devrait pas être considérée comme une violation de l'article 34 [de la Convention]. Le Gouvernement estime que les circonstances de la présente affaire sont absolument exceptionnelles. Il reste déterminé à respecter les mesures indiquées par la Cour en vertu de l'article 39 [du règlement] à chaque fois qu'il sera en mesure de le faire. »

I. Le procès devant le TSI et les démarches entreprises ultérieurement par les autorités britanniques auprès des autorités irakiennes relativement à l'application de la peine de mort aux requérants

82. Conformément aux assurances données par le ministère de la Justice irakien en juillet et en août 2008, les requérants furent d'abord détenus à la prison de Rusafa, au bloc 4. En mars 2009, ils furent transférés au bloc 1 de la même prison.

83. Le 24 février 2009, M^{me} Catherine Duncan (conseiller juridique à l'ambassade du Royaume-Uni à Bagdad) rappela au président Aref ses précédentes déclarations relatives à la peine de mort.

84. Le procès des requérants devant le TSI commença le 11 mai 2009. Chacun d'eux était représenté par un avocat irakien. Ils avaient à l'origine été accusés d'avoir tué les deux soldats britanniques alors qu'il était clair que ceux-ci s'étaient rendus. La peine maximale prévue pour cette infraction était la peine de mort.

85. Le 30 juin 2009, la Cour déclara la requête recevable et posa aux parties des questions supplémentaires (paragraphe 7-8 ci-dessus). En particulier, elle demanda au gouvernement britannique de l'informer des déclarations éventuellement faites aux autorités irakiennes depuis le transfert des requérants afin de veiller à ce qu'ils ne soient pas soumis à la peine de mort en cas de condamnation.

86. Le 21 juillet 2009, après la clôture des preuves, l'accusation lut à la formation de jugement du TSI deux lettres. La première, en date du 16 juillet 2009, émanait du gouvernement britannique, qui y exprimait son opposition à la peine de mort et joignait la lettre reçue en août 2008 de la famille de l'un des soldats tués (paragraphe 52 et 54 ci-dessus). La seconde provenait de la sœur de l'autre soldat, avec laquelle le Gouvernement avait pris contact. Elle aussi demandait la clémence pour les accusés. Le juge président donna ensuite lecture des charges retenues contre chacun des accusés. Celles-ci avaient été réduites: il ne leur était plus reproché d'avoir tué les soldats, mais de les avoir remis sans précautions à d'autres responsables du parti Baath, par qui ils avaient ensuite été tués, au lieu de les protéger et de leur apporter un traitement médical comme l'impose la Convention (I) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et malades dans les forces armées en campagne du 12 août 1949. Ces faits n'étaient pas passibles de la peine de mort.

87. A l'audience suivante, le 29 juillet 2009, un autre chef d'accusation fut ajouté, à savoir des actes de torture et des traitements inhumains perpétrés sur les soldats, en violation des Conventions de Genève. En vertu

des articles 13 et 24 §§ 1 et 5 du Statut de la Cour pénale suprême d'Irak (loi n° (10) 2005), les juges devaient déterminer la peine à appliquer à cette infraction « en tenant compte de la gravité des faits, des circonstances propres de l'espèce, des précédents judiciaires et des sanctions prononcées par les juridictions pénales internationales pour des actes semblables ». Par une lettre datée du 31 juillet 2009, le Gouvernement informa la Cour que le président de la formation de jugement du TSI avait indiqué à un responsable britannique à Bagdad qu'« à ses yeux, la peine de mort n'était pas la sanction appropriée en l'espèce ».

88. Le 9 septembre 2009, le TSI rendit son verdict. Il classa sans suite les accusations retenues contre les requérants, faute de preuves suffisantes, et ordonna leur remise en liberté immédiate. Peu après, le procureur recourut contre cette décision devant la Cour de cassation.

89. Par une lettre datée du 12 janvier 2010, le Gouvernement informa la Cour que la Cour de cassation, estimant que l'enquête avait été incomplète, avait ordonné le renvoi de l'affaire pour réouverture de l'enquête (les investigations devant être menées par les autorités irakiennes) puis nouveau procès. Les requérants sont toujours en détention.

II. LES TEXTES NATIONAUX ET INTERNATIONAUX PERTINENTS

A. La Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, 12 août 1949 (« la quatrième Convention de Genève »)

90. La quatrième Convention de Genève stipule notamment :

Article 27

« Les personnes protégées ont droit, en toutes circonstances, au respect de leur personne, de leur honneur, de leurs droits familiaux, de leurs convictions et pratiques religieuses, de leurs habitudes et de leurs coutumes. Elles seront traitées, en tout temps, avec humanité et protégées notamment contre tout acte de violence ou d'intimidation, contre les insultes et la curiosité publique.

Les femmes seront spécialement protégées contre toute atteinte à leur honneur, et notamment contre le viol, la contrainte à la prostitution et tout attentat à leur pudeur.

Compte tenu des dispositions relatives à l'état de santé, à l'âge et au sexe, les personnes protégées seront toutes traitées par la Partie au conflit au pouvoir de laquelle elles se trouvent, avec les mêmes égards, sans aucune distinction défavorable, notamment de race, de religion ou d'opinions politiques.

Toutefois, les Parties au conflit pourront prendre, à l'égard des personnes protégées, les mesures de contrôle ou de sécurité qui seront nécessaires du fait de la guerre. »

Article 41

« Si la Puissance au pouvoir de laquelle se trouvent les personnes protégées n'estime pas suffisantes les autres mesures de contrôle mentionnées dans la présente Convention, les mesures de contrôle les plus sévères auxquelles elle pourra recourir seront la mise en résidence forcée ou l'internement, conformément aux dispositions des articles 42 et 43.

(...)»

Article 42

« L'internement ou la mise en résidence forcée des personnes protégées ne pourra être ordonné que si la sécurité de la Puissance au pouvoir de laquelle ces personnes se trouvent le rend absolument nécessaire.

Si une personne demande, par l'entremise des représentants de la Puissance protectrice, son internement volontaire et si sa propre situation le rend nécessaire, il y sera procédé par la Puissance au pouvoir de laquelle elle se trouve. »

Article 70

« Les personnes protégées ne pourront pas être arrêtées, poursuivies ou condamnées par la Puissance occupante pour des actes commis ou pour des opinions exprimées avant l'occupation ou pendant une interruption temporaire de celle-ci sous réserve des infractions aux lois et coutumes de la guerre. (...)»

Article 77

« Les personnes protégées inculpées ou condamnées par les tribunaux en territoire occupé seront remises, à la fin de l'occupation, avec le dossier les concernant, aux autorités du territoire libéré. »

Article 78

« Si la Puissance occupante estime nécessaire, pour d'impérieuses raisons de sécurité, de prendre des mesures de sûreté à l'égard de personnes protégées, elle pourra tout au plus leur imposer une résidence forcée ou procéder à leur internement. (...)»

B. La loi de 1957 sur les Conventions de Genève

91. Cette loi a été adoptée pour donner effet en droit interne au Royaume-Uni aux dispositions des Conventions de Genève de 1949. Elle dispose, notamment :

« 1(1) Se rend coupable d'une infraction toute personne, quelle que soit sa nationalité, qui, hors du Royaume-Uni ou à l'intérieur de ses frontières, commet une infraction grave à l'une quelconque des conventions jointes en annexe ou du premier Protocole, ou offre son aide, sa complicité ou des moyens matériels contribuant à la commission d'une telle infraction. »

L'expression « infraction grave » est définie dans chacune des quatre Conventions de Genève de 1949 ainsi que dans le premier Protocole

additionnel. Elle vise certains actes (dont l'homicide intentionnel, la torture ou les traitements inhumains, le fait de causer intentionnellement de grandes souffrances ou de porter des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé, la destruction et l'appropriation de biens non justifiées par des nécessités militaires et exécutées sur une grande échelle de façon illicite et arbitraire, le fait de priver intentionnellement un prisonnier de guerre ou un civil de son droit d'être jugé régulièrement et impartialement) commis à l'égard des « personnes protégées » (définies précisément dans chacune des conventions), parmi lesquelles les prisonniers de guerre, les civils et les blessés.

C. L'instruction militaire commune (*Joint Doctrine Publication*, JDP 2006)

92. L'objectif affiché des instructions militaires communes (*Joint Doctrine Publications*, JDP) du ministère de la Défense est le suivant (JDP 1-10, « *Prisoners of War, Internees and Detainees* », mai 2006) :

« 1. (...) fournir des instructions communes générales sur la manière de traiter les personnes tombant aux mains des forces armées britanniques au cours des opérations militaires, qu'il s'agisse de prisonniers de guerre, de civils internés ou de personnes détenues pour des actes criminels soupçonnés ou avérés.

2. La présente édition de la JDP 1-10 a été rédigée principalement à l'intention de l'officier britannique responsable du respect par les forces britanniques du droit interne britannique, du droit international et du droit des conflits armés. Elle devrait être utile à tous ceux qui participent à la planification d'opérations lorsque les problèmes qu'elle traite se présenteront. Elle a également pour objet d'aider tous ceux qui sont responsables de tous les aspects de la protection des forces et de la sécurité d'une zone, ceux dont les fonctions comportent un rôle de liaison avec les autorités civiles locales, l'administration britannique (ministère des Affaires étrangères et du Commonwealth, ministère de l'Intérieur, direction du développement international), les organisations non gouvernementales (ONG) et les organisations internationales (OI), telles que le Comité international de la Croix-Rouge (CICR). »

Le chapitre 1, intitulé « Traitement des détenus », de la JDP 1-10.3 sur les « détenus » (juillet 2006) commence ainsi (notes de bas de page omises) :

« 101. Les forces armées britanniques peuvent être habilitées par le droit de l'Etat d'accueil à participer à l'arrestation de suspects d'infractions pénales ou se trouver amenées à participer à l'arrestation de personnes accusées de crimes de guerre. Le présent chapitre précise la conduite à tenir face à ces personnes temporairement détenues par les forces armées britanniques au cours d'opérations militaires à l'étranger qui ne constituent pas un conflit armé international.

102. Les détenus sont des prisonniers appartenant à une catégorie distincte de celles des prisonniers de guerre et des individus internés. Il s'agit d'individus qui, au cours d'opérations à l'étranger qui ne constituent pas un conflit armé international, sont

détenus par les forces armées britanniques car ils ont commis ou sont soupçonnés d'avoir commis des infractions pénales.

103. Les détenus ne peuvent être gardés prisonniers qu'au cours d'opérations autres que les conflits armés internationaux. Il est à noter que, pendant un conflit armé international, les individus qui ont commis ou sont soupçonnés d'avoir commis des infractions pénales relèvent de la catégorie des individus internés et sont traités comme tels.

104. Les dispositions relatives au traitement des détenus varient en fonction des lois nationales du territoire sur lequel les forces britanniques opèrent, de la nature de l'opération et du cadre juridique dans lequel elles opèrent. Il s'agit d'un domaine complexe, et il est toujours nécessaire dans les premiers stades de la planification d'avoir recours à du personnel et à des conseils spécialisés.

Les détenus doivent être remis aux autorités locales compétentes le plus tôt possible, dès lors qu'il n'y a pas de raison de penser que cette mesure les exposerait à des violations des droits de l'homme.»

La section IV, intitulée « Transferts », de la JDP 1-10.3 indique ceci :

« 113. A moins qu'il ne s'agisse de les rapatrier ou de les renvoyer dans leur pays de résidence après la cessation des hostilités, les détenus ne doivent pas être transférés dans un Etat qui n'est pas partie aux [Conventions de Genève]. De plus, ils ne peuvent être transférés vers un Etat partie à ces conventions que si l'Etat détenteur s'est assuré que l'Etat de destination est disposé et apte à les appliquer. Si des transferts ont lieu, l'Etat d'accueil devient responsable de l'application des Conventions de Genève. S'il manque gravement à ses obligations, l'Etat qui a procédé au transfert est tenu de prendre des mesures effectives pour remédier à la situation ou de demander le retour des intéressés. (...) En aucun cas un détenu ne peut être transféré vers un Etat où il a des raisons de craindre d'être persécuté en raison de ses opinions politiques ou religieuses.

114. Il importe de garder à l'esprit que l'application de la Convention européenne des droits de l'homme aux personnes détenues dans des établissements britanniques peut dans certaines circonstances imposer des restrictions supplémentaires à leur transfert, en particulier si elles sont susceptibles d'être jugées pour une infraction passible de la peine de mort.»

La section V, intitulée « Remise aux autorités de l'Etat d'accueil », de la JDP 1-10.3 indique ceci :

« 116. Les détenus doivent être remis aux autorités de l'Etat d'accueil aussitôt que possible, afin que le système de justice pénale local puisse traiter leur cas. (...)

117. Il peut, dans certains cas, être impossible de remettre immédiatement les détenus à l'Etat d'accueil :

a) Si celui-ci ne dispose pas de l'infrastructure de justice pénale suffisante (tribunaux, police, services de détention, avocats, etc.) pour prendre en charge le détenu.

b) S'il y a des motifs raisonnables de soupçonner que la remise du détenu compromettrait sa sécurité.»

D. L'« asile diplomatique »

93. L'article 41 de la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques est ainsi libellé :

« 1. Sans préjudice de leurs privilèges et immunités, toutes les personnes qui bénéficient de ces privilèges et immunités ont le devoir de respecter les lois et règlements de l'Etat accréditaire. Elles ont également le devoir de ne pas s'immiscer dans les affaires intérieures de cet Etat.

2. Toutes les affaires officielles traitées avec l'Etat accréditaire, confiées à la mission par l'Etat accréditant, doivent être traitées avec le Ministère des affaires étrangères de l'Etat accréditaire ou par son intermédiaire, ou avec tel autre ministère dont il aura été convenu.

3. Les locaux de la mission ne seront pas utilisés d'une manière incompatible avec les fonctions de la mission telles qu'elles sont énoncées dans la présente Convention, ou dans d'autres règles du droit international général, ou dans les accords particuliers en vigueur entre l'Etat accréditant et l'Etat accréditaire. »

94. Dans l'arrêt *R(B) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* (précité), la *Court of Appeal* a formulé les observations suivantes :

« Dans une affaire telle que l'affaire *Soering*, l'Etat contractant ne commet pas de violation du droit international en permettant à un individu de rester sous sa juridiction territoriale au lieu de le refouler vers un autre Etat. Il n'en va pas nécessairement de même lorsqu'un Etat permet à un individu de rester réfugié dans ses installations consulaires au lieu de l'obliger à en sortir. Il ne nous semble pas que la Convention puisse imposer aux Etats de donner refuge aux fugitifs dans les consulats si, ce faisant, ils violent le droit international. Cette approche méconnaîtrait de manière fondamentale l'importance que la Grande Chambre a attachée dans l'affaire *Banković* aux principes du droit international. En outre, il faut en déduire que les obligations au titre d'une convention doivent être interprétées, autant que possible, d'une manière qui s'accorde avec le droit international. Or, que dit le droit international public relativement au droit d'accorder l'« asile diplomatique » ?

Oppenheim [Traité de droit international d'Oppenheim édité par feu Sir Robert Jennings QC et Sir Arthur Watts QC, 9^e édition, vol. 1] aborde ce sujet au paragraphe 495, partiellement reproduit ci-dessous :

« Paragraphe 495 – L'asile diplomatique »

La pratique consistant à accorder l'asile diplomatique dans des circonstances exceptionnelles est ancienne, mais le point de savoir dans quelle mesure elle fait partie du droit international général fait débat.

Il ne semblerait pas y avoir d'obligation générale pour l'Etat accréditaire d'accorder à un ambassadeur le droit d'abriter un réfugié, délinquant ou non, qui ne relèverait pas de sa mission. Bien entendu, l'ambassadeur n'est pas obligé de refuser l'entrée aux réfugiés cherchant abri à l'ambassade. Cependant, comme l'a noté la Cour

internationale de Justice (CIJ) dans l'affaire du droit d'asile (...), en l'absence d'une base légale claire, telle que celle qu'apportent un traité ou une coutume établie, le réfugié doit être remis aux autorités territoriales à leur demande et, en cas de refus, lesdites autorités peuvent prendre des mesures coercitives pour obtenir le retour de l'intéressé. Compte tenu de l'inviolabilité des enceintes diplomatiques, les limites que ne devraient pas franchir de telles mesures ne sont pas claires. L'ambassade peut être encerclée par des soldats et les allées et venues peuvent être bloquées; mais on peut douter de la légitimité d'une démarche consistant à forcer l'entrée pour reprendre le réfugié par la force, et des mesures faisant intervenir une atteinte à la personne du diplomate lui-même seraient clairement illégitimes. En tout état de cause, des mesures de contrainte ne se justifient qu'en cas d'urgence, et après qu'il ait été vainement demandé au diplomate de rendre le réfugié.

Il est parfois avancé qu'il existe, à titre exceptionnel, un droit d'octroyer l'asile pour des motifs humanitaires urgents et impérieux, qui ont trait généralement à un danger immédiat pour la vie du réfugié face à des agissements arbitraires. La pratique des Etats fournit des exemples d'octroi de l'asile en pareilles circonstances. La possibilité d'octroyer l'asile pour protéger les intéressés « contre l'action violente et désordonnée d'éléments irresponsables de la population » est un droit reconnu qui, pour des raisons d'humanité, peut être exercé indépendamment de l'existence d'un traité; les autorités territoriales sont tenues d'accorder une protection totale à une mission diplomatique abritant des réfugiés en pareilles circonstances. En revanche, il règne un certain flou pour ce qui est de savoir à quel point des raisons impérieuses d'humanité peuvent justifier l'octroi de l'asile dans d'autres cas. Il ressort de l'arrêt rendu par la CIJ dans l'affaire du droit d'asile que cette mesure peut être justifiée lorsque, « sous le couvert de la justice, l'arbitraire se substitue au règne de la loi. Tel serait le cas si l'administration de la justice se trouvait viciée par des mesures clairement inspirées par l'esprit politique ». Cependant, la CIJ souligne ensuite que « la sûreté découlant de l'asile ne saurait être entendue comme une protection contre l'application régulière des lois et la juridiction des tribunaux légalement constitués ». Ainsi, il semble qu'il ne serait pas suffisant de démontrer qu'un réfugié doit être jugé pour une infraction « politique »: il faudrait établir que la justice est subordonnée à des diktats politiques et que les garanties judiciaires normales sont bafouées. Enfin, même lorsqu'il est admissible, l'asile n'est qu'une solution temporaire, et il ne peut être accordé que tant que les raisons le justifiant perdurent. »

Les propositions d'Oppenheim reposent, dans une large mesure, sur ce qui semble être les seuls avis juridiques faisant autorité sur le sujet. Le 20 novembre 1950, la Cour internationale de Justice (CIJ), saisie par la Colombie et le Pérou, a rendu un arrêt dans un litige opposant les deux Etats. Cette affaire est connue sous le nom d'« affaire du droit d'asile » (Colombie c. Pérou (1950) CIJ Rep. 206). La Colombie avait abrité dans son ambassade au Pérou le chef d'une rébellion militaire qui avait fait l'objet d'une répression pratiquement instantanée. Etaient en cause deux conventions auxquelles la Colombie et le Pérou étaient tous deux parties et qui prévoyaient l'octroi de l'asile aux réfugiés politiques mais non aux délinquants. La Colombie arguait notamment qu'en

vertu du droit international coutumier, il lui était loisible de déterminer de manière unilatérale la qualité de réfugié politique du fugitif. L'essentiel de l'arrêt avait trait aux effets des deux conventions, mais la CIJ formula également un certain nombre d'observations générales relatives à l'« asile diplomatique » :

« Les arguments présentés à cet égard révèlent une confusion entre l'asile territorial (extradition) d'une part, et l'asile diplomatique d'autre part.

Dans le cas de l'extradition, le réfugié se trouve sur le territoire de l'Etat de refuge. Une décision relative à l'extradition implique seulement l'exercice normal de la souveraineté territoriale. Le réfugié se trouve en dehors du territoire de l'Etat où a été commis le délit et une décision de lui octroyer asile ne déroge nullement à la souveraineté de cet Etat.

Dans le cas de l'asile diplomatique, le réfugié se trouve sur le territoire de l'Etat dans lequel il a commis le délit. La décision d'octroyer l'asile diplomatique comporte une dérogation à la souveraineté de cet Etat. Elle soustrait le délinquant à la justice de celui-ci et constitue une intervention dans un domaine qui relève exclusivement de la compétence de l'Etat territorial. Une telle dérogation à la souveraineté territoriale ne saurait être admise, à moins que le fondement juridique n'en soit établi dans chaque cas particulier. »

En 1984, six fugitifs faisant l'objet d'ordonnances de placement en détention délivrées par les autorités sud-africaines cherchèrent refuge au consulat du Royaume-Uni à Durban. Par la suite, ils furent appelés « les six de Durban ». Le gouvernement britannique décida de ne pas les contraindre à partir mais de ne pas non plus intervenir en leur faveur auprès des autorités sud-africaines. Les « six de Durban » furent avertis qu'ils ne pourraient pas rester indéfiniment, et finirent par quitter le consulat. Cinq d'entre eux furent immédiatement arrêtés et accusés de haute trahison, crime passible de la peine de mort. Un article de Susanne Riveles paru dans le volume 11 de *Human Rights Quarterly* (1989) a été porté à notre attention. On y trouve les considérations suivantes :

« Il n'existe pas d'accord international jouissant d'une acceptation universelle qui garantirait une réponse uniforme des Etats en matière d'octroi du refuge dans une mission en cas d'urgence. La plupart des pays, à l'exception de ceux d'Amérique latine, refusent purement et simplement l'asile diplomatique, estimant qu'il porte atteinte à la souveraineté de l'Etat.

Certains pays accordent une reconnaissance limitée à cette pratique, et permettent au cas par cas à des personnes menacées dans leur vie ou leur intégrité physique de rester « temporairement en sécurité ». Il convient de noter qu'un Etat a le droit d'accorder un refuge temporaire aux individus ou aux groupes absolument désespérés, confrontés dans leur pays à des mesures répressives dramatiques. En outre, on devrait considérer qu'il s'agit là d'un droit fondamental pouvant être invoqué par ceux qui fuient la persécution fondée sur la race, la religion, la nationalité ou les opinions politiques dans une situation d'urgence et de violences. »

Raisonnement

Nous avons conclu que, si l'on applique à l'asile diplomatique le raisonnement retenu dans l'affaire *Soering*, la Convention ne peut imposer l'obligation d'offrir un refuge que lorsque cette démarche est compatible avec le droit international public. Lorsqu'un fugitif est exposé à un danger de mort ou d'atteinte à son intégrité physique du fait d'une situation anarchique, le fait de l'abriter n'emporte pas violation du droit international. Lorsque, en revanche, l'Etat accréditaire demande que le fugitif lui soit remis, la situation est très différente. Le principe de base est que les autorités de l'Etat accréditaire peuvent exiger la remise d'un fugitif sur lequel elles souhaitent exercer l'autorité qui découle de leur juridiction territoriale (voir l'article 55 de la Convention de Vienne de 1963). En présence d'une telle demande, la Convention [européenne des droits de l'homme] ne peut pas normalement imposer aux autorités diplomatiques de l'Etat accréditant de permettre au fugitif de demeurer dans l'enceinte diplomatique par méfiance à l'égard de l'Etat accréditaire. Toutefois, s'il est manifeste que l'Etat accréditaire a l'intention de soumettre le fugitif à un traitement tellement sévère qu'il constituerait un crime contre l'humanité, il est certain que le droit international permet aux responsables de l'Etat accréditant de faire tout ce qui est raisonnablement possible pour le protéger d'un tel traitement, y compris lui permettre de s'abriter dans l'enceinte diplomatique. En pareilles circonstances, on pourrait bien considérer que la Convention fait peser sur les Etats parties l'obligation d'accorder l'asile diplomatique.

Il peut exister un niveau de danger moindre qui justifierait l'affirmation d'une prérogative de droit international permettant d'octroyer l'asile diplomatique. En la matière, l'état du droit est flou. En droit australien, les appelants avaient échappé à une mesure de détention régulière prévue par la loi de 1958 sur les migrations. Dans ces circonstances, les autorités australiennes étaient fondées, en droit international, à exiger leur retour. Nous considérons que les responsables britanniques ne peuvent être tenus en vertu de la Convention et de la loi [de 1998] sur les droits de l'homme de refuser de remettre les intéressés aux autorités requérantes, à moins qu'un tel refus ne soit manifestement nécessaire pour les protéger du risque immédiat d'une atteinte grave à leur intégrité physique.»

E. Le Rapport explicatif du Protocole n° 13 à la Convention relatif à l'abolition de la peine de mort en toutes circonstances

95. A sa réunion du 21 février 2002, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a adopté le texte du Protocole n° 13 à la Convention et autorisé la publication du rapport explicatif suivant (notes de bas de page omises) :

«1. Le droit à la vie, «attribut inaliénable de la personne humaine» et «valeur suprême dans l'échelle des droits de l'homme au plan international», est unanimement reconnu par les normes juridiques contraignantes universelles et régionales.

2. A l'époque de l'élaboration de ces normes internationales garantissant le droit à la vie, des exceptions ont été faites pour l'application de la peine de mort, lorsqu'elle est prononcée par un tribunal, au cas où le délit est puni de cette peine par la loi (voir par

exemple l'article 2 paragraphe 1 de la Convention européenne des droits de l'homme (...)).

3. Depuis lors cependant, comme illustré ci-dessous, une évolution du droit interne et du droit international en faveur de l'abolition de la peine de mort s'est dessinée, tant en ce qui concerne l'abolition en général que pour des actes commis en temps de guerre en particulier.

4. Sur le plan européen, une étape décisive dans ce processus général a été franchie par l'adoption du Protocole n° 6 à la Convention en 1982. Ce protocole, qui a été à ce jour ratifié par la quasi-totalité des Etats parties à la Convention, a été le premier instrument juridiquement contraignant en Europe – et dans le monde – prévoyant l'abolition de la peine capitale en temps de paix, et n'autorisant aucune dérogation en cas d'urgence ni de réserves. Néanmoins, en vertu de l'article 2 dudit Protocole, « un Etat peut prévoir dans sa législation la peine de mort pour des actes commis en temps de guerre ou de danger imminent de guerre ». Cependant, selon le même article, cette possibilité a été limitée à l'application de la peine de mort dans les cas prévus par la loi et conformément à ses dispositions.

5. Par la suite, l'Assemblée parlementaire a instauré une pratique selon laquelle elle demande aux Etats qui souhaitent devenir membres du Conseil de l'Europe qu'ils s'engagent à appliquer un moratoire immédiat sur les exécutions, à supprimer la peine capitale de leur législation nationale, et à signer et ratifier le Protocole n° 6 à la Convention. L'Assemblée parlementaire a également exercé des pressions sur les pays qui n'ont pas respecté, ou ont risqué de ne pas respecter, les engagements qu'ils ont souscrits en adhérant au Conseil de l'Europe. Plus généralement, l'Assemblée a pris l'initiative en 1994 d'inviter tous les Etats membres qui ne l'avaient pas encore fait à signer et à ratifier sans délai le Protocole n° 6 [à la Convention] (Résolution 1044 (1994) relative à l'abolition de la peine capitale).

6. Cet objectif fondamental de l'abolition de la peine de mort a également été affirmé lors du Second Sommet des chefs d'Etat et de gouvernement des Etats membres du Conseil de l'Europe (Strasbourg, octobre 1997). Dans la déclaration finale du Sommet, les chefs d'Etat et de gouvernement ont appelé « à l'abolition universelle de la peine de mort et [ont] insist[é] sur le maintien, entre-temps, des moratoires existants sur les exécutions en Europe ». Le Comité des Ministres a pour sa part indiqué qu'il « partage la forte conviction de l'Assemblée parlementaire contre le recours à la peine de mort et sa ferme volonté de faire tout son possible afin de faire en sorte que les exécutions capitales cessent d'avoir lieu ». Le Comité des Ministres a par la suite adopté une Déclaration « Pour un espace européen sans peine de mort ».

7. Entre-temps, des développements pertinents ont eu lieu en la matière dans d'autres enceintes. En juin 1998, l'Union européenne a adopté des « Orientations pour une politique à l'égard des pays tiers en ce qui concerne la peine de mort », qui déclarent notamment son opposition à cette peine dans tous les cas. Dans le cadre des Nations unies, un Deuxième Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ayant pour objectif l'abolition de la peine de mort, a été adopté en 1989. Depuis quelques années, la Commission des droits de l'homme des Nations unies adopte régulièrement des résolutions exigeant l'établissement d'un

moratoire sur les exécutions, dans la perspective de l'abolition complète de la peine de mort. Il convient enfin de noter que la peine capitale a été exclue des sanctions que la Cour pénale internationale et les Tribunaux pénaux internationaux pour l'Ex-Yougoslavie et pour le Rwanda peuvent infliger.

8. La question spécifique de l'abolition de la peine de mort pour des actes commis en temps de guerre ou de danger imminent de guerre doit être comprise dans le contexte plus large des développements susmentionnés relatifs à l'abolition de la peine de mort en général. Elle a été soulevée la première fois par l'Assemblée parlementaire dans sa Recommandation 1246 (1994), dans laquelle elle a recommandé que le Comité des Ministres élabore un nouveau protocole additionnel à la Convention, abolissant la peine de mort à la fois en temps de paix et en temps de guerre.

9. Alors que le Comité directeur pour les droits de l'homme (CDDH) était, à une large majorité, favorable à l'élaboration d'un tel protocole additionnel, le Comité des Ministres considérait à cette époque que la priorité politique était d'obtenir et maintenir un moratoire sur les exécutions, à consolider par la suite par l'abolition complète de la peine de mort.

10. Une étape significative a été franchie lors de la Conférence ministérielle européenne sur les droits de l'homme, qui s'est tenue à Rome les 3-4 novembre 2000, à l'occasion du 50^e anniversaire de la Cour européenne des droits de l'homme. La conférence s'est clairement prononcée en faveur de l'abolition de la peine de mort en temps de guerre. Dans la Résolution II adoptée par la conférence, il est instamment demandé aux quelques Etats membres qui n'ont pas encore procédé à l'abolition de la peine de mort ni à la ratification du Protocole n° 6 [à la Convention], de ratifier ce Protocole dans les plus brefs délais et, dans l'intervalle, de respecter strictement les moratoires concernant les exécutions. Dans la même résolution, la conférence a invité le Comité des Ministres « à examiner la faisabilité d'un nouveau protocole additionnel à la Convention excluant la possibilité de maintenir la peine de mort pour les actes commis en temps de guerre ou de danger imminent de guerre » (paragraphe 14 de la Résolution II). La conférence a également invité les Etats membres qui connaissent encore la peine de mort pour de tels actes à envisager de l'abolir (*ibidem*).

11. A la lumière des textes récemment adoptés et dans le contexte de l'examen par le Comité des Ministres des suites à donner à la conférence de Rome, le gouvernement de la Suède a présenté une proposition pour un Protocole additionnel à la Convention lors de la 733^e réunion des Délégués des Ministres (7 décembre 2000). Le Protocole proposé visait l'abolition de la peine de mort en temps de guerre comme en temps de paix.

12. Lors de leur 736^e réunion (10-11 janvier 2001), les Délégués des Ministres ont donné mandat au CDDH « d'étudier la proposition suédoise de nouveau protocole à la Convention (...) et de soumettre son avis sur la faisabilité d'un nouveau protocole sur la question ».

13. Le CDDH et son Comité d'experts pour le développement des droits de l'homme (DH-DEV) ont élaboré le projet de protocole et son rapport explicatif au cours de l'année 2001. Le CDDH a transmis le projet de protocole et le rapport

explicatif au Comité des Ministres le 8 novembre 2001. Ce dernier a adopté le texte du Protocole le 21 février 2002 lors de la 784^e réunion des Délégués des Ministres, et l'a ouvert à la signature des Etats membres, à Vilnius le 3 mai 2002.»

F. La Résolution 1560 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe («APCE»)

96. Le 26 juin 2007, l'APCE a adopté la Résolution 1560 sur l'«Engagement des Etats membres du Conseil de l'Europe à promouvoir au niveau international un moratoire sur la peine de mort» :

«1. L'Assemblée parlementaire réaffirme sa forte opposition à la peine de mort en toutes circonstances. La peine de mort est l'ultime forme de châtement cruel, inhumain et dégradant; elle viole le droit à la vie. L'Assemblée est fière d'avoir contribué activement à faire des Etats membres du Conseil de l'Europe une zone *de facto* sans peine de mort, et regrette vivement qu'un pays européen – le Bélarus – continue de procéder à des exécutions.

2. L'Assemblée a également pris une position ferme à plusieurs occasions contre des exécutions dans d'autres régions du monde, et en particulier dans les Etats observateurs du Conseil de l'Europe qui maintiennent la peine de mort, notamment le Japon et les Etats-Unis d'Amérique.

3. Elle note avec satisfaction que la peine de mort recule dans le monde: le nombre d'exécutions et de condamnations à mort a en effet baissé de 25 % entre 2005 et 2006.

4. Elle attire également l'attention sur le fait que plus de 90 % des exécutions connues en 2006 se sont produites dans seulement six pays: Chine, Iran, Pakistan, Irak, Soudan et Etats-Unis d'Amérique – un Etat observateur du Conseil de l'Europe. D'après les données publiques disponibles – le nombre d'exécutions pouvant donc être sous-estimé dans les pays où la liberté des médias n'existe pas et où le gouvernement n'est pas tenu de rendre compte –, la Chine représente à elle seule plus des deux tiers des exécutions réalisées dans le monde. Le nombre d'exécutions a presque doublé en Iran entre 2005 et 2006, et il a aussi considérablement augmenté en Irak en 2006, atteignant un total de 65 exécutions. Le nombre d'exécutions en Arabie saoudite, qui figurait parmi les plus élevés en 2005, a diminué en 2006 (39 exécutions), mais a augmenté de nouveau au début de 2007 (48 exécutions jusqu'au mois d'avril inclus).

5. Le petit groupe de pays qui ont encore largement recours aux exécutions devient de plus en plus isolé dans la communauté internationale. Entre 1977 et 2006, le nombre de pays abolitionnistes est passé de 16 à 89. Ce chiffre s'élève à 129 si l'on inclut les pays qui n'ont procédé à aucune exécution sur les dix dernières années ou plus, et qui peuvent par conséquent être considérés comme abolitionnistes en pratique. Il est temps aujourd'hui de donner un nouvel élan à la campagne en faveur d'un monde sans peine de mort.

6. En conséquence, l'Assemblée se réjouit vivement des efforts déployés par l'Italie à l'Assemblée générale des Nations unies en faveur d'un moratoire sur les exécutions,

ainsi que du soutien apporté par l'Union européenne à cette initiative, et espère qu'il y sera donné suite de manière à en garantir le meilleur succès possible au sein des Nations unies.

7. Un moratoire sur les exécutions ne constitue qu'un pas dans la bonne direction, le but ultime restant d'abolir complètement la peine de mort en toutes circonstances.

8. En attendant, un moratoire est une étape importante puisqu'il permet de sauver des vies immédiatement et de montrer au public des pays rétentionnistes que la fin des exécutions commanditées par l'État ne conduit pas à une recrudescence de la violence. Au contraire, un moratoire sur les exécutions peut modifier le climat social en favorisant un plus grand respect du caractère sacré de la vie humaine, et contribuer ainsi à inverser la tendance vers toujours plus de haine et de violence.

9. En outre, un moratoire universel sur la peine de mort est l'expression d'un acte politique concret et hautement symbolique qui pourrait contribuer à changer le climat international, trop souvent marqué par des actions violentes dont les victimes se trouvent au sein des populations civiles – ce qui ne se limite en aucun cas au seul contexte de conflits. Un moratoire universel sur la peine de mort représenterait également une contribution significative au développement d'un corps de principes et de règles partagé et opérationnel visant une plus grande prééminence du droit au niveau international.

10. L'Assemblée appelle tous les États membres et observateurs du Conseil de l'Europe à soutenir activement l'initiative pour l'abolition de la peine de mort à l'Assemblée générale des Nations unies et à utiliser au mieux leur influence afin de convaincre les pays qui n'ont pas encore décidé de coopérer. Dans ce contexte, elle accueille avec une grande satisfaction la résolution dans le même sens adoptée par le Parlement européen le 26 avril 2007 sur l'initiative en faveur d'un moratoire universel sur la peine de mort.

11. Réuni à Luxembourg le 18 juin 2007, le Conseil Affaires générales et relations extérieures (CAGRE) de l'Union européenne s'est, à l'unanimité, formellement engagé à déposer, à la prochaine session de l'Assemblée générale des Nations unies, une résolution demandant un moratoire sur les exécutions dans le monde entier.

12. L'Assemblée rappelle que même si 60 États ont à ce jour ratifié le Deuxième Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) adopté par l'Assemblée générale des Nations unies en 1989 pour promouvoir l'abolition universelle de la peine de mort, 10 États membres et observateurs du Conseil de l'Europe ne l'ont pas encore fait, à savoir l'Albanie, l'Arménie, la France, le Japon (observateur), la Lettonie, le Mexique (observateur), la Pologne (qui a signé le protocole mais ne l'a pas ratifié), la Fédération de Russie, l'Ukraine et les États-Unis d'Amérique (observateur). Le fait que les pays qui ont aboli *de facto* et *de jure* la peine de mort (Albanie, Arménie, France, Lettonie, Mexique (observateur), Pologne et Ukraine), ou qui conservent un moratoire (Fédération de Russie) ratifient le Deuxième Protocole facultatif au PIDCP constituerait un geste utile de soutien politique en faveur de l'abolition, et contribuerait à isoler davantage les pays qui sont toujours rétentionnistes.

13. Les propres instruments du Conseil de l'Europe contre la peine de mort ne sont toujours pas pleinement ratifiés. En particulier, le Protocole n° 6 à la Convention européenne des droits de l'homme concernant l'abolition de la peine de mort (STE n° 114) n'est pas encore ratifié par la Fédération de Russie, malgré l'engagement pris lors de son adhésion au Conseil de l'Europe en 1996. Le Protocole n° 13 à la Convention européenne des droits de l'homme sur l'abolition de la peine de mort en toutes circonstances (STE n° 187), y compris en temps de guerre ou de danger imminent de guerre, n'est toujours pas signé par l'Azerbaïdjan et la Fédération de Russie, et il n'a toujours pas été ratifié par l'Arménie, la France, l'Italie, la Lettonie, la Pologne et l'Espagne. Pour les besoins du message fort et unifié que se doit d'envoyer l'ensemble du Conseil de l'Europe, l'Assemblée appelle les pays concernés à signer et à ratifier ces instruments sans plus attendre.

14. L'Assemblée note dans ce contexte que la Chambre des députés de l'Italie a approuvé, le 2 mai 2007, en seconde lecture, le projet de loi constitutionnelle comprenant des amendements à l'article 27 de la Constitution portant sur l'abolition de la peine de mort; ce projet de loi est actuellement en deuxième lecture au Sénat en vue de son adoption définitive selon la procédure de révision constitutionnelle en vigueur. Le projet de loi vise à supprimer les termes suivants de l'article 27, paragraphe 4: « Sauf dans les cas prévus par les lois militaires en temps de guerre », effaçant ainsi toute référence à la peine de mort dans la Constitution italienne; cela permettra la ratification du Protocole n° 13 à la Convention.

15. Par ailleurs, l'Assemblée rappelle l'avis qu'elle avait exprimé dans sa Recommandation 1760 (2006) sur la position de l'Assemblée parlementaire à l'égard des Etats membres et observateurs du Conseil de l'Europe n'ayant pas aboli la peine de mort, où elle estimait que la peine de mort devrait être abolie en Abkhazie, en Ossétie du Sud et en « république moldave de Transnistrie », et que les peines de tous ceux qui sont actuellement détenus dans les couloirs de la mort dans ces territoires devraient immédiatement être commuées en peines d'emprisonnement, de sorte qu'il soit mis fin au traitement cruel et inhumain de personnes retenues dans les couloirs de la mort depuis des années, dans l'incertitude quant à leur sort ultime.

16. L'Assemblée apporte son plein appui à la conférence de lancement d'une Journée européenne contre la peine de mort, qui se tiendra à Lisbonne le 9 octobre 2007. Elle compte sur tous les Etats membres du Conseil de l'Europe pour faire également preuve d'un soutien sans faille. L'Assemblée, qui a fait œuvre de pionnier en faveur de l'abolition de la peine de mort en Europe et au-delà, doit jouer un rôle central, y compris en participant à la rédaction de la déclaration conjointe, que son président devrait cosigner lors de la conférence de lancement. L'Assemblée contribuera volontiers à promouvoir et faire connaître cet événement, notamment en assurant la coordination des manifestations d'accompagnement organisées par les Parlements des Etats membres. »

G. Les affaires relatives à l'obligation pour un Etat détenteur de s'opposer à l'application de la peine de mort par l'Etat de destination après le transfert de l'individu se trouvant sous sa juridiction

97. Dans l'affaire *Chitat Ng c. Canada* (Communication n° 469/1991, UN doc. CCPR/C/49/D/469/1991, 7 janvier 1994), le Comité des droits

de l'homme des Nations unies a conclu qu'en extradant M. Ng vers les Etats-Unis d'Amérique, où il risquait d'être exécuté, le Canada avait violé le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP). Au paragraphe 18, il a demandé à l'Etat partie

« de faire les démarches qui pourraient encore être entreprises pour éviter l'application de la peine de mort »

et l'a exhorté

« à veiller à ce qu'une situation analogue ne se reproduise pas à l'avenir ».

98. Dans l'affaire *Roger Judge c. Canada* (Communication n° 829/1998, UN doc. CCPR/C/78/D/829/1998, 20 octobre 2003), le Comité a conclu qu'en refoulant M. Roger Judge aux Etats-Unis d'Amérique, où il avait été condamné à mort, le Canada avait violé le PIDCP. Il a ajouté :

« 12. En vertu du paragraphe 3 a) de l'article 2 du Pacte, le Comité conclut que l'auteur a droit à un recours utile qui devrait consister à effectuer toutes les démarches possibles auprès de l'Etat dans lequel il a été renvoyé pour empêcher l'exécution de la peine de mort. »

99. Dans l'arrêt qu'elle a rendu le 11 octobre 2002 en l'affaire *Boumediene et autres*, la Chambre des droits de l'homme de Bosnie-Herzégovine a constaté plusieurs violations de la Convention du fait du transfert des auteurs du recours. Ceux-ci avaient été détenus en Bosnie-Herzégovine par les services de sécurité des Etats-Unis d'Amérique, qui les avaient ensuite transférés sur la base navale américaine établie à Guantánamo Bay. La Chambre des droits de l'homme a alors ordonné à la Bosnie-Herzégovine, notamment, de prendre toutes les mesures possibles pour empêcher que les auteurs du recours ne soient condamnés à mort et exécutés, y compris en s'efforçant d'obtenir des Etats-Unis d'Amérique par les voies diplomatiques l'assurance que les intéressés ne seraient pas soumis à la peine capitale.

EN DROIT

I. SUR LES VIOLATIONS ALLÉGUÉES DES ARTICLES 2 ET 3 DE LA CONVENTION ET DE L'ARTICLE 1 DU PROTOCOLE N° 13 À LA CONVENTION

100. Les requérants allèguent que leur remise au Tribunal spécial irakien (« TSI ») les expose à un risque réel de subir la peine de mort, en violation des articles 2 et 3 de la Convention et de l'article 1 du Protocole n° 13 de la Convention relatif à l'abolition de la peine de mort en toutes circonstances. Le Gouvernement s'oppose à cette thèse.

L'article 2 § 1 de la Convention est ainsi libellé :

« 1. Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi. La mort ne peut être infligée à quiconque intentionnellement, sauf en exécution d'une sentence capitale prononcée par un tribunal au cas où le délit est puni de cette peine par la loi. »

L'article 3 est ainsi libellé :

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

Le Protocole n° 13 à la Convention commence ainsi :

Préambule

« Les Etats membres du Conseil de l'Europe, signataires du présent Protocole,

Convaincus que le droit de toute personne à la vie est une valeur fondamentale dans une société démocratique, et que l'abolition de la peine de mort est essentielle à la protection de ce droit et à la pleine reconnaissance de la dignité inhérente à tous les êtres humains ;

Souhaitant renforcer la protection du droit à la vie garanti par la Convention (...)

Notant que le Protocole n° 6 à la Convention concernant l'abolition de la peine de mort, signé à Strasbourg le 28 avril 1983, n'exclut pas la peine de mort pour des actes commis en temps de guerre ou de danger imminent de guerre ;

Résolus à faire le pas ultime afin d'abolir la peine de mort en toutes circonstances,

Sont convenus de ce qui suit : »

Article 1 – Abolition de la peine de mort

« La peine de mort est abolie. Nul ne peut être condamné à une telle peine ni exécuté. »

Article 2 – Interdiction de dérogations

« Aucune dérogation n'est autorisée aux dispositions du présent Protocole au titre de l'article 15 de la Convention. »

A. Thèses des parties

1. Les requérants

101. Les requérants font valoir que lorsqu'ils ont été remis aux autorités irakiennes, ils devaient répondre d'accusations de crimes de guerre, et que ces actes étaient passibles notamment de la peine de mort. Aujourd'hui, les procès devant le TSI auraient abouti à des condamnations dans 78,4 % des cas, dont 35 % de condamnations à mort. Malgré toute sa diligence et l'obtention d'une lettre de la famille de l'une des victimes demandant la clémence, le Gouvernement n'aurait pas été en mesure d'obtenir des autorités irakiennes, avant le transfert, l'assurance que la peine de mort ne serait pas

imposée. Compte tenu des éléments connus, les requérants auraient alors couru le risque clair et réel d'être exécutés si le TSI les condamnait, fait que la *Divisional Court* et la Cour d'appel (*Court of Appeal*) auraient toutes deux admis.

102. Selon le raisonnement des requérants, l'article 2 de la Convention doit, conformément à l'article 30 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, être interprété à la lumière de l'article 1 du Protocole n° 13 à la Convention. Ainsi selon eux, pour les Etats qui ont ratifié ce Protocole, la dérogation prévue à la deuxième partie de la deuxième phrase du paragraphe 1 de l'article 2 de la Convention devrait être caduque, de sorte que l'adoption ou l'exécution d'une sentence de mort emporterait violation de l'article 2 et de l'article 1 du Protocole n° 13 à la Convention. On trouverait matière à retenir un tel raisonnement dans les arrêts *Soering c. Royaume-Uni* (7 juillet 1989, §§ 102-104, série A n° 161) et *Öcalan c. Turquie* ([GC], n° 46221/99, §§ 164-165, CEDH 2005-IV). De plus, la position européenne sur ce point aurait connu une évolution importante depuis l'arrêt *Öcalan* (précité), le Protocole n° 13 à la Convention étant désormais en vigueur dans plus de 85 % des Etats membres du Conseil de l'Europe. En outre, l'exécution par pendaison serait une méthode de mise à mort inefficace et extrêmement douloureuse, à tel point qu'elle constituerait un traitement inhumain et dégradant contraire à l'article 3 de la Convention.

103. En toute hypothèse, la Cour aurait dit dans l'arrêt *Öcalan* (*ibidem*, §§ 166-169) que le fait de prononcer la peine de mort à l'issue d'un procès n'ayant pas respecté «les normes d'équité les plus strictes et les plus rigoureuses (...) tant en première instance qu'en appel» emportait violation tant de l'article 2 que de l'article 3. Le Gouvernement aurait argué au cours de la procédure interne – et cet argument aurait emporté l'adhésion de la *Court of Appeal* – que, dans les affaires étrangères, ce seuil n'était franchi que lorsque la peine de mort était imposée à l'issue d'un procès manifestement inéquitable. Or cette conclusion ne trouverait pas d'appui dans la jurisprudence de la Cour. Dans *Bader et Kanbor c. Suède* (n° 13284/04, § 47, CEDH 2005-XI), la Cour aurait mentionné également le risque d'imposition de la peine de mort à l'issue d'un procès inéquitable. Dans la mesure où ce serait sur cette décision que le Gouvernement appuie sa thèse, il conviendrait de noter qu'elle est contradictoire avec le raisonnement retenu par la Grande Chambre dans l'affaire *Öcalan* (précitée).

104. Rien en droit interne irakien ni en droit international n'aurait imposé que les affaires des requérants soient déférées devant les juridictions pénales irakiennes ni que les intéressés soient requalifiés en détenus pénaux. Les lois et règlements applicables en Irak, qu'ils aient été adoptés par

l'Autorité provisoire de la coalition (APC) ou par le gouvernement irakien, ne pourraient déterminer l'issue de questions soulevées devant la Cour relativement aux obligations du Royaume-Uni au titre de la Convention. En tout état de cause, le mémorandum n° 3 de l'APC (version révisée) serait expressément limité aux personnes placées en détention après le mois de juin 2004 et « non considérées comme des individus internés pour raisons de sécurité », tandis que les requérants auraient été placés en détention avant cette date et auraient toujours été considérés comme des individus internés pour raisons de sécurité.

105. De plus, rien n'indiquerait que les autorités irakiennes aient le moins du monde demandé le renvoi de l'affaire des requérants devant leurs propres juridictions. Les intéressés seraient accusés d'avoir été des agents de l'ancien régime irakien et d'avoir tué des agents de l'Etat britannique trois jours après le début des hostilités actives entre l'Irak et le Royaume-Uni ; or ces faits seraient constitutifs d'une infraction internationale, tout aussi contraire au droit britannique qu'au droit irakien. Ce serait le Royaume-Uni, et non l'Irak, qui aurait détenu les requérants, enquêté sur leurs infractions alléguées, puis demandé leur mise en accusation. Les procès-verbaux des réunions du Comité divisionnaire de réexamen des mesures d'internement (DIRC, paragraphe 44 ci-dessus) indiqueraient que les autorités irakiennes n'ont accepté l'affaire qu'à la suite de mesures de persuasion et d'assistance considérables de la part des autorités du Royaume-Uni. L'argument répété du Gouvernement selon lequel la décision de détenir et de poursuivre les requérants devant les juridictions territoriales est le fait du libre exercice de la souveraineté irakienne, dans lequel il ne pourrait envisager de s'immiscer, serait insoutenable au vu de la teneur des procès-verbaux du DIRC. Les observations du Gouvernement seraient axées sur l'obligation que lui fait le droit international de respecter la souveraineté irakienne mais passeraient sous silence la souveraineté britannique. De même, le Gouvernement s'appuierait constamment sur les résolutions pertinentes du Conseil de sécurité des Nations unies, mais omettrait de mentionner qu'il y est expressément indiqué que les États concernés sont tenus de respecter leurs obligations internationales, y compris celles qui découlent du droit humanitaire et du droit des droits de l'homme. L'instruction militaire commune (*Joint Doctrine Publication*) sur les détenus du ministère de la Défense britannique (paragraphe 92 ci-dessus) reconnaîtrait également que les détenus des forces armées du Royaume-Uni à l'étranger ne doivent pas être remis aux autorités de l'Etat territorial lorsqu'il y a des raisons de penser que cela les exposerait à des violations des droits de l'homme. Les procès-verbaux du DIRC montreraient que la décision de renvoyer l'affaire

a été autorisée en haut lieu et que les autorités britanniques étaient alors pleinement conscientes du risque que les requérants soient soumis à la peine de mort.

106. Le Gouvernement n'aurait pas non plus établi que, à supposer qu'il ait été obligé en droit irakien ou international de remettre les requérants à la juridiction irakienne, cette obligation ait nécessité de ne pas appliquer la Convention. Les juridictions nationales auraient suivi le raisonnement retenu par la *Court of Appeal* dans l'affaire *R(B) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* (paragraphe 94 ci-dessus), mais rien dans la jurisprudence de la Cour ne montrerait que ce raisonnement est correct. L'argument du Gouvernement selon lequel ses autres obligations internationales auraient pour effet d'anéantir totalement ses obligations au titre de la Convention serait même incompatible avec l'arrêt *Soering* (précité). La Cour devrait certes interpréter la Convention de manière qu'elle se concilie autant que possible avec les autres obligations internationales, mais il lui faudrait ce faisant tenir compte du caractère spécial de cet instrument en tant que traité de protection des droits de l'homme. L'*opinio juris* et la pratique des Etats feraient clairement apparaître que, si la peine de mort n'est pas contraire aux normes universelles du droit international coutumier, le droit international coutumier régional interdit aux Etats européens d'exposer quiconque à la peine de mort. Ainsi, outre son obligation au regard de la Convention, le Royaume-Uni serait tenu par une obligation de droit international coutumier de ne pas exposer les requérants au risque de subir la peine de mort; et la Cour devrait également en tenir compte au moment d'interpréter les obligations de l'Etat défendeur en vertu de la Convention en l'espèce.

107. Les requérants arguent que, s'ils n'avaient pas été déférés devant les tribunaux irakiens et requalifiés en détenus pénaux, ils auraient conservé le statut d'individus internés pour raisons de sécurité; et à ce titre, ils n'auraient pu rester internés que tant qu'ils représentaient une menace impérieuse pour la sécurité, et ils auraient dû être relâchés dès que l'on aurait estimé qu'ils ne constituaient plus une menace. Selon eux, le Royaume-Uni a ainsi relâché de nombreux individus internés pour raisons de sécurité: il ressortirait des procès-verbaux du DIRC que 69 internés ont été libérés du centre où les requérants ont été détenus entre avril et octobre 2007, et les statistiques publiées sur le site web du ministère de la Défense indiqueraient qu'au total, 162 internés ont été remis en liberté en 2007. Par ailleurs, il aurait été loisible aux autorités britanniques de poursuivre les requérants pour crimes de guerre: l'article 70 de la Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre («la quatrième Convention de Genève», paragraphe 90 ci-dessus) aurait permis l'ouverture

d'une telle procédure pendant la période de l'occupation ; et, même après la cessation de l'occupation en juin 2004, le Royaume-Uni aurait continué d'exercer une juridiction universelle sur les crimes de guerre allégués, en vertu de l'article 1 de la loi de 1957 sur les Conventions de Genève (paragraphe 91 ci-dessus). En outre, le mémorandum d'accord relatif aux suspects d'infractions pénales du 8 novembre 2004 (paragraphe 25 ci-dessus) prévoirait expressément le droit pour le Royaume-Uni de détenir des individus en vue de les juger pour crimes de guerre : en vertu de l'article 3 § 4 a) i), pour tout suspect d'infractions pénales transféré aux autorités irakiennes par le Royaume-Uni, l'Irak devrait avertir le Royaume-Uni avant de relâcher quiconque et faire droit à toute demande du Royaume-Uni visant à reprendre la garde de l'intéressé si celui-ci est « recherché par un Etat ayant des troupes dans la force multinationale aux fins de poursuites pour violation des lois et coutumes de la guerre ». Tout argument selon lequel le Royaume-Uni n'a plus aucun pouvoir de détenir ou de juger des individus soupçonnés de crimes de guerre irait donc à l'encontre de l'accord conclu avec l'Irak. Selon les requérants, un procès pour crimes de guerre aurait pu se tenir dans une base britannique en Irak, dans un Etat tiers neutre ou même au Royaume-Uni, mais il ne semble pas que cette solution permettant de concilier la volonté de les poursuivre et la nécessité de protéger les droits de l'homme ait été envisagée, ni qu'il ait été tenté de négocier une telle issue avec les autorités irakiennes.

2. Le Gouvernement

108. Le Gouvernement soutient qu'à la date du transfert, il n'y avait pas de motifs sérieux de penser que les requérants seraient exposés à la peine de mort s'ils étaient condamnés. S'il est vrai que le droit irakien prévoit la peine capitale pour les infractions telles que celle dont étaient accusés les requérants, il n'y aurait pas de présomption en ce sens. A l'issue de procès plus récents devant le TSI, comme ceux du soulèvement de 1991, des prières du vendredi ou des marchands, qui auraient tous concerné des accusations extrêmement graves de crimes contre le peuple irakien, seuls six des vingt-sept condamnés se seraient vu infliger la peine de mort. De plus, en l'espèce, les proches de l'un des soldats tués auraient envoyé une lettre demandant la clémence, et les autorités britanniques auraient fait part au président du TSI et aux autorités irakiennes de leur opposition à la peine de mort (paragraphe 27-35 et 50-54 ci-dessus).

109. De surcroît, même si la Cour devait juger que les requérants couraient un risque réel d'être exécutés après avoir été condamnés par le TSI, le critère pertinent dans le cadre des articles 2 et 3 de la Convention

serait, selon le Gouvernement, celui énoncé dans l'arrêt *Bader et Kanbor* (précité), à savoir le risque que l'individu subisse dans l'Etat de destination une violation flagrante du droit à un procès équitable, susceptible d'aboutir à l'imposition de la peine de mort. Or, en l'espèce, les éléments connus auraient indiqué, comme l'ont jugé les juridictions internes, que les requérants bénéficieraient d'un procès équitable devant le TSI.

110. Le Gouvernement serait opposé à la peine capitale, et le Royaume-Uni serait lié par l'interdiction de la peine de mort énoncée à l'article 1 du Protocole n° 13 à la Convention. Les autorités britanniques auraient fait part aux autorités irakiennes de leur préoccupation face au rétablissement de la peine de mort (paragraphe 27-35 ci-dessus). Néanmoins, ni la possibilité de prononcer une telle sanction en droit irakien ni le fait que les tribunaux en fassent application ne seraient contraires au droit international. L'exécution par pendaison ne constituerait pas non plus, en elle-même, un traitement occasionnant une souffrance supplémentaire qui dépasserait celle inhérente à l'exécution de la peine capitale et tomberait ainsi sous le coup de l'article 3 de la Convention. Dans ces circonstances, tout risque d'imposition de la peine capitale ne justifierait pas que le Royaume-Uni refuse de se conformer à son obligation de droit international de remettre aux juridictions irakiennes aux fins de jugement les nationaux irakiens qu'il détient à leur demande. La Convention devrait s'interpréter à la lumière des autres principes du droit international et de manière à se concilier avec ces principes; et le principe de droit international pertinent en l'espèce serait absolument fondamental, puisqu'il s'agirait de l'obligation pour tous les Etats de reconnaître la souveraineté des autres Etats.

111. La Cour devrait tenir compte des limites à l'exercice de la juridiction des Etats contractants généralement acceptées par la communauté des nations dès lors que ceux-ci agissent sur le territoire d'un Etat tiers. Dès les premiers stades de l'occupation, le Conseil de sécurité des Nations unies aurait souhaité maintenir la souveraineté de l'Irak et appelé de ses vœux la mise en place d'un gouvernement irakien; cela ressortirait clairement, par exemple, de la résolution 1483 du 22 mai 2003 (paragraphe 14 ci-dessus). Le droit international limiterait la marge d'action des occupants en matière de pouvoir d'internement. En vertu de l'article 78 de la quatrième Convention de Genève (paragraphe 90 ci-dessus), qui serait d'application directe pendant la période d'occupation, l'internement ne serait possible que lorsqu'il est rendu nécessaire par d'impérieuses raisons de sécurité. Cette restriction se retrouverait dans le droit interne applicable, à savoir l'article 7 § 1 du mémorandum n° 3 de l'APC en date du 18 juin 2003 (paragraphe 13 ci-dessus). L'obligation de respecter la souveraineté de l'Irak, la nécessité

qu'il soit gouverné par les Irakiens et le caractère limité des pouvoirs des pays tiers sur place seraient encore plus évidents à la lecture des résolutions du Conseil de sécurité des Nations unies postérieures à l'occupation, par exemple la résolution 1546 (paragraphe 19 ci-dessus). Du fait de la souveraineté irakienne, le Royaume-Uni ne pourrait interner ni détenir de ressortissants irakiens sur le territoire irakien qu'avec l'autorisation de l'Irak ou en vertu d'un mandat conféré par une résolution contraignante du Conseil de sécurité des Nations unies. L'ordonnance n° 48 de l'APC, adoptée pour donner suite à la résolution 1483 du Conseil de sécurité, aurait prévu la création du TSI précisément pour que les autorités judiciaires irakiennes puissent enquêter sur les crimes de guerre commis en Irak et juger les ressortissants irakiens accusés de tels crimes. Une fois informées des éléments pesant à la charge des requérants, les autorités irakiennes auraient souhaité enquêter sur les faits et juger les intéressés. A cette fin, elles auraient délivré des mandats d'arrêt et le TSI aurait demandé à plusieurs reprises que les requérants lui soient remis.

112. Le Royaume-Uni n'aurait pas eu d'autre choix que de transférer les requérants. Il aurait agi dans un Etat étranger souverain qui exigeait la remise des intéressés. Au 31 décembre 2008 à minuit, il n'aurait plus eu la moindre base légale pour les détenir ni la moindre possibilité matérielle de les garder ou d'empêcher les autorités irakiennes d'entrer dans la base et de les y prendre. Les autres solutions n'auraient pas été plus réalisables. Le Royaume-Uni n'aurait pu libérer les requérants sans violer la souveraineté irakienne et empêcher les autorités territoriales de s'acquitter de leur obligation de droit international consistant à traduire en justice les personnes accusées de crimes de guerre. Il n'aurait pas non plus été possible de juger les intéressés au Royaume-Uni, car cette solution aurait nécessité de faire sortir de l'Irak deux de ses ressortissants soupçonnés d'y avoir commis des crimes de guerre, ce que les autorités britanniques n'auraient pu faire sans violer la souveraineté du pays, à moins d'y avoir été autorisées par celui-ci. De même, une extradition aurait nécessité le consentement des autorités irakiennes. Pour ces raisons, cette affaire se distinguerait clairement d'autres telles que les affaires *Soering* (précitée) ou l'affaire *Chahal c. Royaume-Uni* ([GC], 15 novembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-V), où les requérants souhaitaient rester sur le territoire de l'Etat contractant, qui avait toute latitude pour accepter ou refuser de les extradier ou de les refouler.

3. *Les tiers intervenants*

113. La Commission pour l'égalité et les droits de l'homme estime qu'il existe dans la jurisprudence de la Cour une corrélation entre les

obligations de l'Etat en droit international et ses obligations matérielles au regard de la Convention. De manière générale, la Cour ne considérerait pas que les obligations matérielles imposées par la Convention s'effacent face à une obligation concurrente ou contraire de droit international. La grande chambre de la Cour de justice des Communautés européennes aurait récemment retenu une approche semblable dans l'affaire *Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil et Commission* (Affaires jointes C-402/05 P et C-415/05 P).

114. De même, les tiers intervenants (paragraphe 6 ci-dessus) considèrent que, conformément aux principes et à la jurisprudence dégagés par les organes de la Convention ainsi qu'aux principes généraux du droit international coutumier énoncés dans la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, les obligations imposées par la Convention européenne des droits de l'homme ne sont pas levées de manière générale par les autres obligations juridiques internationales, notamment celles découlant de traités bilatéraux. Les facteurs essentiels à prendre compte pour résoudre un conflit apparent d'obligations seraient les suivants: 1) la forme de l'instrument juridique concerné; 2) le degré de compatibilité de l'obligation supposément conflictuelle avec la Convention – par exemple, dans le cas d'un traité prévoyant un transfert de compétences, le point de savoir s'il offre une protection équivalente aux droits garantis par la Convention; et 3) la nature des droits garantis par la Convention en jeu en l'espèce. La Convention serait un traité multilatéral énonçant des obligations de protection des droits de l'homme opposables *erga omnes*. Un Etat passant avec un Etat non partie à la Convention un accord conflictuel avec celle-ci resterait tenu par ses obligations juridiques à l'égard des autres Etats parties à la Convention. La jurisprudence des organes de la Convention, notamment dans les affaires d'extradition, affirmerait que les autres traités ne lèvent pas les obligations posées par cet instrument. Dans une série d'affaires, la Cour aurait examiné des traités prévoyant un transfert de compétences au bénéfice d'organisations internationales et conclu que pareils transferts étaient généralement recevables, sous réserve que les droits garantis par la Convention continuent d'être assurés d'une manière offrant une protection au moins équivalente à celle de la Convention. Selon les tiers intervenants, des principes analogues devraient s'appliquer lorsqu'une obligation internationale ultérieure d'un Etat contractant, qu'elle soit issue d'un traité ou d'une autre source, prévoit une activité conjointe ou de coopération avec un autre Etat qui a des incidences sur la protection des droits garantis par la Convention dans la juridiction de l'Etat contractant.

B. Appréciation de la Cour

1. Principes généraux

a) Le Protocole n° 13 à la Convention et l'abolition de la peine de mort

115. La Cour prend pour point de départ la nature du droit de ne pas être soumis à la peine de mort. Dans les exécutions judiciaires, les autorités de l'Etat prennent délibérément et de manière préméditée la vie d'un être humain. Quelle que soit la méthode utilisée, l'extinction d'une vie fait intervenir un certain degré de douleur physique. De plus, le fait pour le condamné de savoir que l'Etat va lui donner la mort doit inévitablement susciter chez lui une intense souffrance psychique. Les Etats membres du Conseil de l'Europe ont reconnu que l'imposition et l'exécution de la peine de mort est une négation des droits humains fondamentaux. Dans le préambule du Protocole n° 13 à la Convention, les Etats contractants se sont dits « convaincus que le droit de toute personne à la vie est une valeur fondamentale dans une société démocratique, et que l'abolition de la peine de mort est essentielle à la protection de ce droit et à la pleine reconnaissance de la dignité inhérente à tous les êtres humains ».

116. Lorsque la Convention a été rédigée, il y a soixante ans, la peine de mort n'était pas considérée comme contraire aux normes internationales. Il a donc été prévu une exception au droit à la vie, de sorte que l'article 2 § 1 énonce que « la mort ne peut être infligée à quiconque intentionnellement, sauf en exécution d'une sentence capitale prononcée par un tribunal au cas où le délit est puni de cette peine par la loi ». Cependant, comme indiqué dans le rapport explicatif du Protocole n° 13 à la Convention, il y a eu par la suite une évolution vers l'abolition complète *de facto* et *de jure* de la peine de mort dans les Etats membres du Conseil de l'Europe (paragraphe 95 ci-dessus, voir également le paragraphe 96 ci-dessus). Le Protocole n° 6 à la Convention concernant l'abolition de la peine de mort, qui abolit la peine de mort sauf pour les « actes commis en temps de guerre ou de danger imminent de guerre », a été ouvert à la signature le 28 avril 1983 et est entré en vigueur le 1^{er} mars 1985. A la suite de l'ouverture à la signature du Protocole n° 6 à la Convention, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a établi une pratique en vertu de laquelle les Etats souhaitant rejoindre le Conseil de l'Europe devaient s'engager à appliquer un moratoire immédiat sur les exécutions, à supprimer la peine de mort de leur législation nationale, et à signer et ratifier le Protocole n° 6. Tous les Etats membres du Conseil de l'Europe ont aujourd'hui signé ce protocole, et tous sauf la Russie l'ont ratifié.

117. En octobre 1997, les chefs d'Etat et de gouvernement des Etats membres du Conseil de l'Europe ont appelé à l'«abolition universelle de la peine de mort» (paragraphe 95 ci-dessus). Dans la Résolution II adoptée à la Conférence ministérielle européenne sur les droits de l'homme qui s'est tenue les 3 et 4 novembre 2000, le Comité des Ministres a été invité «à examiner la faisabilité d'un nouveau protocole additionnel à la Convention excluant la possibilité de maintenir la peine de mort pour les actes commis en temps de guerre ou de danger imminent de guerre». Le Protocole n° 13 à la Convention, qui abolit la peine de mort en toutes circonstances, a été ouvert à la signature le 3 mai 2002 et est entré en vigueur le 1^{er} juillet 2003. A la date de l'adoption du présent arrêt, il a été ratifié par quarante-deux Etats membres et signé mais non ratifié par trois autres (Arménie, Lettonie et Pologne). L'Azerbaïdjan et la Russie sont les seuls à ne pas l'avoir signé. Le Royaume-Uni, pour sa part, l'a signé le 3 mai 2002 et ratifié le 10 octobre 2003, de sorte qu'il est entré en vigueur à l'égard de cet Etat le 1^{er} février 2004.

118. La Cour considère que, pour les Etats liés par ce protocole, le droit de ne pas être soumis à la peine de mort garanti à l'article 1, qui n'admet aucune dérogation et s'applique en toutes circonstances, est, au même titre que les droits garantis par les articles 2 et 3 de la Convention, un droit fondamental, qui consacre l'une des valeurs essentielles des sociétés démocratiques qui composent le Conseil de l'Europe. A ce titre, il doit faire l'objet d'une interprétation stricte (voir, *mutatis mutandis*, *Soering*, précité, § 88, et *McCann et autres c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1995, § 147, série A n° 324).

b) L'effet de la signature et de la ratification du Protocole n° 13 à la Convention sur l'interprétation des articles 2 et 3 de la Convention

119. Dans l'arrêt *Öcalan* (précité), la Cour a examiné le point de savoir si la pratique des Etats contractants pouvait passer pour témoigner de leur accord pour abroger l'exception prévue par le paragraphe 1 de l'article 2 de la Convention, qui autorise la peine capitale dans certaines conditions. Se référant au paragraphe 103 de l'arrêt *Soering* (précité), elle a dit que s'il fallait interpréter l'article 2 comme autorisant la peine capitale, il ne serait pas possible d'affirmer que l'article 3 inclut une interdiction générale de la peine de mort, car le libellé clair du paragraphe 1 de l'article 2 s'en trouverait réduit à néant. Sur ce point, dans l'arrêt *Öcalan* (précité, § 163) la Grande Chambre a souscrit à l'avis de la chambre, qui avait tenu le raisonnement suivant :

« (...) La Cour rappelle qu'il ne faut pas perdre de vue le caractère spécifique de traité de garantie collective des droits de l'homme que revêt la Convention, et que celle-ci

ne saurait s'interpréter dans le vide. Elle doit autant que faire se peut s'interpréter de manière à se concilier avec les autres règles de droit international dont elle fait partie intégrante (voir, *mutatis mutandis*, *Al-Adsani c. Royaume-Uni* [GC], n° 35763/97, § 55, CEDH 2001-XI, et *Loizidou c. Turquie*, 18 décembre 1996, § 43, *Recueil* 1996-VI). La Cour doit cependant se pencher d'abord sur les questions d'interprétation et d'application des dispositions de la Convention soulevées en l'espèce.

(...) Elle rappelle qu'elle a admis dans l'affaire *Soering* qu'une pratique établie au sein des Etats membres pourrait donner lieu à une modification de la Convention. Dans cette affaire, la Cour a jugé qu'une pratique ultérieure en matière de politique pénale nationale, sous la forme d'une abolition généralisée de la peine capitale, pourrait témoigner de l'accord des Etats contractants pour abroger l'exception ménagée par le paragraphe 1 de l'article 2, donc pour supprimer une limitation explicite aux perspectives d'interprétation évolutive de l'article 3 (*ibidem*, § 103). Elle a toutefois estimé que le Protocole n° 6 montrait que les Parties contractantes, pour instaurer l'obligation d'abolir la peine capitale en temps de paix, avaient voulu agir par voie d'amendement, selon la méthode habituelle, et, qui plus est, au moyen d'un instrument facultatif laissant à chaque Etat le choix du moment où il assumerait pareil engagement. La Cour a donc conclu que l'article 3 ne saurait s'interpréter comme prohibant en principe la peine de mort (*ibidem*, §§ 103-104).

(...) Le requérant conteste le point de vue adopté par la Cour dans l'arrêt *Soering*. A titre principal, il prétend que ce raisonnement est vicié puisque le Protocole n° 6 ne représente qu'un des moyens par lesquels la pratique des Etats peut être mesurée et qu'il est avéré que l'ensemble des Etats membres du Conseil de l'Europe ont, *de facto* ou *de jure*, totalement aboli la peine de mort pour tous les délits et en toutes circonstances. Il soutient que d'un point de vue doctrinal, rien ne s'oppose à ce que les Etats abolissent la peine de mort à la fois en suivant une pratique abrogative du droit d'invoquer la seconde phrase du paragraphe 1 de l'article 2 et en reconnaissant formellement ce processus par la ratification du Protocole n° 6.

(...) La Cour rappelle que la Convention est un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles, et que le niveau d'exigence croissant en matière de protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales implique, parallèlement et inéluctablement, une plus grande fermeté dans l'appréciation des atteintes aux valeurs fondamentales des sociétés démocratiques (*Selmouni c. France* [GC], n° 25803/94, § 101, CEDH 1999-V).

(...) Elle réaffirme que, pour déterminer s'il faut considérer un traitement ou une peine donnés comme inhumains ou dégradants aux fins de l'article 3, elle ne peut pas ne pas être influencée par l'évolution et les normes communément acceptées de la politique pénale des Etats membres du Conseil de l'Europe dans ce domaine (*Soering*, précité, § 102). En outre, les notions de traitements et peines inhumains et dégradants ont considérablement évolué depuis l'entrée en vigueur de la Convention en 1950 et, du reste, depuis l'arrêt que la Cour a rendu dans l'affaire *Soering* en 1989.

(...) De même, la Cour observe que le traitement juridique de la peine de mort a considérablement évolué depuis qu'elle s'est prononcée sur l'affaire *Soering*. D'une abolition de fait dans vingt-deux Etats contractants constatée dans cette affaire en

1989, on est passé à une abolition *de jure* dans quarante-trois des quarante-quatre Etats contractants – notamment, très récemment, dans l’Etat défendeur – et à un moratoire dans le dernier pays qui n’a pas encore aboli cette peine, à savoir la Russie. Cet abandon pratiquement total en Europe de la peine de mort en temps de paix se traduit par la signature du Protocole n° 6 par l’ensemble des Etats membres et par la ratification de ce Protocole par quarante et un d’entre eux, la Turquie, l’Arménie et la Russie exceptés. En témoigne également la politique du Conseil de l’Europe, qui exige des nouveaux Etats membres, comme condition préalable à leur admission dans l’Organisation, qu’ils s’engagent à abolir la peine capitale. Du fait de cette évolution, les territoires relevant de la juridiction des Etats membres du Conseil de l’Europe forment à présent une zone exempte de la peine de mort.

(...) Il est tout à fait possible de considérer que cette franche tendance traduit à présent un accord des Etats contractants pour abroger, ou du moins modifier, la deuxième phrase du paragraphe 1 de l’article 2, particulièrement lorsque l’on tient compte du fait que tous les Etats contractants ont déjà signé le Protocole n° 6 et que quarante et un d’entre eux l’ont ratifié. On peut se demander s’il est nécessaire d’attendre la ratification du Protocole n° 6 par les trois Etats membres restants pour conclure que l’exception relative à la peine de mort prévue au paragraphe 1 de l’article 2 a été substantiellement modifiée. Eu égard à la convergence de tous ces éléments, on peut dire que la peine de mort en temps de paix en est venue à être considérée comme une forme de sanction inacceptable (...) qui n’est plus autorisée par l’article 2. »

La Grande Chambre, ayant conclu à son tour que l’imposition de la peine de mort en temps de paix était devenue une forme de sanction inacceptable, s’est ensuite penchée dans l’arrêt *Öcalan* (précité) sur la question de la peine capitale en toutes circonstances :

« 164. La Cour rappelle qu’avec l’ouverture à la signature du Protocole n° 13 relatif à l’abolition de la peine de mort en toutes circonstances, les Etats contractants ont choisi de poursuivre leur politique d’abolition selon la méthode habituelle, c’est-à-dire par voie d’amendement du texte de la Convention. A la date du présent arrêt, trois Etats membres n’ont pas signé ce Protocole, et seize Etats ne l’ont pas encore ratifié. Cependant, ce pas ultime vers l’abolition totale de la peine de mort en toutes circonstances – c’est-à-dire aussi bien en temps de paix qu’en temps de guerre – peut être vu comme la confirmation de la tendance abolitionniste que les Etats contractants sont en train de mettre en pratique. Elle ne va pas nécessairement à l’encontre de la thèse selon laquelle l’article 2 a été amendé en tant qu’il autorise la peine de mort en temps de paix.

165. Pour le moment, le fait qu’il y a encore un nombre élevé d’Etats qui n’ont pas signé ou ratifié le Protocole n° 13 peut empêcher la Cour de constater que les Etats contractants ont une pratique établie de considérer l’exécution de la peine de mort comme un traitement inhumain et dégradant contraire à l’article 3 de la Convention, compte tenu du fait que cette dernière disposition n’admet aucune dérogation, même en temps de guerre. Toutefois, à l’instar de la chambre, la Grande Chambre juge inutile de parvenir à une conclusion définitive sur ces points puisque, pour les raisons suivantes, il serait contraire à la Convention, même si l’article 2 de celle-ci devait être

interprété comme autorisant toujours la peine de mort, d'exécuter une telle peine à l'issue d'un procès inéquitable.»

120. On voit donc que dans l'affaire *Öcalan* (précitée), la Grande Chambre n'a pas exclu la possibilité que l'article 2 de la Convention se trouve déjà modifié de telle manière qu'il ne ménage plus d'exception autorisant la peine de mort. De plus, comme indiqué ci-dessus, la situation a encore évolué depuis: tous les Etats membres sauf deux ont désormais signé le Protocole n° 13 à la Convention, et parmi les signataires, tous sauf trois l'ont ratifié. Ces chiffres, combinés à la pratique constante des Etats qui observent le moratoire sur la peine capitale, tendent fortement à démontrer que l'article 2 de la Convention interdit aujourd'hui la peine de mort en toutes circonstances. Dans ce contexte, la Cour estime que le libellé de la deuxième phrase du paragraphe 1 de l'article 2 n'interdit plus d'interpréter les mots « peine ou traitement inhumain ou dégradant » de l'article 3 comme s'appliquant à la peine de mort (*Soering*, précité, §§ 102-104).

121. En vertu de la jurisprudence constante de la Cour, un mauvais traitement doit atteindre un minimum de gravité pour tomber sous le coup de l'article 3. L'appréciation de ce minimum dépend de l'ensemble des données de la cause, notamment de la durée du traitement et de ses effets physiques ou mentaux ainsi que, parfois, du sexe, de l'âge et de l'état de santé de la victime. La Cour a jugé un traitement « inhumain » au motif notamment qu'il avait été appliqué avec préméditation pendant des heures et qu'il avait causé soit des lésions corporelles, soit de vives souffrances physiques ou mentales. Elle a par ailleurs considéré qu'un traitement était « dégradant » en ce qu'il était de nature à inspirer à ses victimes des sentiments de peur, d'angoisse et d'infériorité propres à les humilier et à les avilir. En recherchant si une peine ou un traitement est « dégradant » au sens de l'article 3, la Cour examinera si le but était d'humilier et de rabaisser l'intéressé et si, considérée dans ses effets, la mesure a ou non atteint la personnalité de celui-ci d'une manière incompatible avec l'article 3. L'absence d'un tel but ne saurait toutefois exclure de façon définitive un constat de violation de l'article 3. Pour qu'une peine ou le traitement dont elle s'accompagne puissent être qualifiés d'« inhumains » ou de « dégradants », la souffrance ou l'humiliation doivent en tout cas aller au-delà de celles que comporte inévitablement une forme donnée de traitement ou de peine légitimes (*A. et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 3455/05, § 127, CEDH 2009-II, avec les références qui s'y trouvent citées).

122. L'article 3, qui prohibe en termes absolus la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants, consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques. Il ne prévoit pas de restrictions, et il ne souffre nulle dérogation d'après l'article 15 même en cas de danger

public menaçant la vie de la nation. La prohibition de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants étant absolue, quels que soient les agissements de la personne concernée, la nature de l'infraction reprochée au requérant est dépourvue de pertinence pour l'examen sous l'angle de l'article 3 (*Saadi c. Italie* [GC], n° 37201/06, § 127, CEDH 2008-II).

c) La responsabilité de l'Etat au regard de la Convention pour l'imposition et l'exécution de la peine de mort dans un autre Etat

123. La Cour rappelle que l'expulsion par un Etat contractant peut soulever un problème au regard de l'article 3, et donc engager la responsabilité de l'Etat en cause au titre de la Convention, lorsqu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire que l'intéressé, si on l'expulse vers le pays de destination, y courra un risque réel d'être soumis à un traitement contraire à l'article 3. Dans ce cas, l'article 3 implique l'obligation de ne pas expulser la personne en question vers ce pays (*ibidem*, précité, § 125). De même, l'article 2 de la Convention et l'article 1 du Protocole n° 13 à la Convention interdisent l'extradition et le refoulement vers un autre Etat lorsqu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire que l'intéressé courra, dans le pays de destination, un risque réel d'être soumis à la peine de mort (*Hakizimana c. Suède* (déc.), n° 37913/05, 27 mars 2008, et voir, *mutatis mutandis*, *Soering*, précité, § 111, *S.R. c. Suède* (déc.), n° 62806/00, 23 avril 2002, *Ismaili c. Allemagne* (déc.), n° 58128/00, 15 mars 2001, *Bader et Kanbor*, précité, § 42, et *Kaboulov c. Ukraine*, n° 41015/04, § 99, 19 novembre 2009).

124. Dans ce type d'affaires, la Cour est donc appelée à apprécier la situation dans le pays de destination à l'aune des exigences de ces articles. Pour autant, il ne s'agit pas de constater ou de prouver la responsabilité de ce pays en droit international général, en vertu de la Convention ou autrement. Dans la mesure où une responsabilité se trouve ou peut se trouver engagée sur le terrain de la Convention, c'est celle de l'Etat contractant, du chef d'un acte qui a pour résultat direct d'exposer quelqu'un à un risque de mauvais traitements prohibés (*Saadi*, précité, § 126).

125. Pour vérifier l'existence d'un risque de mauvais traitements, la Cour doit examiner les conséquences prévisibles du renvoi du requérant dans le pays de destination, compte tenu de la situation générale dans celui-ci et des circonstances propres au cas de l'intéressé (*ibidem*, § 130). Ce faisant, il lui faut se référer en priorité aux circonstances dont l'Etat en cause avait ou devait avoir connaissance au moment de l'expulsion (*ibidem*, § 133). Cependant, lorsque l'expulsion ou le transfert a déjà eu lieu au moment de l'examen de la Cour, rien ne l'empêche de tenir compte de renseignements ultérieurs (*Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni*, 30 octobre

1991, § 107-2), série A n° 215, *Mamatkoulov et Askarov c. Turquie* [GC], n°s 46827/99 et 46951/99, § 69, CEDH 2005-I, et voir, *mutatis mutandis*, *A. et autres*, précité, § 177).

d) La mesure dans laquelle des obligations internationales conflictuelles modifient la responsabilité au regard de la Convention

126. Le Gouvernement soutient que le droit international lui faisait obligation de remettre les requérants aux autorités irakiennes. A cet égard, la Cour rappelle que la Convention doit être interprétée à la lumière des règles énoncées dans la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, dont l'article 31 § 3 c) indique qu'il faut tenir compte de « toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties ». D'une manière plus générale, la Cour rappelle que les principes qui sous-tendent la Convention ne peuvent s'interpréter et s'appliquer dans le vide. La Convention doit autant que faire se peut s'interpréter de manière à se concilier avec les autres règles de droit international, dont elle fait partie intégrante (*Al-Adsani c. Royaume-Uni* [GC], n° 35763/97, § 55, CEDH 2001-XI, et *Banković et autres c. Belgique et autres* (déc.) [GC], n° 52207/99, §§ 55-57, CEDH 2001-XII). La Cour reconnaît aussi depuis longtemps l'importance de la coopération internationale (*Al-Adsani*, précité, § 54, et *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlande* [GC], n° 45036/98, § 150, CEDH 2005-VI).

127. De plus, elle doit tenir compte du caractère singulier de la Convention, traité de garantie collective des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Son interprétation doit être guidée par le fait que l'objet et le but de la Convention, en tant qu'instrument de protection des êtres humains, appellent à comprendre et appliquer ses dispositions d'une manière qui en rende les exigences concrètes et effectives (voir notamment *Soering*, précité, § 87, *Loizidou c. Turquie* (exceptions préliminaires), 23 mars 1995, § 72, série A n° 310, et *McCann et autres*, précité, § 146).

128. Il est admis que les Parties contractantes sont responsables au titre de l'article 1 de la Convention de tous les actes et omissions de leurs organes, qu'ils découlent du droit interne ou de la nécessité d'observer des obligations juridiques internationales. L'article 1 ne fait aucune distinction quant au type de normes ou de mesures en cause et ne soustrait aucune partie de la « juridiction » des Parties contractantes à l'empire de la Convention (*Bosphorus*, précité, § 153). L'Etat demeure responsable au regard de la Convention pour les engagements pris en vertu de traités postérieurement à l'entrée en vigueur de la Convention (*ibidem*, précité, § 154, avec les références qui s'y trouvent citées). Par exemple, dans l'affaire

Soering (précitée), il a été jugé que l'obligation en vertu de l'article 3 de la Convention de ne pas remettre un fugitif à un autre Etat où il existe des motifs sérieux de penser qu'un danger de torture ou de peines ou de traitements inhumains ou dégradants menace l'intéressé l'emportait sur les obligations du Royaume-Uni en vertu du traité d'extradition qu'il avait conclu avec les Etats-Unis d'Amérique en 1972.

2. Application en l'espèce des principes susmentionnés

129. La Cour rappelle que le premier requérant fut arrêté par des soldats du contingent britannique de la force multinationale le 30 avril 2003, et le second requérant le 21 novembre 2003. Ils furent placés dans des centres administrés par le Royaume-Uni, en qualité d'individus internés pour raisons de sécurité. Peu de temps après, les autorités britanniques commencèrent à enquêter sur leur participation au meurtre du sergent-chef Cullingworth et du sapeur Allsopp (paragraphe 40-43 ci-dessus).

130. Le 28 juin 2004, l'occupation de l'Irak prit fin. En août 2004, la peine de mort fut rétablie dans le code pénal irakien pour plusieurs infractions, dont le meurtre (paragraphe 23 ci-dessus).

131. Le 16 décembre 2005, les autorités britanniques déférèrent les affaires des requérants aux juridictions pénales irakiennes (paragraphe 45 ci-dessus). Le 18 mai 2006, le tribunal pénal de Bassora prononça une ordonnance autorisant leur maintien en détention par les forces britanniques, et, le 21 mai 2006, les autorités britanniques décidèrent de changer leur statut, de sorte qu'ils passèrent dans la catégorie des « détenus pénaux » (paragraphe 46 ci-dessus). A partir du 27 décembre 2007, le TSI demanda que les requérants lui soient remis pour répondre d'accusations relatives à des actes passibles de la peine de mort (paragraphe 48 ci-dessus). Le 31 décembre 2008, les autorités britanniques remirent les requérants à la police irakienne (paragraphe 80 ci-dessus).

132. Le procès des requérants devant le TSI commença le 11 mai 2009. Ils avaient à l'origine été accusés d'avoir tué les deux soldats britanniques alors qu'il était clair que ceux-ci s'étaient rendus. La peine maximale prévue pour cette infraction était la peine de mort. Le 21 juillet 2009, après la clôture des preuves, les charges retenues contre les requérants à l'origine furent retirées, et il y fut substitué une infraction non passible de la peine de mort. Une semaine plus tard, un autre chef d'accusation fut ajouté. Il concernait des actes qui auraient pu, en principe, être passibles de la peine capitale. En janvier 2010, la Cour de cassation décida de renvoyer l'affaire pour réouverture de l'enquête puis nouveau procès (paragraphe 82-89 ci-dessus).

133. La Cour note que la *Divisional Court* et la *Court of Appeal* ont conclu, peu avant la remise des requérants aux autorités irakiennes, qu'il avait été montré qu'existaient des motifs sérieux de penser que les intéressés couraient un risque réel d'être condamnés à mort et exécutés (paragraphe 60 et 70 ci-dessus). Pour parvenir à cette conclusion, elles ont tenu compte du fait que la peine de mort faisait partie des sanctions applicables aux infractions telles que celle dont les requérants étaient accusés, de ce que des éléments clairs démontraient que les personnes reconnues coupables de telles infractions étaient en pratique condamnées à mort, de ce que les autorités irakiennes n'avaient donné aucune assurance que la peine de mort ne serait pas imposée en l'espèce, et de ce que les autres éléments sur lesquels s'appuyait le Gouvernement, par exemple la lettre de la famille de l'une des victimes demandant la clémence, n'étaient pas suffisamment concluants ou certains pour écarter un tel risque.

134. La Cour, ayant examiné ces éléments, ne voit pas de raison de s'écarter des conclusions des juridictions nationales sur ce point. Elle observe en outre que, malgré la lettre supplémentaire communiquée au TSI par le gouvernement britannique en juillet 2009, par laquelle la famille de l'autre soldat tué informait le tribunal qu'elle ne voulait pas non plus que la peine de mort soit prononcée (paragraphe 86 ci-dessus), les autorités irakiennes n'ont toujours pas donné la moindre assurance contraignante à cet égard. L'affaire des requérants a été récemment renvoyée pour réouverture de l'enquête puis nouveau procès, et il est impossible de prédire l'issue de la procédure. Dans ces conditions, la Cour estime que le risque que les requérants soient exécutés n'est pas entièrement écarté.

135. De plus, elle considère que, compte tenu de la nature des éléments et des allégations pesant contre les requérants, il y a depuis août 2004, date à laquelle la peine de mort a été rétablie en Irak, des motifs sérieux de penser qu'ils couraient un risque réel d'être condamnés à mort s'ils étaient jugés et reconnus coupables par un tribunal irakien. De fait, le procès-verbal de la réunion du DIRC du 27 juillet 2004 indique que le ministre de l'Intérieur britannique s'inquiétait déjà à cette date de la question de la peine de mort (paragraphe 44 ci-dessus). D'autres expressions de préoccupation apparaissent également dans les procès-verbaux du 31 août 2004, du 31 janvier 2005 et du 3 mai 2005.

136. Les requérants ont dû eux aussi avoir conscience de ce risque. La Cour considère que, au moins à partir de mai 2006, date à laquelle les juridictions pénales irakiennes se sont reconnues compétentes pour connaître de l'affaire, les requérants ont été soumis à la crainte justifiée d'être exécutés. On peut raisonnablement supposer que cette crainte a suscité chez

eux une intense souffrance psychique, qui a dû être présente pendant tout le temps où ils ont formé devant les juridictions irakiennes des recours contre le renvoi de leur affaire devant le TSI (paragraphe 47 ci-dessus) ainsi que lorsque les juridictions internes britanniques ont refusé d'empêcher leur remise aux autorités irakiennes. Cette souffrance s'est sans nul doute aggravée vers le 31 décembre 2008, date à laquelle le risque est devenu plus concret, le transfert étant intervenu, et elle perdure certainement aujourd'hui encore.

137. Le Protocole n° 13 à la Convention est entré en vigueur à l'égard du Royaume-Uni le 1^{er} février 2004. La Cour considère que, à partir de cette date au moins, les obligations de l'Etat défendeur en vertu de l'article 2 de la Convention et de l'article 1 du Protocole n° 13 à la Convention lui commandaient de ne conclure aucun accord ou arrangement en vertu desquels il aurait dû détenir des individus pour les déférer devant un tribunal où ils seraient accusés d'actes passibles de la peine capitale, et de n'exposer d'aucune autre manière les personnes relevant de sa juridiction au risque réel d'être condamnées à mort et exécutées. Elle considère également que la peur justifiée des requérants d'être exécutés par les autorités irakiennes pendant la période allant de mai 2006 à juillet 2009 doit avoir suscité chez eux une souffrance morale importante et que le fait de les soumettre à pareille souffrance a constitué un traitement inhumain au sens de l'article 3 de la Convention.

138. Le Gouvernement soutient qu'en vertu des principes bien établis du droit international, et compte tenu, d'une part, de la nécessité de respecter la souveraineté irakienne et, d'autre part, du fait que les requérants étaient des ressortissants irakiens détenus sur le territoire irakien, dont les juridictions irakiennes demandaient le transfert, il n'a pas eu d'autre choix que de procéder à ce transfert. A cet égard, la Cour renvoie à sa jurisprudence, résumée aux paragraphes 126 à 128 ci-dessus : il n'est pas loisible aux Etats contractants de conclure avec d'autres Etats des accords dont les dispositions sont en conflit avec leurs obligations au titre de la Convention. Ce principe est plus fort encore en l'espèce compte tenu de la nature absolue et fondamentale du droit de ne pas être soumis à la peine de mort et du préjudice grave et irréversible que risquent de subir les requérants.

139. Les juridictions internes se sont estimées liées par les principes du droit international relatifs à l'« asile diplomatique » tels qu'appliqués par la *Court of Appeal* dans l'affaire *R(B) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* (précitée, paragraphes 58, 72 et 94 ci-dessus) et ont cru devoir conclure que l'obligation d'offrir un refuge de manière extraterritoriale ne pouvait trouver à s'appliquer que lorsqu'il était manifeste que l'Etat territorial avait l'intention de soumettre l'intéressé à un traitement

tellement sévère qu'il constituerait un crime contre l'humanité. Il n'est pas nécessaire ici que la Cour examine de manière générale les principes relatifs à l'« asile diplomatique » ni qu'elle détermine dans quelles conditions la remise d'un individu par les agents diplomatiques ou consulaires d'un Etat contractant serait éventuellement susceptible de donner lieu à une violation de la Convention. Elle se bornera à relever à ce sujet que dans sa décision sur la recevabilité de l'affaire *M. c. Danemark* (n° 17392/90, décision de la Commission du 14 octobre 1992, Décisions et rapports (DR) 73, p. 193), la Commission a manifestement considéré, sans toutefois développer à cet égard un raisonnement détaillé, que le principe de non-refoulement exposé dans l'affaire *Soering* (précitée) s'appliquerait si un individu demandait l'asile dans une ambassade d'un Etat contractant et se voyait opposer un refus.

140. En toute hypothèse, la Cour considère que les faits de la présente espèce se distinguent clairement d'une situation d'« asile diplomatique », et ce pour les motifs suivants. Les enceintes diplomatiques et consulaires ont un statut particulier en droit international : lorsqu'un Etat établit une mission diplomatique, il accepte de respecter les lois de l'Etat territorial et de ne pas s'immiscer dans les affaires intérieures de cet Etat (Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques, article 41 § 1, paragraphe 93 ci-dessus) ; c'est à cette condition notamment que l'Etat territorial consent à l'établissement de la mission. Ainsi, lorsqu'un individu cherche refuge dans une ambassade, les obligations de l'Etat accréditant envers l'Etat accréditaire sont connues et s'appliquent *ab initio* (bien qu'il puisse exister d'autres obligations conflictuelles, par exemple en vertu de la Convention). En l'espèce, en revanche, les requérants n'ont pas choisi de chercher refuge auprès des autorités britanniques ; ce sont les forces armées de l'Etat défendeur qui, étant entrées en Irak, ont pris des mesures actives pour les faire entrer dans la juridiction du Royaume-Uni, en les arrêtant et en les détenant dans des centres gérés par les Britanniques (*Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni* (déc.), n° 61498/08, §§ 84-89, 30 juin 2009). Dans ces conditions, la Cour considère que l'Etat requérant était absolument tenu de veiller à ce que l'arrestation et la détention des intéressés n'aboutissent pas à une violation de leurs droits garantis par les articles 2 et 3 de la Convention et par l'article 1 du Protocole n° 13 à la Convention.

141. Par ailleurs, le Gouvernement n'a pas convaincu la Cour que, pour protéger les droits des requérants garantis par les articles 2 et 3 de la Convention et l'article 1 du Protocole n° 13 à la Convention, il lui aurait inévitablement fallu porter atteinte à la souveraineté irakienne. Malgré les préoccupations exprimées au niveau ministériel dès juillet 2004 quant au risque que les requérants soient condamnés à mort s'ils étaient jugés par les

tribunaux irakiens (paragraphe 44 ci-dessus), il ne ressort pas des éléments communiqués à la Cour qu'il y ait eu de réelle tentative de négocier avec les autorités irakiennes pour éviter une telle issue. Selon les dépositions faites par M. Watkins devant la *Divisional Court* et la *Court of Appeal* (paragraphe 56 et 66 ci-dessus), le gouvernement britannique estimait vers la fin de l'année 2008 qu'il ne serait pas envisageable politiquement ne fût-ce que d'aborder avec le gouvernement irakien la question du transfert des requérants au Royaume-Uni ou de leur maintien aux mains des forces britanniques en Irak après le 31 décembre 2008. Or il ressort du procès-verbal de la réunion du DIRC du 28 septembre 2004 que les procureurs irakiens eux-mêmes « hésit[ai]ent à poursuivre, compte tenu du retentissement potentiel de l'affaire » (paragraphe 44 ci-dessus). Cela aurait pu être l'occasion de tenter d'obtenir le consentement du gouvernement irakien à une solution alternative dans laquelle, par exemple, les requérants auraient été jugés par un tribunal britannique, soit en Irak soit au Royaume-Uni. Il ne semble pas qu'une telle solution ait jamais été proposée.

142. Le Gouvernement admet de plus qu'il n'a jamais tenté, au cours des négociations du mémorandum d'accord relatif aux suspects d'infractions pénales de novembre 2004 ou à un autre moment, d'obtenir des autorités irakiennes l'assurance générale que, compte tenu des obligations auxquelles le Royaume-Uni était tenu par la Convention et le Protocole n° 13 à la Convention, aucun individu transféré de la garde des forces armées britanniques aux autorités irakiennes ne serait soumis à la peine de mort. De même, il ne prétend pas avoir demandé aux autorités irakiennes, avant de décider de déférer les requérants devant les juridictions territoriales, l'assurance contraignante qu'en pareil cas les intéressés ne risqueraient pas la peine capitale. Il semblerait même que ce ne soit qu'après que les requérants eurent saisi la *Divisional Court* d'une demande de contrôle juridictionnel que les premières démarches visant à obtenir la clémence aient été entreprises. Quoi qu'il en soit, et comme l'ont relevé les juridictions internes, il n'a pas été obtenu de garantie contraignante.

143. En bref, la Cour considère qu'en l'absence d'une telle assurance, le Royaume-Uni n'a pas tenu dûment compte de ses obligations au titre des articles 2 et 3 de la Convention et de l'article 1 du Protocole n° 13 à la Convention lorsqu'il a déféré les affaires des requérants aux juridictions irakiennes et remis les intéressés aux autorités territoriales, étant donné que, pendant toute la période considérée, il existait des motifs sérieux de penser que ceux-ci seraient exposés à un risque réel d'être condamnés à mort et exécutés.

144. Actuellement, l'issue de la procédure des requérants devant le TSI demeure incertaine. S'ils restent exposés à un risque réel d'exécution, leur

affaire ayant été renvoyée pour réouverture de l'enquête, on ne peut dire à ce jour s'ils seront rejugés pour des faits passibles de la peine de mort, reconnus coupables, condamnés à mort et exécutés. Quoiqu'il adienne, le fait est que les actions et l'inaction des autorités britanniques les ont soumis, au moins depuis mai 2006, à la crainte d'être exécutés par les autorités irakiennes. La Cour a déjà dit ci-dessus que le fait d'avoir causé chez eux une souffrance psychique de cette nature et de cette intensité constituait un traitement inhumain. Il s'ensuit qu'il y a eu violation de l'article 3 de la Convention.

145. Dans ces conditions, et au vu de ce qui précède, la Cour estime qu'il n'est pas nécessaire de trancher la question de savoir s'il y a eu également violation des droits des requérants garantis par l'article 2 de la Convention et l'article 1 du Protocole n° 13 à la Convention.

II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 6 DE LA CONVENTION

146. Les requérants allèguent que, lorsqu'ils ont été remis aux autorités irakiennes, il existait des motifs sérieux de penser que ce transfert les exposait au risque réel d'être soumis à un procès inéquitable devant le TSI, en violation de l'article 6 § 1 de la Convention. Cette disposition est ainsi libellée :

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

Le Gouvernement affirme qu'il n'y avait pas de risque de procès inéquitable.

A. Thèse des parties

147. Les requérants arguent que les procès menés devant le TSI font l'objet d'une critique fournie et persistante de la part de nombreuses organisations non gouvernementales et institutions internationales, qui estiment que ce tribunal n'est pas indépendant et que, de manière générale, il ne respecte pas dans les procès les normes internationales les plus élémentaires. Ils renvoient aux rapports du Centre international pour la justice transitionnelle (*Dujayl: Trial and Error?*, novembre 2006), du Groupe de travail sur la détention arbitraire du Conseil des droits de l'homme des Nations unies (Avis n° 31/2006 concernant le procès et la détention de Saddam Hussein) et de Human Rights Watch (*The Poisoned Chalice: A Human Rights Watch Briefing Paper on the Decision of the Iraqi High Tribunal in the Dujail Case*, juin 2007), ainsi qu'aux dépositions faites par les experts devant les juridictions internes (paragraphe 59 ci-dessus). En

s'appuyant sur ces éléments, ils allèguent en particulier que le personnel du TSI et les témoins qui comparaissent devant lui sont exposés à de graves dangers, notamment celui d'être assassiné, et que les accusés ne bénéficient pas d'une défense efficace, du fait des risques encourus par leurs avocats. Selon eux, il n'existe pas de tradition d'indépendance judiciaire en Irak, et les juges du TSI font l'objet d'ingérences politiques continues, ce qui explique le taux de condamnation d'environ 80 % des accusés jugés par le TSI.

148. Le Gouvernement soutient qu'il n'y a pas de risque réel que les requérants soient soumis à un déni flagrant de justice. Il souscrit aux conclusions de la *Divisional Court* et de la *Court of Appeal*, qui ont selon lui adopté les bonnes décisions compte tenu des éléments nombreux et récents qui leur avaient été soumis.

B. Appréciation de la Cour

149. Dans l'arrêt *Mamatkoulou et Askarov* (précité, §§ 90-91), la Grande Chambre a confirmé le principe exposé dans l'arrêt *Soering* (précité, § 113), selon lequel une décision d'extradition pouvait exceptionnellement soulever un problème sur le terrain de l'article 6 au cas où le fugitif aurait subi ou risquerait de subir un déni de justice flagrant dans l'Etat requérant. De même que pour les affaires relatives à l'article 3, la Cour considère que, lorsque l'expulsion a déjà eu lieu, elle doit pour vérifier l'existence d'un risque de violation flagrante de l'article 6 se référer en priorité aux circonstances dont l'Etat contractant avait ou devait avoir connaissance au moment de l'expulsion, mais rien ne l'empêche de tenir compte de renseignements ultérieurs (paragraphe 125 ci-dessus).

150. En l'espèce, la Cour admet la conclusion des juridictions nationales selon laquelle, à la date du transfert, il n'était pas établi que les requérants risqueraient un procès manifestement inéquitable devant le TSI. Maintenant que le procès a eu lieu, aucun des éléments dont elle a été saisie ne lui permet de mettre en doute cette appréciation. Partant, elle ne décèle pas de violation de l'article 6 de la Convention.

III. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DES ARTICLES 13 ET 34 DE LA CONVENTION

151. Les requérants soutiennent qu'en les remettant aux autorités irakiennes, en violation de la mesure indiquée par la Cour en vertu de l'article 39 du règlement, l'Etat défendeur a manqué à ses obligations au titre de l'article 34 de la Convention, qui est ainsi libellé :

«La Cour peut être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses Protocoles. Les Hautes Parties contractantes s'engagent à n'entraver par aucune mesure l'exercice efficace de ce droit.»

De plus, compte tenu du fait qu'à l'époque, la Chambre des Lords n'avait pas encore eu l'occasion de statuer sur le recours, ce transfert aurait également emporté violation du droit à un recours effectif garanti par l'article 13 de la Convention, qui 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.»

Le Gouvernement rejette ces thèses.

A. Thèses des parties

1. Les requérants

152. Les requérants soutiennent que les conséquences de leur remise aux autorités irakiennes en violation de la mesure indiquée par la Cour en vertu de l'article 39 du règlement ont été et ne peuvent plus l'être, tant en ce qui concerne leur droit de recours individuel que pour ce qui est de leur droit à un recours effectif. L'arrêt rendu par la Cour en l'affaire *Paladi c. Moldova* ([GC], n° 39806/05, § 92, 10 mars 2009) comme celui rendu par la Cour internationale de Justice (CIJ) en l'affaire *LaGrand* (arrêt du 27 juin 2001, CIJ Recueil 2001), sur lequel s'appuie le Gouvernement, montreraient clairement que l'obligation incombant à l'Etat consiste à faire tout ce qui est raisonnablement en son pouvoir pour respecter les mesures provisoires qui lui sont indiquées. Pourtant, le Gouvernement aurait reconnu qu'à aucun moment il n'avait tenté d'évoquer avec les autorités irakiennes la possibilité que les requérants soient détenus au centre britannique de Bassora pendant les quelques semaines ou les quelques mois qu'il fallait pour résoudre les questions juridiques se posant dans cette affaire. En outre, le matin du 31 décembre 2008, il n'aurait informé ni la Cour ni les représentants des requérants qu'il n'avait pas l'intention de respecter la mesure indiquée en vertu de l'article 39 du règlement. La Cour, en particulier, n'aurait été informée qu'une fois le transfert réalisé.

153. Selon les requérants, le Gouvernement savait pertinemment que la Chambre des Lords ne travaillait pas pendant les fêtes de fin d'année et qu'ils ne pourraient pas la saisir d'un recours et d'une demande de mesure

provisoire avant le 12 janvier 2009. En les transférant avant cette date, il aurait donc eu conscience qu'il portait atteinte à leur droit d'introduire un tel recours et, ainsi, à leur droit à un recours interne effectif.

2. *Le Gouvernement*

154. La Cour aurait déjà dit dans l'arrêt *Paladi* (précité) qu'il incombait au gouvernement défendeur de lui démontrer qu'il y avait eu un obstacle objectif qui l'avait empêché de se conformer à la mesure provisoire indiquée en vertu de l'article 39 du règlement. Selon le Gouvernement, l'existence d'un tel obstacle objectif devrait s'apprécier au cas par cas compte tenu des circonstances de droit et de fait. Comme la Cour l'aurait confirmé dans sa jurisprudence, la Convention devrait s'interpréter à la lumière des autres principes de droit international et de manière à se concilier avec eux. Il n'en irait pas différemment s'agissant de l'interprétation de l'article 34 de la Convention et de l'article 39 du règlement. De fait, le raisonnement sous-tendant la décision de la Cour dans l'affaire *Mamatkoulov et Askarov* (précitée) quant à la nature contraignante des mesures indiquées en vertu de l'article 39 du règlement reposerait en grande partie sur l'examen des autres sources du droit international, parmi lesquelles l'arrêt rendu par la CIJ en l'affaire *LaGrand* (précitée). Dans cet arrêt, dont la Cour citerait un passage dans l'arrêt *Paladi* (précité), la CIJ aurait souligné que son ordonnance en indication de mesures conservatoires « n'exigeait pas des Etats-Unis d'Amérique qu'ils exercent des pouvoirs qu'ils n'avaient pas », même si elle leur imposait l'obligation de prendre toutes les mesures dont ils disposaient pour que M. Walter LaGrand ne soit pas exécuté tant que la décision définitive en l'instance n'aurait pas été rendue.

155. De même en l'espèce, la mesure indiquée en vertu de l'article 39 du règlement ne pourrait être interprétée comme imposant à l'Etat contractant d'exercer des pouvoirs qu'il n'avait pas, notamment celui de continuer à détenir les requérants après le 31 décembre 2008 à minuit. Selon le Gouvernement, une mesure indiquée en vertu de l'article 39 du règlement ne peut avoir pour effet d'imposer à un Etat contractant de violer les lois et la souveraineté d'un Etat non contractant. La présente affaire serait en effet très particulière : à supposer que les actes en cause relèvent de la juridiction du Royaume-Uni, les circonstances seraient par définition « exceptionnelles », s'agissant de l'application extraterritoriale de la Convention (*Banković et autres*, précité, § 74). Le caractère exceptionnel de l'affaire découlerait plus particulièrement du fait que le Royaume-Uni agissait ou devait agir hors de son propre territoire. Le Gouvernement, qui se targue d'une coopération de longue date avec la Cour, notamment en ce qui concerne le respect des

mesures indiquées en vertu de l'article 39 du règlement, se serait trouvé dans l'impossibilité de respecter la mesure indiquée en l'espèce précisément parce qu'il se trouvait sur le territoire d'un autre Etat. Ainsi, la seule raison de son refus d'appliquer cette mesure serait la présence, dans ce cas particulier, d'un obstacle objectif l'empêchant de le faire.

156. Les déclarations des tiers intervenants selon lesquelles l'obligation de respecter les mesures indiquées en vertu de l'article 39 du règlement n'est pas levée par l'existence d'une obligation internationale concurrente (paragraphe 158-159 ci-dessous) seraient dénuées de pertinence. La présente affaire ne ferait pas intervenir d'obligations conflictuelles mettant l'Etat dans la situation de choisir entre le traité A et le traité B ; il s'agirait d'un problème plus simple, que les intervenants n'auraient pas envisagé, à savoir l'impossibilité pour le Gouvernement de respecter la mesure indiquée en vertu de l'article 39 du règlement car il n'avait ni les pouvoirs ni la marge de manœuvre nécessaires pour ce faire. A cet égard, l'allégation des requérants selon laquelle le Gouvernement aurait pu faire plus ne tiendrait pas compte du caractère extrêmement sensible des négociations importantes et urgentes qui se déroulaient alors en Irak (paragraphe 56 et 66 ci-dessus).

157. Enfin, le grief tiré de l'article 13 de la Convention serait infondé, les requérants n'ayant saisi la Chambre des Lords que le 9 février 2009, de sorte qu'au moment du transfert, aucune procédure interne n'aurait été pendante.

3. *Les tiers intervenants*

158. La Commission pour l'égalité et les droits de l'homme estime qu'il ne peut y avoir d'exception régie par des règles précises au principe énoncé dans l'arrêt *Mamatkoulou et Askarov* (précité), selon lequel le non-respect par l'Etat d'une mesure provisoire emporte violation de l'article 34, quand bien même ce manquement reposerait sur une obligation de droit international (à supposer qu'elle existe et qu'elle ait été visée). Le rejet d'une telle exception découlerait de la jurisprudence de la Cour relative aux conflits entre les obligations de droit international et les obligations matérielles imposées par la Convention ainsi que du raisonnement qui sous-tend le principe *Mamatkoulou et Askarov*, à savoir la nécessité de préserver l'efficacité pratique du système de la Convention pour les requérants.

159. Selon les tiers intervenants (paragraphe 6 ci-dessus), compte tenu du but et de l'importance des mesures provisoires pour la protection des droits garantis par la Convention, l'obligation que fait l'article 34 de respecter ces mesures doit être appliquée de manière stricte et cohérente. Les Etats devraient faire tout ce qui est en leur pouvoir pour les respecter, et ne

pas substituer leur propre jugement à celui de la Cour pour décider si et dans quelle mesure ils doivent s'y conformer. Les arrêts *Soering* et *Mamatkoulou et Askarov* (précités) démontreraient qu'une obligation internationale concurrente ne permet pas de s'affranchir des mesures provisoires.

B. Appréciation de la Cour

1. Principes généraux

160. Il n'est indiqué de mesures provisoires en vertu de l'article 39 du règlement que dans des cas restreints. En pratique, la Cour n'use de cette possibilité qu'en cas de risque imminent de dommage irréparable. S'il n'existe pas de disposition particulière dans la Convention concernant les domaines d'application de l'article 39 du règlement, les demandes ont trait le plus souvent au droit à la vie (article 2 de la Convention), au droit de ne pas être soumis à la torture et aux traitements inhumains (article 3), et exceptionnellement au droit au respect de la vie privée et familiale (article 8) ou à d'autres droits garantis par la Convention (*Mamatkoulou et Askarov*, précité, § 104). Dans le système de la Convention, les mesures provisoires se révèlent d'une importance fondamentale pour éviter des situations irréversibles qui empêcheraient la Cour de procéder dans de bonnes conditions à un examen de la requête et, le cas échéant, d'assurer au requérant la jouissance pratique et effective du droit protégé par la Convention qu'il invoque. Dès lors, dans ces conditions, l'inobservation par un Etat défendeur de mesures provisoires met en péril l'efficacité du droit de recours individuel, tel que garanti par l'article 34, ainsi que l'engagement formel de l'Etat, en vertu de l'article 1, de sauvegarder les droits et libertés énoncés dans la Convention (*ibidem*, précité, § 125).

161. Il y aura violation de l'article 34 si les autorités d'un Etat contractant ne prennent pas toutes les mesures qui pourraient raisonnablement être envisagées pour se conformer à la mesure indiquée par la Cour (*Paladi*, précité, § 88). Dans le cadre de l'examen d'un grief au titre de l'article 34 concernant le manquement allégué d'un Etat contractant à respecter une mesure provisoire, la Cour ne va donc pas reconsidérer l'opportunité de sa décision d'appliquer la mesure en question. Il incombe au gouvernement défendeur de lui démontrer que la mesure provisoire a été respectée ou, dans des cas exceptionnels, qu'il y a eu un obstacle objectif qui l'a empêché de s'y conformer, et qu'il a entrepris toutes les démarches raisonnablement envisageables pour supprimer l'obstacle et pour tenir la Cour informée de la situation (*Paladi*, précité, § 92).

2. *Application en l'espèce des principes susmentionnés*

162. Comme indiqué ci-dessus, la Cour doit guider son interprétation de la Convention en se fondant sur le fait que l'objet et le but de cet instrument de protection des êtres humains appellent à comprendre et appliquer ses dispositions d'une manière qui en rende les exigences concrètes et effectives. Elle a jugé qu'en décidant de déférer les affaires des requérants aux tribunaux irakiens en décembre 2005 et de les remettre aux autorités territoriales le 31 décembre 2008, sans avoir préalablement reçu la moindre assurance contraignante qu'ils ne seraient pas soumis à la peine de mort, les autorités britanniques ont exposé les intéressés au risque réel d'être exécutés. Elle a dit aussi qu'en principe, il n'était pas loisible aux Etats parties de conclure avec un autre Etat un accord ou un arrangement dont les dispositions seraient en conflit avec leurs obligations au titre des articles 2 et 3 de la Convention et de l'article 1 du Protocole n° 13 à la Convention. Enfin, elle a estimé que le Gouvernement n'avait pas établi qu'il ne disposait pas d'autre moyen réaliste ou réalisable pour protéger les droits fondamentaux des requérants. Dans ces conditions, l'obstacle qu'il a invoqué, à savoir l'absence de toute autre solution permettant de ne pas transférer les requérants le 31 décembre 2008 tout en respectant la souveraineté irakienne, n'était pas « objectif », mais n'existait que du point de vue subjectif de l'Etat défendeur.

163. De plus, le Gouvernement n'a pas convaincu la Cour qu'il avait pris toutes les mesures raisonnables, ni d'ailleurs la moindre mesure, pour s'efforcer de respecter la mesure indiquée en vertu de l'article 39 du règlement. Il ne l'a pas informée, par exemple, de la moindre tentative visant à expliquer la situation aux autorités irakiennes et à mettre en place une solution temporaire qui aurait préservé les droits des requérants pendant qu'elle examinerait l'affaire.

164. Il est vrai qu'à partir de juin 2008, le Gouvernement a entrepris des démarches auprès des autorités irakiennes, à l'origine pour s'enquérir auprès du président du TSI des mesures qui permettraient, compte tenu du droit et de la pratique irakiens, de réduire le risque que les requérants se voient imposer la peine de mort (paragraphe 50-54 ci-dessus); et que par la suite, en juillet 2008, il a pris contact avec les procureurs irakiens et leur a demandé d'informer le TSI du fait qu'il était opposé à la peine de mort et qu'aucune des deux familles des soldats assassinés ne souhaitait que cette sanction soit imposée (paragraphe 86 ci-dessus). Il est possible, mais non avéré, que ces contacts aient contribué à la décision du TSI de modifier les charges retenues contre les requérants (paragraphe 86-88 ci-dessus) – la Cour ne saurait spéculer sur ce point. Quoi qu'il en soit, et comme les juridictions internes l'ont constaté, les démarches entreprises

par le Gouvernement auprès des autorités irakiennes avant le transfert des requérants le 31 décembre 2008 n'ont pas permis d'obtenir la moindre assurance contraignante que la peine de mort ne serait pas appliquée; et les intéressés restaient donc exposés à un risque réel lorsque le Royaume-Uni a décidé de ne pas appliquer la mesure indiquée par la Cour en vertu de l'article 39 du règlement. Les efforts déployés par le Gouvernement en 2009 pour persuader les autorités irakiennes de ne pas appliquer la peine de mort ne sont intervenus qu'après que les requérants eurent quitté la juridiction du Royaume-Uni, c'est-à-dire à un moment où les autorités britanniques avaient perdu tout pouvoir réel et certain d'assurer leur sécurité. En outre, à ce jour, il n'a été donné aucune assurance contraignante que la peine de mort ne serait pas appliquée, et le sort des requérants reste donc incertain.

165. En conclusion, la Cour ne considère pas que les autorités de l'Etat contractant aient fait tout ce qui était raisonnablement en leur pouvoir pour respecter la mesure provisoire qu'elle leur avait indiquée. En ne respectant pas cette mesure et en transférant les requérants hors de la juridiction britannique, elles les ont exposés à un risque sérieux de dommage grave et irréparable.

166. Dans sa décision sur la recevabilité du 30 juin 2009 (paragraphe 7 ci-dessus), la Cour a joint au fond la question de la recevabilité du grief tiré de l'article 13 de la Convention. Ayant examiné l'affaire au fond, elle a conclu qu'au regard de l'article 34, le transfert n'était pas objectivement justifié. Pour les mêmes motifs, la remise des requérants aux autorités irakiennes a anéanti de manière injustifiée l'effectivité de tout recours devant la Chambre des Lords. Partant, la Cour conclut que le grief tiré de l'article 13 est recevable et que l'Etat défendeur a violé les articles 13 et 34 de la Convention.

IV. SUR L'APPLICATION DE L'ARTICLE 46 DE LA CONVENTION

167. L'article 46 de la Convention est ainsi libellé :

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

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

(...)

168. Les requérants ont prié la Cour d'ordonner au Gouvernement de prendre un certain nombre de mesures susceptibles de contribuer à atténuer le préjudice causé par leur remise aux autorités irakiennes. En particulier, ils lui ont demandé d'enjoindre au Gouvernement de faire tout ce qui est en

son pouvoir pour obtenir par les voies diplomatiques leur retour immédiat à la garde du Royaume-Uni. A titre supplémentaire ou subsidiaire, ils souhaitent que la Cour ordonne au Gouvernement de faire tout ce qui est en son pouvoir pour qu'ils bénéficient d'un jugement équitable devant le TSI, qu'ils puissent rester en contact avec leurs avocats britanniques et qu'ils ne soient pas condamnés à mort en cas de déclaration de culpabilité. Ils s'appuient notamment sur l'arrêt *Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie* ([GC], n° 48787/99, § 490, CEDH 2004-VII), dans lequel la Cour a ordonné aux Etats défendeurs de prendre toutes les mesures possibles pour mettre un terme à la détention arbitraire des requérants et obtenir leur libération immédiate.

169. Le Gouvernement soutient que la présente affaire ne permet pas d'appliquer le principe de *restitutio in integrum*. Soulignant que les requérants se trouvent aux mains des autorités irakiennes, il allègue qu'il n'a absolument aucun moyen d'obtenir leur retour aux mains des forces britanniques, ni aucun pouvoir pour les détenir en Irak s'ils étaient rendus au Royaume-Uni. Les personnes qui ont négocié avec les autorités irakiennes avant le transfert auraient estimé qu'il n'était pas envisageable que celles-ci acceptent que les requérants restent détenus par les forces britanniques (paragraphe 56 et 66 ci-dessus). Ayant étudié ces questions très attentivement, et après mûre réflexion, le Gouvernement estime que les déclarations diplomatiques demandées seraient déplacées, risqueraient de nuire aux relations bilatérales, et seraient inefficaces. Il considère également qu'il serait inopportun de faire les déclarations demandées relativement à la coopération pleine et continue des autorités irakiennes, et en particulier du TSI, avec le gouvernement britannique, en ce qui concerne la possibilité pour les requérants de s'entretenir avec leurs représentants au Royaume-Uni ou le mode de fonctionnement du TSI.

170. La Cour rappelle que, lorsqu'elle constate une violation, l'Etat défendeur a l'obligation juridique non seulement de verser aux intéressés les sommes allouées au titre de la satisfaction équitable prévue par l'article 41, mais aussi, en vertu de l'article 46, de choisir, sous le contrôle du Comité des Ministres, les mesures générales et/ou, le cas échéant, individuelles à intégrer dans son ordre juridique interne afin de mettre un terme à la violation constatée par la Cour et d'en effacer autant que possible les conséquences. L'Etat défendeur demeure libre, sous le contrôle du Comité des Ministres, de choisir les moyens de s'acquitter de son obligation juridique au regard de l'article 46 de la Convention, pour autant que ces moyens soient compatibles avec les conclusions contenues dans l'arrêt de la Cour (*Scozzari et Giunta c. Italie* [GC], nos 39221/98 et 41963/98, § 249, CEDH 2000-VIII,

Assanidzé c. Géorgie [GC], n° 71503/01, § 202, CEDH 2004-II, et *Ilaşcu*, précité, § 490).

171. En l'espèce, la Cour a constaté que les actions et l'inaction des autorités britanniques avaient fait subir aux requérants une souffrance psychique causée par la crainte d'une exécution, constitutive d'un traitement inhumain au sens de l'article 3. Même si l'issue de la procédure devant le TSI demeure incertaine, cette souffrance perdure. La Cour considère que pour respecter les obligations qui lui incombent en vertu de l'article 3 de la Convention, le Gouvernement doit s'efforcer de mettre fin au plus vite à la souffrance des requérants, en prenant toutes les mesures possibles pour obtenir des autorités irakiennes l'assurance qu'ils ne seront pas soumis à la peine de mort.

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

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

«[s]i 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 moral

173. Les requérants soutiennent qu'ils ont subi un préjudice moral appelant une indemnisation substantielle, compte tenu de la nature fondamentale des droits violés et du non-respect par le Royaume-Uni de la mesure indiquée en vertu de l'article 39 du règlement. Considérant qu'il n'existe pas d'affaire comparable, mais que l'on peut s'appuyer à titre de comparaison sur les indemnisations octroyées dans les affaires relatives à l'article 2 de la Convention où l'Etat était à l'origine de la perte d'une vie ou y avait contribué, ils estiment avoir droit à une indemnisation d'un montant approximatif de 50 000 livres sterling (GBP) chacun relativement au risque d'être soumis à la peine de mort, ainsi qu'à une indemnisation de 25 000 GBP pour les violations des articles 13 et 34.

174. Le Gouvernement soutient que, dans le cas où la Cour constaterait une violation, ce constat constituerait en soi une satisfaction équitable suffisante. Il affirme que les requérants ne vivent ni dans la peur ni dans la détresse, et renvoie au rapport du prévôt général, l'officier de l'armée britannique chargé d'inspecter les centres de détention militaires britanniques à l'étranger (voir également le paragraphe 61 ci-dessus), qui

a vu les requérants à la prison de Rusafa le 24 avril 2008 et a conclu qu'ils semblaient être en bonne santé. De plus, il serait inopportun d'octroyer une indemnisation alors que les dommages allégués découleraient d'une situation dans laquelle les requérants ont été remis aux autorités d'un Etat d'accueil aux fins d'enquête et de procès sur des allégations de crimes de guerre conformément au droit international. En tout état de cause, les sommes demandées seraient excessives : les affaires sur lesquelles s'appuient les requérants à cet égard auraient porté sur l'octroi d'une indemnisation aux proches de personnes ayant effectivement été tuées.

175. Au vu de l'ensemble des circonstances de la présente espèce, la Cour considère que le constat de violation des articles 3, 13 et 34 et la mesure indiquée en vertu de l'article 46 constituent une satisfaction équitable suffisante pour le dommage moral subi par les requérants.

B. Frais et dépens

176. Au titre des frais et dépens engagés pour porter leur requête devant la Cour, les requérants demandent un montant total de 48 131,58 GBP, TVA (taxe sur la valeur ajoutée, 15 %) comprise. Cette somme correspondrait à 377 heures et 10 minutes de travail de leurs avocats, dont 189 heures et 24 minutes pour les *solicitors* aux taux horaires de 180 GBP pour le *senior solicitor* et 130 GBP pour le *junior solicitor*, 20 heures de travail d'un *Queen's Counsel* (QC) et 5 heures de travail d'un autre QC au taux horaire de 350 GBP, et 162 heures 45 minutes de travail pour trois *barristers*.

177. Le Gouvernement reconnaît que cette requête soulevait un certain nombre de questions complexes. Néanmoins, il considère que l'équipe juridique des requérants a passé sur le dossier un temps excessif, et que le recours à huit avocats différents a dû générer des coûts supplémentaires et des chevauchements de tâches. Selon lui, un montant total de 250 heures serait plus raisonnable. De plus, il estime trop élevé le taux horaire de 350 GBP avancé pour deux des avocats, et indique qu'un taux de 250 GBP serait plus approprié.

178. Compte tenu de la complexité des questions soulevées par cette affaire et de sa pratique dans des affaires comparables, la Cour octroie aux requérants 40 000 euros au titre des frais et dépens, plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt sur cette somme.

C. Intérêts moratoires

179. 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 recevable*, à l'unanimité, le grief tiré de l'article 13 de la Convention ;
2. *Dit*, à l'unanimité, qu'il y a eu violation de l'article 3 de la Convention ;
3. *Dit*, à l'unanimité, qu'il n'est pas nécessaire de trancher le point de savoir s'il y a eu violation de l'article 2 de la Convention ou de l'article 1 du Protocole n° 13 à la Convention ;
4. *Dit*, à l'unanimité, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 6 de la Convention ;
5. *Dit*, par six voix contre une, qu'il y a eu violation des articles 13 et 34 de la Convention ;
6. *Dit*, à l'unanimité,
 - a) que le constat d'une violation fournit en soi une satisfaction équitable suffisante pour le dommage moral subi par les requérants ;
 - b) que l'État défendeur doit verser aux requérants, conjointement, 40 000 EUR (quarante mille euros), pour frais et dépens, plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt sur cette somme, à convertir en livres sterling au taux applicable à la date du règlement ;
 - c) qu'à compter de l'expiration d'un délai de trois mois 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.

Fait en anglais, puis communiqué par écrit le 2 mars 2010, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Lawrence Early
Greffier

Lech Garlicki
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 Bratza.

L.G.
T.L.E.

OPINION EN PARTIE DISSIDENTE DU JUGE BRATZA

(Traduction)

1. Je suis d'accord avec la chambre pour conclure à la violation de l'article 3 de la Convention en l'espèce et pour dire, compte tenu de cette conclusion, qu'il n'est pas nécessaire de trancher la question de savoir s'il y a eu également violation de l'article 2 de la Convention ou de l'article 1 du Protocole n° 13 à la Convention.

2. La *Divisional Court* et la *Court of Appeal* ont expressément reconnu que, compte tenu de l'ensemble des éléments, il avait été démontré qu'existaient des motifs sérieux de penser que les requérants seraient exposés à un risque réel d'être condamnés à mort et exécutés s'ils étaient remis au Tribunal spécial irakien («TSI»), étant donné qu'il n'avait pas été obtenu de garanties suffisantes qu'une telle peine ne serait pas demandée ou pas imposée pour les infractions dont ils étaient accusés. Cette conclusion ne se trouve pas modifiée par le fait qu'en pratique, les accusations de meurtre pesant sur les requérants ont été ramenées à des accusations d'actes non passibles de la peine de mort, ni par le fait qu'en septembre 2009, le TSI a rejeté pour manque de preuves toutes les charges pesant sur eux. La Cour a déjà dit qu'il ne lui était pas interdit de tenir compte des informations qui viennent au jour après la remise ou le refoulement de la personne, car elles peuvent présenter un intérêt pour confirmer ou réfuter l'appréciation portée par l'Etat contractant ou le bien-fondé ou non des craintes du requérant (*Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni*, 30 octobre 1991, § 107, série A n° 215, *Mamatkoulou et Askarov c. Turquie* [GC], nos 46827/99 et 46951/99, § 69, CEDH 2005-I). Cependant, dès lors que la nature de la responsabilité assumée par les Etats contractants en vertu de l'article 3 de la Convention dans les affaires de ce type réside dans l'acte d'exposer un individu au risque de subir des mauvais traitements, il faut, pour contrôler l'existence de ce risque, se référer en priorité aux circonstances dont l'Etat en cause avait ou devait avoir connaissance au moment de l'expulsion. De plus, comme indiqué dans l'arrêt, l'affaire des requérants a de toute façon été renvoyée depuis peu par la Cour de cassation pour réouverture de l'enquête puis nouveau procès, la conséquence étant que le risque auquel ils se trouvaient exposés au moment de leur transfert n'a finalement pas été écarté.

3. Pour conclure que le Gouvernement avait manqué à ses obligations au titre de l'article 3 en l'espèce, la chambre a examiné non seulement les circonstances qui prévalaient en décembre 2008 lorsque les requérants ont été remis aux autorités irakiennes sans la moindre assurance qu'ils ne seraient pas soumis à la peine de mort, mais encore les actes et omissions

des autorités britanniques après l'arrestation et l'internement des intéressés pour raisons de sécurité en 2003 et avant le transfert de leurs affaires aux tribunaux irakiens en l'absence des assurances nécessaires.

4. Je souscris totalement au raisonnement selon lequel ces circonstances engagent la responsabilité du Gouvernement en vertu de l'article 3. Les requérants étaient à l'origine qualifiés d'«individus internés pour raisons de sécurité», leurs avis d'internement indiquant qu'ils étaient soupçonnés d'avoir été de hauts responsables du parti Baath sous l'ancien régime et d'avoir orchestré les violences perpétrées contre la force multinationale par des membres de ce régime, et que s'ils étaient libérés, ils représenteraient une menace impérieuse pour la sécurité. Ce fut la Section spéciale d'enquêtes de la Police militaire royale du Royaume-Uni qui, à l'issue d'une enquête menée de mars 2003 à octobre 2004 sur le décès de deux soldats britanniques, trouva des éléments impliquant les requérants dans le meurtre. En juin 2004, l'occupation de l'Irak prit fin et, en août de la même année, la peine de mort fut rétablie dans le code pénal irakien pour un certain nombre d'infractions, dont le meurtre. Il ressort clairement des éléments soumis à la Cour, notamment des procès-verbaux internes du Comité divisionnaire de réexamen des mesures d'internement figurant au paragraphe 44 de l'arrêt, que d'importantes négociations ont eu lieu entre le Royaume-Uni et les autorités irakiennes depuis juillet 2004 jusqu'au transfert officiel des affaires dirigées contre les requérants au juge supérieur d'instruction du Tribunal pénal central irakien (TPCI) en décembre 2005. Ces éléments montrent que, au moins au début, les autorités irakiennes ont hésité à poursuivre les requérants, compte tenu du retentissement potentiel de l'affaire. Dans le même temps, les autorités britanniques étaient préoccupées par le risque que les requérants se voient imposer la peine de mort s'ils étaient traduits devant les juridictions irakiennes. Ces préoccupations apparaissent notamment dans le procès-verbal du 3 mai 2005, où il est indiqué qu'il faut obtenir des instructions «sur les garanties qui peuvent être exigées avant le transfert de l'affaire au TPCI, compte tenu notamment des difficultés liées au risque d'imposition de la peine de mort».

5. Malgré cette conscience nette du risque que la peine de mort soit imposée aux requérants si ceux-ci étaient traduits devant un tribunal irakien et condamnés pour meurtre et malgré les possibilités que ménageaient les discussions à cette époque, il ne semble pas que les autorités britanniques aient entrepris la moindre démarche pour négocier une solution alternative au procès des deux requérants n'impliquant pas le risque de peine de mort ni pour obtenir les garanties nécessaires avant de déférer officiellement leurs affaires aux tribunaux irakiens en décembre 2005. En particulier, comme indiqué dans l'arrêt (paragraphe 141 de l'arrêt), le Royaume-Uni

n'a pas tenté, malgré les obligations contraignantes qui lui incombent en vertu de la Convention et du Protocole n° 13 à la Convention, d'obtenir l'assurance générale que les individus transférés de la garde des forces armées britanniques aux autorités irakiennes ne seraient pas soumis à la peine de mort ou l'assurance particulière que les deux requérants ne risqueraient pas la peine capitale si leurs affaires étaient déferées aux juridictions irakiennes. De fait, les premières démarches qui semblent avoir été entreprises pour obtenir une telle assurance datent de la mi-2008, c'est-à-dire qu'elles sont postérieures au transfert des affaires des intéressés et à leur requalification par les autorités britanniques en « détenus pénaux » en mai 2006 ainsi qu'à la date à laquelle le TSI a fait la première de ses nombreuses demandes de transfert des requérants, en décembre 2007.

6. C'est, de mon point de vue, ce manquement des autorités britanniques à prendre les mesures nécessaires avant le renvoi des affaires des requérants devant les juridictions irakiennes – renvoi qui a lui-même abouti à la remise des requérants à ces juridictions en décembre 2008 – qui a emporté violation des obligations incombant à l'Etat en vertu de l'article 3 de la Convention.

7. Au moment du transfert effectif des requérants, la situation avait radicalement changé. Le mandat des Nations unies permettant la présence de la force multinationale, dont faisait partie le contingent britannique, expirait le 31 décembre 2008. Après l'expiration de ce mandat, comme l'a dit la *Court of Appeal*, « la force multinationale, dans son ensemble ou en partie, n'a[vait] plus en droit international le moindre pouvoir ni la moindre autorité pour maintenir une quelconque présence en Irak, si ce n'est exclusivement et strictement en réponse à la volonté des autorités irakiennes » (§ 34, paragraphe 71 de l'arrêt) et il n'y avait « pas non plus place pour le doute raisonnable quant au fait que les conditions dans lesquelles les autorités irakiennes permettraient éventuellement aux forces britanniques de rester en Irak ne comporteraient aucun rôle ni aucune fonction leur permettant (non plus qu'à d'autres forces) de continuer à détenir des individus, et encore moins les y obligeant » (§ 35, paragraphe 71 de l'arrêt). Si elles l'avaient fait, les autorités irakiennes auraient été fondées à investir les lieux occupés par les Britanniques et à y reprendre toute personne ainsi détenue (§ 36, paragraphe 71 de l'arrêt).

8. Dans l'arrêt, la chambre rejette l'argument du Gouvernement selon lequel il n'avait pas d'autre choix à partir du 31 décembre 2008 que de respecter la souveraineté irakienne et de transférer les requérants, qui étaient des ressortissants irakiens détenus sur le territoire irakien, à la demande des autorités irakiennes. Elle s'appuie sur l'arrêt de sa jurisprudence qui expose qu'il n'est pas loisible aux Etats contractants de conclure avec d'autres Etats un accord dont les dispositions sont en conflit avec leurs propres obligations

en vertu de la Convention et que l'obligation que fait l'article 3 de ne pas remettre un fugitif à un autre Etat lorsqu'il existe des motifs sérieux de penser qu'il y serait soumis à un traitement ou une peine contraire à cet article l'emporte sur toute obligation conventionnelle pouvant avoir été contractée après l'entrée en vigueur de la Convention.

9. Je ne mets en aucun cas en question ces principes généraux établis dans la jurisprudence de la Cour, mais je ne suis pas persuadé qu'ils soient directement applicables aux circonstances particulières de la présente espèce, où les deux requérants étaient détenus sur un territoire étranger souverain par un contingent d'une force multinationale dont le mandat pour rester sur ce territoire avait expiré et qui, dès lors, n'avait plus le pouvoir ou la capacité de détenir ou de faire sortir du territoire des ressortissants de l'Etat étranger souverain concerné.

10. Ce sont ces considérations qui m'ont amené à ne pas conclure avec la majorité de la chambre qu'il y avait également eu violation des articles 13 et 34 de la Convention.

11. Les principes généraux régissant l'application de l'article 34 ont été exposés très récemment dans l'arrêt *Paladi (Paladi c. Moldova)* [GC], n° 39806/05, 10 mars 2009). Il y aura violation de l'article 34 si les autorités d'un Etat contractant ne font pas tout ce qui est raisonnablement en leur pouvoir pour se conformer aux mesures provisoires indiquées par la Cour en vertu de l'article 39 du règlement. Il incombe au gouvernement défendeur de démontrer à la Cour que la mesure provisoire a été respectée ou, dans des cas exceptionnels, qu'il y a eu un obstacle objectif qui l'a empêché de s'y conformer, et qu'il a entrepris toutes les démarches raisonnablement envisageables pour supprimer l'obstacle et pour tenir la Cour informée de la situation. L'existence d'un tel « obstacle objectif » doit s'apprécier au cas par cas compte tenu des circonstances de droit et de fait qui prévalaient au moment de l'application de l'article 39 du règlement, et l'Etat défendeur n'est pas tenu de prendre des mesures qui ne sont pas en son pouvoir.

12. A mon avis, les circonstances de la présente espèce étaient exceptionnelles. Les requérants ont saisi la Cour d'une demande de mesures provisoires le 22 décembre 2008, soit neuf jours environ avant l'expiration du mandat du Royaume-Uni et trois jours après que la *Divisional Court* avait rendu son jugement dans la procédure de contrôle juridictionnel où les requérants avaient contesté la légalité de leur remise envisagée aux autorités irakiennes. Alors que leurs affaires avaient été déférées aux juridictions irakiennes en décembre 2005 et que le TSI avait demandé pour la première fois leur transfert en décembre 2007, les requérants n'ont engagé la procédure de contrôle juridictionnel que le 12 juin 2008. Cette procédure présentait assurément une certaine complexité, mais les juridictions internes

l'ont menée à bien avec célérité : l'audience devant la *Divisional Court* s'est déroulée sur trois jours du 18 au 20 novembre 2008, et elle a rendu son jugement, qui était touffu, un mois plus tard. Le recours des requérants devant la *Court of Appeal* a fait l'objet d'une audience sur le fond les 29 et 30 décembre 2008, soit moins de dix jours après qu'ils l'aient introduit, et les juges ont rejeté le recours le deuxième jour de l'audience, en motivant brièvement leur décision et en indiquant que l'arrêt intégral suivrait. Comme indiqué au paragraphe 67 du présent arrêt, la *Court of Appeal* était unanimement d'avis qu'à partir du 31 décembre 2008, le Royaume-Uni serait totalement dépourvu du moindre pouvoir juridique de faire autrement que de donner suite à la demande du TSI ou de s'opposer à une quelconque action des autorités irakiennes. La *Court of Appeal* a donc levé l'injonction interdisant le transfert des requérants jusqu'à 16 h 30 ce même jour. Peu après en avoir été informée, la Cour a indiqué au Gouvernement une mesure provisoire en vertu de l'article 39 du règlement, l'informant que les requérants ne devaient être ni refoulés ni transférés jusqu'à nouvel ordre.

13. A la majorité, la chambre a estimé que le non-respect par le Gouvernement de la mesure indiquée en vertu de l'article 39 du règlement était injustifié, principalement pour deux raisons. La chambre a considéré qu'il n'y avait pas d'« obstacle objectif » au respect des mesures provisoires, l'absence au 31 décembre 2008 de toute autre solution possible pour respecter la souveraineté irakienne ne correspondant qu'à l'opinion subjective de l'Etat défendeur. Ensuite, elle a estimé que le Gouvernement n'avait pas démontré qu'il avait pris toutes les mesures raisonnables, ni même la moindre mesure, pour s'efforcer de respecter la mesure indiquée en vertu de l'article 39 du règlement. Elle a relevé à cet égard qu'il ne l'avait informée d'aucune tentative visant à expliquer la situation aux autorités irakiennes ou à parvenir à une solution temporaire qui eût sauvé les droits des requérants pendant qu'elle examinerait l'affaire.

14. Ni l'un ni l'autre de ces points ne me convainquent. Pour ce qui est du premier point, la question de savoir s'il existe un obstacle objectif au respect d'une mesure provisoire doit s'apprécier au moment de l'application de la mesure, en l'espèce au 30 décembre 2008. A cette époque, il existait, comme la *Court of Appeal* l'a observé, un obstacle juridique matériel au maintien en détention des requérants et au refus de les remettre aux autorités irakiennes. S'il est incontestablement pertinent dans le contexte du grief tiré de l'article 3 de la Convention, le fait que les requérants auraient pu être transférés en toute sécurité en décembre 2008 si le Royaume-Uni avait obtenu de ces autorités les assurances nécessaires quatre années auparavant n'a à mon avis aucune incidence sur la question examinée sous l'angle de l'article 34. Quant au second point, s'il y a des raisons puissantes de penser

que les assurances pertinentes auraient pu être obtenues avant le renvoi de l'affaire des requérants devant les juridictions irakiennes, l'échec des démarches entreprises après le mois de juin 2008 tend clairement à suggérer qu'il n'y avait effectivement aucune perspective réaliste d'obtenir de telles assurances ou de parvenir à une solution temporaire une fois l'expiration du mandat imminente, comme l'a indiqué M. Watkins dans ses dépositions à la *Divisional Court* et à la *Court of Appeal* (paragraphe 56 et 66 de l'arrêt).

15. Pour ces raisons, même si je suis d'accord pour dire que dans les circonstances de l'espèce, le transfert des requérants a violé leurs droits garantis par l'article 3, je ne considère pas qu'il soit nécessaire ni opportun de dire qu'il y a également eu violation de l'article 34 de la Convention.

16. Le grief tiré de l'article 13 est, comme cela ressort du paragraphe 166 de l'arrêt, essentiellement annexe à celui tiré de l'article 34, dans la mesure où les requérants soutiennent que leur transfert au mépris des mesures provisoires a privé d'efficacité tout recours devant la Chambre des Lords. Essentiellement pour les mêmes raisons que celles que je viens d'indiquer, je n'estime pas non plus opportun de conclure également à la violation de l'article 13 en l'espèce.

17. En ce qui concerne les griefs tirés par les requérants de l'article 6 de la Convention, je partage la conclusion et le raisonnement de la chambre et je n'ai rien à ajouter.

ORŠUŠ AND OTHERS v. CROATIA
(Application no. 15766/03)

GRAND CHAMBER¹

JUDGMENT OF 16 MARCH 2010

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

SUMMARY¹**Placement of Roma children in Roma-only classes owing to their allegedly poor command of the Croatian language****Article 14 in conjunction with Article 2 of Protocol No. 1**

Discrimination – Race – Right to education – Placement of Roma children in Roma-only classes owing to their allegedly poor command of the Croatian language – Insufficient safeguards in schooling arrangements for special needs of a disadvantaged group – No clear or transparent criteria for transfer to mixed classes – Margin of appreciation

*

* *

The applicants were fifteen Croatian nationals of Roma origin who attended two primary schools between 1996 and 2000. At times they attended Roma-only classes. In April 2002 they brought proceedings against the schools alleging, *inter alia*, racial discrimination and a violation of their right to education, in that the Roma-only curriculum was significantly reduced in volume and content compared to the official national curriculum. They also submitted a psychological study which concluded that segregated education produced emotional and psychological harm in Roma children, both in terms of self-esteem and development of their identity. In September 2002 a municipal court dismissed their complaint after finding that the reason why most Roma pupils were placed in separate classes was that they needed extra tuition in Croatian and that the applicants had failed to substantiate their allegations concerning racial discrimination and the reduced curriculum. That decision was upheld on appeal.

Held

(1) Article 14 in conjunction with Article 2 of Protocol No. 1: The Government had maintained that the applicants had only been put in separate classes on account of their inadequate command of the Croatian language. The Court therefore had to examine whether the school authorities had taken all necessary steps to ensure the applicants' speedy progress in learning the language and their subsequent integration into mixed classes. Even though temporary placement of children in a separate class on the ground that they lacked an adequate command of the language of instruction was not automatically contrary to Article 14, when such a measure disproportionately affected members of a specific ethnic group, effective safeguards

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

needed to be put in place at each stage of its implementation. However, there had been no clear legal basis for placing children lacking an adequate command of the Croatian language in separate classes. Moreover, the Government had not shown that such practice had been applied in respect of any other pupils with insufficient knowledge of Croatian in any other part of the country. Such practice could therefore hardly have been regarded as common or general practice designed to address the problems of children who lacked adequate command of the language of instruction. As regards the curriculum provided in Roma-only classes, the Government had contended that it was the same as in all other classes of the same grade and that, in any event, the curriculum in any single class may have been reduced by up to 30%. However, instead of simply reducing the curriculum in Roma-only classes, in the Court's view, the State was called upon to adopt appropriate positive measures with a view to assisting the applicants in acquiring the necessary language skills in the shortest time possible, notably by means of special language lessons. Such lessons had indeed been provided to some of the applicants at some stage of their primary schooling, but for instance three of the applicants had never been provided with such classes, and a further six were offered such classes only in the third grade, although they had been attending Roma-only classes since the first grade. Furthermore, there was no established programme for addressing the special needs of Roma children with insufficient command of Croatian that would include a time frame for the various phases of their acquisition of the necessary language skills. In addition, the high drop-out rate of Roma pupils in the area where the applicants had studied called for the implementation of further positive measures and the active involvement of social services in order to raise awareness of the importance of education among the Roma population. Even though the present case differed from *D.H. and Others v. the Czech Republic* in that it had not been a general policy in both schools to automatically place Roma pupils in separate classes, it was common ground that a number of European States encountered serious difficulties in providing adequate schooling for Roma children. Despite the various positive actions taken by the respondent State following the period in question, the facts of the applicants' case nevertheless indicated that their schooling arrangements were not sufficiently attended by safeguards that would ensure that, in the exercise of its margin of appreciation in the education sphere, the State had sufficient regard to their special needs as members of a disadvantaged group. As a result, the applicants had been placed in separate classes where an adapted curriculum was followed, without clear or transparent criteria as regards their transfer to mixed classes.

Conclusion: violation (nine votes to eight).

(2) Article 6 § 1: (a) *Applicability* – The Court had already acknowledged that the right to a higher education was civil in nature and the same reasoning thus applied in the context of primary education. Moreover, where a State conferred rights which could be enforced by means of a judicial remedy, these could, in principle, be regarded as civil rights within the meaning of Article 6 § 1. The applicants' right

not to be discriminated against on the basis of race was clearly guaranteed by the Constitution and, as such, enforceable before the regular civil courts in the national legal system. Article 6 was therefore applicable to the applicants' case.

(b) *Merits* – The length of the proceedings before the Constitutional Court (over four years and one month) had been excessive.

Conclusion: violation (unanimously).

Article 41: The Court made awards in respect of non-pecuniary damage and of costs and expenses.

Case-law cited by the Court

Case "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" (merits), 23 July 1968, Series A no. 6

Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark, 7 December 1976, Series A no. 23

Dudgeon v. the United Kingdom, 22 October 1981, Series A no. 45

André Simpson v. the United Kingdom, no. 14688/89, Commission decision of 4 December 1989, Decisions and Reports 64

Süßmann v. Germany, 16 September 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-IV

Buckley v. the United Kingdom, 25 September 1996, *Reports* 1996-IV

Valsamis v. Greece, 18 December 1996, *Reports* 1996-VI

Tinnelly & Sons Ltd and Others and McElduff and Others v. the United Kingdom, 10 July 1998, *Reports* 1998-IV

Larkos v. Cyprus [GC], no. 29515/95, ECHR 1999-I

Chassagnou and Others v. France [GC], nos. 25088/94, 28331/95 and 28443/95, ECHR 1999-III

Gast and Popp v. Germany, no. 29357/95, ECHR 2000-II

Thlimmenos v. Greece [GC], no. 34369/97, ECHR 2000-IV

Chapman v. the United Kingdom [GC], no. 27238/95, ECHR 2001-I

Hugh Jordan v. the United Kingdom, no. 24746/94, 4 May 2001

Willis v. United Kingdom, no. 36042/97, ECHR 2002-IV

Connors v. the United Kingdom, no. 66746/01, 27 May 2004

Hoogendijk v. the Netherlands (dec.), no. 58461/00, 6 January 2005

Okpiz v. Germany, no. 59140/00, 25 October 2005

Leyla Şahin v. Turkey [GC], no. 44774/98, ECHR 2005-XI

Timishev v. Russia, nos. 55762/00 and 55974/00, ECHR 2005-XII

Stec and Others v. the United Kingdom [GC], nos. 65731/01 and 65900/01, ECHR 2006-VI

Zarb Adami v. Malta, no. 17209/02, ECHR 2006-VIII

Kök v. Turkey, no. 1855/02, 19 October 2006

D.H. and Others v. the Czech Republic [GC], no. 57325/00, ECHR 2007-IV

Tserkva Sela Sosulivka v. Ukraine, no. 37878/02, 28 February 2008

Gülmez v. Turkey, no. 16330/02, 20 May 2008

Sampanis and Others v. Greece, no. 32526/05, 5 June 2008

Emine Araç v. Turkey, no. 9907/02, ECHR 2008

In the case of Oršuš and Others v. Croatia,

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

Jean-Paul Costa, *President*,
Nicolas Bratza,
Françoise Tulkens,
Josep Casadevall,
Karel Jungwiert,
Nina Vajić,
Anatoly Kovler,
Elisabeth Steiner,
Alvina Gyulumyan,
Renate Jaeger,
Egbert Myjer,
David Thór Björgvinsson,
Ineta Ziemele,
Isabelle Berro-Lefèvre,
Mirjana Lazarova Trajkovska,
Işıl Karakaş,
Nebojša Vučinić, *judges*,

and Vincent Berger, *Jurisconsult*,

Having deliberated in private on 1 April 2009 and on 27 January 2010,

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

PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 15766/03) against the Republic of Croatia lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by fifteen Croatian nationals (“the applicants”), on 8 May 2003.

2. The applicants were represented before the Court by the European Roma Rights Centre based in Budapest, Mrs L. Kušan, a lawyer practising in Ivanić-Grad, and Mr J.A. Goldston, of the New York Bar. The Croatian Government (“the Government”) were represented by their Agent, Mrs Š. Stažnik.

3. The applicants alleged, in particular, that the length of the proceedings before the national authorities had been excessive and that they had been

denied the right to education and discriminated against in the enjoyment of that right on account of their race or ethnic origin.

4. The application was allocated to the First Section of the Court (Rule 52 § 1 of the Rules of Court). On 17 July 2008 a Chamber of that Section, consisting of Christos Rozakis, Nina Vajić, Khanlar Hajiyev, Dean Spielmann, Sverre Erik Jebens, Giorgio Malinverni and George Nicolaou, judges, and Søren Nielsen, Section Registrar, found unanimously that there had been a violation of Article 6 § 1 of the Convention on account of the excessive length of the proceedings, and that there had not been a violation of Article 2 of Protocol No. 1 taken alone or in conjunction with Article 14 of the Convention. The Chamber also found that the first applicant had withdrawn his application on 22 February 2007 and it therefore discontinued the examination of the application in so far as it concerned the first applicant.

5. On 13 October 2008 the applicants requested, in accordance with Article 43 of the Convention and Rule 73, that the case be referred to the Grand Chamber. On 1 December 2008 a panel of the Grand Chamber accepted that request.

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

7. The applicants and the Government each filed observations on the admissibility and merits of the case. In addition, third-party comments were received from the Government of the Slovak Republic, Interights and Greek Helsinki Monitor.

8. A hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 1 April 2009 (Rule 59 § 3).

There appeared before the Court:

(a) *for the Government*

Mrs Š. Stažnik,	<i>Agent,</i>
Mr D. Maričić,	<i>Co-Agent,</i>
Mrs N. Jakir,	
Mrs I. Ivanišević,	<i>Advisers;</i>

(b) *for the applicants*

Mrs L. Kušan,	
Mr J.A. Goldston,	<i>Counsel,</i>
Mr A. Dobrushin,	
Mr T. Alexandridis,	<i>Advisers.</i>

The Court heard addresses by Mr Goldston, Mrs Kušan and Mrs Stažnik.

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

9. The applicants were born between 1988 and 1994 and live respectively in Orehovica, Podturen and Trnovec. Their names and details are set out in the appendix.

10. During their education, the applicants at times attended separate classes, comprising only Roma pupils, at a primary school in the village of Podturen for nine applicants (the second to tenth applicants) and at a primary school in the village of Macinec, in Međimurje County, for five applicants (the eleventh to fifteenth applicants). In Croatia, primary education consists of eight grades and children are obliged to attend school from the age of seven to fifteen. The first four grades are considered as lower grades and each class is assigned a class teacher who in principle teaches all subjects. The fifth to eighth grades are upper grades in which, in addition to a class teacher assigned to each class, different teachers teach different subjects. The curriculum taught in any primary school class, including the Roma-only classes which the applicants attended, may be reduced by up to 30% in comparison to the regular, full curriculum.

A. General overview of the two primary schools in question

1. Podturen Primary School

11. The proportion of Roma children in the lower grades (from the first to the fourth grade) varies from 33% to 36%. The total number of pupils in Podturen Primary School in 2001 was 463, 47 of whom were Roma. There was one Roma-only class, with 17 pupils, while the remaining 30 Roma pupils attended mixed classes.

12. In 2001 a pre-school programme called “Little School” (*Mala škola*) was introduced in the Lončarevo settlement in Podturen. It included about twenty Roma children and was designed as a preparatory programme for primary school. Three educators were involved, who had previously received special training. The programme ran from 11 June to 15 August 2001. This programme has been provided on a permanent basis since 1 December 2003. It usually includes about twenty Roma children aged from 3 to 7. The programme is carried out by an educator and a Roma assistant in cooperation with Podturen Primary School. An evaluation test is carried out at the end of the programme.

13. In December 2002 the Ministry of Education and Sports adopted a decision introducing Roma assistants in schools with Roma pupils from

the first to fourth grades. In Podturen Primary School, there was already a Roma assistant who had worked there since September 2002. A statement made by one such assistant, Mr K.B., on 13 January 2009 reads:

“I started work at Podturen Primary School in September 2002. At that time there were two classes in the fourth grade. Class four (b) had Roma pupils only and it was very difficult to work with that class because the pupils were agitated and disrupted the teaching. I contemplated leaving after only two months. At the request of teachers, I would give written invitations to the parents or I would invite them orally to come to talk with the teachers at the school. Some parents would come, but often not, and I had to go and ask them again. A lot of time was needed to explain Croatian words to the pupils because some of them continued to speak Romani and the teachers could not understand them. I told the pupils that they should attend school regularly. Some pupils would just leave classes or miss a whole day. I helped pupils with homework after school. I helped the school authorities to compile the exact list of pupils in the first grade. I no longer work at the school.”

14. Since the school year 2003/04 there have been no Roma-only classes in Podturen Primary School.

2. Macinec Primary School

15. The proportion of Roma children in the lower grades varies from 57% to 75%. Roma-only classes are formed in the lower grades and only exceptionally in the higher grades. All classes in the two final grades (seventh and eighth) are mixed. The total number of pupils in Macinec Primary School in 2001 was 445, 194 of whom were Roma. There were 6 Roma-only classes, with 142 pupils in all, while the remaining 52 Roma pupils attended mixed classes.

16. Since 2003 the participation of Roma assistants has been implemented.

17. A “Little School” pre-school programme was introduced in 2006.

B. Individual circumstances of each applicant

18. The applicants submitted that they had been told that they had to leave school at the age of 15. Furthermore, the applicants submitted statistics showing that in the school year 2006/07 16% of Roma children aged 15 completed their primary education, compared with 91% of the general primary school population in Međimurje County. The drop-out rate of Roma pupils without completing primary school was 84%, which was 9.3 times higher than for the general population. In the school year 2005/06, 73 Roma children were enrolled in the first grade and 5 in the eighth.

19. The following information concerning each individual applicant is taken from official school records.

1. Podturen Primary School

(a) The first applicant

20. By a letter of 22 February 2007, the first applicant expressed the wish to withdraw his application. Thus in the Chamber judgment of 17 July 2008 the Court decided to discontinue the examination of the application in so far as it concerned the first applicant.

(b) The second applicant

21. The second applicant, Mirjana Oršuš, was enrolled in the first grade of primary school in the school year 1997/98. She attended a mixed class that year and the following year, but in those two years she failed to go up a grade. In the school years 1999/2000 to 2002/03 she attended a Roma-only class. In 2003/04 to 2005/06 she attended a mixed class. In 2005/06 she took the sixth grade for the second time and failed. She failed the first and the sixth grades twice. Out of seventeen regular parent-teacher meetings organised during her primary schooling, her parents attended three.

22. She was provided with additional classes in Croatian in the fourth grade. From the first to the fourth grade she participated in extracurricular activities in a mixed group (that is to say a number of different activities organised for the same group of children), organised by the school. After reaching the age of 15, she left school in August 2006. Her school report shows that during her schooling she missed 100 classes without justification.

(c) The third applicant

23. The third applicant, Gordan Oršuš, was enrolled in the first grade of primary school in the school year 1996/97 and passed the first grade. That year and the following year he attended a Roma-only class. In 1998/99 and 1999/2000 he attended a mixed class and after that a Roma-only class for the remainder of his schooling. In 2002/03 he passed the fourth grade. He failed the second grade three times. Out of fifteen regular parent-teacher meetings organised during his primary schooling, his parents attended two.

24. He was not provided with additional classes in Croatian. From the first to the fourth grade he participated in extracurricular activities in a mixed group organised by the school. After reaching the age of 15 he left school in September 2003. His school report shows that during his schooling he missed 154 classes without justification.

25. Later, he enrolled in evening classes in the People's Open College in Čakovec, where he completed his primary education.

(d) The fourth applicant

26. The fourth applicant, Dejan Balog, was enrolled in the first grade of primary school in the school year 1996/97. During the first and second years he attended a Roma-only class and the following two years a mixed class. In 2000/01 to 2002/03 he attended a Roma-only class. In 2003/04 to 2005/06 he attended a mixed class. In 2005/06 he took the fifth grade for the second time and failed. He failed the second grade three times, the fourth grade once and the fifth grade twice. Out of eleven regular parent-teacher meetings organised during his primary schooling, his parents attended two.

27. He was not provided with additional classes in Croatian. From the first to the fourth grade he participated in extracurricular activities in a mixed group organised by the school. After reaching the age of 15, he left school in August 2006. His school report shows that during his schooling he missed 881 classes without justification.

28. Later, he enrolled in fifth-grade evening classes, but did not attend.

(e) The fifth applicant

29. The fifth applicant, Siniša Balog, was enrolled in the first grade of primary school in 1999/2000 and passed the first grade. In 1999/2000 to 2002/03 he attended a Roma-only class, after which he attended a mixed class. In 2006/07 he took the fifth grade for the third time and failed. He failed the fourth grade once and the fifth grade three times. Out of eleven regular parent-teacher meetings organised during his primary schooling, his parents attended one.

30. He was not provided with additional classes in Croatian. From the first to the fourth grade he participated in extracurricular activities in a mixed group organised by the school. After reaching the age of 15, he left school in 2008. His school report shows that during his schooling he missed 1,304 classes without justification. In October 2006 the school authorities wrote to the competent social welfare centre informing them of the applicant's poor school attendance.

(f) The sixth applicant

31. The sixth applicant, Manuela Kalanjoš, was enrolled in the first grade of primary school in the school year 1996/97 and attended a Roma-only class. The following two years she attended a mixed class. In 1999/2000 to 2002/03 she attended a Roma-only class and passed the fourth grade, after which she attended a mixed class. From February 2003

she followed an adapted curriculum for the rest of her schooling on the ground that a competent expert committee – the Children’s Psycho-physical Aptitude Assessment Board (*Povjerenstvo za utvrđivanje psihofizičkog stanja djeteta*) had established that she suffered from developmental difficulties. In 2004/05 she took the fifth grade for the second time and failed. She failed the first grade three times and the fifth grade twice. Out of eleven regular parent-teacher meetings organised during her primary schooling, her parents attended three.

32. She was provided with additional classes in Croatian in her third grade. From the first to the fourth grade she participated in extracurricular activities in a mixed group organised by the school. After reaching the age of 15, she left school in August 2005. Her school report shows that during her schooling she missed 297 classes without justification.

33. Later, she enrolled in fifth-grade evening classes, but did not attend.

(g) The seventh applicant

34. The seventh applicant, Josip Oršuš, was enrolled in the first grade of primary school in 1999/2000 and attended a Roma-only class up to and including the school year 2002/03, after which he attended a mixed class. From May 2002 he followed an adapted curriculum in his further schooling on the ground that a competent expert committee – the Children’s Psycho-physical Aptitude Assessment Board (*Komisija za utvrđivanje psihofizičke sposobnosti djece*) had established that he suffered from developmental difficulties. In 2007/08 he took the sixth grade for the second time and failed. He failed the fifth and sixth grades twice. Out of fifteen regular parent-teacher meetings organised during his primary schooling, his parents attended two.

35. He was provided with additional classes in Croatian in the third grade in 2001/02. From the first to the fourth grade he participated in extracurricular activities in a mixed group organised by the school. After reaching the age of 15, he left school in February 2008. His school report shows that during his schooling he missed 574 classes without justification.

(h) The eighth applicant

36. The eighth applicant, Biljana Oršuš, was enrolled in the first grade of primary school in the school year 1996/97 and in her first three school years attended a Roma-only class, after which she attended a mixed class for two years. On 28 December 2000 the Međimurje County State Administration Office for Schooling, Culture, Information, Sport and Technical Culture (*Ured za prosvjetu, kulturu, informiranje, šport i tehničku kulturu Međimurske Županije*) ordered that she follow an adapted curriculum during the rest

of her schooling on the ground that a competent expert committee – the Children’s Psycho-physical Aptitude Assessment Board – had established that she suffered from poor intellectual capacity, concentration difficulties and socio-pedagogical neglect. It was also established that she was in need of treatment from the competent social welfare centre. In 2001/02 and 2002/03 she attended a Roma-only class and passed the fourth grade. In the following two school years she attended a mixed class, took the fifth grade for the second time and failed. She failed the third grade three times and the fifth grade twice. Out of seven regular parent-teacher meetings organised during her primary schooling, her parents attended three.

37. She was provided with additional classes in Croatian in the third grade in 2001/02. She participated in extracurricular activities in a mixed group organised by the school. After reaching the age of 15, she left school in August 2005. Her school report shows that during her schooling she missed 1,533 classes without justification.

(i) The ninth applicant

38. The ninth applicant, Smiljana Oršuš, was enrolled in the first grade of primary school in the school year 1999/2000 and attended a Roma-only class up to and including 2002/03, after which she attended a mixed class. In 2006/07 she took the fifth grade for the third time and failed. She failed the fourth grade once and the fifth grade three times. Out of eleven regular parent-teacher meetings organised during her primary schooling, her parents attended three.

39. She was provided with additional classes in Croatian in the third grade in 2001/02. From the first to the fourth grade she participated in extracurricular activities in a mixed group organised by the school. After reaching the age of 15, she left school in August 2007. Her school report shows that during her schooling she missed 107 classes without justification.

(j) The tenth applicant

40. The tenth applicant, Branko Oršuš, was enrolled in the first grade of primary school in the school year 1997/1998 and attended a mixed class for the first two years. From 1999/00 to 2002/03 he attended a Roma-only class, after which he attended a mixed class. On 23 February 2005 the Međimurje County State Welfare Department ordered that he follow an adapted curriculum during the rest of his schooling on the ground that a competent expert committee – the Children’s Psycho-physical Assessment Board – had established that he suffered from developmental difficulties. In 2005/06 he failed the sixth grade. He failed the first grade twice and the

fourth and sixth grades once. Out of eleven regular parent-teacher meetings organised during his primary schooling, his parents attended one.

41. He was provided with additional classes in Croatian in the third grade in the school year 2001/02. He participated in extracurricular activities in a mixed group organised by the school. After reaching the age of 15, he left school in August 2006. His school report shows that during his schooling he missed 664 classes without justification.

2. Macinec Primary School

(a) The eleventh applicant

42. The eleventh applicant, Jasmin Bogdan, was enrolled in the first grade of primary school in 1997/98. The preliminary tests carried out before his assignment to a particular class showed that he did not understand the Croatian language. He scored 15 out of 97 points (15.5%). He was therefore assigned to a Roma-only class, where he spent his entire schooling. In 2004/05 he took the fifth grade for the second time and failed. He failed the first and the fourth grades once and the fifth grade twice. Out of twenty-four parent-teacher meetings organised during his entire primary schooling, his parents attended none.

43. He was provided with additional classes in Croatian in the third grade in the school year 2001/02. After reaching the age of 15, he left school in August 2005. His school report shows that during his schooling he missed 1,057 classes without justification.

(b) The twelfth applicant

44. The twelfth applicant, Josip Bogdan, was enrolled in the first grade of primary school in 1999/2000. The preliminary tests carried out before his assignment to a particular class showed that he did not understand the Croatian language. He scored 8 out of 97 points (8.25%). He was therefore assigned to a Roma-only class, where he spent his entire schooling. In 2006/07 he took the third grade for the second time and failed. He failed the first grade once, the second grade three times and the third grade twice. Out of thirty-seven regular parent-teacher meetings organised during his primary schooling, his parents attended none.

45. He was provided with additional classes in Croatian in the first, second and third grades. In the second grade he participated in a dancing group and in the third grade in a choir. After reaching the age of 15, he left school in August 2007. His school report shows that during his schooling he missed 1,621 classes without justification.

(c) The thirteenth applicant

46. The thirteenth applicant, Dijana Oršuš, was enrolled in the first grade of primary school in the school year 2000/01. The preliminary tests carried out before her assignment to a particular class showed that she had inadequate knowledge of the Croatian language. She scored 26 out of 97 points (26.8%). She was therefore assigned to a Roma-only class, where she spent her entire schooling. In 2007/08 she passed the fifth grade. She failed the first grade twice and the second grade once. Out of thirty-two regular parent-teacher meetings organised during her primary schooling, her parents attended six.

47. She was provided with additional classes in Croatian in the first grade. In the first grade she participated in extracurricular activities in a mixed group and in the fifth grade in a choir. After reaching the age of 15, she left school in August 2008. Her school report shows that during her schooling she missed 522 classes without justification.

(d) The fourteenth applicant

48. The fourteenth applicant, Dejan Oršuš, was enrolled in the first grade of primary school in 1999/2000. The preliminary tests carried out before his assignment to a particular class showed that he did not understand the Croatian language. He scored 15 out of 97 points (15.5%). He was therefore assigned to a Roma-only class, where he spent his entire schooling. In 2005/06 he passed the third grade. He failed the first grade three times and the third grade once. Out of twenty-eight regular parent-teacher meetings organised during his primary schooling, his parents attended five.

49. He was provided with additional classes in Croatian in the first grade. After reaching the age of 15, he left school in August 2006. His school report shows that during his schooling he missed 1,033 classes without justification.

(e) The fifteenth applicant

50. The fifteenth applicant, Danijela Kalanjoš, was enrolled in the first grade of primary school in the school year 2000/01. The preliminary tests carried out before her assignment to a particular class showed that her understanding of the Croatian language was poor. She scored 37 out of 97 points (38.14%). She was therefore assigned to a Roma-only class, where she spent her entire schooling. In 2007/08 she passed the fifth grade. She failed the first grade twice and the second grade once. Out of twenty-one regular parent-teacher meetings organised during her entire primary schooling, her parents attended two.

51. She was provided with additional classes in Croatian in the first grade. In the first grade she participated in extracurricular activities in a mixed group, in the second grade in dancing, in the third grade in handicraft classes, and in the fifth grade in a choir. After reaching the age of 15, she left school in August 2008. Her school report shows that during her schooling she missed 238 classes without justification.

C. Proceedings before the national courts

52. On 19 April 2002 the applicants brought an action under section 67 of the Administrative Disputes Act in the Čakovec Municipal Court (*Općinski sud u Čakovcu*) against the above-mentioned primary schools and Kuršanec Primary School, the State and Međimurje County (“the defendants”). They submitted that the teaching organised in the Roma-only classes in the schools in question was significantly reduced in volume and in scope compared to the officially prescribed curriculum. The applicants claimed that the situation described was racially discriminating and violated their right to education as well as their right to freedom from inhuman and degrading treatment. They requested the court to order the defendants to refrain from such conduct in the future.

53. The applicants also produced the results of a psychological study of Roma children attending Roma-only classes in Međimurje, carried out immediately before their action was lodged, showing the following:

- most children had never had a non-Roma child as a friend;
- 86.9% expressed a wish to have a non-Roma child as a friend;
- 84.5% expressed a wish to attend a mixed class;
- 89% said they felt unaccepted in the school environment;
- 92% stated that Roma and non-Roma children did not play together.

Furthermore, the report asserted that segregated education produced emotional and psychological harm in Roma children, in terms of lower self-esteem and self-respect and problems in the development of their identity. Separate classes were seen as an obstacle to creating a social network of Roma and non-Roma children.

54. The defendants each submitted replies to the arguments put forward by the applicants, claiming that there was no discrimination of Roma children and that pupils enrolled in school were all treated equally. They submitted that all pupils were enrolled in school after a committee (composed of a physician, a psychologist, a school counsellor (*pedagog*), a defectologist and a teacher) had found that the candidates were physically and mentally ready to attend school. The classes within a school were formed depending on the needs of the class, the number of pupils, etc. In particular,

it was important that classes were formed in such a way that they enabled all pupils to study in a stimulating environment.

55. Furthermore, the defendants submitted that pupils of Roma origin were grouped together not because of their ethnic origin, but rather because they were often not proficient in Croatian and it took more exercises and repetitions for them to master the subjects taught. Finally, they claimed that Roma pupils received the same quality of education as other pupils as the scope of their curriculum did not differ from that prescribed by law.

56. On 26 September 2002 the Čakovec Municipal Court dismissed the applicants' action, accepting the defendants' argument that the reason why most Roma pupils were placed in separate classes was that they were not fluent in Croatian. Consequently, the court held that this was not unlawful and that the applicants had failed to substantiate their allegations concerning racial discrimination. Lastly, the court concluded that the applicants had failed to prove the alleged difference in the curriculum of the Roma-only classes.

57. On 17 October 2002 the applicants appealed against the first-instance judgment, claiming that it was arbitrary and contradictory.

58. On 14 November 2002 the Čakovec County Court (*Županijski sud u Čakovcu*) dismissed the applicants' appeal, upholding the reasoning of the first-instance judgment.

59. Subsequently, on 19 December 2002, the applicants lodged a complaint with the Constitutional Court (*Ustavni sud Republike Hrvatske*) under section 62 of the Constitutional Act on the Constitutional Court. In their constitutional complaint the applicants reiterated their earlier arguments, relying on the relevant provisions of the Constitution and of the Convention.

60. On 3 November 2003 the applicants' lawyer lodged an application with the Constitutional Court to expedite the proceedings. On 7 February 2007 the Constitutional Court dismissed the applicants' complaint in its decision no. U-III-3138/2002, published in Official Gazette no. 22 of 26 February 2007. The relevant parts of the decision read as follows.

"The first-instance court established in the impugned judgment that the criteria for formation of classes in the defendant primary schools had been knowledge of the Croatian language and not the pupils' ethnic origin. The [first-instance] court considered that the complainants had failed to prove their assertion that they had been placed in their classes on the basis of their racial and ethnic origin. The [first-instance] court stressed that the complainants relied exclusively on the activity report of the Ombudsman for the year 2000. However, the Ombudsman said in his evidence that the part of the report referring to the education of Roma had been injudicious because all the relevant facts had not been established.

The first-instance court relied on section 27 paragraph 1 of the Primary Education Act ... which provides that teaching in primary schools is in the Croatian language and Latin script, and considered a lack of knowledge of the Croatian language as an objective impediment in complying with the requirements of the school curriculum, which also transpires from the conclusion of a study carried out for the needs of the Croatian Helsinki Committee. The [first-instance] court found:

‘pupils enrolling in the first year of primary schools have to know the Croatian language, so that they are able to follow the teaching, if the purpose of primary education is to be fulfilled. It is therefore logical that classes with children who do not know the Croatian language require additional efforts and commitment of teachers, in particular to teach them the Croatian language.’

The first-instance court found that the defendants had not acted against the law in that they had not changed the composition of classes once established, as only in exceptional situations was the transfer of pupils from one class to another allowed. The [first-instance] court considered that this practice respected the integrity of a class and its unity in the upper grades.

The [first-instance] court considered that classes should be formed so as to create favourable conditions for an equal approach to all pupils according to the prescribed curriculum and programme, which could be achieved only where a class consisted of a permanent group of pupils of approximately the same age and knowledge.

Furthermore, the [first-instance] court found that the complainants had failed to prove their assertion that ... they had a curriculum of significantly smaller volume than the one prescribed for primary schools by the Ministry of Education and Sports on 16 June 1999. The [first-instance] court found that the above assertion of the complainants relied on the Ombudsman’s report. However, the Ombudsman said in his testimony that he did not know how the fact that in Roma-only classes the teaching followed a so-called special programme had been established.

The [first-instance] court established that teaching in the complainants’ respective classes and the parallel ones followed the same curriculum. Only in the Kuršanec Primary School were there some deviations from the school curriculum, but the [first-instance] court found those deviations permissible since they had occurred ... at the beginning of the school year owing to low attendance.

After having established that the complainants had not been placed in their classes according to their racial and ethnic origin and that the curriculum had been the same in all parallel classes, the first-instance court dismissed the complainants’ action.

...

The reasoning of the first-instance judgment ... shows that the defendant primary schools replied to the complainants’ allegations as follows:

‘The [defendant schools] enrolled in the first year those children found psycho-physically fit to attend primary school by a committee composed of a physician, a psychologist, a school counsellor [*pedagog*], a defectologist and a teacher. They did not enrol Croatian children or Roma children as such, but children found by the said

committee to be psychologically and physically fit to be enrolled in primary school. ... The defendant primary schools maintain that the first obstacle for Roma children in psychological tests is their lack of knowledge of the Croatian language in terms of both expression and comprehension. As to the emotional aspect of maturity, most of these children have difficulty channelling their emotions. In terms of social maturity, children of Roma origin do not have the basic hygienic skills of washing, dressing, tying or buttoning, and a lot of time is needed before they achieve these skills. ... It is therefore difficult to plan lessons with sufficient motivation for all children, which is one of the obligations of primary schools. There are classes composed of pupils not requiring additional schooling to follow the teaching programme and classes composed of pupils who require supplementary work and assistance from teachers in order to acquire the necessary [skills] they lack owing to social deprivation. ...'

The reasoning of the same judgment cites the testimony of M.P.-P., a school counsellor and psychologist at Macinec Primary School, given on 12 December 2001 ...;

'Before enrolment the committee questions the children in order to establish whether they possess the skills necessary for attending school. Classes are usually formed according to the Gauss curve, so that the majority in a given class are average pupils and a minority below or above average. ... However, in a situation where 70% of the population does not speak Croatian, a different approach is adopted so as to form classes with only pupils who do not speak Croatian, because in those classes a teacher's first task is to teach the children the language.'

The above shows that the allocation of pupils to classes is based on the skills and needs of each individual child. The approach is individualised and carried out in keeping with professional and pedagogical standards. Thus, the Constitutional Court finds the approach applied correct since only qualified experts, in particular in the fields of pedagogy, school psychology and defectology, are responsible for assigning individual children to the appropriate classes.

The Constitutional Court has no reason to question the findings and expert opinions of the competent committees, composed of physicians, psychologists, school counsellors [*pedagog*], defectologists and teachers, which in the instant case found that the complainants should be placed in separate classes.

None of the facts submitted to the Constitutional Court leads to the conclusion that the placement of the complainants in separate classes was motivated by or based on their racial or ethnic origin.

The Constitutional Court finds that their placement pursued the legitimate aim of necessary adjustment of the primary educational system to the skills and needs of the complainants, where the decisive factor was their lack of knowledge or inadequate knowledge of Croatian, the language used to teach in schools.

The separate classes were not established for the purpose of racial segregation in enrolment in the first year of primary school but as a means of providing children with supplementary tuition in the Croatian language and eliminating the consequences of prior social deprivation.

It is of particular importance to stress that the statistical data on the number of Roma children in separate classes in the school year 2001/02 ... are not in themselves sufficient to indicate that the defendants' practice was discriminatory (see also the European Court of Human Rights judgments *Hugh Jordan v. the United Kingdom*, no. 24746/94, § 154, 4 May 2001, and *D.H. and Others v. the Czech Republic*, no. 57325/00, § 46, 7 February 2006).

Moreover, the complainants themselves maintain in their constitutional complaint that in the school year 2001/02 40.93% of Roma children in Međimurje County were placed in regular classes, which tends to support the Constitutional Court's conclusion that there is no reason to challenge the correct practice of the defendant primary schools and expert committees.

...

In their constitutional complaint the complainants further point out that, '[e]ven if lack of knowledge of the Croatian language on enrolment in the first year was a problem, the same could not be said of the complainants' enrolment in upper grades'. They therefore consider that their rights were violated by the courts' findings that it had been justified to maintain separate [Roma-only] classes in the upper grades in order to preserve the stability of the wholeness of a given class. The complainants submit that the stability of a class should not have been placed above their constitutional rights, multiculturalism and national equality.

In that regard the Constitutional Court accepts the complainants' arguments.

While the Constitutional Court considers correct and acceptable the courts' findings that lack of knowledge of the Croatian language represents an objective obstacle justifying the formation of separate classes for children who do not speak Croatian at all or speak it badly when they start school ... bearing in mind the particular circumstance of the present case, it cannot accept the following conclusion of the first-instance court:

'Furthermore, the integrity and unity of a class is respected in the upper grades. Therefore, transfer of children from one class to another occurs only exceptionally and in justified cases ... because a class is a homogeneous whole and transferring children from one class to another would produce stress. ... The continuity of a group is a precondition for the development of a class collective ...'

Accordingly, the Constitutional Court cannot accept the following view of the appellate court:

'The classes are formed when the children enter the first year of their schooling, not every year, and their composition changes only exceptionally. They become a settled whole which makes for work of a higher quality and it is not pedagogically justified to change them. Therefore this court, like the first-instance court, concludes that maintaining established classes did not amount to an unlawful act.'

The above views of the courts would have been acceptable had they referred to the usual situations concerning the assignment of pupils to upper grade classes in primary

schools where no objective need for special measures existed, such as forming separate classes for children with inadequate command of Croatian.

Considering the circumstances of the present case, the Constitutional Court finds that it is in principle objectively and reasonably justified to maintain separate classes in the upper grades of primary school only for pupils who have not attained the level of Croatian necessary for them to follow the school curriculum of regular classes properly.

...

However, there is no objective or reasonable justification for not transferring to a regular class a pupil who has attained proficiency in Croatian in the lower grades of primary school and successfully mastered the prescribed school curriculum.

...

Keeping such a pupil in a separate class against his or her will ... for reasons unrelated to his or her needs and skills would be unacceptable from the constitutional point of view with regard to the right of equality before the law, guaranteed under Article 14 § 2 of the Constitution.

...

... [A] constitutional complaint is a particular constitutional instrument for the protection of a legal subject whose human right or fundamental freedom guaranteed under the Constitution has been infringed in an individual act of a State or public body which determined his or her rights and obligations.

The present constitutional complaint concerns impugned judgments referring to the school year 2001/02. However, not a single complainant alleges that in that school year he or she was a pupil in a separate [Roma-only] upper-grade class or was personally affected or concerned by the contested practice ...

Although it does not concern the individual legal position of any of the complainants ..., in respect of the complainants' general complaint about the maintaining of Roma-only classes in the upper grades of primary school the Constitutional Court has addressed the following question:

– was the continued existence of Roma-only classes in the upper grades of primary school ... caused by the defendants' intent to discriminate those pupils on the basis of their racial or ethnic origin?

... [N]one of the facts submitted to the Constitutional Court lead to the conclusion that the defendants' ... practice was aimed at discrimination of the Roma pupils on the basis of their racial or ethnic origin.

...

The complainants further complain of a violation of their right to education on the ground that the teaching organised in those classes was more reduced in volume and in scope than the curriculum for primary schools adopted by the Ministry of Education

and Sports on 16 June 1999. They consider that ‘their placement in Roma-only classes with an inferior curriculum stigmatises them as being different, stupid, intellectually inferior and children who need to be separated from normal children in order not to be a bad influence on them. Owing to their significantly reduced and simplified school curriculum, their prospects of higher education or enrolment in high schools as well as their employment options or chances of advancement are slimmer ...’

After considering the entire case file, the Constitutional Court has found that the above allegations are unfounded. The case file, which includes the first-instance judgment ..., shows that the allegations of an inferior curriculum in Roma-only classes are not accurate. The Constitutional Court has no reason to question the facts as established by the competent court.

The possible difference in curricula between parallel classes for objective reasons (for example the low attendance at Kuršanec Primary School, where in the first term of the school year 2001/02 the pupils in classes 1c, 1d, 2b and 2c missed 4,702 lessons in total, 4,170 of which were missed for no justified reason) does not contravene the requirement that the curriculum be the same in all parallel classes.

The Constitutional Court is obliged to point out that neither the Constitution nor the Convention guarantees any specific requirements concerning school curricula or their implementation. First and foremost the Constitution and the Convention guarantee a right of access to educational institutions existing in a given State, as well as an effective right to education, in other words that every person has an equal right to obtain official recognition of the studies which he or she has completed (a similar view was expressed by the European Court of Human Rights in a case relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in [*Case “relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in” Belgium*] (merits), 23 July 1968, Series A no. 6). ...

... [T]he Constitutional Court finds the evidence submitted in the present proceedings insufficient to show beyond doubt that the complainants had to follow a school curriculum of lesser scope. ...

Thus, the Constitutional Court considers the complainants’ assertion about being stigmatised as a subjective value judgment, without reasonable justification. The Constitutional Court finds no factual support for the complainants’ assertion that the source of their stigmatisation was an allegedly reduced curriculum owing to which their prospects for further education were lower, and dismisses that assertion as arbitrary. The competent bodies of the Republic of Croatia recognise the level of education a person has completed irrespective of his or her racial or ethnic origin. In that respect everyone is equal before the law, with equal chances of advancement according to their abilities.”

II. RELEVANT DOMESTIC LAW

A. The Constitution

61. Article 14 of the Constitution reads:

“Everyone in the Republic of Croatia shall enjoy rights and freedoms, regardless of race, colour, gender, language, religion, political or other belief, national or social origin, property, birth, education, social status or other characteristics.

All shall be equal before the law.”

B. The Constitutional Act on the Constitutional Court

62. The relevant parts of section 62 of the Constitutional Act on the Constitutional Court (*Ustavni zakon o Ustavnom sudu Republike Hrvatske*, Official Gazette no. 49/2002 of 3 May 2002 read:

“1. Everyone may lodge a constitutional complaint with the Constitutional Court if he or she deems that the individual act of a state body, a body of local and regional self-government, or a legal person with public authority, which decided about his or her rights and obligations, or about suspicion or accusation of a criminal act, has violated his or her human rights or fundamental freedoms, or his or her right to local and regional self-government guaranteed by the Constitution (hereinafter: constitutional right) ...

2. If another legal remedy exists against the violation of the constitutional right [complained of], the constitutional complaint may be lodged only after that remedy has been exhausted.

3. In matters in which an administrative action or, in civil and non-contentious proceedings, an appeal on points of law is allowed, remedies are exhausted only after the decision on these legal remedies has been given.”

C. The Administrative Disputes Act

63. Section 67 of the Administrative Disputes Act (*Zakon o upravnim sporovima*, Official Gazette nos. 53/1991, 9/1992 and 77/1992) provides for special proceedings for the protection of constitutional rights and freedoms from unlawful acts of public officials, specifically that an action can be brought if the following conditions are met: (a) an unlawful action has already taken place; (b) such action is the work of a government official/body/agency or another legal entity; (c) the action resulted in a violation of one or more of the plaintiff's constitutional rights; and (d) the Croatian legal system does not provide for any other avenue of redress.

D. The Primary Education Act

64. The relevant provisions of the Primary Education Act (*Zakon o osnovnom školstvu*, Official Gazette nos. 59/1990, 26/1993, 27/1993, 29/1994, 7/1996, 59/2001, 114/2001 and 76/2005) read:

Section 2

“The purpose of primary education is to enable a pupil to acquire knowledge, skills, views and habits necessary for life and work or further education.

A school is obliged to ensure continuous development of each pupil as a spiritual, physical, moral, intellectual and social being in accordance with her or his abilities and preferences.

The aims of primary education are:

- to arouse and cultivate in pupils an interest and independence in learning and problem solving as well as creativity, moral consciousness, aesthetic tastes and criteria, self-esteem and responsibility towards the self and nature, social, economic and political awareness, tolerance and ability to cooperate, respect for human rights, achievements and aspirations;

- to teach literacy, communication, calculation, scientific and technological principles, critical observation, rational argumentation, understanding of the life we live and understanding of the interdependence of people and nature, individuals and nations.

The aims and tasks of primary education shall be realised according to the established teaching plans and programmes.”

Section 3

“Primary education lasts at least eight years.

Primary education is in principle mandatory for all children from six to fifteen years of age.”

III. COUNCIL OF EUROPE REPORTS CONCERNING CROATIA

A. The European Commission against Racism and Intolerance (ECRI)

1. The first report on Croatia, published on 9 November 1999

65. The relevant part of the report concerning the situation of Roma reads:

“32. Overall, Roma/Gypsy are reported to continue to face societal discrimination and official inaction when complaints are filed. Progress has been made in the fields of education and public awareness, through the publication of studies on the subject of

Romani education, initiatives related to the organisation and financing of education of Roma children, training of Roma teachers, and public forums on the difficulties faced by Roma/Gypsy society. The authorities are encouraged to give further support to such initiatives, taking into account ECRI's General Policy Recommendation No. 3 on combating racism and intolerance against Roma/Gypsies. ...”

2. The second report on Croatia, published on 3 July 2001

66. The relevant parts of this report read:

“Access to education

41. Education of Roma/Gypsy children is a serious problem in Croatia. Many Roma/Gypsy children do not go to school, having either dropped out or having never attended. According to Roma/Gypsy representatives, there are regions where not a single Roma/Gypsy child attends school. ECRI understands that the reasons for this situation are complex, and there is no easy solution, however emphasises the need to increase the participation of Roma/Gypsy children at all levels of education. The Croatian authorities are encouraged to make special efforts in this regard.

42. ECRI wishes to draw attention to its General Policy Recommendation No. 3 on combating racism and intolerance against Roma/Gypsies, where the existence of discrimination in explaining the process of social exclusion is highlighted. An investigation should be carried out into the role of stereotypes and prejudices of teachers, which may lead to low expectations for Roma/Gypsy children. ECRI recommends, in this respect, that training be offered to teachers, including information about the particular needs and expectations of Roma/Gypsies and the ability to use this knowledge effectively. As insufficient knowledge of the Croatian language upon entry to classes may also present an obstacle, ECRI emphasises the importance of preparatory classes, additional training in the Croatian language and increased opportunities to study the Roma language in the early years of schooling, which might assist Roma/Gypsy children in integrating into the educational system. ECRI notes with interest initiatives such as the “Programme for Including Roma children in the Education System of the Republic of Croatia”, launched in 1998, and encourages the authorities in their efforts to continue to develop and implement appropriate measures in cooperation with Roma associations. Roma/Gypsy organisations have highlighted the connection between poverty, poor living conditions and school attendance. The Croatian authorities might consider creating special assistance programmes for Roma/Gypsy and other children from extremely poor families who may find the costs of textbooks, other school materials and proper school dress prohibitive.”

3. The third report on Croatia, published on 14 June 2005

67. The relevant parts of this report read:

“Education and awareness raising

83. ECRI is concerned to learn that schoolbooks sometimes convey negative images of certain minority groups, particularly ... Roma.

...

Situation of the Roma community in Croatia

...

137. ECRI is pleased to learn that in October 2003 the government adopted a national programme for the Roma which aims to resolve many of the difficulties encountered by Roma in their day-to-day lives. The programme is based on the observation that Roma are largely marginalised in social and public activities and experience worse living conditions than the average majority population and other minorities. The programme aims to abolish all forms of discrimination, violence, stereotyping and prejudice against Roma, while ensuring that they do not lose their own identity, culture or traditions. In order to achieve this aim, the programme sets out a series of measures in areas such as access to citizenship, education, housing, access to public services and relations with the police. In 2004, a commission made up of government representatives, Roma and NGO [non-governmental organisation] representatives was set up to monitor the programme and develop a joint action plan for the different ministries. A number of measures have already been taken, such as the training of Roma as assistants in schools or as police officers and the training of young Roma at seminars on participation in public life. ... However, implementation of the programme has not really got off the ground yet and NGOs are critical of the lack of budgetary resources provided, though these are essential to the success of such a programme. The programme must be regarded as positive, although in ECRI's view it does not sufficiently emphasise the part played by stereotyping and prejudice against Roma, both among the population and among representatives of the public authorities, in the difficulties encountered by this community. ECRI also notes with interest that the government is in the process of adopting a national action plan for Roma integration, which proposes a wide range of measures to improve the situation of Roma.

...

Access to education for Roma children

141. In its second report on Croatia, ECRI recommended that the Croatian authorities make special efforts to increase the participation of Roma children at all levels of education.

142. The authorities have taken measures to facilitate Roma children's access to education, such as setting up nursery school classes enabling them to learn Croatian, training teachers in Roma culture and training young Roma as assistants in schools. Some Roma now receive State grants to enrol in university. However, as they are very recent and applied on a small scale these measures are not enough to offset the fact that Roma children are very much behind in terms of equal opportunities in education. Many Roma children leave school at a very early age. They do not always have access to education in their mother tongue and their own culture in schools, in spite of the legislation on the rights of national minorities which provides for this possibility. The authorities have explained to ECRI that this is because the Roma have not asked for it themselves and because the Romani language is not standardised, with several Romani

dialects in Croatia. However, some Roma representatives have expressed the wish that the school curriculum for Roma children should include teaching of their mother tongue and Roma culture, though they also emphasise the importance of learning Croatian.

143. ECRI is particularly concerned by allegations that separate classes solely for Roma children exist alongside classes for non-Roma children in some schools in the Međimurje region. According to several NGOs, including the European Roma Rights Centre, education in the classes set aside for Roma children is of poorer quality than in the other classes. According to the authorities, however, the sole reason why there are still classes comprising only Roma children is the *de facto* segregation which they face where housing is concerned, since Roma are sometimes in the majority in some areas. Nevertheless, this explanation does not provide a response to allegations that when the authorities tried to introduce mixed classes instead of separate classes in some schools, they came up against opposition from the non-Roma parents, who apparently signed petitions against this measure, with the result that the separate classes were maintained. ECRI notes that proceedings for racial segregation are pending before the national courts in this connection.

Recommendations

144. ECRI urges the Croatian authorities to take measures without delay to improve equal opportunities for Roma children in education. It stresses the paramount importance of elaborating a short-, medium- and long-term policy in the matter and providing sufficient funds and other resources to implement this policy. In particular, it should be made easier for Roma children to learn Croatian while also allowing those who so wish to be taught their Romani dialect and Roma culture.

145. ECRI encourages the Croatian authorities to conduct an in-depth investigation into the allegations that segregation is practised between Roma and non-Roma children in some schools and to rapidly take all the necessary measures, where appropriate, to put an end to such situations.

146. ECRI reiterates its recommendations that a study be carried out on the influence of stereotyping and prejudices among teachers, which may lead to low expectations of Roma children. It encourages all measures designed to educate teachers about Roma culture.”

B. Advisory Committee on the Framework Convention for the Protection of National Minorities

1. Opinion on Croatia adopted on 6 April 2001

68. The relevant parts of the opinion read:

Article 4

“...

28. The Advisory Committee finds that Croatia has not been able to secure full and effective equality between the majority population and Roma and that the situation

of Roma remains difficult in such fields as employment, housing and education. It appears, however, that Roma issues have recently received increasing attention from the central authorities. The Advisory Committee finds it important that this commitment increases the vigour with which sectoral projects for Roma, such as the ones in the field of education (see also comments under Article 12), are pursued and leads to the development, in consultations with Roma, of more comprehensive programmes and strategies to address the concerns of this national minority.

...”

Article 12

“ ...

49. While recognising that there appears to be no large-scale separation of Roma children within the educational system of Croatia, the Advisory Committee is highly concerned about reports that in certain schools, Roma children are placed in separate classes and school facilities are organised and operated in a manner that appears to stigmatise Roma pupils. The Advisory Committee stresses that placing children in separate classes should take place only when it is absolutely necessary and always on the basis of consistent, objective and comprehensive tests. The Advisory Committee supports the efforts of the office of the Ombudsman to review this situation with a view to ensuring that Roma children have equal access to, and opportunities to continue to attend, regular classes. The Advisory Committee is aware of the reservations expressed by some Roma with respect to the integration of Roma pupils into regular classes and supports efforts to involve Roma parents and Roma organisations in the process aimed at remedying the current situation. The Advisory Committee considers that a key to reaching this aim is to secure that the educational system reflects and takes fully into account the language and culture of the minority concerned, as stipulated in the principles contained in the Committee of Ministers;’ Recommendation No. R (2000) 4 on the education of Roma/Gypsy children in Europe. The Advisory Committee notes that the government of Croatia adopted in July 1998 a “Programme of Integration of Roma Children in the Educational and School System” which contains a number of useful ideas in this respect. The text of the programme appears however rather cursory in nature, and the Advisory Committee considers that Croatia needs to develop, implement and evaluate further its measures aimed at improving the status of Roma in the educational system.

...”

V. Proposal for conclusions and recommendations by the Committee of Ministers

“ ...

In respect of Article 12

...

The Committee of Ministers *concludes* that in certain schools in Croatia, Roma children are reportedly placed in separate classes, and school facilities are organised

and operated in a manner that appears to stigmatise Roma pupils. The Committee of Ministers *recommends* that this question be reviewed, and necessary measures taken, with a view to ensuring that Roma children have equal access to, and opportunities to continue to attend, regular classes, bearing in mind the principles contained in the Committee of Ministers' Recommendation No. R (2000) 4 on the education of Roma/Gypsy children in Europe."

2. Comments submitted by the Croatian Government on 26 September 2001

69. The relevant parts of the comments read:

Articles 12 and 14

"...

The education of Roma is a serious problem caused by their way of life and their attitude towards the system, laws, rights and obligations of citizens and requires particular efforts and solutions. The Croatian Ministry of Education and Sports, in cooperation with the other ministries and state institutions, local administration and self-government, as well as non-governmental organisations, has initiated programmes to resolve this issue at two levels:

- (a) Programme of integration of the Roma population into the educational system of the Republic of Croatia.
- (b) Exercise of minority rights aimed at preserving their mother tongue and culture.

Regarding pre-school education, the Ministry of Education and Sports, in cooperation with non-governmental organisations, initiated a programme for the inclusion of Roma children and their families, notably mothers, into the system, but only on a voluntary basis, while at the moment there are no effective mechanisms of obligatory inclusion.

At the level of primary and secondary education, Roma children attend classes together with other children. Those children who do not speak the Croatian language may well be enrolled in special classes where they receive special attention with a view to learning the Croatian language. This practice is implemented only in the first and second grade of primary school, after which children attend classes together with children of other nationalities. Although this practice has yielded some positive results, priority is given to the organisation of pre-school preparation to help Roma children to overcome the language barrier, learn the basic rules of school conduct, hygienic habits and needs, and strengthen the feeling of affiliation and security in the school environment. The Ministry of Education and Sports, in cooperation with the local administration, has taken a number of measures for this purpose – additional assistance to overcome problems concerning the following and comprehension of school lessons, adaptation of curricula to the needs of Roma children, granting of accommodation for Roma pupils (attending secondary schools), follow up to the process of inclusion, assisting in the preparation of young Roma for the profession of teachers and trainers, providing free school meals and bus transport to and from school and so forth."

3. *Second opinion on Croatia adopted on 1 October 2004*

70. The relevant parts of the opinion read:

“Article 12 of the Framework Convention [for the Protection of National Minorities]

...

Education of Roma children and contacts amongst pupils from different communities

...

Present situation

(a) Positive developments

128. The authorities seem to be increasingly sensitive to the problems of Roma children in education and have launched new initiatives, including at the pre-school level, which are aimed at improving the situation and attendance of Roma children in schools. The National Programme for Roma Integration details a number of laudable measures that could help to further the protection of the Roma in the educational system, such as the employment of Roma assistant teachers in regular classes and the provision of free meals for children.

(b) Outstanding issues

129. The placing of Roma children in separate classes appears to be increasingly rare in Croatia, but this practice, which has been challenged in pending legal cases, continues in some schools in Međimurje County. The National Programme for Roma Integration also endorses the idea of separate first-grade Roma-only classes for those who have not attended pre-school and are not proficient in the Croatian language. Such classes do not appear to be set up to foster teaching in or of Roma language or other elements of Roma culture, but rather to assist the children to obtain basic Croatian language and other skills so that they can meet the demands of the educational system. While recognising that these are valuable aims, the Advisory Committee considers that pupils should not be placed in such separate remedial classes on the basis of their affiliation with a national minority but rather on the basis of the skills and needs of the individuals concerned, and where such placing is found necessary, it should be for a limited period only.

...

Recommendations

131. Croatia should fully implement the valuable educational initiatives contained in the National Programme for Roma Integration, including those promoting increased attendance of Roma children in pre-schools. The envisaged remedial first-grade classes should, however, not be conceived *a priori* as Roma classes, but as classes in which individuals are placed on the basis of their skills and needs, regardless of their ethnicity.

...”

4. *Comments submitted by the Croatian Government on 13 April 2005*

71. The relevant parts of the comments read:

Education of Roma children and contacts amongst pupils from different communities

“The programme of pre-school education is intended to encompass as large a number of Roma children as possible and thus create the precondition for their successful entrance into the primary education system. The Ministry of Science, Education and Sports has also supported the establishment of kindergartens for Roma children in cooperation with Roma NGOs, international organisations and local authorities. The responsible bodies are also helping with the enrolment of Roma pupils in institutions of secondary and higher education and are providing student grants.

By increasing the number of Roma children in pre-school education, conditions are created for their enrolment in regular primary schools.”

C. Commissioner for Human Rights

1. *Report by Mr Alvaro Gil-Robles, Commissioner for Human Rights, on his visit to the Republic of Croatia, 14 to 16 June 2004*

72. The relevant parts of the report read:

“III. Situation of the Roma community

...

27. In spite of non-discrimination on a legal plane, the treatment meted out to the Roma minority still raises anxieties since this population continues to undergo social and economic discrimination. It should nevertheless be observed that efforts have been undertaken in institutional matters especially, the government having set up a National Council of Roma chaired by the Deputy Prime Minister. Locally, and around Međimurje in particular, most districts have had water and electricity connected and are served by school transport.

...

A. Segregation in schools

30. The year 2002 saw the worsening of problems around the town of Čakovec which applied a practice of separating Roma and non-Roma pupils in schools. An atmosphere of intolerance took hold; non-Roma parents went so far as to stage a demonstration in front of a school at the start of the 2002/03 school year, denying entry to the Roma children. Under strong national and international pressure, the authorities recognised that these practices existed and undertook to review this question.

31. When I visited Čakovec, I had the opportunity to visit a primary school with a mixed enrolment. I hasten to thank the head and the staff of this school for their reception. My discussions with them satisfied me that the situation had substantially

improved thanks to the commitment of all concerned. Certain difficulties still lingered, however. The Međimurje region has a high proportion of Roma and schools have a large enrolment of Roma pupils who make up as much as 80% of certain age bands. But these figures cannot justify any segregation whatsoever between children, who must be equally treated. I sincerely hope there will be no recurrence of the events which took place in the past, and it is imperative to guarantee that the social and ethnic mix is maintained for the sake of having Roma and non-Roma children educated together in the same classes.

32. Difficulties over Roma pupils' Croatian language proficiency were also reported to me. I would stress the importance of putting all pupils through the same syllabus and the same teaching process in one class. Nonetheless, the knowledge gap problem is not to be evaded. As a remedy to it, it could be useful to set up at national level pre-school classes for children whose mother tongue is not Croatian. That way, they will acquire a sufficient grounding in the Croatian language to be able to keep up with the primary school courses later, while at the same time familiarising themselves with the school institution. In the second place, it rests with the parents to ensure the sound learning of the language and their children's regular attendance for the entire school course."

2. Final report by Mr Alvaro Gil-Robles on the Human Rights Situation of the Roma, Sinti and Travellers in Europe (dated 15 February 2006)

73. In the third section of the report, which concerns discrimination in education, the Commissioner for Human Rights noted that the fact that a significant number of Roma children did not have access to education of a similar standard to that enjoyed by other children was in part a result of discriminatory practices and prejudices. In that connection, he noted that segregation in education was a common feature in many Council of Europe member States. In some countries there were segregated schools in segregated settlements, in others special classes for Roma children in ordinary schools. Being subjected to special schools or classes often meant that these children followed a curriculum inferior to those of mainstream classes, which diminished their opportunities of further education and finding employment in the future. At the same time, segregated education denied both Roma and non-Roma children the chance to know each other and to learn to live as equal citizens. It excluded Roma children from mainstream society at the very beginning of their lives, increasing the risk of their being caught in the vicious circle of marginalisation.

74. It was also noted that special classes or special curricula for Roma had been introduced with good intentions, for the purposes of overcoming language barriers or remedying the lack of pre-school attendance of Roma children. Evidently, it was necessary to respond to such challenges, but segregation or systematic placement of Roma children in classes which

followed a simplified or a special Romani-language curriculum while isolating them from other pupils was clearly a distorted response. Instead of segregation, significant emphasis had to be placed on measures such as pre-school and in-school educational and linguistic support as well as the provision of school assistants to work alongside teachers. In certain communities, it was crucial to raise the awareness of Roma parents – who themselves might not have had the possibility to attend school – of the necessity and benefits of adequate education for their children.

75. In conclusion, the Commissioner made a number of recommendations related to education. Where segregated education still existed in one form or another, it had to be replaced by ordinary integrated education and, where appropriate, banned through legislation. Adequate resources had to be made available for the provision of pre-school education, language training and school assistant training in order to ensure the success of desegregation efforts. Adequate assessment had to be made before children were placed in special classes, in order to ensure that the sole criterion in the placement was the objective needs of the child, not his or her ethnicity.

76. The excerpt of the report concerning Croatia reads:

“52. While visiting Croatia in 2004, I learned of a two-year programme, initiated in 2002, to prepare all Roma children for schools, under which children were taught various skills in the Croatian language. Under the Croatian Action Plan for the Decade for Roma Inclusion, special efforts to improve pre-school education for Roma children have been continued with a view to full integration in[to] the regular school system. ...”

IV. OTHER COUNCIL OF EUROPE DOCUMENTS

A. The Committee of Ministers

1. Recommendation No. R (2000) 4 of the Committee of Ministers to member States on the education of Roma/Gypsy children in Europe (adopted by the Committee of Ministers on 3 February 2000 at the 696th meeting of the Ministers' Deputies)

77. The Recommendation provides as follows:

“The Committee of Ministers, under the terms of Article 15.b of the Statute of the Council of Europe,

Considering that the aim of the Council of Europe is to achieve greater unity between its members and that this aim may be pursued, in particular, through common action in the field of education;

Recognising that there is an urgent need to build new foundations for future educational strategies toward the Roma/Gypsy people in Europe, particularly in view

of the high rates of illiteracy or semi-literacy among them, their high drop-out rate, the low percentage of students completing primary education and the persistence of features such as low school attendance;

Noting that the problems faced by Roma/Gypsies in the field of schooling are largely the result of long-standing educational policies of the past, which led either to assimilation or to segregation of Roma/Gypsy children at school on the grounds that they were 'socially and culturally handicapped';

Considering that the disadvantaged position of Roma/Gypsies in European societies cannot be overcome unless equality of opportunity in the field of education is guaranteed for Roma/Gypsy children;

Considering that the education of Roma/Gypsy children should be a priority in national policies in favour of Roma/Gypsies;

Bearing in mind that policies aimed at addressing the problems faced by Roma/Gypsies in the field of education should be comprehensive, based on an acknowledgement that the issue of schooling for Roma/Gypsy children is linked with a wide range of other factors and pre-conditions, namely the economic, social and cultural aspects, and the fight against racism and discrimination;

Bearing in mind that educational policies in favour of Roma/Gypsy children should be backed up by an active adult education and vocational education policy;

...

Recommends that in implementing their education policies the governments of the member States:

- be guided by the principles set out in the appendix to this Recommendation;
- bring this Recommendation to the attention of the relevant public bodies in their respective countries through the appropriate national channels.”

78. The relevant sections of the Appendix to Recommendation No. R (2000) 4 read as follows:

“Guiding principles of an education policy for Roma/Gypsy children in Europe

I. Structures

1. Educational policies for Roma/Gypsy children should be accompanied by adequate resources and the flexible structures necessary to meet the diversity of the Roma/Gypsy population in Europe and which take into account the existence of Roma/Gypsy groups which lead an itinerant or semi-itinerant lifestyle. In this respect, it might be envisaged having recourse to distance education, based on new communication technologies.

2. Emphasis should be put on the need to better coordinate the international, national, regional and local levels in order to avoid dispersion of efforts and to promote synergies.

3. To this end member States should make the ministries of education sensitive to the question of education of Roma/Gypsy children.

4. In order to secure access to school for Roma/Gypsy children, pre-school education schemes should be widely developed and made accessible to them.

5. Particular attention should also be paid to the need to ensure better communication with parents, where necessary using mediators from the Roma/Gypsy community which could then lead to specific career possibilities. Special information and advice should be given to parents about the necessity of education and about the support mechanisms that municipalities can offer families. There has to be mutual understanding between parents and schools. The parents' exclusion and lack of knowledge and education (even illiteracy) also prevent children from benefiting from the education system.

6. Appropriate support structures should be set up in order to enable Roma/Gypsy children to benefit, in particular through positive action, from equal opportunities at school.

7. The member States are invited to provide the necessary means to implement the above-mentioned policies and arrangements in order to close the gap between Roma/Gypsy pupils and majority pupils.

II. Curriculum and teaching material

8. Educational policies in favour of Roma/Gypsy children should be implemented in the framework of broader intercultural policies, taking into account the particular features of the Romani culture and the disadvantaged position of many Roma/Gypsies in the member States.

9. The curriculum, on the whole, and the teaching material should therefore be designed so as to take into account the cultural identity of Roma/Gypsy children. Romani history and culture should be introduced in the teaching material in order to reflect the cultural identity of Roma/Gypsy children. The participation of representatives of the Roma/Gypsy community should be encouraged in the development of teaching material on the history, culture or language of the Roma/Gypsies.

10. However, the member States should ensure that this does not lead to the establishment of separate curricula, which might lead to the setting up of separate classes.

11. The member States should also encourage the development of teaching material based on good practices in order to assist teachers in their daily work with Roma/Gypsy pupils.

12. In the countries where the Romani language is spoken, opportunities to learn in the mother tongue should be offered at school to Roma/Gypsy children.

III. Recruitment and training of teachers

13. It is important that future teachers should be provided with specific knowledge and training to help them understand better their Roma/Gypsy pupils. The education

of Roma/Gypsy pupils should however remain an integral part of the general educational system.

14. The Roma/Gypsy community should be involved in the designing of such curricula and should be directly involved in the delivery of information to future teachers.

15. Support should also be given to the training and recruitment of teachers from within the Roma/Gypsy community.

...”

2. Recommendation CM/Rec(2009)4 of the Committee of Ministers to member States on the education of Roma and Travellers in Europe (adopted by the Committee of Ministers on 17 June 2009 at the 1061st meeting of the Ministers' Deputies)

79. The relevant parts of the Recommendation read:

“The Committee of Ministers ...

1. Recommends that the governments of member States, with due regard for their constitutional structures, national or local situations and educational systems:

...

b. elaborate, disseminate and implement education policies focusing on ensuring non-discriminatory access to quality education for Roma and Traveller children, based on the orientations set out in the appendix to this recommendation;

...

d. ensure, through local and regional authorities, that Roma and Traveller children are effectively accepted in school;

...”

80. The relevant sections of the Appendix to Recommendation CM/Rec(2009)4 read as follows.

“I. Principles of policies

...

5. Member States should ensure that legal measures are in place to prohibit segregation on racial or ethnic grounds in education, with effective, proportionate and dissuasive sanctions, and that the law is effectively implemented. Where *de facto* segregation of Roma and Traveller children based on their racial or ethnic origin exists, authorities should implement desegregation measures. Policies and measures taken to fight segregation should be accompanied by appropriate training of educational staff and information for parents.

6. Educational authorities should set up assessment procedures that do not result in risks of enrolling children in special education institutions based on linguistic, ethnic,

cultural or social differences but facilitate access to schooling. Roma and Traveller representatives should be involved in defining and monitoring these procedures.

...

II. Structures and provision for access to education

9. Roma and Travellers should be provided with unhindered access to mainstream education at all levels subject to the same criteria as the majority population. To accomplish this goal, imaginative and flexible initiatives should be taken as required in terms of educational policy and practice. Appropriate measures should also be taken to ensure equal access to educational, cultural, linguistic and vocational opportunities offered to all learners, with particular attention to Roma and Traveller girls and women.

10. Attendance of pre-school education for Roma and Traveller children should be encouraged, under equal conditions as for other children, and enrolment in pre-school education should be promoted if necessary by providing specific support measures.

...

III. Curriculum, teaching material and teacher training

...

19. Educational authorities should ensure that all teachers, and particularly those working in ethnically mixed classes, receive specialised training on intercultural education, with a special regard to Roma and Travellers. Such training should be included in officially recognised programmes and should be made available in various forms, including distance and online learning, summer schools, etc.

20. Teachers working directly with Roma and Traveller children should be adequately supported by Roma or Traveller mediators or assistants and should be made aware that they need to engage Roma and Traveller children more in all educational activities and not de-motivate them by placing lower demands upon them and encourage them to develop their full potential.

...”

B. The Parliamentary Assembly of the Council of Europe

1. Recommendation No. 1203 (1993) on Gypsies in Europe

81. The Parliamentary Assembly made, *inter alia*, the following general observations:

“1. One of the aims of the Council of Europe is to promote the emergence of a genuine European cultural identity. Europe harbours many different cultures, all of them, including the many minority cultures, enriching and contributing to the cultural diversity of Europe.

2. A special place among the minorities is reserved for Gypsies. Living scattered all over Europe, not having a country to call their own, they are a true European minority, but one that does not fit into the definitions of national or linguistic minorities.

3. As a non-territorial minority, Gypsies greatly contribute to the cultural diversity of Europe. In different parts of Europe they contribute in different ways, be it by language and music or by their trades and crafts.

4. With central and east European countries now member States, the number of Gypsies living in the area of the Council of Europe has increased drastically.

5. Intolerance of Gypsies by others has existed throughout the ages. Outbursts of racial or social hatred, however, occur more and more regularly, and the strained relations between communities have contributed to the deplorable situation in which the majority of Gypsies lives today.

6. Respect for the rights of Gypsies, individual, fundamental and human rights and their rights as a minority, is essential to improve their situation.

7. Guarantees for equal rights, equal chances, equal treatment, and measures to improve their situation will make a revival of Gypsy language and culture possible, thus enriching the European cultural diversity.

8. The guarantee of the enjoyment of the rights and freedoms set forth in Article 14 of the European Convention on Human Rights is important for Gypsies as it enables them to maintain their individual rights.

...”

82. As far as education is concerned, the Recommendation states:

“vi. the existing European programmes for training teachers of Gypsies should be extended;

...

viii. talented young Gypsies should be encouraged to study and to act as intermediaries for Gypsies;

...”

2. *Recommendation No. 1557 (2002) on the legal situation of Roma in Europe*

83. This Recommendation states, *inter alia*:

“...

3. Today Roma are still subjected to discrimination, marginalisation and segregation. Discrimination is widespread in every field of public and personal life, including access to public places, education, employment, health services and housing, as well as crossing borders and access to asylum procedures. Marginalisation and the economic and social segregation of Roma are turning into ethnic discrimination, which usually affects the weakest social groups.

4. Roma form a special minority group, in so far as they have a double minority status. They are an ethnic community and most of them belong to the socially disadvantaged groups of society.

...

15. The Council of Europe can and must play an important role in improving the legal status, the level of equality and the living conditions of Roma. The Assembly calls upon the member States to complete the six general conditions, which are necessary for the improvement of the situation of Roma in Europe:

...

c. to guarantee equal treatment for the Romany minority as an ethnic or national minority group in the field of education, employment, housing, health and public services. Member States should give special attention to:

i. promoting equal opportunities for Roma on the labour market;

ii. providing the possibility for Romany students to participate in all levels of education from kindergarten to university;

iii. developing positive measures to recruit Roma in public services of direct relevance to Roma communities, such as primary and secondary schools, social welfare centres, local primary health care centres and local administration;

...

d. to develop and implement positive action and preferential treatment for the socially deprived strata, including Roma as a socially disadvantaged community, in the field of education, employment and housing ...

e. to take specific measures and create special institutions for the protection of the Romany language, culture, traditions and identity:

...

ii. to encourage Romany parents to send their children to primary school, secondary school and higher education, including college or university, and give them adequate information about the necessity of education;

...

v. to recruit Roma teaching staff, particularly in areas with a large Romany population;

f. to combat racism, xenophobia and intolerance and to ensure non-discriminatory treatment of Roma at local, regional, national and international levels:

...

vi. to pay particular attention to the phenomenon of discrimination against Roma, especially in the fields of education and employment;

...”

C. ECRI

1. *ECRI General Policy Recommendation No. 3 on combating racism and intolerance against Roma/Gypsies (adopted by ECRI on 6 March 1998)*

84. The relevant sections of this Recommendation state:

“The European Commission against Racism and Intolerance:

...

Recalling that combating racism, xenophobia, anti-Semitism and intolerance forms an integral part of the protection and promotion of human rights, that these rights are universal and indivisible, and that all human beings, without any distinction whatsoever, are entitled to these rights;

...

Noting that Roma/Gypsies suffer throughout Europe from persisting prejudices, are victims of a racism which is deeply rooted in society, are the target of sometimes violent demonstrations of racism and intolerance and that their fundamental rights are regularly violated or threatened;

Noting also that the persisting prejudices against Roma/Gypsies lead to discrimination against them in many fields of social and economic life, and that such discrimination is a major factor in the process of social exclusion affecting many Roma/Gypsies;

...

recommends the following to governments of member States:

...

– to ensure that discrimination as such, as well as discriminatory practices, are combated through adequate legislation and to introduce into civil law specific provisions to this end, particularly in the fields of employment, housing and education;

...

– to vigorously combat all forms of school segregation towards Roma/Gypsy children and to ensure the effective enjoyment of equal access to education;

...”

2. *ECRI General Policy Recommendation No. 7 on national legislation to combat racism and racial discrimination (adopted by ECRI on 13 December 2002)*

85. The following definitions are used for the purposes of this Recommendation:

“(a) ‘racism’ shall mean the belief that a ground such as race, colour, language, religion, nationality or national or ethnic origin justifies contempt for a person or a group of persons, or the notion of superiority of a person or a group of persons.

(b) ‘direct racial discrimination’ shall mean any differential treatment based on a ground such as race, colour, language, religion, nationality or national or ethnic origin, which has no objective and reasonable justification. Differential treatment has no objective and reasonable justification if it does not pursue a legitimate aim or if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised.

(c) ‘indirect racial discrimination’ shall mean cases where an apparently neutral factor such as a provision, criterion or practice cannot be as easily complied with by, or disadvantages, persons belonging to a group designated by a ground such as race, colour, language, religion, nationality or national or ethnic origin, unless this factor has an objective and reasonable justification. This latter would be the case if it pursues a legitimate aim and if there is a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised.”

86. In the explanatory memorandum to this Recommendation, it is noted (point 8) that the definitions of “direct” and “indirect” racial discrimination contained in paragraph 1 (b) and (c) of the Recommendation draw inspiration from those contained in Council Directive 2000/43/EC implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin and in Council Directive 2000/78/EC establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation and on the case-law of the European Court of Human Rights.

V. RELEVANT UNITED NATIONS MATERIALS

A. International Covenant on Civil and Political Rights

87. Article 26 of the Covenant provides:

“All persons are equal before the law and are entitled without any discrimination to the equal protection of the law. In this respect, the law shall prohibit any discrimination and guarantee to all persons equal and effective protection against discrimination on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.”

B. United Nations Human Rights Committee

88. In points 7 and 12 of its General Comment No. 18 of 10 November 1989 on non-discrimination, the Committee expressed the following opinion:

“7. ... the Committee believes that the term ‘discrimination’ as used in the Covenant should be understood to imply any distinction, exclusion, restriction or preference

which is based on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status, and which has the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise by all persons, on an equal footing, of all rights and freedoms.

...

12. ... when legislation is adopted by a State Party, it must comply with the requirement of Article 26 that its content should not be discriminatory. ...”

89. In point 11.7 of its Views dated 31 July 1995 on Communication no. 516/1992 concerning the Czech Republic, the Committee noted:

“... the Committee is of the view, however, that the intent of the legislature is not alone dispositive in determining a breach of Article 26 of the Covenant. A politically motivated differentiation is unlikely to be compatible with Article 26. But an act which is not politically motivated may still contravene Article 26 if its effects are discriminatory.”

C. International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination

90. The relevant part of Article 1 of this Convention provides:

“... the term ‘racial discrimination’ shall mean any distinction, exclusion, restriction or preference based on race, colour, descent, or national or ethnic origin which has the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise, on an equal footing, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural or any other field of public life.

...”

D. Committee on the Elimination of Racial Discrimination

91. In its General Recommendation No. 14 of 22 March 1993 on the definition of discrimination, the Committee noted, *inter alia*:

“1. ... A distinction is contrary to the [International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination] if it has either the purpose or the effect of impairing particular rights and freedoms. This is confirmed by the obligation placed upon States parties by Article 2 § 1 (c) to nullify any law or practice which has the effect of creating or perpetuating racial discrimination. ...

2. ... In seeking to determine whether an action has an effect contrary to the [International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination], [the Committee] will look to see whether that action has an unjustifiable disparate impact upon a group distinguished by race, colour, descent, or national or ethnic origin.”

92. In its General Recommendation No. 19 of 18 August 1995 on racial segregation and apartheid, the Committee observed:

“3. ... while conditions of complete or partial racial segregation may in some countries have been created by governmental policies, a condition of partial segregation may also arise as an unintended by-product of the actions of private persons. In many cities residential patterns are influenced by group differences in income, which are sometimes combined with differences of race, colour, descent and national or ethnic origin, so that inhabitants can be stigmatized and individuals suffer a form of discrimination in which racial grounds are mixed with other grounds.

4. The Committee therefore affirms that a condition of racial segregation can also arise without any initiative or direct involvement by the public authorities. ...”

93. In its General Recommendation No. 27 of 16 August 2000 on discrimination against Roma, the Committee made, *inter alia*, the following recommendation in the education sphere:

“17. To support the inclusion in the school system of all children of Roma origin and to act to reduce drop-out rates, in particular among Roma girls, and, for these purposes, to cooperate actively with Roma parents, associations and local communities.

18. To prevent and avoid as much as possible the segregation of Roma students, while keeping open the possibility for bilingual or mother-tongue tuition; to this end, to endeavour to raise the quality of education in all schools and the level of achievement in schools by the minority community, to recruit school personnel from among members of Roma communities and to promote intercultural education.

19. To consider adopting measures in favour of Roma children, in cooperation with their parents, in the field of education.”

94. In its concluding observations of 30 March 1998 following its examination of the report submitted by the Czech Republic, the Committee noted, *inter alia*:

“13. The marginalisation of the Roma community in the field of education is noted with concern. Evidence that a disproportionately large number of Roma children are placed in special schools, leading to *de facto* racial segregation, and that they also have a considerably lower level of participation in secondary and higher education, raises doubts about whether Article 5 of the [International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination] is being fully implemented.”

E. Convention on the Rights of the Child

95. The relevant parts of Articles 28 and 30 of this Convention provide as follows.

Article 28

“1. States Parties recognise the right of the child to education, and with a view to achieving this right progressively and on the basis of equal opportunity, they shall, in particular:

- (a) Make primary education compulsory and available free to all;

...

(e) Take measures to encourage regular attendance at schools and the reduction of drop-out rates.

...”

Article 30

“In those States in which ethnic, religious or linguistic minorities or persons of indigenous origin exist, a child belonging to such a minority or who is indigenous shall not be denied the right, in community with other members of his or her group, to enjoy his or her own culture, to profess and practise his or her own religion, or to use his or her own language.”

F. Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities

96. The relevant part of Article 4 provides:

“1. States shall take measures where required to ensure that persons belonging to minorities may exercise fully and effectively all their human rights and fundamental freedoms without any discrimination and in full equality before the law.

...”

G. United Nations Education, Scientific and Cultural Organization (Unesco)

97. Articles 1 and 3 of the Convention against Discrimination in Education of 14 December 1960 provide in their relevant parts as follows.

Article 1

“1. For the purposes of this Convention, the term ‘discrimination’ includes any distinction, exclusion, limitation or preference which, being based on race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, economic condition or birth, has the purpose or effect of nullifying or impairing equality of treatment in education and in particular:

(a) Of depriving any person or group of persons of access to education of any type or at any level;

(b) Of limiting any person or group of persons to education of an inferior standard;

(c) Subject to the provisions of Article 2 of this Convention, of establishing or maintaining separate educational systems or institutions for persons or groups of persons; or

(d) Of inflicting on any person or group of persons conditions which are incompatible with the dignity of man.

...”

Article 3

“In order to eliminate and prevent discrimination within the meaning of this Convention, the States Parties thereto undertake:

(a) To abrogate any statutory provisions and any administrative instructions and to discontinue any administrative practices which involve discrimination in education;

(b) To ensure, by legislation where necessary, that there is no discrimination in the admission of pupils to educational institutions;

...”

THE LAW

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

98. The applicants complained about the length of the proceedings before the national courts. They relied on Article 6 § 1 of the Convention, which reads in its relevant parts as follows:

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

A. The Chamber judgment

99. In its judgment of 17 July 2008, the Chamber found that Article 6 was applicable to the present case under its civil head and that the length of the proceedings had been excessive.

B. The parties’ submissions to the Grand Chamber

1. *Applicability of Article 6 § 1*

100. The Government, relying on the Court’s judgment in *Tinnelly & Sons Ltd and Others and McElduff and Others v. the United Kingdom* (10 July 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-IV), disputed the applicability of Article 6 to the proceedings conducted before the national courts upon the applicants’ civil action.

101. The applicants argued in favour of the applicability of Article 6.

2. *Merits*

102. The applicants complained that the length of the proceedings, and in particular those before the Constitutional Court, had exceeded the reasonable time requirement.

103. The Government contested that argument, stressing the special role of the Constitutional Court and the fact that it had to address complex constitutional issues in the applicants' case.

C. The Court's assessment

1. *As to the Government's preliminary objection*

104. In its judgment in *Emine Araç v. Turkey* (no. 9907/02, ECHR 2008), the Court explicitly recognised, for the first time, that the right of access to higher education is a right of a civil nature and, in so doing, it abandoned the case-law of the Commission (see *André Simpson v. the United Kingdom*, no. 14688/89, Commission decision of 4 December 1989, Decisions and Reports 64, p. 188), which had concluded that Article 6 was inapplicable to proceedings concerning the laws on education (on the ground that the right not to be denied primary education fell within the domain of public law). The Court considers that the same reasoning applies *a fortiori* in the context of primary education (*argumentum a maiore ad minus*).

105. In addition, in the *Kök v. Turkey* judgment (no. 1855/02, § 36, 19 October 2006), the Court found that, where a State confers rights which can be enforced by means of a judicial remedy, these can, in principle, be regarded as civil rights within the meaning of Article 6 § 1 (see, along the same lines, *Tinnelly & Sons Ltd and Others and McElduff and Others*, cited above, § 61).

106. As to the present case, it seems clear that a "dispute" arose in respect of the applicants' initial and then continuing placement in Roma-only classes during their schooling in primary schools. The proceedings before the domestic courts concerned the applicants' allegations of infringement of their right not to be discriminated against in the sphere of education, their right to education and their right not to be subjected to inhuman and degrading treatment. The applicants raised their complaints before the regular civil courts and the Constitutional Court and their complaints were examined on the merits.

107. Furthermore, the applicants' right not to be discriminated against on the basis of race was clearly guaranteed under Article 14 § 1 of the Constitution and, as such, enforceable before the regular civil courts in the national legal system (see, *mutatis mutandis*, *Tserkva Sela Sosulivka v. Ukraine*, no. 37878/02, § 42, 28 February 2008, and *Gülmez v. Turkey*, no. 16330/02, § 29, 20 May 2008).

In view of the above, the Court concludes that Article 6 § 1 is applicable in the instant case.

2. *Merits*

108. The Court reiterates that the reasonableness of the length of these proceedings is to be assessed in the light of the particular circumstances of the case, regard being had to the criteria laid down in the Court's case-law, in particular the complexity of the case, the applicants' conduct and that of the competent authorities, and the importance of what was at stake for the applicants in the litigation (see *Süßmann v. Germany*, 16 September 1996, § 48, *Reports* 1996-IV, and *Gast and Popp v. Germany*, no. 29357/95, § 70, ECHR 2000-II). In this connection, the Court notes that the proceedings commenced on 19 April 2002 and ended with the Constitutional Court's decision of 7 February 2007. While the case was speedily decided by the trial and appellate court, where the proceedings lasted for some seven months, the same cannot be said of the length of the proceedings before the Constitutional Court, which lasted for four years, one month and eighteen days.

109. Although the Court accepts that the Constitutional Court's role of guardian of the Constitution sometimes makes it particularly necessary for it to take into account considerations other than the mere chronological order in which cases are entered on the list, such as the nature of a case and its importance in political and social terms, the Court finds that a period exceeding four years to decide on the applicants' case and in particular in view of what was at stake, namely the right to education, appears excessive.

110. Accordingly, the Court considers that in the present case there has been a violation of Article 6 § 1 of the Convention on account of the length of the proceedings before the Constitutional Court.

II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 14 OF THE CONVENTION TAKEN IN CONJUNCTION WITH ARTICLE 2 OF PROTOCOL No. 1

111. The applicants complained that they had been denied their right to education and discriminated against in this respect. They relied on Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 2 of Protocol No. 1, which read as follows:

Article 14 – Prohibition of discrimination

“The enjoyment of the rights and freedoms set forth in [the] Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.”

Article 2 of Protocol No. 1 – Right to education

“No person shall be denied the right to education. In the exercise of any functions which it assumes in relation to education and to teaching, the State shall respect the right of parents to ensure such education and teaching in conformity with their own religious and philosophical convictions.”

A. The Chamber judgment

112. The Chamber found no violation of Article 2 of Protocol No. 1 taken alone or in conjunction with Article 14 of the Convention. It held that the applicants had been assigned to Roma-only classes because they lacked sufficient command of the Croatian language and that this measure had been justified.

B. The parties’ submissions to the Grand Chamber

1. The applicants

113. As regards the nine applicants (the second to tenth applicants) who had attended Podturen Primary School, the applicants submitted that in the school year 2000/01, when they had all attended the second grade, a majority of them had been assigned to a Roma-only class. The following year, all nine of the applicants attending Podturen Primary School had been assigned to a Roma-only class with nineteen Roma pupils. At the same time there was only one other class in the third grade, consisting of nineteen non-Roma pupils. In the school year 2002/03 all nine applicants had been assigned together to a Roma-only class in the fourth grade. In the school year 2003/04 they had all been assigned to a mixed class only because there had not been enough Roma pupils to form a Roma-only class.

114. As regards the five applicants (the eleventh to fifteenth applicants) who attended Macinec Primary School, the applicants submitted that they had been assigned to a Roma-only class during their entire schooling. Most of the other Roma pupils had been assigned to Roma-only classes. In total, out of 153 Roma pupils in the first four grades, 137 had been assigned to Roma-only classes. In the fourth grade, out of 44 pupils, 21 were Roma, all assigned to a Roma-only class. The applicants argued that the Government had failed to present any consistent and rational explanation for forming a Roma-only class in the fourth year of schooling in Macinec Primary School since, in the applicants’ view, by then all their language problems should have already been adequately remedied. The number of Roma-only classes in Croatia had increased from 27 in 2004 to 68 in 2008, 62 of which were in Medimurje County.

115. The applicants stressed, in particular, that the method used by the school authorities, allegedly to improve their language skills, had been inadequate. In their opinion the best method of integrating children with insufficient language proficiency would have been to place them in classes together with children who spoke the language of instruction because that, coupled with additional lessons in Croatian, would have been the easiest and fastest way for the applicants to learn Croatian. The applicants argued that it was critical to ensure that children who spoke a different language at home were included in groups that could provide good role models in terms of the majority language and created the best conditions for their language needs. They maintained that various research reports and expert bodies within the Council of Europe, the European Union and the United Nations recommended an integrative approach in the field of education of Roma children.

116. The applicants argued that there had been no specific programme in the above respect. They admitted, however, that the sixth, seventh, tenth and twelfth to fifteenth applicants had been provided with additional lessons in Croatian. They also argued that they had been provided with a substandard curriculum taught in Roma-only classes.

117. The applicants claimed that there had been no legal basis for assigning them to a Roma-only class. They argued that there had been no clear, accessible and foreseeable procedures regarding the assignment of pupils to special classes, either upon their enrolment or at subsequent stages in their education. In their view the tests employed as a part of the enrolment procedure were not designed to assess a child's knowledge of the Croatian language but as an orientation point in determining the child's psycho-physical status.

118. The applicants submitted that, apart from a general grading system, there had been no other specialised periodic assessment of their progress in acquiring an adequate command of the Croatian language. The grading scale was from one to five, and the lowest pass mark was two. They further argued that even when they had achieved a pass mark in the Croatian language they had not been transferred to a mixed class.

119. As a rule, their transfer to a mixed class had not been considered. On the contrary, the school authorities had refused to transfer them, claiming that the principle of homogeneity of a class was paramount.

120. The applicants claimed that there had been no specific measures in place for improving their poor school attendance and high drop-out rate, other than sanctions against pupils and parents.

121. The applicants submitted that there had been Roma assistants in the 1990s and that recently they had been reintroduced, but that both times

this had been without a legal basis and without clear and objective criteria for hiring them that would have ensured their competence and positive results.

122. They further argued that they had not taken part in any extracurricular activities in an ethnically/racially mixed group organised by the school. They pointed to the lack of systematic and structured approach to the integration of Roma children into mainstream classes. Even if ethnically mixed extracurricular activities existed, they would be no substitute for complete classroom integration.

2. *The Government*

123. The Government firstly pointed out that the applicants had not been deprived of the right to attend school and receive education since they had all enrolled in primary school at the age of seven, like all children in Croatia, and had attended school until they reached the age of fifteen, after which schooling was no longer mandatory. The Government admitted that it was possible that the curriculum in Roma-only classes was reduced by up to 30% in relation to the regular, full curriculum. They argued that this was admissible under relevant domestic laws, and that such a possibility had not been reserved for Roma-only classes but was applied in respect of all primary school classes in Croatia, depending on the particular situation in a given class. Furthermore, the Roma-only classes were by no means “special” classes of any kind. They were ordinary classes in ordinary schools and were created only in schools where the proportion of Roma pupils was significant or where they represented a majority of pupils in a given generation, and then only in respect of those Roma pupils who also lacked adequate command of the Croatian language. In Podturen Primary School the number of Roma children in the lower grades varied from 33% to 36%. In 2001 the total number of pupils had been 463, of whom 47 were Roma. There had been only one Roma-only class, with 17 pupils, while the remaining 33 Roma pupils had attended mixed classes. Since 2003 there had been no Roma-only classes in that school. In Macinec Primary School the number of Roma children in the lower grades varied from 57% to 75%. Roma-only classes were formed in the lower grades and only exceptionally in the upper grades. All classes in the two final grades were mixed. In 2001 the total number of pupils had been 445, of whom 194 were Roma. There had been six Roma-only classes, with 142 pupils, while the remaining 52 Roma pupils had attended mixed classes.

124. The Government submitted that the applicants had been assigned to Roma-only classes on the basis of section 2 of the Primary Education Act and the Rules on the number of pupils in regular and multi-grade classes.

Under section 2 of the Primary Education Act the purpose of primary education was to ensure the continuing development of each pupil as a spiritual, physical, moral, intellectual and social being, according to his or her capabilities and affinities. In the Government's view this could only be achieved in a permanent group of pupils of approximately the same age and knowledge. The same legal basis and the same criteria had been applied in respect of all other pupils. The applicants had been submitted to the same tests as all other children enrolling primary school. The applicants had been assigned to Roma-only classes on the basis of their insufficient knowledge of the Croatian language in order to address their special needs and to ensure an equal approach, which was possible only where the majority of them had the same initial knowledge of the Croatian language and psycho-physical readiness to attend primary school.

125. All but the second and tenth applicants had been assigned to a Roma-only class upon their enrolment in primary school. The second and tenth applicants were initially enrolled in a mixed class. They failed the first grade with negative marks in, *inter alia*, the Croatian language. After that, they were assigned to a Roma-only class.

126. In respect of the applicants enrolled in Macinec Primary School, the Government submitted that the enrolment procedure included the psycho-physical appraisal of the children by a panel composed of a physician, a psychologist, a school counsellor (*pedagog*), a defectologist and a teacher, in the presence of at least one of the child's parents.

127. In respect of the applicants enrolled in Podturen Primary School, the Government submitted that the records concerning the enrolment of the applicants who had attended that school could not be found owing to the passage of time. They did, however, submit a testimony of a teacher who had led a three-month pre-school programme for Roma children and who said that at the end of that programme a teacher would assess each child's language level, after which the child would be placed in a mixed or Roma-only class accordingly.

128. The Government submitted school records showing that all the applicants, both in Podturen and Macinec Primary Schools, had been provided with additional lessons in the Croatian language. They had been able to participate in various extracurricular activities carried out in the Croatian language, some of which were particularly focused on the improvement of language skills (such as recitals and reading). Furthermore, in 2002 in Podturen Primary School and in 2003 in Macinec Primary School, Roma assistants were recruited to help children in Roma-only classes to improve their knowledge.

129. The Government submitted that the assessment of the applicants' progress had been a part of the regular procedure for the evaluation of pupils, as in all other schools in Croatia. In the lower grades, evaluation in all subjects was done by the class teacher. A final mark was given at the end of each school year on the basis of all marks given during the school year. The basic elements for determining a mark were: knowledge and understanding of the subject matter, oral and written expression, applying acquired knowledge in practice and creative use of it, development of skills, participation in classes and development of a pupil's psycho-physical abilities and capacities. In particular, elements for assessing knowledge of the Croatian language included reading and writing skills, oral and written expression, vocabulary and grammar, reading of books, and homework. A mark combined a number of factors, among which the most important for pupils in the lower grades were motivation and personal development in respect of each subject. The marks were given according to the individual capacity of each child. Therefore, the good marks given to some of the applicants after they had failed a grade or repeatedly failed a grade did not necessarily mean that they had a good command of the Croatian language, but that they had made progress.

130. As to the individual circumstances of the applicants in the present case, the Government submitted that their progress had in fact been very slow. All of the applicants had failed several grades in succession. Sometimes it had taken them two or three years to complete one grade. As an example they explained that the twelfth applicant had had to repeat the first grade twice, after which he scored a three (good) in Croatian. However, in the first grade, pupils were taught basic reading and writing skills and a majority of them received high marks. Therefore a three in Croatian after twice repeating the first grade could not be seen as proof of an adequate knowledge of the Croatian language. It had then taken him another three years to complete the second grade.

131. Furthermore, there were several procedural safeguards. Each parent had the right to challenge a teacher's assessment. A school headmaster was obliged to examine every complaint. Where the majority of parents at a school meeting agreed that a particular teacher was not objective in his or her assessment, the class teacher had to examine the complaint at a meeting of the school board. Where the school board found the complaint founded, the headmaster was obliged to take the necessary measures, as prescribed by law. Furthermore, each pupil had the right to complain about the marks awarded, and the right to ask for a special panel to assess his or her knowledge. As to the applicants in the present case, there had never been any complaints about the assessment of their knowledge or their placement

in a Roma-only class. Likewise, their parents had never asked for the transfer of their children to a mixed class.

132. The Government submitted school records showing that a number of measures had been adopted. Firstly, the class teachers encouraged pupils to attend school. The schools held regular meetings of class teachers with parents, as well as individual parent-teacher meetings for pupils who had problems with school attendance, but the parents of the pupils concerned mostly ignored invitations to both types of meeting. The schools also employed Roma assistants who served, *inter alia*, as mediators between the schools and parents and would visit parents and explain the necessity and importance of education for their children.

133. The school authorities also regularly informed the applicants and their parents that the applicants could continue their education at the same school even after the age of 15. In addition, the applicants also had a possibility of attending evening classes, free of charge, in a nearby town in order to complete their primary education. Three applicants enrolled in the evening programme, but only one actually completed it. In respect of the fifth applicant, the school authorities had informed the competent social welfare centre of the attendance problem, so that appropriate steps could be taken. The teachers had been involved in resolving various problems encountered in respect of the applicants. When a class teacher of the tenth applicant had noticed that he had problems with his sight, the teacher had taken him to an ophthalmologist and made sure he obtained adequate glasses.

134. The Government submitted that all Roma children, regardless of their placement in a particular class, were integrated with other children during their schooling in numerous ways, for example by their active involvement in all extracurricular activities organised at schools (such as singing, dancing, handicraft and mixed activities), as well as their participation in all outdoor activities organised by schools (such as swimming lessons, excursions to towns, visits to various sites, monuments and institutions, collection of litter, ecological activities and various competitions), and participation with other pupils in the social activities organised at schools (such as Christmas and New Year's celebrations, School Day celebrations, Sports Day and Bread Day), plus the fact that they shared the same common school facilities, such as the canteen and playgrounds.

135. The schools in question also organised special activities for all pupils to improve non-Roma children's understanding of Roma traditions and culture. These activities included celebrating Roma Day, organising visits to Roma settlements, informing pupils about the Romani language

and customs and the problems Roma faced in everyday life, and encouraging Roma pupils to publish texts and poems in school magazines.

3. *The third-party interveners*

(a) **The Government of the Slovak Republic**

136. The Government of the Slovak Republic recognised the need to address the learning difficulties of certain pupils, such as lack of proficiency in the language of instruction at schools. They found different compensatory measures adopted in that respect constructive. They referred to the margin of appreciation afforded to the States in the sphere of education and stressed that the States should not be prohibited from setting up separate classes at different types of school for children with difficulties, or from implementing special educational programmes to respond to special needs.

137. Although the special needs of children with learning difficulties had to be addressed, that could not take precedence over the effective functioning of an education system, which had to remain compact and not fragmented according to the needs of each individual pupil. Thus, the placing of a child in a different class on objective and legitimate grounds, such as lack of proficiency in the language of instruction, could not be considered discriminatory. The other relevant factors in respect of the present case were the attitudes of parents and the possibility of transferring pupils to mixed classes, as well as the content of the school curriculum.

(b) **Interights**

138. Interights stressed the necessity for the Court to develop a comprehensive body of case-law on the substantive aspects of the right to education. The obligation to respect the right to education required States Parties to avoid measures that hindered or prevented the enjoyment of this right. The obligation to ensure that education was both adequate and appropriate required States to take positive measures that would enable and help individuals and communities to fully enjoy the right to education. The principal aims of education could only be achieved where children from different cultural backgrounds were educated together in integrated schools.

139. Access to education without discrimination implied that children should have the opportunity to participate in, and benefit from, a mainstream educational system that ensured their integration into society. All international standards on education were buttressed by the principle of non-discrimination. Because of the paramount importance of the right to education, the failure to secure that right to children of ethnic or linguistic

minorities would undermine the ability of those minorities to break the cycle of poverty and marginalisation which many of them suffered from.

140. There were effective and practical alternatives to segregation in schools on the basis of linguistic and cultural differences. Segregation could effectively deny a minority their right to learn the majority language with consequential negative impact on their ability to benefit from education and to effectively participate in, and integrate into, general society. State-enforced segregation on the basis of culture or ethnicity was not permissible. While States should not segregate or exclude pupils on the basis of language in a discriminatory manner, they needed to adopt certain measures which would temporarily affect the segregation of pupils based on insufficient command of the language of instruction. However, a very narrow margin of appreciation was to be applied in that sphere in order to ensure that the segregation occurred only on the basis of valid linguistic needs and did so in a manner that ensured that pupils should be fully integrated on an appropriate and timely basis.

(c) Greek Helsinki Monitor

141. Referring to the Court's case-law concerning the right to education and in particular to the judgments in *D.H. and Others v. the Czech Republic* ([GC], no. 57325/00, ECHR 2007-IV) and *Sampanis and Others v. Greece* (no. 32526/05, 5 June 2008), the Greek Helsinki Monitor stressed the importance of tests aimed at assessing the educational level of children upon their enrolment in schools, as well as the need to ultimately assign all Roma children to ordinary, mainstream classes. He also highlighted that the principle of integrated education could be diverged from only in certain exceptional circumstances and that only the integrative educational policy was compatible with the role of the member States' educational systems.

142. The interveners further relied on the Action Plan on Improving the Situation of Roma and Sinti within the OSCE (Organization for Security and Co-operation in Europe) area, which urged the member States to "develop and implement comprehensive school desegregation programmes aimed at: (1) discontinuing the practice of systemically routing Roma children to special schools or classes; and (2) transferring Roma children from special schools to mainstream schools". The interveners also relied on the relevant Council of Europe sources, cited above.

C. The Court's assessment

143. The applicants in the present case made complaints under Article 2 of Protocol No. 1 taken alone and in conjunction with Article 14 of the Convention, claiming that the fact that they had been allocated to Roma-

only classes during their primary education violated their right to receive an education and their right not to be discriminated against. However, the Grand Chamber sees this case as raising primarily a discrimination issue.

144. In this connection, the Court reiterates that Article 14 has no independent existence, but plays an important role by complementing the other provisions of the Convention and its Protocols, since it protects individuals placed in similar situations from any discrimination in the enjoyment of the rights set forth in those other provisions. Where a substantive Article of the Convention or its Protocols has been relied on both on its own and in conjunction with Article 14 and a separate breach has been found of the substantive Article, it is not generally necessary for the Court to consider the case under Article 14 as well, though the position is otherwise if a clear inequality of treatment in the enjoyment of the right in question is a fundamental aspect of the case (see *Dudgeon v. the United Kingdom*, 22 October 1981, § 67, Series A no. 45; *Chassagnou and Others v. France* [GC], nos. 25088/94, 28331/95 and 28443/95, § 89, ECHR 1999-III; and *Timishev v. Russia*, nos. 55762/00 and 55974/00, § 53, ECHR 2005-XII).

145. The complaint in the present case concerns alleged discrimination in respect of the applicants' right to education on account of their having been assigned, for part of their schooling, to separate classes constituted, according to them, on the basis of ethnic criteria. The Government, for their part, claimed that the applicants had been placed in separate classes on account of their inadequate command of the Croatian language. It follows that the central question to be addressed in the present case is whether adequate steps were taken by the school authorities to ensure the applicants' speedy progress in acquiring an adequate command of Croatian and, once this was achieved, their immediate integration into mixed classes. In this connection, the curriculum followed by the applicants and the procedures concerning their transfer to mixed classes appear of high importance. Thus, the alleged inequality of treatment in the enjoyment of the right to education is a fundamental aspect of the present case and the issues pertinent to this case are to be analysed from the standpoint of Article 14 of the Convention read in conjunction with Article 2 of Protocol No. 1.

146. The right to education, as set out in the first sentence of Article 2 of Protocol No. 1, guarantees everyone within the jurisdiction of the Contracting States "a right of access to educational institutions existing at a given time", but such access constitutes only a part of the right to education. For that right "to be effective, it is further necessary that, *inter alia*, the individual who is the beneficiary should have the possibility of drawing profit from the education received, that is to say, the right to

obtain, in conformity with the rules in force in each State, and in one form or another, official recognition of the studies which he has completed” (see *Case “relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium”* (merits), 23 July 1968, pp. 30-32, §§ 3-5, Series A no. 6 – “the ‘Belgian linguistic’ case”; *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*, 7 December 1976, § 52, Series A no. 23; and *Leyla Şahin v. Turkey* [GC], no. 44774/98, § 152, ECHR 2005-XI).

147. While the case at issue concerns the individual situation of the fourteen applicants, the Court nevertheless cannot ignore that the applicants are members of the Roma minority. Therefore, in its further analysis the Court shall take into account the specific position of the Roma population. The Court has noted in previous cases that as a result of their history, the Roma have become a specific type of disadvantaged and vulnerable minority (see also the general observations in the Parliamentary Assembly’s Recommendation No. 1203 (1993) on Gypsies in Europe, cited in paragraph 81 above, and point 4 of its Recommendation No. 1557 (2002) on the legal situation of Roma in Europe, cited in paragraph 83 above). They therefore require special protection. As is attested by the activities of numerous European and international organisations and the recommendations of the Council of Europe bodies, this protection also extends to the sphere of education. The present case therefore warrants particular attention, especially as when the applications were lodged with the Court the applicants were minor children for whom the right to education was of paramount importance (see *D.H. and Others*, cited above, § 182).

148. Lastly, as noted in previous cases, the vulnerable position of Roma/ Gypsies means that special consideration should be given to their needs and their different lifestyle, both in the relevant regulatory framework and in reaching decisions in particular cases (see *Chapman v. the United Kingdom* [GC], no. 27238/95, § 96, ECHR 2001-I, and *Connors v. the United Kingdom*, no. 66746/01, § 84, 27 May 2004). In *Chapman*, the Court also observed that there could be said to be 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, not only for the purpose of safeguarding the interests of the minorities themselves but to preserve a cultural diversity of value to the whole community (see *D.H. and Others*, cited above, § 181).

1. *Whether there was a difference in treatment*

149. According to the Court’s well-established case-law, discrimination means treating differently, without an objective and reasonable justification, persons in relevantly similar situations (see *Willis v. the United Kingdom*,

no. 36042/97, § 48, ECHR 2002-IV, and *Okpisz v. Germany*, no. 59140/00, § 33, 25 October 2005). However, Article 14 does not prohibit a member State from treating groups differently in order to correct “factual inequalities” between them; indeed, in certain circumstances a failure to attempt to correct inequality through different treatment may in itself give rise to a breach of Article 14 (see the ‘*Belgian linguistic*’ case, cited above, p. 34, § 10; *Thlimmenos v. Greece* [GC], no. 34369/97, § 44, ECHR 2000-IV; and *Stec and Others v. the United Kingdom* [GC], nos. 65731/01 and 65900/01, § 51, ECHR 2006-VI). Moreover, the Contracting States enjoy a certain margin of appreciation in assessing whether and to what extent differences in otherwise similar situations justify a different treatment. However, very weighty reasons would have to be put forward before the Court could regard a difference of treatment based exclusively on the ground of ethnic origin as compatible with the Convention (see *Timishev*, cited above, § 56).

150. The Court has also accepted that a general policy or measure which is apparently neutral but has disproportionately prejudicial effects on persons or groups of persons who, as for instance in the present case, are identifiable only on the basis of an ethnic criterion, may be considered discriminatory notwithstanding that it is not specifically aimed at that group (see, *mutatis mutandis*, *Hugh Jordan v. the United Kingdom*, no. 24746/94, § 154, 4 May 2001; *Hoogendijk v. the Netherlands* (dec.), no. 58461/00, 6 January 2005; and *Sampanis and Others*, cited above, § 68), unless that measure is objectively justified by a legitimate aim and the means of achieving that aim are appropriate, necessary and proportionate. Furthermore, discrimination potentially contrary to the Convention may result from a *de facto* situation (see *Zarb Adami v. Malta*, no. 17209/02, § 76, ECHR 2006-VIII). Where an applicant produces prima facie evidence that the effect of a measure or practice is discriminatory, the burden of proof will shift on to the respondent State, to whom it falls to show that the difference in treatment is not discriminatory (see *D.H. and Others*, cited above, §§ 180 and 189).

151. The Court points out at the outset that it has recently adopted two judgments in the sphere of education of Roma children finding that the applicants were discriminated against on the basis of their ethnic origin, namely *D.H. and Others* and *Sampanis and Others* (both cited above). The *D.H. and Others* judgment concerned a situation where a nationwide practice of placing a disproportionate number of Roma children in schools for pupils with learning difficulties amounted to discrimination based on the applicants’ ethnic origin. In *Sampanis and Others* the Court found that the practice of first denying Roma children enrolment in school and their subsequent placement in special classes located in an annex to the main building of a primary school, coupled with a number of racist incidents in

the school instigated by the parents of non-Roma children, also amounted to discrimination based on the applicants' Roma origin.

152. The present case is to be distinguished from the above two cases, in particular regarding the relevance of the statistics in the three cases, which could have a bearing on whether there is prima facie evidence of discrimination and consequently on the burden of proof. In *D.H. and Others* (cited above, § 18) the Court established that between 50% and 70% of Roma children in the Czech Republic attended special schools for pupils with learning difficulties, while in *Sampanis and Others* (cited above, § 81) all Roma children attending the school at issue were allocated to a separate establishment. As to the present case, the Court firstly notes that the applicants, unlike in the *Sampanis and Others* case, attended regular primary schools and that the Roma-only classes were situated in the same premises as other classes. The proportion of Roma children in the lower grades in Macinec Primary School varies from 57% to 75%, while in Podturen Primary School it varies from 33% to 36%. The data submitted for the year 2001 show that in Macinec Primary School 44% of pupils were Roma and 73% of those attended a Roma-only class. In Podturen Primary School 10% of pupils were Roma and 36% of Roma pupils attended a Roma-only class. These statistics demonstrate that only in Macinec Primary School did a majority of Roma pupils attend a Roma-only class, while in Podturen Primary School the percentage was below 50%. This confirms that it was not a general policy to automatically place Roma pupils in separate classes in both schools at issue. Therefore, the statistics submitted do not suffice to establish that there is prima facie evidence that the effect of a measure or practice was discriminatory.

153. However, indirect discrimination may be proved without statistical evidence (see *D.H. and Others*, cited above, § 188). In this connection, the Court notes that the measure of placing children in separate classes on the basis of their insufficient command of the Croatian language was applied only in respect of Roma children in several schools in Međimurje County, including the two primary schools attended by the applicants in the present case. Thus, the measure in question clearly represents a difference in treatment.

154. As regards the grounds for the applicants' placement in separate classes, the Court is also mindful of the general comments made in the third ECRI report on Croatia, published on 14 June 2005 (see paragraph 67 above), which refers to "allegations that when the authorities tried to introduce mixed classes instead of separate classes in some schools, they came up against opposition from the non-Roma parents, who apparently signed petitions against this measure, with the result that the separate classes

were maintained”. The Commissioner for Human Rights, in the report on his visit to Croatia (see paragraph 72 above), referred to a similar situation in the following passage:

“The year 2002 saw the worsening of problems around the town of Čakovec, which applied a practice of separating Roma and non-Roma pupils in schools. An atmosphere of intolerance took hold; non-Roma parents went so far as to stage a demonstration in front of a school at the start of the 2002/03 school year, denying entry to the Roma children.”

155. In the circumstances of the present case, and even without any discriminatory intent on the part of the relevant State authorities, the fact that the measure in question was applied exclusively to the members of a singular ethnic group, coupled with the alleged opposition of other children’s parents to the assignment of Roma children to mixed classes, calls for an answer from the State to show that the practice in question was objectively justified by a legitimate aim and that the means of achieving that aim were appropriate, necessary and proportionate.

2. Whether the difference in treatment had an objective and reasonable justification

156. According to the Court’s case-law, a difference in treatment is discriminatory if “it has no objective and reasonable justification”, that is, if it does not pursue a “legitimate aim” or if there is not a “reasonable relationship of proportionality” between the means employed and the aim sought to be realised (see, among many other authorities, *Larkos v. Cyprus* [GC], no. 29515/95, § 29, ECHR 1999-I; *Stec and Others*, cited above, § 51; and *D.H. and Others*, cited above, § 196). Where the difference in treatment is based on race, colour or ethnic origin, the notion of objective and reasonable justification must be interpreted as strictly as possible (see *Sampanis and Others*, cited above, § 69).

157. The Court considers that temporary placement of children in a separate class on the ground that they lack an adequate command of the language is not, as such, automatically contrary to Article 14 of the Convention. It might be said that in certain circumstances such placement would pursue the legitimate aim of adapting the education system to the specific needs of the children. However, when such a measure disproportionately or even, as in the present case, exclusively, affects members of a specific ethnic group, then appropriate safeguards have to be put in place (see *Buckley v. the United Kingdom*, 25 September 1996, § 76, *Reports* 1996-IV; *Connors*, cited above, § 83; and *Timishev*, cited above, § 56). Thus, the Court must now examine whether there existed such

safeguards at each stage of the implementation of the measures complained of and whether they were effective.

(a) Initial placement of the applicants in separate classes

158. The Court first notes that there existed no clear and specific legal basis for placing children lacking an adequate command of the Croatian language in separate classes. The laws relied on by the Government, namely, the Primary Education Act and the Rules on the number of pupils in regular and multi-grade classes, did not provide for separate classes for children lacking proficiency in the Croatian language. The Government have not shown that this practice has been applied in respect of any other pupils lacking an adequate command of the Croatian language in any other part of Croatia, and not only in respect of Roma children in several schools in Međimurje County, including the two schools in question. Consequently, the impugned measures can hardly be seen as part of a common and general practice designed to address the problems of children who lack an adequate command of the Croatian language.

159. Moreover, the tests applied for deciding whether to assign pupils to Roma-only classes are not specifically designed to test the children's command of the Croatian language. Where the State authorities opt to place children in a separate class on the ground that the children lack an adequate command of the Croatian language, the testing of such children should be specifically designed to assess their knowledge of the language. In its Opinion on Croatia, adopted on 6 April 2001, the Advisory Committee on the Framework Convention for the Protection of National Minorities stressed that "placing children in separate classes should take place only when it is absolutely necessary and always on the basis of consistent, objective and comprehensive tests" (see paragraph 68 above).

160. In the present case no specific testing of the applicants' command of the Croatian language took place. The testing of the applicants who attended Macinec Primary School (the eleventh to fifteenth applicants) was designed to test the children's general psycho-physical condition, not their knowledge of the Croatian language in particular. As regards the applicants who attended Podturen Primary School (the second to tenth applicants), the Government have not shown that they were ever effectively tested in this respect (see paragraph 127 above).

161. Furthermore, certain inconsistencies in respect of some individual applicants cannot be ignored. For example, both the second and the tenth applicants were initially placed in a mixed class in Podturen Primary School upon enrolling in the first grade in the school year 1997/98. Only after two years were they transferred to a Roma-only class. Assuming that, as the

Government contend, insufficient knowledge of the Croatian language was the reason for placing Roma children in Roma-only classes, it is difficult to understand why the second and the tenth applicants would have had sufficient knowledge of the Croatian language at the age of seven, when they started primary school, but not two years later, when they were transferred to a Roma-only class. It is equally improbable that it should have taken two years for their respective class teachers to note the applicants' insufficient command of the language. Even if these two applicants might have had some learning difficulties, as suggested by the fact that they failed to go up a grade for the initial two years of their schooling, these difficulties would not appear to have been adequately addressed simply by placing the applicants concerned in a Roma-only class. The tenth applicant, for his part, was offered an adapted curriculum by reason of his developmental difficulties only in the school year 2005/06, that is to say not until eight years after he enrolled in primary school and when he had already reached the age of 15 and thus soon to leave school.

162. The Court does not consider satisfactory the explanation given by the Government that, although these two applicants' command of the Croatian language had been inadequate when they enrolled in school, in those years there were no Roma-only classes in their school. For the fact remains that the applicants' insufficient command of the Croatian language was not adequately addressed for the first two years of their schooling.

(b) Curriculum

163. As regards the curriculum provided in Roma-only classes, the Government first argued that it was the same as in any other classes of the same grade and that all subjects were taught in Croatian. Yet, at the same time they contended that the applicants' command of the Croatian language had been insufficient to follow the regular school curriculum with the other pupils. The Government also admitted that the curriculum in Roma-only classes might have been reduced by up to 30% compared with the full standard curriculum, such a reduction being permissible under national laws and not reserved for Roma-only classes but accepted and allowed in respect of any primary school class in Croatia, depending on the abilities of the pupils in a given class.

164. The Court notes that if the applicants were taught the same curriculum as all other pupils, there appears to be no reason to have placed them in separate classes. However, if they were placed in separate classes because they lacked an adequate command of the Croatian language, the regular curriculum, taught in Croatian, could not possibly address their needs. Furthermore, the Government's contention that the applicants

followed a regular curriculum is difficult to reconcile with the comments submitted on 26 September 2001 by the Croatian Government in response to the Opinion of the Advisory Committee on the Framework Convention for the Protection of National Minorities, according to which “[t]he Ministry of Education and Sports, in cooperation with the local administration, has taken a number of measures for this purpose [namely, to overcome the language barrier] – additional assistance to overcome problems concerning the following and comprehension of school lessons, adaptation of curricula to the needs of Roma children ...” (see paragraph 69 above). Thus, it would appear that the Roma children followed an “adapted curriculum”, though it is not clear what exactly that included.

165. As regards the fact that the curriculum taught in Roma-only classes might have been reduced by 30%, the Court first notes that the Government have not indicated the exact legal basis for such a reduction. Secondly, and more importantly, they have not shown how the mere fact of a possible reduction of the curriculum could be considered an appropriate way to address the applicants’ alleged lack of proficiency in Croatian. Since, as indicated by the Government, teaching in the schools in question was in Croatian only, the State in addition had the obligation to take appropriate positive measures to assist the applicants in acquiring the necessary language skills in the shortest time possible, notably by means of special language lessons, so that they could be quickly integrated into mixed classes.

166. In this connection, the Court refers to the above-mentioned comments submitted by the Croatian Government in response to the Opinion of the Advisory Committee on the Framework Convention for the Protection of National Minorities, according to which “those children who do not speak the Croatian language may well be enrolled in special classes where they receive special attention with a view to learning the Croatian language” (see paragraph 69 above). The applicants, however, once assigned to Roma-only classes, were not provided with any specific programme in order to address their alleged linguistic deficiencies. Nor have the Government shown the existence of any written instructions or guidelines concerning the programme to be followed by pupils assigned to Roma-only classes.

167. As to the existence of additional Croatian classes, which, according to the Government’s submission, was one of the means by which the applicants’ language deficiencies had been addressed, it would appear that the third, fourth and fifth applicants were never provided with such classes, although all three of them attended a Roma-only class for at least the first two years of their primary education.

168. As regards the sixth to eleventh applicants, it was not until their third grade that they were offered additional Croatian language lessons, although they were all placed in a Roma-only class from their first grade.

169. The thirteenth to fifteenth applicants were offered additional language classes only in the first year of their schooling. Yet they all stayed in a Roma-only class for the rest of their primary schooling.

170. Only the twelfth applicant was systematically offered additional Croatian language classes in the first, second and third grade. However, he spent his entire primary schooling in a Roma-only class.

171. In any event, even such additional classes in Croatian could at best only compensate in part the lack of a curriculum specifically designed to address the needs of pupils placed in separate classes on the ground that they lacked an adequate command of Croatian.

(c) Transfer and monitoring procedure

172. As to the transfer from Roma-only to mixed classes, the Government, both in the proceedings before the national courts and before this Court, argued that the homogeneity of each class had been an important factor in not transferring the applicants to a mixed class. However, as indicated above, the placement of the applicants in Roma-only classes could be seen as pursuing a legitimate aim only if it served the purpose of bringing their command of the Croatian language up to an adequate level and then securing their immediate transfer to a mixed class.

173. In this respect, it is to be noted that no programme was established for addressing the special needs of Roma children lacking language skills that included a time frame for the various phases of acquisition of the necessary language skills. As a result, the Court is of the opinion that the time the applicants spent in Roma-only classes appears to fall short of the requirement that their immediate and automatic transfer be ensured as soon as adequate language proficiency was attained.

174. In the above-mentioned comments in response to the Opinion of the Advisory Committee on the Framework Convention for the Protection of National Minorities, the Government stated that “[t]his practice [of placing of Roma-children in separate classes] is implemented only in the first and second grade of primary school, after which children attend classes together with children of other nationalities” (see paragraph 69 above). The Court also refers to the Opinion on Croatia of the Advisory Committee on the Framework Convention for the Protection of National Minorities, adopted on 1 October 2004, according to which “pupils should not be placed in such separate remedial classes on the basis of their affiliation with

a national minority but rather on the basis of the skills and needs of the individuals concerned, and where such placing is found necessary, it should be for a limited period only” (see paragraph 70 above).

175. Yet the applicants in the present case each spent a substantial period of their education in Roma-only classes. The eleventh to fifteenth applicants spent all eight years of their schooling in a Roma-only class, while the second to tenth applicants attended at times both Roma-only and mixed classes. However, no particular monitoring procedure was in place. Although some of the applicants at times attended mixed classes, the Government failed to show that any individual reports were drawn up in respect of each applicant and his or her progress in learning Croatian. Such reports appear necessary in order to ensure objectivity as well as to identify problem areas which could then be addressed, if needed, with additional measures. The lack of a prescribed and transparent monitoring procedure left a lot of room for arbitrariness.

(d) Poor school attendance and high drop-out rate

176. One of the problems highlighted in the reports of the Council of Europe bodies concerning Croatia was the poor school attendance of Roma children and their high drop-out rate. In the second ECRI report on Croatia, published on 3 July 2001, it is stated that “many Roma/Gypsy children do not go to school, having either dropped out or having never attended” (see paragraph 66 above). This observation was confirmed in the third ECRI report on Croatia, published on 14 June 2005, according to which “[m]any Roma children leave school at a very early age” (see paragraph 67 above). The statistics submitted by the applicants for Međimurje County and not refuted by the Government show a drop-out rate of 84% for Roma pupils before completing primary education. The applicants in the present case, without exception, left school at the age of 15 without completing primary education. Their school reports show poor attendance.

177. While the Croatian authorities cannot be held to be the only ones responsible for the fact that so many pupils failed to complete primary education or to attain an adequate level of language proficiency, such a high drop-out rate of Roma pupils in Međimurje County called for the implementation of positive measures in order, *inter alia*, to raise awareness of the importance of education among the Roma population and to assist the applicants with any difficulties they encountered in following the school curriculum. Therefore, some additional steps were needed in order to address these problems, such as active and structured involvement on the part of the relevant social services. However, according to the Government, the social

services had been informed of the pupil's poor attendance only in the case of the fifth applicant. No precise information was provided on any follow-up.

(e) The involvement of the applicants' parents

178. The Government emphasised the parents' passivity and lack of objections in respect of the placement of their children in separate classes, as well as on the fact that they had not requested their transfer to mixed classes. In this connection, the following conclusions reached in the *D.H. and Others* case appear to be of relevance:

"202. As regards parental consent, the Court notes the Government's submission that this was the decisive factor without which the applicants would not have been placed in special schools. In view of the fact that a difference in treatment has been established in the instant case, it follows that any such consent would signify an acceptance of the difference in treatment, even if discriminatory, in other words a waiver of the right not to be discriminated against. However, under the Court's case-law, the waiver of a right guaranteed by the Convention – in so far as such a waiver is permissible – must be established in an unequivocal manner, and be given in full knowledge of the facts, that is to say on the basis of informed consent (see *Pfeifer and Plankl v. Austria*, 25 February 1992, §§ 37-38, Series A no. 227) and without constraint (see *Deweer v. Belgium*, 27 February 1980, § 51, Series A no. 35).

203. In the circumstances of the present case, the Court is not satisfied that the parents of the Roma children, who were members of a disadvantaged community and often poorly educated, were capable of weighing up all the aspects of the situation and the consequences of giving their consent. ...

204. In view of the fundamental importance of the prohibition of racial discrimination (see *Nachova and Others*, cited above, § 145, and *Timishev*, cited above, § 56), the Grand Chamber considers that, even assuming the conditions referred to in paragraph 202 above were satisfied, no waiver of the right not to be subjected to racial discrimination can be accepted, as it would be counter to an important public interest (see, *mutatis mutandis*, *Hermi v. Italy* [GC], no. 18114/02, § 73, ECHR 2006-XII.)"

179. The same applies to the failure of the applicants' parents in the present case to raise objections to the placement of their children in Roma-only classes and their failure to seek their transfer to mixed classes.

(f) Conclusion

180. As appears from the Court's judgment in *D.H. and Others* (cited above), the documentation produced by ECRI and the report of the Commissioner for Human Rights of the Council of Europe on the Human Rights Situation of the Roma, Sinti and Travellers in Europe (dated 15 February 2006; see paragraphs 73 to 76 above), a number of European States encounter serious difficulties in providing adequate schooling for Roma children. The Croatian authorities have sought to tackle the problem.

However, in their attempts to achieve the social and educational integration of the disadvantaged group which the Roma form, they have had to contend with numerous difficulties as a result of, *inter alia*, the cultural specificities of that minority and an alleged degree of hostility on the part of the parents of non-Roma children. As the Grand Chamber noted in the above-mentioned *D.H. and Others* judgment, the choice of the best means to address learning difficulties of children lacking proficiency of the language of instruction is not an easy one. It entails a difficult balancing exercise between the competing interests. As to the setting and planning of the curriculum, this mainly involves questions of expediency on which it is not for the Court to rule (see *D.H. and Others*, cited above, § 205, and *Valsamis v. Greece*, 18 December 1996, § 28, *Reports* 1996-VI).

181. Nevertheless, whenever discretion capable of interfering with the enjoyment of a Convention right is conferred on national authorities, the safeguards available to the individual will be especially material in determining whether the respondent State has, when fixing the regulatory framework, remained within its margin of appreciation (see *Buckley*, cited above, § 76, and *Connors*, cited above, § 83).

182. The facts of the instant case indicate that the schooling arrangements for Roma children were not sufficiently attended by safeguards that would ensure that, in the exercise of its margin of appreciation in the education sphere, the State had sufficient regard to their special needs as members of a disadvantaged group (see, *mutatis mutandis*, *Buckley*, cited above, § 84, and *Connors*, cited above, § 84). Furthermore, as a result of the arrangements the applicants were placed in separate classes where an adapted curriculum was followed, though its exact content remains unclear. Owing to the lack of transparency and clear criteria as regards transfer to mixed classes, the applicants stayed in Roma-only classes for substantial periods of time, sometimes even during their entire primary schooling.

183. A very positive aspect is the possibility of further education for Roma children who failed to complete primary education by the age of 15. After leaving primary school, the applicants had the possibility of enrolling in the government-funded evening school in Čakovec (a nearby town) in order to complete their education. Although all expenses were covered by the Government, only three of the applicants availed themselves of this opportunity, and only one actually completed the evening school. However, most of these developments took place after the period that is to be examined in respect of the applicants in the present case. They cannot repair the above-described deficiencies in the applicants' education.

184. In sum, in the circumstances of the present case and while recognising the efforts made by the Croatian authorities to ensure that Roma children receive schooling, the Court considers that there were at the relevant time no adequate safeguards in place capable of ensuring that a reasonable relationship of proportionality between the means used and the legitimate aim said to be pursued was achieved and maintained. It follows that the placement of the applicants in Roma-only classes at times during their primary education had no objective and reasonable justification.

185. The Court therefore finds that in the present case there has been a violation of Article 14 of the Convention taken together with Article 2 of Protocol No. 1.

186. In view of that conclusion, it is not necessary to examine the complaint under Article 2 of Protocol No. 1 taken alone.

III. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

187. 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. The Chamber judgment

188. The Chamber, in view of the violation found, considered that the applicants had sustained non-pecuniary damage because the length of the proceedings before the national courts had exceeded a “reasonable time”, and that it was therefore appropriate to award them compensation. Ruling on an equitable basis, it awarded each applicant 1,300 euros (EUR) under this head, plus any tax that might be chargeable. It also awarded the applicants jointly EUR 2,000 for costs and expenses, plus any tax that might be chargeable.

B. The parties’ submissions

189. The applicants claimed EUR 22,000 each in respect of non-pecuniary damage and EUR 20,316.50 jointly for costs and expenses incurred at domestic level and before the Court.

190. The Government argued that the applicants’ claim in respect of non-pecuniary damage should be rejected. As regards the claim for costs and expenses in respect of the proceedings before the Court, the Government deemed it excessive.

C. The Court's assessment

1. *Non-pecuniary damage*

191. The Court considers that the applicants must have sustained non-pecuniary damage – in particular as a result of the frustration caused by the indirect discrimination of which they were victims – for which the finding of a violation of the Convention does not afford sufficient redress. However, the Court considers the amounts claimed by the applicants to be excessive. Ruling on an equitable basis, it assesses the non-pecuniary damage sustained by each of the applicants at EUR 4,500.

2. *Costs and expenses*

192. The Court reiterates that legal costs are only recoverable to the extent that they relate to the violation that has been found (see *Beyeler v. Italy* (just satisfaction) [GC], no. 33202/96, § 27, 28 May 2002). The Court notes that Mrs Kušan, Mr Dobrushki and Mr Alexandridis have each submitted details of their professional fees, as well as the costs of translation of the relevant documents. Having regard to all the relevant factors and to Rule 60 § 2 of the Rules of Court, the Court makes a joint award to all the applicants of EUR 10,000 for costs and expenses.

3. *Default interest*

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

FOR THESE REASONS, THE COURT

1. *Dismisses* unanimously the Government's preliminary objection as to the applicability of Article 6 § 1 of the Convention to the present case;
2. *Holds* unanimously that there has been a violation of Article 6 § 1 of the Convention;
3. *Holds* by nine votes to eight that there has been a violation of Article 14 of the Convention read in conjunction with Article 2 of Protocol No. 1;
4. *Holds* unanimously that it is not necessary to examine the complaint under Article 2 of Protocol No. 1 taken alone;
5. *Holds* by twelve votes to five

- (a) that the respondent State is to pay, within three months, the following amounts, to be converted into Croatian kuna at the rate applicable at the date of settlement:
- (i) to each applicant EUR 4,500 (four thousand five hundred euros), plus any tax that may be chargeable, in respect of non-pecuniary damage;
 - (ii) to the applicants jointly EUR 10,000 (ten thousand euros), plus any tax that may be chargeable to the applicants, in respect of costs and expenses;
- (b) that from the expiry of the above-mentioned three months until settlement simple interest shall be payable on the above amounts at a rate equal to the marginal lending rate of the European Central Bank during the default period plus three percentage points;
6. *Dismisses* unanimously the remainder of the applicants' claim for just satisfaction.

Done in English and in French, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 16 March 2010.

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 separate opinion of Judges Jungwiert, Vajić, Kovler, Gyulumyan, Jaeger, Myjer, Berro-Lefèvre and Vučinić is annexed to this judgment.

J.-P.C.
V.B.

JOINT PARTLY DISSENTING OPINION OF
JUDGES JUNGWIERT, VAJIĆ, KOVLER, GYULUMYAN,
JAEGER, MYJER, BERRO-LEFÈVRE AND VUČINIĆ

1. We are unable to find a violation of Article 14 of the Convention read in conjunction with Article 2 of Protocol No. 1 in the present case.

I.

2. We agree with the majority on the principles laid down in paragraphs 146, 149, 150 and 156 of the judgment. Particularly, we accept that indirect discrimination shall be taken to occur where an apparently neutral provision, criterion or practice would put persons of an ethnic origin at a particular disadvantage compared with other persons, unless it is objectively justified by a legitimate aim and the means of achieving that aim are appropriate, necessary and proportionate.

II.

3. We do not agree with the majority as to the application of the above principles to the case at issue and the conclusion that there has been no objective and reasonable justification for the measures applied to the applicants.

4. First of all, the applicants do not argue that their command of the Croatian language upon their enrolment in primary school was adequate – they have never objected to the Government's assertion that they lacked the required level of language proficiency. (In respect of the applicants enrolled in Macinec Primary School, the enrolment procedure included the psycho-physical appraisal of the children by a panel composed of a physician, a psychologist, a school counsellor (*pedagog*), a defectologist and a teacher, in the presence of at least one of the child's parents.) Thus we accept that the applicants did not have a sufficient command of the Croatian language to follow lessons in that language.

5. Secondly, it is accepted that decisions pertaining to the methods used to address the special needs of certain pupils belong to the sphere of social policy, in which States enjoy quite a wide margin of appreciation. Therefore, placing the applicants in separate classes as a means of addressing their special needs is not as such contrary to the Convention, either from the standpoint of Article 2 of Protocol No. 1 or from that of Article 14 of the Convention.

6. As stated in the judgment, the proportion of Roma children in the lower grades in Macinec Primary School varies from 57% to 75%, while in Podturen Primary School it varies from 33% to 36%. We accept that

the large number of Roma pupils in the two primary schools concerned, and in particular in Macinec Primary School, was an obstacle to creating mixed classes in certain grades with a view to achieving integration among the pupils concerned. Notwithstanding these difficulties, the Roma-only classes were not established as a rule but only in cases where the percentage of Roma pupils was sufficient to form such classes.

Thus in Podturen Primary School, out of 47 Roma pupils only 17 were placed in a Roma-only class, while 30 were in mixed classes (paragraph 11 of the judgment). In Macinec Primary School, there were 194 Roma pupils in 2001, 142 of whom were placed in six Roma-only classes, while 52 attended mixed classes (paragraph 15 of the judgment).

7. The language deficits and other difficulties in the case at issue, according to school records (paragraphs 21 to 51 of the judgment), went hand in hand with obvious lack of parental support. It cannot be denied that the slow linguistic development and progress in the applicants' case was to a large degree due to their very poor school attendance (paragraphs 176 to 177 of the judgment), which would equally have upset the majority's progress in mixed classes in respect of all school subjects.

In this connection, it is to be noted that the authorities attempted to address these problems by organising regular parent-teacher meetings at class level, as well as individual parent-teacher meetings with the applicants' parents. They also organised visits of Roma assistants to the pupils' homes in order to stress the importance of regular school attendance. However, the applicants' parents rarely responded to such efforts. The role of the parents in these matters cannot be underestimated. Regular school attendance depends on cooperation between school authorities and the children's parents, who are primarily responsible for their children. The report of the Commissioner for Human Rights also stressed that "it rests with the parents to ensure the sound learning of the language and their children's regular attendance for the entire school course" (see paragraph 72 *in fine* of the judgment).

8. To assess the proportionality of the measures taken, it is important to point out that the setting and planning of the curriculum fall in principle within the competence of the Contracting States. The regulation of educational institutions may vary in time and in place, *inter alia*, according to the needs and resources of the community and the distinctive features of different levels of education. Consequently, the Contracting States enjoy a certain margin of appreciation in this sphere (see *Leyla Şahin v. Turkey* [GC], no. 44774/98, § 154, ECHR 2005-XI).

9. The authorities were faced with a situation where in a small community a large number of children belonging to the Roma minority at the time of their enrolment in primary school did not have sufficient command of the

language of instruction. They had to contend with numerous difficulties as a result of, *inter alia*, the cultural specificities of that minority. The choice between various possibilities to tackle the situation at hand entailed a difficult balancing exercise between the competing interests. On the one hand the interest of the applicants and other Roma children who did not speak the Croatian language was to acquire, as soon as possible, proficiency in the language of teaching and thus become able to follow the teaching. On the other hand the pupils, both Croatian and Roma, who did speak Croatian, had an interest in not being held back too much in their education owing to the insufficient linguistic proficiency of a very large number of other pupils.

Moreover, we stress that it may indeed be difficult to organise teaching in mixed classes where a high percentage or even a majority of pupils do not have sufficient knowledge of the language of teaching. In such a situation where a high percentage or a majority of pupils have special needs, it is obvious that the teaching has to be adapted to their needs, particularly when they share a common language among themselves. However, this may affect the interests of other pupils who do not have such needs and whose progress may thus be impeded. In such a situation the State authorities are confronted with the duty to ensure a fair distribution of available resources among both groups of pupils. We accept that for this reason as well their placement in the same class could be justified from a pedagogical point of view, as it is known that children are considered to learn best in stable surroundings, and this is also why parents are often reluctant to make their children change classes. That argument should not have been set aside without balancing also the interests of the Croatian-speaking children: the importance for Croatian-speaking pupils of being able to progress properly at school is not mentioned at all in the judgment.

10. By keeping Roma children in ordinary schools, the Croatian authorities made the change from a separate class to a mixed class quite flexible and allowed the change to be made without formalities. Thus the majority of the applicants in the present case attended both Roma-only and mixed classes and shared with other pupils the same common school facilities, such as canteen and playgrounds, as well as various extracurricular and social activities (see also paragraphs 134 and 135 of the judgment).

11. The schools attended by the applicants are regular educational establishments, forming part of the system of public primary schools in Croatia. All pupils who complete any of these schools are considered as having succeeded in acquiring full primary education and they all receive a final certificate in standard form. Those pupils who at times or during their entire primary education attend Roma-only classes and successfully complete the final grade also receive the same standard final certificate

which in no way indicates that they attended some special, separate classes. All certificates on the completion of primary education have equal standing as regards the possibility of enrolling in secondary schools or finding employment. Thus, the fact that the applicants attended Roma-only classes could not, as such, in any way have impeded or undermined their prospects of further education. All those who complete primary school have the same possibilities of reaping the benefits of their education.

12. It is thus important to stress that the applicants were at no time deprived of the right to attend school and receive an education. They were all enrolled in the primary schools concerned at the age of seven, the normal age to start mandatory primary education in Croatia. They all stayed in primary school until they reached the age of 15 and then left on their own initiative since there was no further obligation for them to attend school.

Furthermore, there was a possibility of continued education in evening classes for pupils who had not completed primary education by the age of 15. Although the full cost of this education was borne by the State, only the third, fourth and sixth applicants made use of this opportunity and only the third applicant actually completed the evening school, while the fourth and sixth applicants, although enrolled, failed to attend classes.

13. Therefore, it is not shown in this case that the applicants were put at a particular disadvantage compared with other pupils by their placement in Roma-only classes at times during their primary education.

III.

14. The present case is thus not about the situation of a minority in general but about a concrete question of education practice (in two schools) in respect of a minority insufficiently conversant with the language of instruction, and the measures taken by the domestic authorities to deal with such a situation. The case can clearly be distinguished from *D.H. and Others v. the Czech Republic* ([GC], no. 57325/00, ECHR 2007-IV) and *Sampanis and Others v. Greece* (no. 32526/05, 5 June 2008), as the majority is well aware. The majority also accepted the fact that the statistical data in the present case did not suffice to establish that there was prima facie evidence that the effect of a measure or practice was discriminatory (paragraphs 151 to 152 of the judgment). We agree that indirect discrimination may be proved without statistical evidence (paragraph 153 of the judgment). Yet then the facts would have to show that the effect of the practice had an adverse impact on the applicants and could not be justified on other grounds.

15. It would seem that the majority viewed the case in the first place as a means of further developing the notion of indirect discrimination in the

Court's jurisprudence. To be able to do so it was, however, obliged to lean on arguments outside the concrete facts, referring to the situation of the Roma population in general (see, for example, paragraphs 147, 148, 176 and 177 of the judgment). As a result, this became in some respects more a judgment on the special position of the Roma population in general than one based on the facts of the case, as the focus and scope of the case were altered and interpreted beyond the claims as lodged by the applicants before the Court. In adopting this approach, however, the majority neglected the criteria previously elaborated by the Court itself in respect of the right to education under Article 2 of Protocol No. 1 to the Convention (paragraph 146 of the judgment).

16. Although it is accepted that education by integration is definitely a very important concept, it is, however, to be noted that there are no general recommendations of best practices in such a situation and that States have to use their margin of appreciation to resolve such very important and concrete problems on the spot as they are the best placed for that task.

17. In addition the majority has not taken into consideration at all that one of the rights of a minority consists in "preserving diversity" (see paragraph 148 of the judgment) and that separation is therefore not always considered to be harmful, especially when accompanied – as in the given situation – by various social activities and measures organised in the common school.

IV.

18. We are satisfied that in the present case, as pointed out by the Constitutional Court, it was not shown that the allegedly different treatment of the applicants was based on their ethnic origin or any other "suspect" grounds, but rather exclusively on their insufficient command of the language, which means on pedagogical grounds. In such circumstances a wider margin of appreciation is allowed to the State authorities in employing methods of addressing the applicants' learning difficulties. Once it has been established that the applicants lacked sufficient command of the Croatian language, the choice of means to address that problem lay with the State authorities. Therefore, and regard being had to the margin of appreciation afforded to the national authorities in the field of education (see, *mutatis mutandis*, *Sampanis and Others*, cited above, § 92 *in fine*), we consider that the placement of the applicants in Roma-only classes at times during their primary education in the circumstances of the present case had a legitimate aim pursued by acceptable means for a limited period without discernable alternatives at hand. In other words, there existed an objective and reasonable justification.

V.

19. We would also like to stress that in a situation like the present one in which the Court is overruling a well-reasoned judgment by a Constitutional Court, as well as a unanimous judgment of one of its Chambers, by adopting a Grand Chamber judgment by a nine to eight vote, it should have presented more convincing arguments to justify its decision. In addition, it would have been useful if the Court had been willing to offer more practical guidance on how to develop and apply the notion of indirect discrimination. As it stands, without any clear indications on the matter, it could appear that the majority simply used its own discretion to replace a decision of the highest national court with its own. In so doing, the Court runs the risk of being told that it took upon itself the task of the national courts. Particularly so in a situation where the Constitutional Court's reasoning was based on the principles of the Convention and where its indications to the domestic authorities were clear. Thus, the present example well illustrates that when it comes to cases where the Court declares that a certain margin of appreciation is to be left to the States, it should be particularly careful not to overstep its role, especially when a large number of judges in the Court have expressed their support for the Constitutional Court's approach.

Be that as it may, it will certainly not be easy for the respondent State or any other State party to the Convention faced with schooling problems in relation to minority groups to follow the present judgment.

APPENDIX

LIST OF APPLICANTS

Name	Date of birth	Residence
1. Stjepan Oršuš	22 December 1991	Orehovica
2. Mirjana Oršuš	30 September 1990	Podturen
3. Gordan Oršuš	16 June 1988	Podturen
4. Dejan Balog	10 November 1990	Podturen
5. Siniša Balog	25 January 1993	Podturen
6. Manuela Kalanjoš	12 February 1990	Podturen
7. Josip Oršuš	25 February 1993	Podturen
8. Biljana Oršuš	20 April 1990	Podturen
9. Smiljana Oršuš	6 April 1992	Podturen
10. Branko Oršuš	10 March 1990	Podturen
11. Jasmin Bogdan	11 May 1990	Trnovec
12. Josip Bogdan	13 September 1991	Trnovec
13. Dijana Oršuš	20 January 1994	Trnovec
14. Dejan Oršuš	2 August 1991	Trnovec
15. Danijela Kalanjoš	7 October 1993	Trnovec

ORŠUŠ ET AUTRES c. CROATIE
(Requête n° 15766/03)

GRANDE CHAMBRE¹

ARRÊT DU 16 MARS 2010

1. Arrêt rendu par la Grande Chambre après renvoi en vertu de l'article 43 de la Convention.

SOMMAIRE¹**Placement d'enfants roms dans des classes réservées sous le prétexte de leur maîtrise insuffisante de la langue croate****Article 14 de la Convention combiné avec l'article 2 du Protocole n° 1**

Discrimination – Race – Droit à l'instruction – Placement d'enfants roms dans des classes réservées sous le prétexte de leur maîtrise insuffisante de la langue croate – Scolarisation accompagnée de garanties insuffisantes pour tenir compte des besoins particuliers d'un groupe défavorisé – Absence de critères clairs et transparents en matière de transfert dans des classes mixtes – Marge d'appréciation

*

* *

Les requérants, quinze ressortissants croates d'origine rom, fréquentèrent deux écoles primaires entre 1996 et 2000. Durant leur scolarité, ils furent par moments inscrits dans des classes uniquement composées d'enfants roms. En avril 2002, ils engagèrent une action contre les écoles en question. Ils dénonçaient une discrimination raciale et une violation de leur droit à l'instruction, au motif que le programme suivi dans les classes réservées aux Roms était d'un volume et d'une portée très réduits par rapport au programme officiel. Ils produisirent aussi une étude psychologique concluant qu'une éducation séparée entraînait un préjudice émotionnel et psychologique chez les enfants roms sur le plan tant de leur respect d'eux-mêmes que de la construction de leur identité. En septembre 2002, un tribunal municipal débouta les requérants après avoir constaté que les élèves roms étaient pour la plupart placés dans des classes séparées pour la raison qu'ils avaient besoin de cours supplémentaires de croate et que les requérants n'avaient pas étayé leurs allégations en matière de discrimination raciale et de réduction du programme. Cette décision fut confirmée en appel.

1. Article 14 de la Convention combiné avec l'article 2 du Protocole n° 1: le Gouvernement soutient que les requérants n'ont été affectés à des classes séparées qu'en raison de leur maîtrise insuffisante de la langue croate. La Cour doit donc examiner la question de savoir si les autorités scolaires ont pris toutes les mesures voulues pour que les requérants acquièrent rapidement une maîtrise suffisante du croate pour pouvoir être intégrés dans des classes mixtes. Le placement temporaire d'enfants dans une classe séparée au motif qu'ils n'ont pas une maîtrise suffisante de

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

la langue de l'enseignement n'est pas en soi automatiquement contraire à l'article 14 de la Convention mais, lorsqu'une telle mesure touche les membres d'un groupe ethnique spécifique de manière disproportionnée, il faut que des garanties adaptées soient mises en place à chaque étape de sa mise en œuvre. Or le placement dans des classes séparées des enfants n'ayant pas une maîtrise suffisante de la langue croate ne se fondait sur aucune base légale claire. De plus, le Gouvernement n'a pas montré que cette pratique ait été appliquée, dans quelque partie de la Croatie que ce soit, à l'égard d'autres élèves n'ayant pas une connaissance suffisante du croate. En conséquence, les mesures litigieuses peuvent difficilement passer pour s'inscrire dans le cadre d'une pratique courante et générale destinée à résoudre les difficultés des enfants n'ayant pas une bonne maîtrise de la langue dans laquelle l'enseignement est dispensé. Pour ce qui est du programme suivi dans les classes réservées aux Roms, le Gouvernement soutient qu'il était identique à celui enseigné dans toutes les autres classes de même niveau et que, en tout état de cause, le programme appliqué dans les classes du primaire a pu être réduit dans une proportion pouvant aller jusqu'à 30 % du programme normal complet. Toutefois, au lieu de se borner à réduire le programme dans les classes réservées aux Roms, la Cour estime que l'Etat avait l'obligation de prendre des mesures positives de nature à aider les requérants à acquérir les compétences linguistiques nécessaires dans le délai le plus court possible, notamment par le biais de cours de langue spéciaux. Certains des requérants ont de fait bénéficié de tels cours à divers stades de leur scolarité primaire mais, par exemple, trois des requérants n'en ont jamais eu et six d'entre eux ont bénéficié de cours de soutien en troisième année, alors qu'ils avaient été placés dans des classes réservées dès la première année. De surcroît, aucun programme n'a été mis sur pied pour répondre aux besoins particuliers des enfants roms ayant des connaissances linguistiques insuffisantes et prévoyant un calendrier pour les différentes phases d'acquisition des compétences linguistiques nécessaires. En outre, le taux élevé d'abandon chez les élèves roms dans la région où les requérants ont été scolarisés appelait à mettre en place des mesures positives supplémentaires et la participation active des services sociaux afin de sensibiliser la population rom à l'importance de l'éducation. Même si la présente espèce diffère de l'affaire *D.H. et autres c. République tchèque* ([GC], n° 57325/00, CEDH 2007-IV) dans la mesure où il n'y avait pas de politique générale dans les deux écoles en question consistant à placer automatiquement les élèves roms dans des classes séparées, il est largement admis que la scolarisation des enfants roms dans des conditions satisfaisantes soulève de grandes difficultés dans un certain nombre d'Etats européens. En dépit des diverses actions positives engagées par l'Etat défendeur après la période considérée, les faits de la cause indiquent que les dispositions prises pour la scolarisation des enfants roms n'étaient pas accompagnées de garanties suffisantes de nature à assurer que, dans l'exercice de sa marge d'appréciation dans le domaine de l'éducation, l'Etat tienne suffisamment compte des besoins particuliers de ces enfants en tant que membres d'un groupe défavorisé. En conséquence, les requérants ont été placés

dans des classes séparées appliquant un programme adapté en l'absence de critères clairs et transparents en matière de transfert dans les classes mixtes.

Conclusion: violation (neuf voix contre huit).

2. Article 6 § 1 : a) Applicabilité – La Cour a déjà reconnu que le droit à l'accès à l'enseignement supérieur est un droit de caractère civil; le même raisonnement vaut pour l'instruction primaire. En outre, lorsqu'un Etat confère des droits qui se prêtent à un recours judiciaire, ceux-ci peuvent en principe passer pour des droits de caractère civil au sens de l'article 6 § 1. Le droit des requérants de ne pas subir une discrimination fondée sur la race étant manifestement garanti par la Constitution, il se prêtait à une action devant les juridictions civiles ordinaires dans l'ordre juridique interne. L'article 6 § 1 est dès lors applicable en l'espèce.

b) Fond – La durée de la procédure devant la Cour constitutionnelle (plus de quatre ans et un mois) a été excessive.

Conclusion: violation (unanimité).

Article 41 : la Cour alloue certaines sommes pour dommage moral et pour frais et dépens.

Jurisprudence citée par la Cour

Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » (fond), 23 juillet 1968, série A n° 6

Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark, 7 décembre 1976, série A n° 23

Dudgeon c. Royaume-Uni, 22 octobre 1981, série A n° 45

André Simpson c. Royaume-Uni, n° 14688/89, décision de la Commission du 4 décembre 1989, Décisions et rapports 64

Süßmann c. Allemagne, 16 septembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-IV

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

Valsamis c. Grèce, 18 décembre 1996, *Recueil* 1996-VI

Tinnelly & Sons Ltd et autres et McElduff et autres c. Royaume-Uni, 10 juillet 1998, *Recueil* 1998-IV

Larkos c. Chypre [GC], n° 29515/95, CEDH 1999-I

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

Gast et Popp c. Allemagne, n° 29357/95, CEDH 2000-II

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

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

Hugh Jordan c. Royaume-Uni, n° 24746/94, 4 mai 2001

Willis c. Royaume-Uni, n° 36042/97, CEDH 2002-IV

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

Hoogendijk c. Pays-Bas (déc.), n° 58461/00, 6 janvier 2005

Okpizs c. Allemagne, n° 59140/00, 25 octobre 2005

Leyla Şahin c. Turquie [GC], n° 44774/98, CEDH 2005-XI

Timichev c. Russie, n°s 55762/00 et 55974/00, CEDH 2005-XII

Stec et autres c. Royaume-Uni [GC], n^{os} 65731/01 et 65900/01, CEDH 2006-VI

Zarb Adami c. Malte, n^o 17209/02, CEDH 2006-VIII

Kök c. Turquie, n^o 1855/02, 19 octobre 2006

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

Tserkva Sela Sossoulivka c. Ukraine, n^o 37878/02, 28 février 2008

Gülmez c. Turquie, n^o 16330/02, 20 mai 2008

Sampanis et autres c. Grèce, n^o 32526/05, 5 juin 2008

Emine Araç c. Turquie, n^o 9907/02, CEDH 2008

En l'affaire Oršuš et autres c. Croatie,

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

Jean-Paul Costa, *président*,
Nicolas Bratza,
Françoise Tulkens,
Josep Casadevall,
Karel Jungwiert,
Nina Vajić,
Anatoly Kovler,
Elisabeth Steiner,
Alvina Gyulumyan,
Renate Jaeger,
Egbert Myjer,
David Thór Björgvinsson,
Ineta Ziemele,
Isabelle Berro-Lefèvre,
Mirjana Lazarova Trajkovska,
İşıl Karakaş,
Nebojša Vučinić, *juges*,

ainsi que de Vincent Berger, *jurisconsulte*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 1^{er} avril 2009 et 27 janvier 2010,

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

PROCÉDURE

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 15766/03) dirigée contre la République de Croatie et dont quinze ressortissants de cet Etat (« les requérants ») ont saisi la Cour le 8 mai 2003 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »).

2. Les requérants ont été représentés devant la Cour par le Centre européen des droits des Roms, dont le siège se trouve à Budapest, M^e L. Kušan, avocate à Ivanić-Grad, et M^e J. A. Goldston, du barreau de New York. Le gouvernement croate (« le Gouvernement ») a été représenté par son agent, M^{me} Š. Stažnik.

3. Les requérants alléguaient notamment que la durée de la procédure devant les autorités nationales avait été excessive et qu'ils avaient été privés

du droit à l'instruction et avaient subi une discrimination dans la jouissance de ce droit en raison de leur race ou de leur origine ethnique.

4. La requête a été attribuée à la première section de la Cour (article 52 § 1 du règlement). Le 17 juillet 2008, une chambre de cette section, composée de Christos Rozakis, Nina VAJIĆ, Khanlar Hajiyev, Dean Spielmann, Sverre Erik Jebens, Giorgio Malinverni et George Nicolaou, juges, et de Søren Nielsen, greffier de section, a conclu à l'unanimité à la violation de l'article 6 § 1 de la Convention à raison de la durée excessive de la procédure, et à la non-violation de l'article 2 du Protocole n° 1 pris isolément ou combiné avec l'article 14 de la Convention. La chambre a également constaté que le premier requérant avait retiré sa requête le 22 février 2007, et a donc décidé de ne pas poursuivre l'examen de la requête pour autant qu'elle concernait le premier requérant.

5. Le 13 octobre 2008, les requérants ont demandé, en vertu des articles 43 de la Convention et 73 du règlement, le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre. Le 1^{er} décembre 2008, le collège de la Grande Chambre a accueilli cette demande.

6. La composition de la Grande Chambre a été établie conformément aux dispositions des articles 27 §§ 2 et 3 de la Convention et 24 du règlement.

7. Tant les requérants que le Gouvernement ont déposé des observations sur la recevabilité et le fond de la requête. De plus, le gouvernement de la République slovaque, Interights et le Moniteur grec Helsinki ont soumis des observations en qualité de tiers intervenants.

8. Une audience s'est déroulée en public au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 1^{er} avril 2009 (article 59 § 3 du règlement).

Ont comparu :

– *pour le Gouvernement*

M ^{me} Š. STAŽNIK,	<i>agent,</i>
M. D. MARIČIĆ,	<i>coagent,</i>
M ^{mes} N. JAKIR,	
I. IVANIŠEVIĆ,	<i>conseillers ;</i>

– *pour les requérants*

M ^{es} L. KUŠAN, avocate,	
J.A. GOLDSTON, avocat,	<i>conseils,</i>
MM. A. DOBRUSHI,	
T. ALEXANDRIDIS,	<i>conseillers.</i>

La Cour a entendu en leurs déclarations M^eJ. A. Goldston, M^eL. Kušan et M^{me}S. Stažnik.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

9. Les requérants sont nés entre 1988 et 1994 et résident respectivement à Orehovica, Podturen et Trnovec. Leurs nom, date de naissance et lieu de résidence figurent dans l'annexe jointe au présent arrêt.

10. Durant leur scolarité, les requérants ont par moments fréquenté des classes séparées, uniquement composées d'enfants roms, à l'école primaire du village de Podturen pour neuf requérants (de la deuxième requérante au dixième requérant), et à l'école primaire du village de Macinec, dans le comté de Međimurje, pour cinq requérants (du onzième au quinzième d'entre eux). En Croatie, l'enseignement primaire comprend huit niveaux et l'école est obligatoire de sept à quinze ans. Les quatre premiers niveaux forment les petites classes; chaque classe est dirigée par un professeur qui enseigne en principe toutes les matières. Les quatre derniers niveaux (de la cinquième à la huitième année) constituent les grandes classes où, en plus du professeur qui dirige la classe, d'autres professeurs enseignent différentes matières. Le programme suivi dans toutes les classes du primaire, y compris les classes réservées aux Roms fréquentées par les requérants, peut être réduit dans une proportion pouvant aller jusqu'à 30 % du programme normal complet.

A. Présentation générale des deux écoles primaires en question

1. L'école primaire de Podturen

11. La proportion d'enfants roms dans les petites classes (première à quatrième année) va de 33 à 36 %. Le nombre total d'enfants fréquentant l'école primaire de Podturen en 2001 était de 463, dont 47 d'origine rom. Il existait une classe réservée aux Roms composée de dix-sept élèves, les trente autres élèves roms fréquentant des classes mixtes.

12. En 2001, un programme préscolaire baptisé « petite école » (*Mala škola*) fut introduit à titre expérimental dans le campement de Lončarevo, à Podturen. Il s'adressait à une vingtaine d'enfants roms et était conçu pour les préparer à l'école primaire. Y participaient trois éducateurs ayant reçu auparavant une formation spéciale. Ce programme expérimental dura du 11 juin au 15 août 2001. Il est devenu permanent le 1^{er} décembre 2003. Il s'adresse habituellement à une vingtaine d'enfants roms âgés de trois à sept ans. Il est assuré par un éducateur et un assistant rom en collaboration avec l'école primaire de Podturen. Un test d'évaluation a été effectué à la fin de la période expérimentale du programme.

13. En décembre 2002, le ministère de l'Education et des Sports décida d'employer des assistants roms dans les écoles fréquentées par des élèves roms, de la première à la quatrième année. Un assistant rom travaillait toutefois déjà à l'école primaire de Podturen depuis septembre 2002. L'un de ces assistants, M. K.B., a formulé le 13 janvier 2009 la déclaration suivante :

« J'ai commencé à travailler à l'école primaire de Podturen en septembre 2002. A l'époque, il y avait deux classes de quatrième année. La classe 4 B n'était composée que d'élèves roms et il était très difficile d'y travailler parce que les enfants étaient agités et gênaient les cours. J'envisageai déjà de quitter l'école au bout de deux mois. A la demande des professeurs, j'apportais des invitations écrites aux parents ou je les invitais oralement à venir parler avec les professeurs à l'école. Certains parents se déplaçaient, mais souvent ils ne le faisaient pas et je devais retourner chez eux leur demander de venir. On passait beaucoup de temps à expliquer les mots de croate aux élèves parce que certains d'entre eux continuaient à parler romani et les professeurs ne les comprenaient pas. Je prévenais les élèves qu'il fallait fréquenter l'école régulièrement. Certains élèves quittaient la classe au milieu des cours ou manquaient des journées entières. J'aidais les élèves à faire leurs devoirs après l'école. J'aidais la direction de l'école à dresser la liste exacte des élèves de première année. Je ne travaille plus dans cette école. »

14. Depuis l'année scolaire 2003/2004, il n'y a plus de classes réservées aux Roms à l'école primaire de Podturen.

2. *L'école primaire de Macinec*

15. La proportion d'enfants roms dans les petites classes va de 57 à 75 %. Des classes réservées aux Roms sont formées dans les petites classes et seulement à titre exceptionnel dans les grandes classes. Dans les deux derniers niveaux (septième et huitième années), toutes les classes sont mixtes. Le nombre total d'élèves à l'école primaire de Macinec était en 2001 de 445, dont 194 Roms. Il y avait six classes réservées aux Roms comptant en tout 142 élèves, les 52 élèves roms restants fréquentant des classes mixtes.

16. Depuis 2003, des assistants roms sont en poste.

17. Un programme préscolaire « petite école » a été mis en place dans cet établissement en 2006.

B. Situation personnelle de chaque requérant

18. D'après les requérants, on leur a dit qu'ils devaient quitter l'école à l'âge de quinze ans. Les intéressés fournissent par ailleurs des statistiques montrant qu'au cours de l'année scolaire 2006/2007, 16 % des enfants roms âgés de quinze ans avaient terminé leurs études primaires, contre 91 % des enfants en âge de fréquenter le primaire dans le comté de Međimurje. Le taux d'élèves roms abandonnant leurs études sans avoir terminé le cycle primaire était de 84 %, chiffre 9,3 fois plus élevé que dans la population

en général. Pendant l'année 2005/2006, 73 enfants roms étaient inscrits en première année et cinq en huitième année.

19. Les informations relatives à chacun des requérants indiquées ci-dessous proviennent des dossiers scolaires officiels.

1. L'école primaire de Podturen

a) Le premier requérant

20. Par une lettre du 22 février 2007, le premier requérant a exprimé le souhait de retirer sa requête. Dans l'arrêt de chambre du 17 juillet 2008, la Cour a donc dit qu'elle n'examinerait pas la requête pour autant qu'elle concernait le premier requérant (paragraphe 4 ci-dessus).

b) La deuxième requérante

21. La deuxième requérante, Mirjana Oršuš, entra en première année du cycle primaire au début de l'année scolaire 1997/1998. Elle fréquenta cette année-là et la suivante une classe mixte mais sans passer dans la classe supérieure. Pendant les années scolaires 1999/2000 à 2002/2003, elle suivit les cours dans une classe réservée aux Roms. De 2003/2004 à 2005/2006, elle fréquenta une classe mixte. Au cours de l'année 2005/2006, elle redoubla la sixième année et ne réussit pas à passer dans la classe supérieure. Elle a ainsi échoué deux fois en première et en sixième années. Ses parents participèrent à trois des dix-sept réunions parents-professeurs organisées pendant sa scolarité primaire.

22. Elle suivit des cours de soutien en croate en quatrième année. De la première à la quatrième année, elle participa à des activités périscolaires en groupe mixte (c'est-à-dire un certain nombre d'activités différentes prévues pour le même groupe d'enfants) organisées par l'école. Elle quitta l'école en août 2006, à l'âge de quinze ans. Son carnet scolaire fait apparaître que sur l'ensemble de sa scolarité elle a manqué 100 heures de cours sans justification.

c) Le troisième requérant

23. Le troisième requérant, Gordan Oršuš, entra en première année du cycle primaire au début de l'année scolaire 1996/1997 et passa dans la classe supérieure. Cette année-là et la suivante, il fréquenta une classe réservée aux Roms. En 1998/1999 et 1999/2000, il se trouva dans une classe mixte puis, jusqu'à la fin de sa scolarité, dans une classe réservée aux Roms. Il réussit la quatrième année en 2002/2003. Il a ainsi échoué trois fois en deuxième année. Ses parents participèrent à deux des quinze réunions parents-professeurs organisées pendant sa scolarité primaire.

24. Il n'a pas bénéficié de cours de soutien en croate. De la première à la quatrième année, il participa à des activités périscolaires en groupe mixte organisées par l'école. Il quitta l'école en septembre 2003, à l'âge de quinze ans. Son carnet scolaire fait apparaître que sur l'ensemble de sa scolarité il a manqué 154 heures de cours sans justification.

25. Par la suite, il s'inscrivit en cours du soir au collège populaire de Čakovec, où il termina le cycle d'enseignement primaire.

d. Le quatrième requérant

26. Le quatrième requérant, Dejan Balog, entra en première année du cycle primaire au début de l'année scolaire 1996/1997. Les deux premières années il suivit les cours dans une classe réservée aux Roms et les deux années suivantes dans une classe mixte. De 2000/2001 à 2002/2003, il fréquenta une classe réservée aux Roms puis, de 2003/2004 à 2005/2006, une classe mixte. En 2005/2006, il redoubla la cinquième année et ne réussit pas à passer dans la classe supérieure. Il a ainsi échoué trois fois en deuxième année, une fois en quatrième année et deux fois en cinquième année. Ses parents participèrent à deux des onze réunions parents-professeurs organisées pendant sa scolarité primaire.

27. Il n'a pas bénéficié de cours de soutien en croate. De la première à la quatrième année, il participa à des activités périscolaires en groupe mixte organisées par l'école. Il quitta l'école en août 2006, à l'âge de quinze ans. Son carnet scolaire fait apparaître que sur l'ensemble de sa scolarité il a manqué 881 heures de cours sans justification.

28. Par la suite, il s'inscrivit en cinquième année aux cours du soir, mais il ne les suivit pas.

e) Le cinquième requérant

29. Le cinquième requérant, Siniša Balog, entra en première année du cycle primaire au début de l'année scolaire 1999/2000 et passa dans la classe supérieure. Au cours des années 1999/2000 à 2002/2003, il se trouva dans une classe réservée aux Roms, après quoi il fréquenta une classe mixte. En 2006/2007, il recommença la cinquième année pour la troisième fois et ne réussit pas à passer dans la classe supérieure. Il a ainsi échoué une fois en quatrième année et trois fois en cinquième année. Ses parents participèrent à une des onze réunions parents-professeurs organisées pendant sa scolarité primaire.

30. Il n'a pas bénéficié de cours de soutien en croate. De la première à la quatrième année, il participa à des activités périscolaires en groupe mixte organisées par l'école. Il quitta l'école en 2008, à l'âge de quinze ans. Son carnet scolaire fait apparaître que sur l'ensemble de sa scolarité il a manqué

1 304 heures de cours sans justification. En octobre 2006, les autorités scolaires écrivirent au centre d'aide sociale compétent pour l'informer du manque d'assiduité du requérant.

f) La sixième requérante

31. La sixième requérante, Manuela Kalanjoš, entra en première année du cycle primaire au début de l'année scolaire 1996/1997 dans une classe réservée aux Roms. Les deux années suivantes, elle fréquenta une classe mixte. De 1999/2000 à 2002/2003, elle se trouva dans une classe réservée aux Roms et réussit la quatrième année, après quoi elle fréquenta une classe mixte. A compter de février 2003, elle suivit pendant le reste de sa scolarité un programme adapté au motif qu'un comité d'experts – la commission d'évaluation des aptitudes psycho-physiques des enfants (*Povjerenstvo za utvrđivanje psihofizičkog stanja djeteta*) – avait établi qu'elle avait des difficultés de développement. En 2004/2005, elle redoubla la cinquième année et ne réussit pas à passer dans la classe supérieure. Elle a ainsi échoué trois fois en première année et deux fois en cinquième année. Ses parents participèrent à trois des onze réunions parents-professeurs organisées pendant sa scolarité primaire.

32. Elle bénéficia de cours de soutien en croate en troisième année. De la première à la quatrième année, elle participa à des activités périscolaires en groupe mixte organisées par l'école. Elle quitta l'école en août 2005, à l'âge de quinze ans. Son carnet scolaire fait apparaître que sur l'ensemble de sa scolarité elle a manqué 297 heures de cours sans justification.

33. Par la suite, elle s'inscrivit en cinquième année aux cours du soir, mais elle ne les suivit pas.

g) Le septième requérant

34. Le septième requérant, Josip Oršuš, entra en première année du cycle primaire au début de l'année scolaire 1999/2000 et fréquenta une classe réservée aux Roms jusqu'à l'année 2002/2003 comprise, après quoi il alla dans une classe mixte. A compter de mai 2002, il suivit pendant le reste de sa scolarité un programme adapté au motif qu'un comité d'experts – la commission d'évaluation des aptitudes psycho-physiques des enfants (*Komisija za utvrđivanje psihofizičke sposobnosti djece*) – avait établi qu'il présentait des difficultés de développement. Il redoubla la sixième année en 2007/2008 et ne réussit pas à passer dans la classe supérieure. Il a ainsi échoué deux fois en cinquième et en sixième années. Ses parents participèrent à deux des quinze réunions parents-professeurs organisées pendant sa scolarité primaire.

35. Il bénéficia de cours de soutien en croate en troisième année, en 2001/2002. De la première à la quatrième année, il participa à des activités périscolaires en groupe mixte organisées par l'école. Il quitta l'école en février 2008, à l'âge de quinze ans. Son carnet scolaire fait apparaître que sur l'ensemble de sa scolarité il a manqué 574 heures de cours sans justification.

h) La huitième requérante

36. La huitième requérante, Biljana Oršuš, entra en première année du cycle primaire au début de l'année scolaire 1996/1997 et fréquenta une classe réservée aux Roms pendant les trois premières années scolaires, après quoi elle se trouva dans une classe mixte pendant deux ans. Le 28 décembre 2000, la direction du comté de Međimurje chargée de l'instruction, de la culture, de l'information, du sport et de la culture technique (*Ured za prosvjetu, kulturu, informiranje, šport i tehničku kulturu Međimurske Županije*) décida qu'elle devait suivre un programme adapté pendant le reste de sa scolarité au motif qu'un comité d'experts – la commission d'évaluation des aptitudes psycho-physiques des enfants – avait établi qu'elle présentait de faibles capacités intellectuelles et des difficultés de concentration et souffrait de négligence sur le plan socio-pédagogique. La commission constata également qu'elle avait besoin de suivre un traitement auprès du centre d'aide sociale compétent. En 2001/2002 et 2002/2003, elle fréquenta une classe réservée aux Roms et réussit la quatrième année. Au cours des deux années suivantes, elle fréquenta une classe mixte, redoubla la cinquième année et ne réussit pas à passer dans la classe supérieure. Elle a ainsi échoué trois fois en troisième année et deux fois en cinquième année. Ses parents participèrent à trois des sept réunions parents-professeurs organisées pendant sa scolarité primaire.

37. Elle bénéficia de cours de soutien en croate en troisième année, en 2001/2002. Elle participa à des activités périscolaires en groupe mixte organisées par l'école. Elle quitta l'école en août 2005, à l'âge de quinze ans. Son carnet scolaire fait apparaître que sur l'ensemble de sa scolarité elle a manqué 1 533 heures de cours sans justification.

i) La neuvième requérante

38. La neuvième requérante, Smiljana Oršuš, entra en première année du cycle primaire au début de l'année scolaire 1999/2000 et fréquenta une classe réservée aux Roms jusqu'à l'année 2002/2003 comprise, après quoi elle alla dans une classe mixte. En 2006/2007, elle recommença la cinquième année pour la troisième fois et ne réussit pas à passer dans la classe supérieure. Elle a ainsi échoué une fois en quatrième année et trois fois en cinquième année. Ses parents participèrent à trois des onze réunions parents-professeurs organisées pendant sa scolarité primaire.

39. Elle bénéficia de cours de soutien en croate en troisième année, en 2001/2002. De la première à la quatrième année, elle participa à des activités périscolaires en groupe mixte organisées par l'école. Elle quitta l'école en août 2007, à l'âge de quinze ans. Son carnet scolaire fait apparaître que sur l'ensemble de sa scolarité elle a manqué 107 heures de cours sans justification.

j) Le dixième requérant

40. Le dixième requérant, Branko Oršuš, entra en première année du cycle primaire au début de l'année scolaire 1997/1998 et fréquenta une classe mixte pendant les deux premières années. De 1999/2000 à 2002/2003, il se trouva dans une classe réservée aux Roms, après quoi il alla dans une classe mixte. Le 23 février 2005, la direction des services sociaux du comté de Međimurje décida qu'il devait suivre un programme adapté pendant le reste de sa scolarité au motif qu'un comité d'experts – la commission d'évaluation psycho-physique de l'enfance – avait établi qu'il présentait des difficultés de développement. En 2005/2006, il échoua en sixième année. Il a ainsi échoué deux fois en première année et une fois en quatrième et en sixième années. Ses parents participèrent à une des onze réunions parents-professeurs organisées pendant sa scolarité primaire.

41. Il bénéficia de cours de soutien en croate en troisième année, en 2001/2002. Il participa à des activités périscolaires en groupe mixte organisées par l'école. Il quitta l'école en août 2006, à l'âge de quinze ans. Son carnet scolaire fait apparaître que sur l'ensemble de sa scolarité il a manqué 664 heures de cours sans justification.

2. L'école primaire de Macinec

a) Le onzième requérant

42. Le onzième requérant, Jasmin Bogdan, entra en première année du cycle primaire au début de l'année scolaire 1997/1998. Les tests préliminaires effectués avant son affectation à une classe montrèrent qu'il ne comprenait pas le croate. Il obtint 15 points sur 97, soit 15,5 %. Il fut donc affecté à une classe réservée aux Roms et fréquenta ce type de classe pendant toute sa scolarité. En 2004/2005, il redoubla la cinquième année et ne réussit pas à passer dans la classe supérieure. Il a ainsi échoué une fois en première et quatrième années et deux fois en cinquième année. Ses parents ne participèrent à aucune des vingt-quatre réunions parents-professeurs organisées pendant sa scolarité primaire.

43. Il bénéficia de cours de soutien en croate en troisième année, en 2001/2002. Il quitta l'école en août 2005, à l'âge de quinze ans. Son

carnet scolaire fait apparaître que sur l'ensemble de sa scolarité il a manqué 1 057 heures de cours sans justification.

b) Le douzième requérant

44. Le douzième requérant, Josip Bogdan, entra en première année du cycle primaire au début de l'année scolaire 1999/2000. Les tests préliminaires effectués avant son affectation à une classe montrèrent qu'il ne comprenait pas le croate. Il obtint 8 points sur 97, soit 8,25 %. Il fut donc affecté à une classe réservée aux Roms et fréquenta ce type de classe pendant toute sa scolarité. En 2006/2007, il redoubla la troisième année et ne réussit pas à passer dans la classe supérieure. Il a ainsi échoué une fois en première année, trois fois en deuxième année et deux fois en troisième année. Ses parents ne participèrent à aucune des trente-sept réunions parents-professeurs organisées pendant sa scolarité primaire.

45. Il bénéficia de cours de soutien en croate en première, deuxième et troisième années. En deuxième année, il participa à un groupe de danse et, en troisième année, à une chorale. Il quitta l'école en août 2007, à l'âge de quinze ans. Son carnet scolaire fait apparaître que sur l'ensemble de sa scolarité il a manqué 1 621 heures de cours sans justification.

c) La treizième requérante

46. La treizième requérante, Dijana Oršuš, entra en première année du cycle primaire au début de l'année scolaire 2000/2001. Les tests préliminaires effectués avant son affectation à une classe montrèrent qu'elle avait une mauvaise connaissance du croate. Elle obtint 26 points sur 97, soit 26,8 %. Elle fut donc affectée à une classe réservée aux Roms et fréquenta ce type de classe pendant toute sa scolarité. En 2007/2008, elle réussit la cinquième année. Elle a ainsi échoué deux fois en première année et une fois en deuxième année. Ses parents participèrent à six des trente-deux réunions parents-professeurs organisées pendant sa scolarité primaire.

47. Elle bénéficia de cours de soutien en croate en première année. En première année, elle participa à des activités périscolaires en groupe mixte et, en cinquième année, à une chorale. Elle quitta l'école en août 2008, à l'âge de quinze ans. Son carnet scolaire fait apparaître que sur l'ensemble de sa scolarité elle a manqué 522 heures de cours sans justification.

d) Le quatorzième requérant

48. Le quatorzième requérant, Dejan Oršuš, entra en première année du cycle primaire au début de l'année scolaire 1999/2000. Les tests préliminaires effectués avant son affectation à une classe montrèrent qu'il ne comprenait pas le croate. Il obtint 15 points sur 97, soit 15,5 %. Il fut

donc affecté à une classe réservée aux Roms et fréquenta ce type de classe pendant toute sa scolarité. Il réussit la troisième année en 2005/2006. Il a ainsi échoué trois fois en première année et une fois en troisième année. Ses parents participèrent à cinq des vingt-huit réunions parents-professeurs organisées pendant sa scolarité primaire.

49. Il bénéficia de cours de soutien en croate en première année. Il quitta l'école en août 2006, à l'âge de quinze ans. Son carnet scolaire fait apparaître que sur l'ensemble de sa scolarité il a manqué 1 033 heures de cours sans justification.

e) La quinzième requérante

50. La quinzième requérante, Danijela Kalanjoš, entra en première année du cycle primaire au début de l'année scolaire 2000/2001. Les tests préliminaires effectués avant son affectation à une classe montrèrent qu'elle avait une faible connaissance du croate. Elle obtint 37 points sur 97, soit 38,14 %. Elle fut donc affectée à une classe réservée aux Roms et fréquenta ce type de classe pendant toute sa scolarité. Elle réussit la cinquième année en 2007/2008. Elle a ainsi échoué deux fois en première année et une fois en deuxième année. Ses parents participèrent à deux des vingt et une réunions parents-professeurs organisées pendant sa scolarité primaire.

51. Elle bénéficia de cours de soutien en croate en première année. En première année, elle participa à des activités périscolaires en groupe mixte, en deuxième année fit de la danse, en troisième année des travaux manuels et, en cinquième année, elle participa à une chorale. Elle quitta l'école en août 2008, à l'âge de quinze ans. Son carnet scolaire fait apparaître que sur l'ensemble de sa scolarité elle a manqué 238 heures de cours sans justification.

C. Procédure devant les juridictions nationales

52. Le 19 avril 2002, les requérants engagèrent une action en vertu de l'article 67 de la loi sur les litiges administratifs devant le tribunal municipal de Čakovec (*Općinski sud u Čakovcu*) contre les écoles primaires susmentionnées et l'école primaire de Kuršanec, l'État et le comté de Međimurje («les défenseurs»). Ils soutenaient que l'enseignement dispensé dans les écoles en question dans les classes réservées aux Roms était d'un volume et d'une portée très réduits par rapport au programme officiel. Ils alléguaient que la situation décrite constituait une discrimination raciale et violait leur droit à l'instruction ainsi que leur droit de ne pas subir de traitements inhumains et dégradants. Ils priaient le tribunal d'ordonner aux défenseurs de s'abstenir à l'avenir de pareil comportement.

53. Les requérants produisirent aussi les résultats d'une étude psychologique menée sur des enfants roms fréquentant des classes réservées aux Roms à Međimurje immédiatement avant qu'ils n'engagent leur action et d'où il ressortait que:

- la plupart de ces enfants n'avaient jamais eu d'enfant non rom pour ami,
- 86,9 % exprimaient le souhait d'avoir un enfant non rom pour ami,
- 84,5 % exprimaient le souhait de fréquenter une classe mixte,
- 89 % déclaraient qu'ils ne se sentaient pas acceptés à l'école,
- 92 % déclaraient que les enfants roms et les enfants non roms ne jouaient pas ensemble.

En outre, le rapport affirmait qu'une éducation séparée entraînait un préjudice émotionnel et psychologique chez les enfants roms car cela affaiblissait leur amour-propre et leur respect d'eux-mêmes et qu'ils avaient dès lors du mal à se former une identité. Les classes séparées étaient considérées comme un obstacle à l'établissement de relations sociales entre les enfants roms et les enfants non roms.

54. Les défenseurs soumièrent tous des réponses aux arguments des requérants; ils arguaient qu'il n'y avait aucune discrimination à l'égard des enfants roms et que les élèves inscrits à l'école étaient tous traités sur un pied d'égalité. Ils expliquaient que tous les élèves entraient à l'école après qu'un comité (comprenant un médecin, un psychologue, un conseiller pédagogique (*pedagog*), un psychomotricien et un professeur) eut exprimé l'avis que l'enfant était physiquement et mentalement apte à suivre une scolarité. Dans chaque école, les classes étaient constituées en fonction des besoins de la classe, du nombre d'élèves, etc. En particulier, il était important de former les classes de telle sorte que tous les élèves pussent travailler dans un environnement stimulant.

55. De plus, les défenseurs observaient que les élèves d'origine rom étaient regroupés non pas en raison de leur origine ethnique mais parce que, bien souvent, ils ne parlaient pas correctement le croate et avaient besoin de plus d'exercices et de répétitions pour maîtriser les matières enseignées. Enfin, ils soutenaient que les élèves roms recevaient un enseignement de même qualité que les autres élèves car le programme qu'ils suivaient n'était pas différent de celui prévu par les textes de loi.

56. Le 26 septembre 2002, le tribunal municipal de Čakovec débouta les requérants et accueillit l'argument présenté par les défenseurs selon lequel les élèves roms étaient pour la plupart placés dans des classes séparées pour la raison qu'ils ne parlaient pas couramment le croate. En conséquence, le tribunal dit que cette pratique n'était pas contraire à la loi et que les requérants n'avaient pas étayé leurs allégations de discrimination raciale.

Enfin, il conclut que les requérants n'avaient pas non plus réussi à établir que, comme ils l'alléguaient, le programme suivi dans les classes réservées aux Roms était différent de celui appliqué dans les autres classes.

57. Le 17 octobre 2002, les requérants firent appel du jugement de première instance au motif qu'il était arbitraire et contenait des contradictions.

58. Le 14 novembre 2002, le tribunal du comté de Čakovec (*Županijski sud u Čakovcu*) débouta les requérants et confirma le raisonnement suivi dans la décision de première instance.

59. Le 19 décembre 2002, les requérants saisirent la Cour constitutionnelle (*Ustavni sud Republike Hrvatske*) en vertu de l'article 62 de la loi constitutionnelle sur la Cour constitutionnelle. Ils exposaient dans leur recours les mêmes arguments que précédemment et invoquaient les dispositions pertinentes de la Constitution et de la Convention.

60. Le 3 novembre 2003, l'avocat des requérants présenta à la Cour constitutionnelle une demande en vue de faire accélérer la procédure. Le 7 février 2007, la Cour constitutionnelle rejeta le recours des intéressés par la décision n° U-III-3138/2002, publiée au *Journal officiel* n° 22 du 26 février 2007. Les passages pertinents de cette décision se lisent ainsi :

« Le tribunal de première instance a établi dans le jugement attaqué que le critère de composition des classes dans les écoles primaires défenderesses était la connaissance de la langue croate et non l'origine ethnique des élèves. Le tribunal [de première instance] a considéré que les plaignants n'avaient pas étayé leur allégation selon laquelle ils avaient été placés dans leur classe en raison de leur origine raciale et ethnique. Le tribunal [de première instance] a souligné que les plaignants s'étaient appuyés exclusivement sur le rapport d'activité du médiateur pour l'année 2000. Or le médiateur a indiqué dans sa déposition que la partie du rapport relative à l'éducation des Roms était peu judicieuse car tous les faits pertinents n'y étaient pas établis.

Le tribunal de première instance s'est fondé sur l'article 27 § 1 de la loi sur l'enseignement primaire (...) qui dispose que l'enseignement dans les écoles primaires se fait en langue croate et au moyen de l'alphabet latin, et a considéré que le manque de connaissance de la langue croate constituait un obstacle objectif empêchant de respecter les exigences du programme, comme cela ressort aussi des conclusions d'une étude menée pour les besoins du Comité Helsinki croate. Le tribunal [de première instance] a dit :

« Si l'on veut respecter les objectifs de l'enseignement primaire, il faut que les élèves qui entrent en première année du primaire connaissent la langue croate afin d'être en mesure de suivre les cours. Il est donc logique que les classes où se trouvent des enfants ne connaissant pas la langue croate demandent aux enseignants des efforts et un investissement plus grands, notamment pour enseigner le croate. »

Le tribunal de première instance a jugé que les défendeurs n'avaient pas enfreint la loi en ne changeant pas la composition des classes une fois celle-ci établie, le transfert

d'élèves d'une classe à l'autre n'étant autorisé qu'à titre exceptionnel. Le tribunal [de première instance] a considéré que cette façon de procéder respectait l'intégrité de la classe et son unité dans les niveaux supérieurs.

Le tribunal [de première instance] a considéré qu'il fallait constituer les classes de manière à mettre en place des conditions favorisant une approche égale envers tous les élèves conformément au programme, ce qui ne peut être le cas que lorsqu'une classe est composée d'un groupe permanent d'élèves ayant approximativement le même âge et le même niveau de connaissances.

Par ailleurs, le tribunal [de première instance] a estimé que les plaignants n'avaient pas prouvé leur affirmation selon laquelle (...) ils suivaient un programme beaucoup moins étoffé que celui fixé pour les écoles primaires par le ministère de l'Education et des Sports le 16 juin 1999. Le tribunal [de première instance] a jugé que cette affirmation des plaignants reposait sur le rapport du médiateur. Or celui-ci a déclaré dans sa déposition qu'il ne savait pas comment il avait été établi que l'enseignement dispensé dans les classes réservées aux Roms suivait prétendument un programme spécial.

Le tribunal [de première instance] a établi que l'enseignement dispensé dans les classes respectives des plaignants et dans les autres classes de même niveau suivait un programme identique. La seule exception est l'école primaire de Kuršanec, où il y a eu quelques écarts par rapport au programme mais où le tribunal [de première instance] a jugé ces écarts acceptables puisqu'ils s'étaient produits (...) en début d'année en raison du faible nombre d'élèves présents.

Après avoir établi que les plaignants n'avaient pas été placés dans leur classe en raison de leur origine raciale et ethnique et que le programme était identique dans toutes les classes de même niveau, le tribunal de première instance a rejeté l'action des plaignants.

(...)

Le raisonnement du tribunal de première instance (...) fait apparaître que les écoles primaires défenderesses ont répondu aux allégations des plaignants de la manière suivante :

« Les [écoles défenderesses] inscrivent en première année les enfants jugés psychologiquement et physiquement aptes à suivre l'enseignement primaire par un comité composé d'un médecin, un psychologue, un conseiller pédagogique [*pedagog*], un psychomotricien et un professeur. Elles n'inscrivent pas les enfants croates ou les enfants roms en tant que tels, mais les enfants jugés par ce comité aptes physiquement et psychologiquement à entrer à l'école primaire. (...) Les écoles primaires défenderesses soutiennent que le premier obstacle sur lequel butent les enfants roms au cours des tests psychologiques est leur manque de connaissance de la langue croate, tant au niveau de l'expression que de la compréhension. Pour ce qui est de leur maturité émotionnelle, ces enfants ont pour la plupart des difficultés à canaliser leurs émotions. Sur le plan social, les enfants d'origine rom ne maîtrisent pas les bases de l'hygiène corporelle et ne savent pas s'habiller, nouer des lacets ou fermer des boutons, et il leur faut beaucoup de temps pour acquérir ces compétences. (...)

Il est donc difficile de constituer des classes où tous les enfants soient suffisamment motivés, ce qui est l'une des obligations dans les écoles primaires. Il y a des classes composées d'élèves n'ayant pas besoin de cours de soutien pour suivre le programme et des classes composées d'élèves qui requièrent plus de travail et d'assistance de la part des professeurs afin d'acquérir les [compétences] qu'ils ne maîtrisent pas du fait qu'ils viennent d'un milieu socialement défavorisé. (...)»

Le même jugement cite ensuite le témoignage de M.P.-P., conseiller pédagogique et psychologue à l'école primaire de Mačinec, datant du 12 décembre 2001 (...):

«Avant l'entrée à l'école, le comité interroge les enfants afin de déterminer s'ils possèdent les compétences nécessaires pour suivre les cours. Les classes sont généralement formées selon la courbe de Gauss, de sorte que la majorité des élèves de chaque classe soient des élèves moyens et que seule une minorité soit en-dessous ou au-dessus de la moyenne. (...) Toutefois, dans une situation où 70 % de la population ne parle pas croate, il faut adopter une approche différente afin de former des classes composées uniquement d'enfants qui ne parlent pas cette langue, car la première tâche du professeur est en ce cas d'enseigner la langue aux enfants.»

Ce qui précède montre que la répartition des élèves dans les classes se fonde sur les compétences et besoins de chaque enfant. L'approche est individualisée et menée conformément aux normes professionnelles et pédagogiques. Ainsi, la Cour constitutionnelle juge correcte l'approche suivie car la responsabilité de déterminer à quelles classes il convient d'affecter des enfants est confiée uniquement à des experts qualifiés notamment dans les domaines de la pédagogie, de la psychologie scolaire et de la psychomotricité.

La Cour constitutionnelle n'a aucune raison de remettre en cause les conclusions et avis des comités compétents, composés de médecins, psychologues, conseillers pédagogiques [*pedagogi*], psychomotriciens et professeurs, qui ont en l'espèce considéré que les plaignants devaient être placés dans des classes séparées.

Aucun des faits soumis à la Cour constitutionnelle ne conduit à conclure que le placement des plaignants dans des classes séparées était motivé par leur origine raciale ou ethnique ou fondé sur ce critère.

La Cour constitutionnelle considère que leur placement visait un but légitime, à savoir l'ajustement nécessaire du système d'enseignement primaire aux compétences et besoins des plaignants, et que le facteur décisif en la matière fut leur absence de connaissance ou leur connaissance insuffisante du croate, langue dans laquelle l'enseignement est dispensé.

Les classes séparées n'ont pas été créées dans un but de ségrégation raciale à l'entrée à l'école primaire mais pour pouvoir offrir aux enfants des cours de soutien en croate et effacer les conséquences découlant du fait qu'ils ont grandi dans un milieu défavorisé.

Il est particulièrement important de souligner que les statistiques sur le nombre d'enfants roms scolarisés dans des classes séparées au cours de l'année scolaire 2001/2002 (...) ne sont pas en elles-mêmes suffisantes pour conclure que la pratique des défendeurs est discriminatoire (voir aussi les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme

Hugh Jordan c. Royaume-Uni, n° 24746/94, § 154, 4 mai 2001, et *D.H. et autres c. République tchèque*, n° 57325/00, § 46, 7 février 2006).

D'ailleurs, les plaignants eux-mêmes indiquent dans leur recours constitutionnel que 40,93 % des enfants roms du comté de Međimurje étaient placés dans des classes ordinaires au cours de l'année scolaire 2001/2002, ce qui tend à conforter la conclusion de la Cour constitutionnelle selon laquelle il n'y a pas lieu de douter que les écoles primaires défenderesses et les comités d'experts ont procédé de manière correcte.

(...)

Dans leur recours constitutionnel, les plaignants soulignent de plus que « même si le manque de connaissance de la langue croate à l'entrée en première année constitue un problème, ce n'est plus le cas dans les classes supérieures ». Ils estiment donc que leurs droits ont été méconnus par la conclusion des tribunaux selon laquelle il était justifié de maintenir des classes séparées [réservées aux Roms] dans les niveaux supérieurs afin de préserver la stabilité de la composition des classes. Les plaignants soutiennent qu'il n'aurait pas fallu faire passer la stabilité d'une classe avant leurs droits constitutionnels, le multiculturalisme et l'égalité nationale.

La Cour constitutionnelle accueille les arguments des plaignants à cet égard.

Alors qu'elle juge correcte et acceptable la conclusion des tribunaux selon laquelle le manque de connaissance du croate constitue un obstacle objectif justifiant la formation de classes séparées pour les enfants qui ne parlent pas du tout cette langue ou la parlent mal à leur entrée à l'école (...) vu les circonstances particulières de la présente cause, elle ne peut accepter la conclusion suivante du tribunal de première instance :

« De plus, l'intégrité et l'unité des classes sont préservées dans les niveaux supérieurs. Ainsi, le transfert d'enfants d'une classe à l'autre ne se produit qu'exceptionnellement et dans des cas justifiés (...) et ce parce qu'une classe forme un tout homogène et que le transfert d'enfants d'une classe à une autre créerait des tensions. (...) La continuité d'un groupe constitue une condition préalable à la formation d'un esprit collectif (...) »

En conséquence, la Cour constitutionnelle ne peut accepter la position suivante exprimée par la cour d'appel :

« Les classes sont constituées au moment où les enfants entrent en première année à l'école et non pas chaque année, et leur composition ne change qu'exceptionnellement. Elles finissent par former un tout stable qui favorise un travail de meilleure qualité ; il ne se justifie pas, sur le plan pédagogique, d'en changer la composition. C'est pourquoi la cour d'appel, comme le tribunal de première instance, conclut que le maintien de la composition des classes n'a pas été contraire à la loi. »

Ce point de vue aurait été acceptable si les juridictions qui l'ont exprimé s'étaient référées à la situation habituelle prévalant en matière d'affectation des élèves aux grandes classes du primaire, c'est-à-dire lorsqu'il n'est pas objectivement nécessaire d'adopter des mesures spéciales telles que la formation de classes séparées pour les enfants ayant une connaissance insuffisante du croate.

Vu les circonstances de l'espèce, la Cour constitutionnelle estime qu'il n'est en principe objectivement et raisonnablement justifié de conserver des classes séparées pour les dernières années du primaire que pour les élèves qui n'ont pas atteint un niveau suffisant en croate pour suivre correctement le programme des classes ordinaires. (...)

Il n'existe en revanche aucun motif objectif ou raisonnable de ne pas transférer dans une classe ordinaire un élève qui a atteint une très bonne connaissance du croate dans les petites classes du primaire ainsi qu'une bonne maîtrise du programme scolaire.

(...)

Cantonner un tel élève dans une classe séparée contre son gré (...) pour des motifs étrangers à ses besoins et compétences serait inacceptable du point de vue constitutionnel, eu égard au principe d'égalité devant la loi consacré par l'article 14 § 2 de la Constitution.

(...)

(...) un recours constitutionnel est un instrument constitutionnel particulier destiné à protéger un sujet de droit dont une liberté ou un droit fondamental garanti par la Constitution a été méconnu par un acte individuel d'un organe de l'Etat ou d'un organisme public qui a statué sur ses droits et obligations.

Le présent recours constitutionnel est dirigé contre des jugements relatifs à l'année scolaire 2001/2002. Toutefois, aucun des plaignants n'allègue qu'il a été au cours de cette année-là scolarisé dans une classe de niveau supérieur séparée [réservée aux Roms] ou personnellement touché ou concerné par la pratique dénoncée (...)

Bien que cela ne concerne la situation juridique personnelle d'aucun des plaignants (...), s'agissant du grief général formulé par ceux-ci au sujet du maintien de classes réservées aux Roms dans les niveaux supérieurs du primaire, la Cour constitutionnelle a examiné la question suivante :

– le maintien de classes réservées aux Roms dans les niveaux supérieurs du primaire (...) tient-il à la volonté des défendeurs d'établir une discrimination à l'encontre de ces élèves sur la base de leur origine raciale ou ethnique ?

(...) aucun des faits soumis à la Cour constitutionnelle ne permet de conclure que la pratique (...) des défendeurs visait à une discrimination à l'encontre des élèves roms fondée sur leur origine raciale ou ethnique.

(...)

Les plaignants dénoncent en outre une violation de leur droit à l'instruction au motif que l'enseignement organisé dans ces classes était plus réduit en volume et en portée que ce qui est prévu par le programme des écoles primaires adopté par le ministère de l'Education et des Sports le 16 juin 1999. Ils estiment que « leur placement dans des classes réservées aux Roms appliquant un programme inférieur crée une stigmatisation à leur égard en les faisant passer pour différents, stupides, intellectuellement inférieurs et pour des enfants devant être séparés des enfants normaux afin de ne pas avoir une mauvaise influence sur eux. Leur programme étant réduit et simplifié de façon significative, leurs chances de poursuivre leurs études ou de s'inscrire dans

l'enseignement secondaire ainsi que leurs possibilités d'emploi ou leurs perspectives de progression seraient plus faibles (...)».

Après avoir étudié l'ensemble du dossier, la Cour constitutionnelle juge les allégations ci-dessus infondées. Le dossier, qui comprend le jugement de première instance (...), montre que l'allégation selon laquelle le programme suivi dans les classes réservées aux Roms est inférieur n'est pas exacte. La Cour constitutionnelle n'a aucune raison de remettre en cause les faits établis par le tribunal compétent.

La différence qui pourrait éventuellement exister entre les programmes suivis dans les différentes classes de même niveau pour des raisons objectives (par exemple le faible taux de présence à l'école primaire de Kuršanec où, au premier trimestre de l'année 2001/2002, les élèves des classes 1 c, 1 d, 2 b et 2 c ont manqué 4 702 heures de cours au total, dont 4 170 sans justification) n'est pas contraire à l'exigence voulant que le programme soit identique dans toutes les classes de même niveau.

La Cour constitutionnelle est dans l'obligation de signaler que ni la Constitution ni la Convention ne contiennent d'exigences particulières concernant les programmes scolaires ou leur mise en œuvre. La Constitution et la Convention garantissent avant tout un droit d'accès aux établissements d'enseignement existant dans un Etat donné ainsi qu'un droit effectif à l'instruction, soit, en d'autres termes, un droit égal pour chaque personne d'obtenir la reconnaissance officielle des études qu'elle a accomplies (la Cour européenne des droits de l'homme a exprimé un avis similaire dans *Affaire «relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique»*). (...)

(...) la Cour constitutionnelle juge que les éléments de preuve soumis dans le cadre de la présente affaire sont insuffisants pour montrer au-delà de tout doute que les plaignants ont dû suivre un programme scolaire d'ampleur réduite. (...)

Partant, la Cour constitutionnelle considère que l'affirmation des plaignants selon laquelle ils ont fait l'objet d'une stigmatisation constitue un jugement de valeur subjectif dénué de justification raisonnable. Elle n'aperçoit aucun fait de nature à étayer l'argument des plaignants selon lequel la source de la stigmatisation à leur égard serait un programme réduit qui amoindrirait leurs chances de poursuivre leurs études, et rejette donc cet argument au motif qu'il est arbitraire. Les organes compétents de la République de Croatie reconnaissent le niveau d'études atteint par une personne indépendamment de son origine raciale ou ethnique. A cet égard, tous les individus sont égaux devant la loi et bénéficient de chances égales de progression selon leurs capacités.»

II. LE DROIT INTERNE PERTINENT

A. La Constitution

61. L'article 14 de la Constitution dispose :

«Toute personne en République de Croatie jouit des droits et libertés, quels que soient sa race, sa couleur, son sexe, sa langue, sa religion, ses opinions politiques ou

autres, son origine nationale ou sociale, sa fortune, sa naissance, son éducation, sa situation sociale ou toute autre caractéristique.

Tous les individus sont égaux devant la loi.»

B. La loi constitutionnelle sur la Cour constitutionnelle

62. La partie pertinente de l'article 62 de la loi constitutionnelle sur la Cour constitutionnelle (*Ustavni zakon o Ustavnom sudu Republike Hrvatske, Journal officiel* n° 49/2002 du 3 mai 2002) est ainsi libellée :

« 1. Toute personne peut saisir la Cour constitutionnelle d'un recours constitutionnel si elle estime que l'acte individuel d'un organe de l'Etat, d'une collectivité locale ou régionale, ou d'une personne morale détentrice de l'autorité publique qui a statué sur ses droits et obligations ou sur un soupçon ou une accusation relatifs à un acte criminel, a entraîné dans son chef une violation des droits de l'homme ou des libertés fondamentales ou du droit à des collectivités locales et régionales garanti par la Constitution (ci-après « droit constitutionnel ») (...)

2. S'il existe une autre voie de droit pour dénoncer la violation du droit constitutionnel [litigieuse], il est nécessaire de s'en prévaloir avant d'introduire un recours constitutionnel.

3. Dans les cas où sont autorisés les actions administratives ou, dans les procédures civiles et non contentieuses, les recours sur des points de droit, il n'y a épuisement des recours qu'après que la décision sur ces voies de droit a été rendue. »

C. La loi sur les litiges administratifs

63. L'article 67 de la loi sur les litiges administratifs (*Zakon o upravnim sporovima, Journal officiel* n°s 53/1991, 9/1992 et 77/1992) prévoit une procédure spéciale pour la protection des droits et libertés constitutionnels contre les actes illégaux de fonctionnaires et dispose notamment qu'une action peut être engagée si les conditions suivantes sont remplies : a) une action illégale a déjà eu lieu, b) pareille action est l'œuvre d'un fonctionnaire/ organe/service gouvernemental ou d'une autre personne morale, c) l'action a provoqué la violation d'un ou de plusieurs des droits constitutionnels du plaignant, et d) l'ordre juridique croate ne prévoit aucune autre voie de recours.

D. La loi sur l'enseignement primaire

64. Les dispositions pertinentes de la loi sur l'enseignement primaire (*Zakon o osnovnom školstvu, Journal officiel* n°s 59/1990, 26/1993, 27/1993, 29/1994, 7/1996, 59/2001, 114/2001 et 76/2005) se lisent ainsi :

Article 2

«L'enseignement primaire a pour but de permettre à l'élève d'acquérir les connaissances, compétences, points de vue et habitudes nécessaires pour vivre et travailler ou pour poursuivre des études.

Toute école doit veiller au développement continu de chaque élève sur les plans spirituel, physique, moral, intellectuel et social dans le respect de ses capacités et préférences.

Les buts de l'enseignement primaire sont :

- d'éveiller et cultiver chez les élèves intérêt et indépendance s'agissant d'apprendre et de résoudre les problèmes ainsi que la créativité, la conscience morale, les goûts et critères esthétiques, l'estime de soi et la responsabilité envers soi et la nature, la conscience sociale, économique et politique, la tolérance et la capacité à coopérer, le respect des droits, réalisations et aspirations humains ;

- d'enseigner la lecture et l'écriture, la communication, le calcul, les principes scientifiques et technologiques, l'observation critique, l'argumentation rationnelle, la compréhension de la vie et la compréhension de l'interdépendance de l'homme et de la nature, des individus et des nations.

Les objectifs et tâches de l'enseignement primaire doivent être atteints conformément aux programmes et plans d'enseignement fixés. »

Article 3

«L'instruction primaire dure au moins huit ans.

L'instruction primaire est en principe obligatoire pour tous les enfants âgés de six à quinze ans. »

III. RAPPORTS DU CONSEIL DE L'EUROPE RELATIFS À LA CROATIE

A. La Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI)

1. *Le premier rapport sur la Croatie, publié le 9 novembre 1999*

65. La partie pertinente du rapport concernant la situation des Roms se lit comme suit :

«32. Globalement les Roms feraient encore l'objet d'une discrimination sociale et de l'apathie officielle quand ils portent plainte. Des mesures telles que la publication de plusieurs études sur l'éducation des Roms, des initiatives concernant l'organisation et le financement de l'éducation des enfants roms, la formation d'enseignants roms, et l'organisation de débats publics sur les difficultés auxquelles doivent faire face les Roms/Tsiganes dans la société, ont permis de faire des progrès dans le domaine de l'éducation et de la sensibilisation. Les autorités sont encouragées à soutenir davantage encore ces initiatives, en tenant compte de la recommandation de politique générale

n° 3 de l'ECRI sur la lutte contre le racisme et l'intolérance envers les Roms/Tsiganes. (...))»

2. Le deuxième rapport sur la Croatie, publié le 3 juillet 2001

66. La partie pertinente de ce rapport est ainsi libellée :

« Accès à l'enseignement

41. L'éducation scolaire des enfants roms/tsiganes constitue un grave problème en Croatie. Beaucoup de ces enfants ne vont pas à l'école, soit qu'ils l'aient quittée prématurément, soit qu'ils n'y soient jamais allés. Selon les représentants Roms/Tsiganes, dans certaines régions, il n'y a pas un seul enfant rom/tsigane qui soit scolarisé. L'ECRI comprend bien que les raisons de cette situation sont complexes et qu'il n'existe pas de solution aisée; toutefois, elle insiste sur la nécessité de développer la participation scolaire des enfants roms/tsiganes, à tous les niveaux de l'enseignement. Elle encourage les autorités croates à faire des efforts particuliers en ce sens.

42. L'ECRI souhaite attirer l'attention sur sa recommandation de politique générale n° 3 relative à la lutte contre le racisme et l'intolérance envers les Roms/Tsiganes, dans laquelle elle insiste sur l'incidence de la discrimination dans le processus d'exclusion sociale. Il conviendrait de mener une étude sur l'influence des stéréotypes et des préjugés parmi les enseignants, qui peuvent les conduire à ne pas espérer grand-chose des enfants Roms/Tsiganes. A cet égard, l'ECRI recommande d'offrir une formation aux enseignants, notamment sur les attentes et les besoins particuliers des Roms/Tsiganes et sur les moyens d'utiliser efficacement cette connaissance. Une connaissance insuffisante de la langue croate au moment de l'entrée dans le système scolaire pouvant également constituer un obstacle, l'ECRI souligne l'importance des classes préparatoires, d'une formation complémentaire en croate, et d'opportunités plus grandes d'étudier la langue romani durant les premières années d'école, afin d'aider les enfants roms/tsiganes à s'intégrer au système scolaire. L'ECRI note avec intérêt l'existence d'initiatives telles que le « programme pour l'intégration des enfants roms dans le système éducatif de la République de Croatie » lancé en 1998, et elle encourage les autorités à poursuivre leurs efforts pour développer et mettre en œuvre des mesures adéquates dans la coopération avec les associations roms. Les organisations roms/tsiganes ont souligné le lien existant entre la pauvreté, les conditions de vie difficiles et l'assiduité scolaire. Les autorités croates pourraient envisager de mettre en place des programmes spéciaux d'aide aux enfants roms/tsiganes et autres enfants de familles particulièrement pauvres, qui ne peuvent assumer le coût des manuels, du matériel scolaire en général et de vêtements convenables. »

3. Le troisième rapport sur la Croatie, publié le 14 juin 2005

67. La partie pertinente de ce rapport énonce :

« Education et sensibilisation

83. L'ECRI est inquiète d'apprendre que des livres scolaires peuvent véhiculer des idées négatives à l'encontre de certains groupes minoritaires et notamment des personnes d'origine (...) rom.

(...)

Situation de la communauté rom en Croatie

(...)

137. L'ECRI se réjouit d'apprendre que le gouvernement a adopté un Programme national pour les Roms en octobre 2003 qui vise à résoudre un grand nombre des difficultés que ces derniers rencontrent dans leur vie quotidienne. Ce programme part du constat de la marginalisation importante des Roms dans les activités sociales et publiques et du fait qu'ils connaissent des conditions de vie pires que les conditions moyennes de la population majoritaire et des autres minorités. Le programme vise à supprimer toute forme de discrimination, de violence et de stéréotypes et préjugés à l'encontre des Roms sans que ceux-ci perdent leur propre identité, leur culture ou leurs traditions. Pour atteindre cet objectif, le programme contient toute une série de mesures dans des domaines tels que l'accès à la citoyenneté, l'enseignement, le logement, l'accès aux services publics, les relations avec la police. En 2004, une Commission, composée de représentants du gouvernement, de Roms et de représentants des ONG, a été créée pour assurer le suivi du programme et mettre en place un plan d'action commun entre les différents ministères. Certaines mesures ont déjà été amorcées comme la formation de Roms en tant qu'assistants dans les écoles ou comme agents de police et la formation de jeunes Roms à des séminaires sur la participation à la vie publique. (...) Toutefois, la mise en œuvre du programme n'a pas vraiment encore commencé et les ONG dénoncent le manque de moyens budgétaires mis à disposition, qui sont pourtant nécessaires à la réussite d'un tel programme. Ce programme doit être accueilli favorablement, même si d'après l'ECRI, il ne met pas assez l'accent sur le rôle joué par les stéréotypes et les préjugés à l'encontre des Roms, tant auprès de la population que des représentants des pouvoirs publics, dans les difficultés que la communauté rom rencontre. L'ECRI note également avec intérêt qu'un Plan national d'action proposant toute une série de mesures pour l'amélioration de la situation des Roms est en cours d'adoption par le Gouvernement.

(...)

Accès à l'enseignement des enfants roms

141. Dans son second rapport sur la Croatie, l'ECRI a recommandé aux autorités croates de faire des efforts particuliers afin de développer la participation des enfants roms à tous les niveaux de l'enseignement.

142. Les autorités ont pris des mesures visant à faciliter l'accès à l'éducation des enfants Roms telles que la mise en place de classes de maternelle permettant un apprentissage du croate, la formation d'enseignants à la culture rom et la formation de jeunes Roms au poste d'assistant dans les écoles. Certains Roms bénéficient aujourd'hui d'aide de l'Etat pour s'inscrire à l'université. Toutefois ces mesures très récentes et à une

échelle réduite ne suffisent pas à compenser le retard important en matière d'égalité des chances pour les enfants roms dans l'enseignement. De nombreux enfants roms quittent l'école très tôt. Ils ne peuvent toujours pas accéder à un apprentissage de leur langue maternelle et de leur culture dans les écoles, en dépit de la réglementation sur les droits des minorités nationales qui prévoit une telle possibilité. Les autorités ont expliqué à l'ECRI que cela provient du fait que les Roms ne l'ont pas eux-mêmes demandé et parce que la langue romani n'est pas standardisée et qu'il existe plusieurs dialectes romani en Croatie. Certains représentants roms ont toutefois exprimé leur souhait de voir inscrit au cursus scolaire des enfants roms un enseignement de la langue maternelle et de la culture rom, tout en insistant sur l'importance de ne pas négliger pour autant l'apprentissage du croate.

143. L'ECRI est particulièrement inquiète concernant des allégations selon lesquelles des classes séparées uniquement prévues pour les enfants roms coexisteraient avec des classes pour les enfants non roms dans certaines écoles de la région de Medimurje. Selon plusieurs ONG, dont le *European Roma Rights Centre*, les cours dispensés dans les classes réservées aux Roms seraient de moins bonne qualité que les autres. Toutefois, d'après les autorités, s'il existe encore aujourd'hui des classes exclusivement composées d'enfants roms, ce n'est qu'en raison de la ségrégation *de facto* qui s'opère en matière de logement, les Roms étant parfois majoritaires dans certaines localités. Toutefois, cette explication ne permet pas de répondre aux allégations selon lesquelles lorsque les autorités ont voulu instaurer dans certaines écoles des classes mixtes au lieu des classes séparées, elles se sont heurtées à la volonté des parents non roms qui auraient notamment signé des pétitions contre une telle mesure et obtenu le maintien des classes séparées. L'ECRI note qu'une procédure pour ségrégation raciale est en cours devant les juridictions nationales à ce sujet.

Recommandations

144. L'ECRI exhorte les autorités croates à prendre sans délai des mesures visant à améliorer l'égalité des chances des enfants roms en matière d'éducation. Elle souligne l'importance primordiale de concevoir une politique à court, moyen et long termes en la matière et de prévoir des fonds et des moyens suffisants pour mettre en œuvre cette politique. Il convient notamment de faciliter l'apprentissage du croate par les enfants roms tout en prévoyant la possibilité pour ceux qui le souhaitent de suivre un cours sur leur dialecte romani et sur la culture rom.

145. L'ECRI encourage les autorités croates à mener une enquête approfondie concernant les allégations de ségrégation pratiquée dans certaines écoles entre les enfants roms et non roms et de prendre rapidement toutes les mesures qui s'imposeraient le cas échéant pour mettre fin à de telles situations.

146. L'ECRI réitère sa recommandation selon laquelle il conviendrait de mener une étude sur l'influence des stéréotypes et des préjugés parmi les enseignants, qui

peuvent les conduire à ne pas espérer grand-chose des enfants roms. Elle encourage toute mesure visant à sensibiliser les enseignants à la culture rom.»

B. Le Comité consultatif de la Convention cadre pour la protection des minorités nationales

1. Avis sur la Croatie, adopté le 6 avril 2001

68. La partie pertinente de cet avis est ainsi libellée :

« Article 4

(...)

28. Le Comité consultatif constate que la Croatie n'est pas parvenue à assurer l'égalité pleine et effective entre la population majoritaire et les Roms et que la situation de ces derniers reste problématique dans des domaines tels que l'emploi, le logement et l'éducation. Il semble toutefois que le pouvoir central porte, depuis quelques temps, une plus grande attention aux problèmes de cette minorité. Le Comité consultatif estime qu'il est important que ce regain d'intérêt se traduise par une plus grande détermination dans la poursuite des programmes sectoriels en faveur des Roms, comme par exemple dans le domaine de l'éducation (voir aussi les commentaires relatifs à l'article 12), et par la mise sur pied, en concertation avec les Roms, de plus de programmes globaux et de stratégies visant à résoudre leurs problèmes.

(...)

Article 12

(...)

49. Tout en reconnaissant qu'il ne semble pas y avoir de ségrégation massive des enfants roms au sein du système scolaire croate, le Comité consultatif s'inquiète de quelques rapports signalant que, dans certaines écoles, ces enfants sont mis dans des classes séparées et que les locaux et installations scolaires sont organisés et gérés d'une manière qui semble différencier les élèves roms. Le Comité consultatif souligne que la scolarisation d'enfants dans des classes spéciales et distinctes devrait intervenir uniquement en cas de nécessité, et toujours après réalisation de tests méthodiques, objectifs et approfondis. Il soutient les services du médiateur dans leurs efforts pour étudier la situation et veiller à ce que les enfants roms puissent accéder aux classes normales dans les mêmes conditions que les autres enfants et qu'ils aient la possibilité de continuer à fréquenter ces classes. Le Comité consultatif est conscient des réserves émises par certains Roms concernant l'intégration d'écoliers roms dans des classes normales et soutient les efforts tendant à impliquer les parents et les organisations roms dans le processus visant à remédier à la situation actuelle. Le Comité consultatif estime que l'une des solutions pour parvenir à cet objectif est de faire en sorte que le système scolaire reflète et prenne pleinement en compte la culture et la langue de la minorité concernée, comme le préconisent les principes énoncés dans la Recommandation n° R (2000) 4 du Comité des Ministres sur l'éducation des enfants roms/tsiganes

en Europe. Le Comité consultatif note que le gouvernement croate a adopté en juillet 1998 un «Programme d'intégration des enfants roms dans le système scolaire et éducatif», qui comporte plusieurs idées utiles de ce point de vue. Le texte de ce programme semble cependant assez superficiel et le Comité consultatif estime que la Croatie doit continuer à développer, mettre en œuvre et évaluer les mesures visant à améliorer le statut des Roms dans le système éducatif.

(...)

V. Proposition de conclusions et de recommandations pour le Comité des Ministres

(...)

Concernant l'article 12

(...)

Le Comité des Ministres *conclut* que dans certaines écoles en Croatie, les enfants roms sont, selon certaines informations, placés dans des classes distinctes et que les équipements scolaires seraient organisés et utilisés d'une manière qui semble stigmatiser les élèves roms. Le Comité des Ministres *recommande* que cette question soit réexaminée et que les mesures nécessaires soient prises pour que les enfants roms aient un accès égal aux classes normales et aient toujours la possibilité d'y poursuivre leur scolarité, compte tenu aussi des principes énoncés dans sa Recommandation n° R (2000) 4 sur l'éducation des enfants roms/tsiganes en Europe.

(...)

2. Observations du gouvernement de la République croate, le 26 septembre 2001

69. La partie pertinente des commentaires est ainsi rédigée :

Articles 12 et 14

«(...)

L'éducation des Roms est un grave problème lié à leur mode de vie et à leur attitude à l'égard du système, des lois, des droits et obligations des citoyens. Ce problème exige des mesures et des solutions particulières. Le ministère croate de l'Éducation et des Sports, en coopération avec les autres ministères et institutions d'État, l'administration locale et les pouvoirs locaux et régionaux, ainsi que les organisations non gouvernementales, a lancé des programmes censés régler le problème à deux niveaux :

- a) Programme d'intégration de la population rom dans le système scolaire de la République de Croatie.
- b) Exercice de leurs droits par les minorités dans le but de préserver leur langue maternelle et leur culture.

Pour ce qui est de l'enseignement préscolaire, le ministère de l'Éducation et des Sports, en coopération avec des organisations non gouvernementales, a lancé un programme d'intégration des enfants roms et de leurs familles, notamment des mères, dans le système scolaire, mais uniquement sur la base d'une libre adhésion, alors qu'il n'existe pas pour l'instant de véritable dispositif d'intégration obligatoire.

Au niveau de l'enseignement primaire et secondaire, les enfants roms assistent aux cours avec les autres enfants. Les enfants qui ne parlent pas la langue croate peuvent être inscrits dans des classes spéciales où l'on insiste davantage sur l'apprentissage de la langue croate. Cette pratique ne concerne que les 1^{re} et 2^e classes de l'école primaire; par la suite, les enfants sont scolarisés avec des enfants d'autres nationalités. Cette pratique a certes donné quelques bons résultats, mais on tend à privilégier actuellement l'organisation d'une préparation préscolaire qui aide les enfants roms à surmonter les difficultés de langue, à assimiler les règles élémentaires du comportement à l'école et à acquérir les habitudes d'hygiène et qui renforce leur sentiment d'appartenance à telle ou telle minorité et leur sécurité dans le milieu scolaire. Le ministère de l'Éducation et des Sports, en coopération avec l'administration locale, a pris diverses mesures à cet effet: aide supplémentaire pour surmonter les problèmes pour ce qui est de suivre et de comprendre les leçons à l'école, adaptation des programmes aux besoins des enfants roms, octroi de logements aux élèves roms (dans l'enseignement secondaire), suivi du processus d'intégration, aide à la préparation des jeunes roms aux métiers d'enseignant et de formateur, gratuité des repas pris à la cantine et des transports en bus pour se rendre à l'école, etc.»

3. Deuxième avis sur la Croatie, adopté le 1^{er} octobre 2004

70. La partie pertinente de cet avis se lit comme suit :

«Article 12 de la Convention cadre [pour la protection des minorités nationales]

(...)

Éducation des enfants roms et contacts entre les élèves provenant de différentes communautés

(...)

Situation actuelle

a) Evolutions positives

128. Les autorités semblent davantage sensibles aux difficultés rencontrées par les enfants roms dans l'éducation et ont lancé de nouvelles initiatives, y compris au niveau préscolaire, pour améliorer la situation et l'assiduité des enfants roms dans les écoles. Le Programme national pour les Roms détaille un certain nombre de mesures louables qui devraient aider à étendre la protection des droits des Roms dans le système éducatif, telles que l'embauche d'enseignants assistants roms dans les classes régulières et la fourniture de repas gratuits aux enfants.

b) Questions non résolues

129. Le placement des enfants roms dans des classes distinctes semble de plus en plus rare, mais cette pratique, contestée dans plusieurs procès actuellement en cours, perdure dans certaines écoles du comté de Međimurje. Parallèlement, le Programme national pour les Roms avalise également l'idée de classes séparées en cours préparatoire, composées exclusivement de Roms pour ceux qui n'ont pas suivi l'enseignement préscolaire ou qui n'ont pas une bonne maîtrise de la langue croate. Ces classes ne semblent pas avoir été créées pour encourager l'enseignement en langue romani ou de la langue romani ou tout autre élément de la culture rom, mais plutôt pour aider les enfants à acquérir les bases de la langue croate et d'autres compétences leur permettant de répondre aux exigences du système éducatif. Tout en reconnaissant que le but poursuivi est louable, le comité consultatif estime que les enfants ne devraient pas être placés dans des classes de rattrapage séparées sur la seule base de leur appartenance à une minorité nationale, mais sur la base [des capacités et besoins des individus concernés] et, là où un tel placement est jugé nécessaire, seulement pour une durée limitée.

(...)

Recommandations

131. La Croatie devrait mettre pleinement en œuvre les initiatives éducatives appréciables contenues dans le Programme national pour les Roms, y compris celles visant une meilleure fréquentation de l'éducation préscolaire pour les enfants roms. Cependant, les classes séparées de rattrapage pour l'enseignement préparatoire telles qu'envisagées ne devraient pas être conçues *a priori* comme des classes roms, mais comme les classes accueillant les élèves sur la base de leurs capacités et besoins, indépendamment de leur appartenance ethnique.

(...)

4. Commentaires du gouvernement de la Croatie, le 13 avril 2005

71. Ce document dispose en ses passages pertinents :

«Éducation des enfants roms et contacts entre les élèves provenant de différentes communautés

Le programme de l'enseignement préscolaire vise à accueillir un nombre aussi grand que possible d'enfants roms et à créer ainsi les conditions indispensables à leur entrée réussie dans l'enseignement primaire. Le ministère de la Science, de l'Éducation et des Sports a aussi soutenu la création d'écoles maternelles destinées aux enfants roms, en coopération avec les ONG de cette communauté, certaines organisations internationales et les autorités locales. Les organes compétents contribuent aussi à l'inscription d'élèves roms dans les établissements d'enseignement secondaire et supérieur et accordent des bourses d'études.

Augmenter le nombre des enfants roms dans l'enseignement préscolaire favorise leur inscription dans les écoles primaires ordinaires. »

C. Le Commissaire aux droits de l'homme

1. *Rapport de M. Alvaro Gil-Robles, Commissaire aux droits de l'homme, sur la visite qu'il a rendue en République de Croatie du 14 au 16 juin 2004*

72. Dans ses parties pertinentes, ce rapport est ainsi libellé :

« III. Situation des Roms

(...)

27. Malgré la non-discrimination sur le plan juridique, le traitement réservé à la minorité rom suscite toujours des inquiétudes car cette population continue à subir une discrimination sociale et économique. Il faut toutefois noter que des efforts, notamment sur le plan institutionnel ont été entrepris. Ainsi le gouvernement a créé un Conseil national des Roms, présidé par la Vice-Premier ministre. Au niveau local et notamment dans la région de Međimurje, la plupart des quartiers ont été équipés en eau, en électricité et ont accès aux transports scolaires.

(...)

A. Ségrégation dans les écoles

30. L'année 2002 a vu l'exacerbation de problèmes autour de la ville de Čakovec qui connaissait une pratique de séparation entre enfants roms et non roms dans les écoles. Une atmosphère d'intolérance s'est installée, les parents non roms allant jusqu'à manifester à la rentrée 2002/2003 devant une école, bloquant l'entrée aux enfants roms. Suite à une forte pression nationale et internationale, les autorités ont reconnu l'existence de ces pratiques et se sont engagées à revoir cette question.

31. Lors de ma visite à Čakovec, j'ai eu l'occasion de visiter une école primaire accueillant enfants roms et non roms. Je tiens, d'emblée, à remercier la direction de l'établissement et les enseignants de cette école pour leur accueil. Mes discussions m'ont permis de constater que la situation s'était largement améliorée grâce à l'engagement de tous. Toutefois certaines difficultés subsistaient encore. La région de Međimurje compte une grande proportion de Roms et les écoles accueillent un nombre élevé de leurs enfants qui représentent jusqu'à 80 % de certaines tranches d'âge. Toutefois, ces données chiffrées ne peuvent justifier une quelconque ségrégation entre des enfants qui doivent être traités également. Je ne peux qu'espérer que les faits qui se sont déroulés par le passé ne se reproduiront plus à l'avenir et il est indispensable de garantir le maintien de la mixité sociale et ethnique afin qu'enfants roms et non roms étudient ensemble au sein des même classes.

32. Des difficultés quant à la connaissance de la langue croate par les enfants roms m'ont également été signalées. Je tiens à insister sur l'importance de faire suivre à tous les enfants un cursus et un enseignement identique au sein d'une même classe. Néanmoins, le problème relatif au déficit de connaissances ne saurait être éludé. Afin d'y remédier, il pourrait être utile de créer, au plan national, des classes préscolaires à l'attention des enfants dont la langue maternelle n'est pas le croate. Ils acquerront

ainsi des connaissances suffisantes en langue croate pour pouvoir suivre ensuite les enseignements de l'école primaire tout en se familiarisant avec l'institution scolaire. Il revient ensuite aux parents d'assurer le bon apprentissage de cette langue ainsi que la scolarisation assidue et complète de leurs enfants.»

2. *Rapport final de M. Alvaro Gil-Robles sur la situation en matière de droits de l'homme des Roms, Sintis et Gens du voyage en Europe*

73. Dans la troisième partie de son rapport, qui traite de la discrimination dans le domaine de l'éducation, le Commissaire aux droits de l'homme observe que le fait qu'un nombre important d'enfants roms n'aient pas accès à un enseignement de même niveau que celui dont bénéficient les autres enfants résulte en partie de pratiques discriminatoires et de préjugés. A cet égard, il note que la ségrégation dans le domaine de l'éducation est une caractéristique commune à de nombreux Etats membres du Conseil de l'Europe. Dans certains pays, il existe des écoles séparées dans des campements séparés, dans d'autres des classes spéciales pour enfants roms dans les écoles ordinaires. (...) Le placement de ces enfants dans des écoles ou classes spéciales signifie souvent qu'ils suivent un programme inférieur à celui enseigné dans les classes normales, ce qui réduit leurs chances de poursuivre leurs études et de trouver plus tard un emploi. (...) Parallèlement, un enseignement ségrégué prive les enfants roms et non roms de la possibilité de se connaître et d'apprendre à vivre en citoyens égaux, et exclut les enfants roms de la société majoritaire au tout début de leur existence, ce qui augmente le risque qu'ils soient pris dans le cercle vicieux de la marginalisation.

74. Le Commissaire relève aussi que c'est avec de bonnes intentions qu'ont été créés des classes spéciales ou des programmes spéciaux pour les Roms, afin de surmonter les barrières linguistiques ou de remédier à l'absence de préscolarisation des enfants roms. Il fallait à l'évidence résoudre ces difficultés, mais la ségrégation ou le placement systématique des enfants roms dans des classes suivant un programme simplifié ou un programme spécial enseigné en langue romani, qui isolent les enfants roms des autres élèves, constituent manifestement de mauvaises réponses. Au lieu de la ségrégation, il faudrait mettre davantage l'accent sur des mesures telles que le soutien pédagogique et linguistique préscolaire et scolaire et la mise à disposition d'assistants scolaires travaillant avec les enseignants. Dans certaines communautés, il est essentiel de mieux sensibiliser les parents roms – qui n'ont parfois eux-mêmes pas eu la possibilité d'aller à l'école – à la nécessité pour leurs enfants de bénéficier d'une bonne éducation et aux avantages que cela peut leur procurer.

75. En conclusion, le Commissaire formule un certain nombre de recommandations dans le domaine de l'éducation. Lorsque la ségrégation en

matière d'éducation existe encore sous une forme ou sous une autre, il faut la remplacer par un enseignement intégré normal et, s'il y a lieu, l'interdire par la loi. Il faut consacrer des ressources suffisantes à l'enseignement préscolaire, à la formation linguistique et à la formation d'assistants scolaires afin de garantir le succès des efforts déployés en matière de déségrégation. Il faut procéder à une évaluation adéquate avant de placer les enfants dans des classes spéciales, afin que les seuls critères d'affectation soient les besoins objectifs de l'enfant et non son origine ethnique.

76. Le passage de ce rapport ayant trait à la Croatie est ainsi libellé :

« 52. Lors de ma visite en Croatie en 2004, j'ai été informé qu'un programme de deux ans visant à préparer tous les enfants roms à la scolarisation a été lancé en 2002, dans le cadre duquel les enfants reçoivent une formation à diverses compétences en langue croate. Dans le cadre du plan d'action croate pour la Décennie pour l'intégration des Roms, des actions spéciales ont continué d'être menées pour améliorer l'enseignement préscolaire dispensé aux enfants roms en vue de les intégrer pleinement dans le système scolaire ordinaire. (...) »

IV. AUTRES DOCUMENTS DU CONSEIL DE L'EUROPE

A. Le Comité des Ministres

1. Recommandation n° R (2000) 4 du Comité des Ministres aux Etats membres sur l'éducation des enfants roms/tsiganes en Europe (adoptée par le Comité des Ministres le 3 février 2000 lors de la 696^e réunion des Délégués des Ministres)

77. La recommandation se lit ainsi :

« Le Comité des Ministres, conformément à l'article 15.b du Statut du Conseil de l'Europe,

Considérant que le but du Conseil de l'Europe est de réaliser une union plus étroite entre ses membres et que ce but peut être poursuivi notamment par l'adoption d'une action commune dans le domaine de l'éducation ;

Reconnaissant qu'il est urgent de poser de nouvelles fondations pour de futures stratégies éducatives en faveur des Roms/Tsiganes en Europe, notamment en raison du taux élevé d'analphabétisme ou de semi-analphabétisme qui sévit dans cette communauté, de l'ampleur de l'échec scolaire, de la faible proportion de jeunes achevant leurs études primaires et de la persistance de facteurs tels que l'absentéisme scolaire ;

Notant que les problèmes auxquels sont confrontés les Roms/Tsiganes dans le domaine scolaire sont largement dus aux politiques éducatives menées depuis longtemps, qui ont conduit soit à l'assimilation, soit à la ségrégation des enfants roms/tsiganes à l'école au motif qu'ils souffraient d'un « handicap socioculturel » ;

Considérant qu'il ne pourra être remédié à la position défavorisée des Roms/Tsiganes dans les sociétés européennes que si l'égalité des chances dans le domaine de l'éducation est garantie aux enfants roms/tsiganes ;

Considérant que l'éducation des enfants roms/tsiganes doit être une priorité des politiques nationales menées en faveur des Roms/Tsiganes ;

Gardant à l'esprit que les politiques visant à régler les problèmes auxquels sont confrontés les Roms/Tsiganes dans le domaine de l'éducation doivent être globales et fondées sur le constat que la question de la scolarisation des enfants roms/tsiganes est liée à tout un ensemble de facteurs et de conditions préalables, notamment les aspects économiques, sociaux, culturels et la lutte contre le racisme et la discrimination ;

Gardant à l'esprit que les politiques éducatives en faveur des enfants roms/tsiganes devraient s'accompagner d'une politique active en ce qui concerne l'éducation des adultes et l'enseignement professionnel ;

(...)

Recommande aux gouvernements des Etats membres :

- de respecter, dans la mise en œuvre de leur politique d'éducation, les principes énoncés en annexe de la présente recommandation ;
- de porter la présente recommandation à l'attention des instances publiques compétentes dans leurs pays respectifs, par les voies nationales appropriées. »

78. Les parties pertinentes de l'annexe à la recommandation n° R (2000) 4 disposent :

« Principes directeurs d'une politique d'éducation à l'égard des enfants roms/tsiganes en Europe

I. Structures

1. Les politiques éducatives en faveur des enfants roms/tsiganes devraient s'accompagner des moyens adéquats et de structures souples indispensables pour refléter la diversité de la population rom/tsigane en Europe et pour tenir compte de l'existence de groupes roms/tsiganes ayant un mode de vie itinérant ou semi-itinérant. A cet égard, le recours à un système d'éducation à distance, s'appuyant sur les nouvelles technologies de la communication pourrait être envisagé.

2. L'accent devrait être mis sur une meilleure coordination des niveaux internationaux, nationaux, régionaux et locaux afin d'éviter la dispersion des efforts et de favoriser les synergies.

3. Les Etats membres devraient dans cette optique sensibiliser les ministères de l'Education à la question de l'éducation des enfants roms/tsiganes.

4. L'enseignement préscolaire devrait être largement développé et rendu accessible aux enfants roms/tsiganes, afin de garantir leur accès à l'enseignement scolaire.

5. Il conviendrait aussi de veiller tout particulièrement à une meilleure communication avec et entre les parents par le recours, le cas échéant, à des médiateurs

issus de la communauté rom/tsigane qui auraient la possibilité d'accès à une carrière professionnelle spécifique. Des informations spéciales et des conseils devraient être prodigués aux parents quant à l'obligation d'éducation et aux mécanismes de soutien que les municipalités peuvent offrir aux familles. L'exclusion et le manque de connaissances et d'éducation (voir l'illettrisme) des parents empêchent également les enfants de bénéficier du système éducatif.

6. Des structures de soutien adéquates devraient être mises en place afin de permettre aux enfants roms/tsiganes de bénéficier, notamment par le biais d'actions positives, de l'égalité des chances à l'école.

7. Les Etats membres sont invités à fournir les moyens nécessaires à la mise en œuvre des politiques et des mesures susmentionnées afin de combler le fossé entre les écoliers roms/tsiganes et ceux appartenant à la population majoritaire.

II. Programmes scolaires et matériel pédagogique

8. Les mesures éducatives en faveur des enfants roms/tsiganes devraient s'inscrire dans le cadre de politiques interculturelles plus larges, et tenir compte des caractéristiques de la culture romani et de la position défavorisée de nombreux Roms/Tsiganes dans les Etats membres.

9. Les programmes scolaires, dans leur ensemble, et le matériel didactique devraient être conçus de manière à respecter l'identité culturelle des enfants roms/tsiganes. Il faudrait donc introduire l'histoire et la culture des Roms dans les matériels pédagogiques afin de refléter l'identité culturelle des enfants roms/tsiganes. La participation des représentants des communautés roms/tsiganes à l'élaboration de matériels portant sur l'histoire, la culture ou la langue roms/tsiganes devrait être encouragée.

10. Les Etats membres devraient toutefois s'assurer que ces mesures ne débouchent pas sur des programmes scolaires distincts pouvant mener à la création de classes distinctes.

11. Les Etats membres devraient également encourager l'élaboration de matériels pédagogiques fondés sur des exemples d'actions réussies afin d'aider les enseignants dans leur travail quotidien avec les écoliers roms/tsiganes.

12. Dans les pays où la langue romani est parlée, il faudrait offrir aux enfants roms/tsiganes la possibilité de suivre un enseignement dans leur langue maternelle.

III. Recrutement et formation des enseignants

13. Il conviendrait de prévoir l'introduction d'un enseignement spécifique dans les programmes préparant les futurs enseignants afin que ceux-ci acquièrent les connaissances et une formation leur permettant de mieux comprendre les écoliers roms/tsiganes. Toutefois, l'éducation des écoliers roms/tsiganes devrait rester partie intégrante du système éducatif global.

14. La communauté rom/tsigane devrait être associée à l'élaboration de ces programmes et pouvoir communiquer directement des informations aux futurs enseignants.

15. Il faudrait aussi favoriser le recrutement et la formation d'enseignants issus de la communauté rom/tsigane.

(...)»

2. Recommandation Rec(2009)4 du Comité des Ministres aux Etats membres sur l'éducation des Roms et des Gens du voyage en Europe (adoptée par le Comité des Ministres le 17 juin 2009, à la 1061^e réunion des Délégués des Ministres)

79. La partie pertinente de la recommandation se lit ainsi :

« Le Comité des Ministres (...)

1. Recommande que les gouvernements des Etats membres, dans le respect de leurs structures constitutionnelles, des situations nationales ou locales et de leur système éducatif :

(...)

b. élaborent, diffusent et mettent en œuvre des politiques éducatives visant à garantir un accès non discriminatoire à un enseignement de qualité pour les enfants Roms et de Gens du voyage, basé sur les orientations énoncées en annexe à la présente recommandation ;

(...)

d. s'assurent, y compris auprès des autorités locales ou régionales, d'un accueil effectif des enfants roms et de Gens du voyage en milieu scolaire ;

(...)»

80. Les parties pertinentes de l'annexe à la recommandation Rec(2009)4 se lisent comme suit :

« I. Principes relatifs à la politique à mener

(...)

5. Les Etats membres devraient veiller à ce que les mesures juridiques interdisant la ségrégation sur une base ethnique ou raciale dans le domaine de l'éducation soient mises en place avec des sanctions efficaces, proportionnées et dissuasives, et assurer la mise en œuvre effective de la législation. Lorsque, *de facto*, une ségrégation des enfants roms et de Gens du voyage basée sur leur origine raciale ou ethnique existe, les autorités devraient mettre en œuvre des mesures d'abolition de la ségrégation. Les politiques et les mesures prises pour combattre la ségrégation devraient s'accompagner d'une formation appropriée du personnel éducatif et d'une information pour les parents.

6. Les autorités éducatives devraient mettre en place des procédures d'évaluation afin d'éviter tout risque de placement des enfants dans des institutions spéciales sur la base de différences linguistiques, ethniques, culturelles ou sociales, et de faciliter l'accès à la scolarisation. Les représentants des Roms et des Gens du voyage devraient être impliqués dans la définition et le suivi de ces procédures.

(...)

II. Structures et dispositions d'accès à l'éducation

9. Les Roms et les Gens du voyage devraient bénéficier d'un accès sans entraves à la scolarisation en milieu ordinaire à tous les niveaux suivant les mêmes critères que pour la population majoritaire. Pour atteindre cet objectif, des initiatives inventives et flexibles devraient être prises en termes de politiques et pratiques éducatives. Des mesures appropriées devraient également être adoptées pour assurer l'égalité d'accès à toutes les possibilités éducatives, culturelles, linguistiques et professionnelles offertes à tous les apprenants, et notamment les jeunes filles et femmes de la communauté des Roms et des Gens du voyage.

10. La fréquentation d'établissements préscolaires par les enfants roms et de Gens du voyage devrait être encouragée dans les mêmes conditions que pour les autres enfants et l'inscription à l'éducation préscolaire devrait être favorisée, si nécessaire en apportant des mesures spécifiques de soutien.

(...)

III. Programme, matériels pédagogiques et formation des enseignants

(...)

19. Les autorités éducatives devraient veiller à ce que tous les enseignants, et en particulier ceux qui travaillent dans des classes à composition ethnique mixte, reçoivent une formation spécialisée en éducation interculturelle, avec une attention particulière sur les Roms et les Gens du voyage. Cette formation devrait être incluse dans les programmes reconnus officiellement et disponible sous diverses formes, notamment au travers de formations à distance et en ligne, d'universités d'été, etc.

20. Les enseignants qui travaillent directement avec des enfants roms et de Gens du voyage devraient bénéficier d'un soutien adéquat de la part des médiateurs ou assistants des Roms ou des Gens du voyage, et être sensibilisés au fait qu'il faut faire participer davantage les enfants roms et de Gens du voyage à toutes les activités éducatives, éviter de les démotiver en se montrant moins exigeants à leur égard et les encourager à développer tout leur potentiel.

(...)

B. L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe

1. *Recommandation n° 1203 (1993) relative aux Tsiganes en Europe*

81. L'Assemblée parlementaire a notamment formulé les observations générales suivantes :

« 1. L'un des objectifs du Conseil de l'Europe est de promouvoir la formation d'une véritable identité culturelle européenne. L'Europe abrite de nombreuses cultures différentes qui toutes, y compris les multiples cultures minoritaires, concourent à sa diversité culturelle.

2. Les Tsiganes occupent une place particulière parmi les minorités. Vivant dispersés à travers toute l'Europe, ne pouvant se réclamer d'un pays qui leur soit propre, ils constituent une véritable minorité européenne qui ne correspond toutefois pas aux définitions applicables aux minorités nationales ou linguistiques.

3. En tant que minorité dépourvue de territoire, les Tsiganes contribuent dans une large mesure à la diversité culturelle de l'Europe, et cela à plusieurs égards, que ce soit par la langue et la musique ou par leurs activités artisanales.

4. A la suite de l'admission de nouveaux États membres d'Europe centrale et orientale, le nombre de Tsiganes vivant dans la zone du Conseil de l'Europe s'est considérablement accru.

5. L'intolérance à l'égard des Tsiganes a toujours existé. Des flambées de haine raciale ou sociale se produisent cependant de plus en plus régulièrement et les relations tendues entre les communautés ont contribué à créer la situation déplorable dans laquelle vivent aujourd'hui la majorité des Tsiganes.

6. Le respect des droits des Tsiganes, qu'il s'agisse des droits fondamentaux de la personne, ou de leurs droits en tant que minorité, est une condition essentielle de l'amélioration de leur situation.

7. En garantissant l'égalité des droits, des chances et de traitement, et en prenant des mesures pour améliorer le sort des Tsiganes, il sera possible de redonner vie à leur langue et à leur culture, et, partant, d'enrichir la diversité culturelle européenne.

8. Il importe de garantir aux Tsiganes la jouissance des droits et des libertés définis dans l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, car cela leur permet de faire valoir leurs droits.

(...)»

82. Dans le domaine de l'éducation, la recommandation énonce notamment :

«vi. les programmes européens existants de formation des maîtres enseignant à des Tsiganes devraient être élargis ;

(...)

viii. les jeunes Tsiganes doués devraient être encouragés à étudier et à jouer le rôle d'intermédiaires pour les Tsiganes ;

(...)»

2. *Recommandation n° 1557 (2002) relative à la situation juridique des Roms en Europe*

83. Cette recommandation énonce entre autres :

«(...)

3. Aujourd'hui, les Roms font encore l'objet de discrimination, de marginalisation et de ségrégation. La discrimination est répandue dans tous les domaines de la vie

publique et privée, y compris dans l'accès à la fonction publique, à l'enseignement, à l'emploi, aux services de santé et au logement, ainsi que lors du passage des frontières et dans l'accès aux procédures d'asile. La marginalisation et la ségrégation économique et sociale des Roms se transforment en discrimination ethnique, qui touche en général les groupes sociaux les plus faibles.

4. Les Roms constituent un groupe particulier, minoritaire à double titre: ethniquement minoritaires, ils appartiennent aussi très souvent aux couches socialement défavorisées de la société.

(...)

15. Le Conseil de l'Europe peut et doit jouer un rôle important dans l'amélioration du statut juridique des Roms, du niveau d'égalité dont ils bénéficient et de leurs conditions d'existence. L'Assemblée appelle les Etats membres à satisfaire les six conditions générales ci-après, qui sont nécessaires pour une amélioration de la situation des Roms en Europe:

(...)

c. garantir l'égalité de traitement à la minorité rom en tant que groupe minoritaire ethnique ou national dans les domaines de l'éducation, de l'emploi, du logement, de la santé et des services publics. Les Etats membres devraient porter une attention spéciale:

i. à promouvoir l'égalité des chances pour les Roms sur le marché de l'emploi;

ii. à donner la possibilité aux Roms d'intégrer toutes les structures éducatives, du jardin d'enfants à l'université;

iii. à développer des mesures positives pour recruter des Roms dans les services publics intéressant directement les communautés roms, comme les établissements d'enseignement primaire et secondaire, les centres de protection sociale, les centres locaux de soins de santé primaire et les administrations locales;

(...)

d. développer, et mettre en œuvre des actions positives et un traitement préférentiel pour les classes socialement défavorisées, y compris les Roms, en tant que communauté socialement défavorisée, dans les domaines de l'enseignement, de l'emploi et du logement:

(...)

e. prendre des mesures spécifiques et créer des institutions spéciales pour la protection de la langue, de la culture, des traditions et de l'identité roms:

(...)

ii. encourager les parents roms à envoyer leurs enfants à l'école primaire et secondaire, et dans les établissements d'enseignement supérieur et à les informer correctement de l'importance de l'éducation;

(...)

v. recruter des enseignants roms, notamment dans les zones où la population rom est importante;

f. combattre le racisme, la xénophobie et l'intolérance, et garantir le traitement non discriminatoire des Roms aux niveaux local, régional, national et international :

(...)

vi. porter une attention particulière aux phénomènes de discrimination à l'encontre des Roms, notamment dans le domaine de l'éducation et de l'emploi ;

(...)»

C. L'ECRI

1. Recommandation de politique générale n° 3 de l'ECRI sur la lutte contre le racisme et l'intolérance envers les Roms/Tsiganes adoptée le 6 mars 1998

84. Les parties pertinentes de cette recommandation se lisent ainsi :

«La Commission européenne contre le racisme et l'intolérance :

(...)

Rappelant que la lutte contre le racisme, la xénophobie, l'antisémitisme et l'intolérance fait partie intégrante de la protection et promotion des droits de l'homme, que ces derniers sont universels et indivisibles, et sont les droits de tout être humain, sans distinction aucune ;

(...)

Constatant que les Roms/Tsiganes souffrent aujourd'hui partout en Europe de préjugés persistants à leur égard, sont victimes d'un racisme profondément enraciné dans la société, sont la cible de manifestations, parfois violentes, de racisme et d'intolérance, et que leurs droits fondamentaux sont régulièrement violés ou menacés ;

Constatant également que les préjugés persistants envers les Roms/Tsiganes conduisent à des discriminations à leur égard dans de nombreux domaines de la vie sociale et économique, et que ces discriminations alimentent considérablement le processus d'exclusion sociale dont souffrent les Roms/Tsiganes ;

(...)

Recommande aux gouvernements des Etats membres ce qui suit :

(...)

– s'assurer que la discrimination en tant que telle ainsi que les pratiques discriminatoires sont combattues au moyen de législations adéquates et veiller à introduire dans le droit civil des dispositions spécifiques à cet effet, notamment dans les secteurs de l'emploi, du logement et de l'éducation ;

(...)

– combattre de manière vigoureuse toute forme de ségrégation scolaire à l'égard des enfants roms/tsiganes et assurer de manière effective l'égalité d'accès à l'éducation ;

(...)»

2. Recommandation de politique générale n° 7 de l'ECRI sur la législation nationale pour lutter contre le racisme et la discrimination raciale adoptée le 13 décembre 2002

85. Aux fins de cette recommandation, on entend par :

a) « racisme » la croyance qu'un motif tel que la race, la couleur, la langue, la religion, la nationalité ou l'origine nationale ou ethnique justifie le mépris envers une personne ou un groupe de personnes ou l'idée de supériorité d'une personne ou d'un groupe de personnes.

b) « discrimination raciale directe » toute différence de traitement fondée sur un motif tel que la race, la couleur, la langue, la religion, la nationalité ou l'origine nationale ou ethnique, qui manque de justification objective et raisonnable. Une différence de traitement manque de justification objective et raisonnable si elle ne poursuit pas un but légitime ou si fait défaut un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé.

c) « discrimination raciale indirecte » le cas où un facteur apparemment neutre tel qu'une disposition, un critère ou une pratique ne peut être respecté aussi facilement par des personnes appartenant à un groupe distingué par un motif tel que la race, la couleur, la langue, la religion, la nationalité ou l'origine nationale ou ethnique, ou désavantage ces personnes, sauf si ce facteur a une justification objective et raisonnable. Il en est ainsi s'il poursuit un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. »

86. Dans l'exposé des motifs relatif à cette recommandation, il est indiqué (au point 8) que les définitions des termes « discrimination raciale directe » et « discrimination raciale indirecte » contenues dans le paragraphe 1 b) et c) de la recommandation s'inspirent de celles contenues dans la Directive 2000/43/CE du Conseil de l'Union européenne relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, et dans la Directive 2000/78/CE du Conseil de l'Union européenne portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, ainsi que de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

V. DOCUMENTS DES NATIONS UNIES PERTINENTS

A. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques

87. L'article 26 du Pacte dispose :

« 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.»

88. Aux points 7 et 12 de son observation générale n° 18 du 10 novembre 1989 sur la non-discrimination, le Comité des droits de l'homme des Nations unies exprime l'avis suivant :

«7. (...) le Comité considère que le terme «discrimination», tel qu'il est utilisé dans le Pacte, doit être compris comme s'entendant de toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée notamment sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation, et ayant pour effet ou pour but de compromettre ou de détruire la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice par tous, dans des conditions d'égalité, de l'ensemble des droits de l'homme et des libertés fondamentales.»

«12. (...) lorsqu'un Etat partie adopte un texte législatif, il doit, conformément à l'article 26, faire en sorte que son contenu ne soit pas discriminatoire. (...)»

89. Au point 11.7 de ses constatations du 31 juillet 1995 relatives à la communication n° 516/1992, concernant la République tchèque, le Comité exprime l'avis que :

«(...) l'intention du législateur n'est pas le seul facteur déterminant pour établir une violation de l'article 26 du pacte. Une différence de traitement motivée par des raisons politiques ne saurait guère être considérée comme compatible avec l'article 26. Sans être inspirée par des motivations politiques, une loi peut néanmoins être en infraction avec l'article 26 si elle a des effets discriminatoires.»

B. La Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale

90. L'article 1 de cette convention prévoit :

«(...) 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.»

91. Dans sa Recommandation générale n° 14 du 22 mars 1993 sur la définition de la discrimination, le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale note entre autres ce qui suit :

«1. (...) Toute distinction est contraire à la Convention [internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale] si elle a pour objet ou pour effet de porter atteinte à certains droits ou à certaines libertés. Cela est confirmé par l'obligation faite aux Etats parties à l'alinéa c du paragraphe 1 de l'article 2 d'annuler

toute loi et toute disposition réglementaire ayant pour effet de créer la discrimination raciale ou de la perpétuer.

2. (...) Pour savoir si une mesure a un effet contraire à la Convention [internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale], [le comité] se demandera si elle a une conséquence distincte abusive sur un groupe différent par la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique.»

92. Dans sa Recommandation générale n° 19 du 18 août 1995 sur la ségrégation raciale et l'apartheid, le Comité observe :

«3. (...) si une situation de ségrégation raciale complète ou partielle peut, dans certains pays, avoir été créée par les politiques gouvernementales, une situation de ségrégation partielle peut également être le résultat non intentionnel d'actions de personnes privées. Dans de nombreuses villes, les différences de revenu entre les groupes sociaux influent sur la répartition des habitants par quartiers et ces différences se conjuguent parfois aux différences de race, de couleur, d'ascendance et d'origine nationale ou ethnique, de sorte que les habitants peuvent être victimes d'un certain ostracisme et que les personnes subissent une forme de discrimination dans laquelle les motifs raciaux se combinent à d'autres motifs.

4. En conséquence, le comité affirme qu'une situation de ségrégation raciale peut également survenir sans que les autorités en aient pris l'initiative ou y contribuent directement. (...)»

93. Dans sa Recommandation générale n° 27 du 16 août 2000 concernant la discrimination à l'égard des Roms, le Comité conseille notamment les mesures suivantes dans le domaine de l'éducation :

«17. Soutenir l'intégration dans le système éducatif de tous les enfants d'origine rom et œuvrer à réduire le taux d'abandon scolaire, en particulier des filles roms et coopérer activement avec les parents, associations et communautés locales roms à cette fin.

18. Prévenir et éviter autant que possible la ségrégation des élèves roms, tout en laissant ouverte la possibilité d'un enseignement bilingue ou en langue maternelle; à cette fin, s'attacher à améliorer la qualité de l'enseignement dispensé dans toutes les écoles ainsi qu'à relever le niveau des résultats scolaires des élèves de la minorité rom, à recruter du personnel scolaire appartenant aux communautés roms et à promouvoir une éducation interculturelle.

19. Envisager l'adoption de mesures en faveur des enfants roms dans le domaine de l'éducation, en coopération avec leurs parents.

(...)»

94. Dans ses conclusions du 30 mars 1998 formulées à l'issue de l'examen du rapport de la République tchèque (doc. CERD/C/304/Add. 47), le Comité indique notamment ce qui suit :

«13. La marginalisation de la communauté rom dans le domaine de l'enseignement est préoccupante. Le fait qu'un nombre disproportionné d'enfants roms sont placés

dans des écoles spéciales, ce qui induit une ségrégation raciale *de facto*, et aussi qu'ils sont infiniment moins nombreux dans l'enseignement secondaire et supérieur, conduit à douter de la pleine application de l'article 5 de la Convention [internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale].»

C. La Convention relative aux droits de l'enfant

95. Les articles 28 et 30 de cette convention disposent :

Article 28

« 1. Les États parties reconnaissent le droit de l'enfant à l'éducation, et en particulier, en vue d'assurer l'exercice de ce droit progressivement et sur la base de l'égalité des chances :

a. ils rendent l'enseignement primaire obligatoire et gratuit pour tous ;

(...)

e. ils prennent des mesures pour encourager la régularité de la fréquentation scolaire et la réduction des taux d'abandon scolaire.

(...)»

Article 30

« Dans les États où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques ou des personnes d'origine autochtone, un enfant autochtone ou appartenant à une de ces minorités ne peut être privé du droit d'avoir sa propre vie culturelle, de professer et de pratiquer sa propre religion ou d'employer sa propre langue en commun avec les autres membres de son groupe. »

D. La Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques

96. L'article 4 § 1 de cette déclaration adoptée par les Nations unies se lit ainsi :

« Les États prennent, le cas échéant, des mesures pour que les personnes appartenant à des minorités puissent exercer intégralement et effectivement tous les droits de l'homme et toutes les libertés fondamentales, sans aucune discrimination et dans des conditions de pleine égalité devant la loi. »

E. Organisation des Nations unies pour l'éducation, la science et la culture (Unesco)

97. Les articles 1 et 3 de la Convention concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement du 14 décembre 1960 disposent :

Article 1

«1. Aux fins de la présente Convention, le terme «discrimination» comprend toute distinction, exclusion, limitation ou préférence qui, fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'opinion politique ou toute autre opinion, l'origine nationale ou sociale, la condition économique ou la naissance, a pour objet ou pour effet de détruire ou d'altérer l'égalité de traitement en matière d'enseignement et, notamment :

- a. D'écarter une personne ou un groupe de l'accès aux divers types ou degrés d'enseignement ;
 - b. De limiter à un niveau inférieur l'éducation d'une personne ou d'un groupe ;
 - c. Sous réserve de ce qui est dit à l'article 2 de la présente Convention, d'instituer ou de maintenir des systèmes ou des établissements d'enseignement séparés pour des personnes ou des groupes ; ou
 - d. De placer une personne ou un groupe dans une situation incompatible avec la dignité de l'homme.
- (...)»

Article 3

«Aux fins d'éliminer et de prévenir toute discrimination au sens de la présente Convention, les Etats qui y sont parties s'engagent à :

- a. Abroger toutes dispositions législatives et administratives et à faire cesser toutes pratiques administratives qui comporteraient une discrimination dans le domaine de l'enseignement ;
 - b. Prendre les mesures nécessaires, au besoin par la voie législative, pour qu'il ne soit fait aucune discrimination dans l'admission des élèves dans les établissements d'enseignement ;
- (...)»

EN DROIT

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

98. Les requérants se plaignent de la durée de la procédure qu'ils ont engagée devant les juridictions nationales. Ils invoquent l'article 6 § 1 de la Convention, qui dispose en ses passages pertinents :

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

A. Arrêt de la chambre

99. Dans son arrêt du 17 juillet 2008, la chambre a jugé que l'article 6 était applicable à l'affaire sous son aspect civil et que la durée de la procédure avait été excessive.

B. Arguments des parties devant la Grande Chambre

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

100. Le Gouvernement, s'appuyant sur l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire *Tinnelly & Sons Ltd et autres et McElduff et autres c. Royaume-Uni* (10 juillet 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-IV), conteste l'applicabilité de l'article 6 à la procédure engagée au civil par les requérants devant les juridictions internes.

101. Les requérants plaident pour l'applicabilité de l'article 6.

2. Sur le fond

102. Les requérants se plaignent que la durée de la procédure interne, notamment devant la Cour constitutionnelle, ait dépassé un délai raisonnable.

103. Le Gouvernement conteste cette thèse, soulignant que la Cour constitutionnelle exerce un rôle particulier et qu'elle a dû en l'espèce statuer sur des questions complexes.

C. Appréciation de la Cour

1. Sur l'exception préliminaire du Gouvernement

104. Dans son arrêt *Emine Araç c. Turquie* (n° 9907/02, CEDH 2008), la Cour a pour la première fois explicitement reconnu que le droit à l'accès à l'enseignement supérieur est un droit de caractère civil; ce faisant, elle a abandonné la jurisprudence de la Commission (*André Simpson c. Royaume-Uni*, n° 14688/89, décision de la Commission du 4 décembre 1989, *Décisions et rapports* (DR) 64, p. 196), selon laquelle l'article 6 était inapplicable aux procédures relatives à la législation sur l'éducation (au motif que le droit de ne pas se voir refuser une instruction primaire relevait du domaine du droit public). La Cour considère que le même raisonnement vaut à plus forte raison pour l'instruction primaire (*argumentum a maiore ad minus*).

105. En outre, dans l'arrêt *Kök c. Turquie* (n° 1855/02, § 36, 19 octobre 2006), la Cour a jugé que, lorsqu'un Etat confère des droits qui se prêtent à un recours judiciaire, ceux-ci peuvent en principe passer pour des

droits de caractère civil au sens de l'article 6 § 1 (voir, dans le même sens, *Tinnelly & Sons Ltd et autres et McElduff et autres*, précité, § 61).

106. En ce qui concerne l'espèce, il apparaît clairement qu'une « contestation » a surgi relativement à l'affectation initiale puis au maintien des requérants dans des classes réservées aux Roms durant leur scolarité dans le primaire. La procédure devant les juridictions internes portait sur les allégations des requérants selon lesquelles leur droit de ne pas subir de discrimination dans le domaine de l'éducation, leur droit à l'instruction et leur droit de ne pas être l'objet de traitements inhumains et dégradants avaient été méconnus. Les intéressés ont soumis leurs griefs aux tribunaux civils ordinaires et à la Cour constitutionnelle, griefs qui ont été examinés au fond.

107. De surcroît, le droit des requérants de ne pas subir une discrimination fondée sur la race étant manifestement garanti par l'article 14 § 1 de la Constitution, il se prêtait à une action devant les juridictions civiles ordinaires dans l'ordre juridique interne (voir, *mutatis mutandis*, *Tserkva Sela Sossoulivka c. Ukraine*, n° 37878/02, § 42, 28 février 2008, et *Gülmez c. Turquie*, n° 16330/02, § 29, 20 mai 2008).

La Cour déduit de ce qui précède que l'article 6 § 1 de la Convention est applicable en l'espèce.

2. Sur le fond

108. La Cour rappelle que le caractère raisonnable de la durée de la procédure doit s'apprécier suivant les circonstances de la cause, eu égard aux critères énoncés dans sa jurisprudence, notamment la complexité de l'affaire, le comportement des requérants et des autorités compétentes ainsi que l'enjeu du litige pour les intéressés (*Süßmann c. Allemagne*, 16 septembre 1996, § 48, *Recueil* 1996-IV, et *Gast et Popp c. Allemagne*, n° 29357/95, § 70, CEDH 2000-II). A cet égard, la Cour note que la procédure en cause a débuté le 19 avril 2002 et s'est conclue par une décision de la Cour constitutionnelle du 7 février 2007. Si l'affaire a été traitée avec célérité par les juridictions de première instance et d'appel, devant lesquelles la procédure a duré sept mois environ, on ne saurait en dire autant de la Cour constitutionnelle, devant laquelle la procédure a duré quatre ans, un mois et dix-huit jours.

109. Tout en admettant que le rôle de garant de la Constitution que joue la Cour constitutionnelle la met parfois dans l'obligation de prendre en compte des considérations autres que le simple ordre chronologique d'inscription des affaires au rôle, comme la nature de l'affaire et son importance sur les plans politique et social, la Cour juge qu'un délai de plus

de quatre ans pour trancher l'affaire des requérants est excessif, compte tenu notamment de l'enjeu pour ces derniers, à savoir le droit à l'instruction.

110. Dès lors, la Cour considère qu'il y a eu en l'espèce violation de l'article 6 § 1 de la Convention à raison de la durée de la procédure devant la Cour constitutionnelle.

II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 14 DE LA CONVENTION COMBINÉ AVEC L'ARTICLE 2 DU PROTOCOLE N° 1

111. Les requérants se plaignent de s'être vu refuser le droit à l'instruction et d'avoir été victimes de discrimination à cet égard. Ils invoquent l'article 2 du Protocole n° 1 et l'article 14 de la Convention, ainsi libellés :

Article 14 de la Convention – Interdiction de la discrimination

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

Article 2 du Protocole no 1 – Droit à l'instruction

«Nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction. L'Etat, dans l'exercice des fonctions qu'il assumera dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement, respectera le droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques.»

A. L'arrêt de la chambre

112. La chambre a conclu à la non-violation de l'article 2 du Protocole n° 1 pris isolément ou combiné avec l'article 14 de la Convention. Elle a considéré que les requérants avaient été placés dans des classes réservées aux Roms parce qu'ils n'avaient pas une maîtrise suffisante de la langue croate et que cette mesure était justifiée.

B. Les arguments des parties devant la Grande Chambre

1. Les requérants

113. Les neuf requérants (de la deuxième requérante au dixième requérant) qui ont fréquenté l'école primaire de Podturen relèvent qu'au cours de l'année scolaire 2000/2001, où ils étaient tous en deuxième année, ils ont pour la plupart suivi les cours dans une classe réservée aux Roms. L'année suivante, ils auraient tous les neuf été affectés à une classe réservée composée de dix-neuf élèves roms. Il n'y aurait eu à l'époque qu'une seule autre classe de troisième année, qui accueillait dix-neuf élèves non roms.

En 2002/2003, les neuf requérants auraient été affectés à la même classe de quatrième année réservée aux Roms. En 2003/2004, ils auraient tous été placés dans une classe mixte, mais seulement parce qu'il n'y avait pas assez d'élèves roms pour former une classe réservée.

114. Quant aux cinq requérants (du onzième requérant à la quinzième requérante) qui ont fréquenté l'école primaire de Macinec, ils déclarent qu'ils ont été placés dans une classe réservée aux Roms pendant toute leur scolarité, de même que la plupart des autres élèves roms. Au total, sur les 153 élèves roms inscrits dans les classes des quatre premiers niveaux, 137 auraient été affectés à des classes réservées. En quatrième année, sur 44 élèves, 21 auraient été des Roms, tous affectés à une classe réservée. Les requérants soutiennent que le Gouvernement n'a fourni aucune explication cohérente et rationnelle pour justifier la formation d'une classe réservée aux Roms en quatrième année à l'école primaire de Macinec ; ils estiment pour leur part qu'à ce stade tous leurs problèmes linguistiques auraient déjà dû être surmontés de manière satisfaisante. Le nombre de classes réservées aux Roms en Croatie est selon eux passé de 27 en 2004 à 68 en 2008, dont 62 dans le comté de Medimurje.

115. Les requérants considèrent en particulier que la méthode utilisée par les autorités scolaires prétendument pour améliorer leurs compétences linguistiques était inadaptée. A leur avis, la meilleure manière d'intégrer des enfants n'ayant pas une maîtrise suffisante de la langue aurait consisté à les placer dans les mêmes classes que des enfants parlant la langue dans laquelle était dispensé l'enseignement car ce serait ainsi, et avec en outre des cours de soutien en croate, qu'ils auraient appris cette langue le plus facilement et le plus rapidement. Les requérants déclarent qu'il est fondamental de veiller à ce que des enfants parlant chez eux une autre langue que le croate soient intégrés dans des groupes où ils puissent trouver des modèles s'agissant du maniement de la langue majoritaire et qui offrent le meilleur environnement pour répondre à leurs besoins linguistiques. Ils arguent que les divers rapports de recherche et groupes d'experts du Conseil de l'Europe, de l'Union européenne et des Nations unies recommandent une démarche fondée sur l'intégration dans le domaine de l'éducation des enfants roms.

116. Ils indiquent qu'il n'existait aucun programme spécifique à cet égard. Ils reconnaissent cependant que les sixième, septième, dixième et douzième, treizième, quatorzième et quinzième requérants ont bénéficié de cours de soutien en croate. Ils avancent par ailleurs qu'ils ont suivi dans les classes réservées aux Roms un programme inférieur à la norme.

117. Ils allèguent que leur affectation à des classes réservées aux Roms ne se fondait sur aucune base légale. Il n'aurait existé aucune procédure claire, accessible et prévisible pour le placement d'élèves dans des classes

spéciales, que ce soit au moment de leur première inscription ou à un stade ultérieur de leurs études. D'après eux, les tests utilisés dans le cadre de la procédure d'inscription étaient non pas conçus pour évaluer la connaissance de la langue croate mais pris comme points de repère pour déterminer le niveau psycho-physique de l'enfant.

118. En dehors du barème général de notation, il n'y aurait eu aucune évaluation périodique spécifique des progrès accomplis dans l'apprentissage de la langue croate. Les notes iraient de un à cinq, la note la plus faible pour réussir étant deux, et même lorsque les intéressés avaient obtenu une note supérieure ou égale à deux en croate ils n'auraient pas été transférés dans une classe mixte.

119. En règle générale, le transfert des requérants dans une classe mixte n'aurait pas été envisagé. Tout au contraire, les autorités scolaires auraient refusé un tel transfert en déclarant que l'homogénéité des classes l'emportait sur tout autre principe.

120. Les requérants allèguent qu'aucune mesure particulière n'était prévue pour remédier au taux élevé d'absentéisme et d'abandon chez les Roms en dehors de sanctions envers les élèves et les parents.

121. Ils rappellent qu'il y a eu des assistants roms dans les années 1990 et que l'on y recourt de nouveau depuis une date récente ; or le processus de recrutement se serait à chaque fois déroulé sans base légale et sans que des critères clairs et objectifs y président et garantissent que les assistants soient compétents et obtiennent des résultats positifs.

122. Enfin, ils déclarent qu'ils n'ont participé à aucune activité périscolaire organisée par l'école en groupe mixte sur le plan ethnique/racial. Ils insistent sur l'absence de méthode systématique et structurée en vue de l'intégration des enfants roms dans les classes normales. D'ailleurs, même s'il y avait eu des activités périscolaires ethniquement mixtes, elles n'auraient selon eux pas remplacé une intégration complète au sein de la classe.

2. Le Gouvernement

123. Le Gouvernement indique tout d'abord que les requérants n'ont pas été privés du droit d'aller à l'école et de recevoir une instruction puisqu'ils sont tous entrés à l'école primaire à l'âge de sept ans, comme tous les enfants croates, et ont fréquenté l'école jusqu'à l'âge de quinze ans, au-delà duquel l'école n'est plus obligatoire. Il admet que le programme enseigné dans les classes réservées aux Roms ait pu être réduit dans une proportion pouvant aller jusqu'à 30 % du programme normal complet. Cela serait autorisé par la législation interne pertinente et pareille possibilité n'aurait pas été limitée aux classes réservées mais aurait été appliquée à toutes les écoles primaires de Croatie, en fonction de la situation particulière d'une classe donnée. De

plus, les classes réservées ne seraient en aucun cas des classes «spéciales». Il s'agirait de classes normales dans des écoles normales, qui n'auraient été créées que dans les écoles où la proportion d'élèves roms était importante ou bien où les Roms représentaient la majorité des élèves d'une classe d'âge donnée, et encore seulement pour les élèves roms n'ayant pas une maîtrise suffisante de la langue croate. A l'école primaire de Podturen, les enfants roms dans les petites classes représenteraient de 33 à 36 % des effectifs. En 2001, le nombre total d'élèves aurait été de 463, dont 47 Roms. Il n'y aurait eu qu'une seule classe réservée, composée de 17 élèves roms, tandis que les 33 autres enfants roms auraient fréquenté des classes mixtes. Depuis 2003, il n'y aurait plus de classe réservée aux Roms dans cette école. A l'école primaire de Macinec, les enfants roms dans les petites classes représenteraient de 57 à 75 % des effectifs. Des classes réservées seraient formées dans les petites classes et seulement à titre exceptionnel dans les grandes classes. Toutes les classes des deux derniers niveaux seraient mixtes. En 2001, le nombre total d'élèves aurait été de 445, dont 194 Roms. Il y aurait eu six classes réservées comptant 142 élèves roms au total, les 52 autres élèves roms fréquentant des classes mixtes.

124. Le Gouvernement soutient que les requérants ont été placés dans des classes réservées sur le fondement de l'article 2 de la loi sur l'enseignement primaire et du règlement sur le nombre d'élèves dans les classes ordinaires et les classes à plusieurs niveaux. Selon l'article 2 de la loi précitée, l'enseignement primaire aurait pour but de garantir le développement continu de chaque élève sur les plans spirituel, physique, moral, intellectuel et social, selon ses capacités et ses goûts. Pour le Gouvernement, il n'est possible de parvenir à ce résultat qu'au sein d'un groupe permanent d'élèves ayant à peu près le même âge et le même niveau de connaissances. Une même base légale et des critères identiques auraient été appliqués pour tous les autres élèves. Les requérants auraient été soumis aux mêmes tests que tous les enfants entrant à l'école primaire. On les aurait affectés à des classes réservées aux Roms en raison de leur connaissance insuffisante de la langue croate afin de répondre à leurs besoins particuliers et de veiller à l'égalité de traitement, ce qui ne serait possible que lorsque la majorité des élèves ont la même connaissance du croate au départ et les mêmes aptitudes psycho-physiques pour suivre l'enseignement primaire.

125. Tous les requérants auraient été placés dans des classes réservées aux Roms à leur entrée à l'école primaire, sauf la deuxième requérante et le dixième requérant, qui auraient entamé leur scolarité dans une classe mixte. Tous deux auraient échoué en première année après avoir eu, notamment en langue croate, des notes ne permettant pas de passer dans la classe supérieure (à savoir la note 1), puis auraient été affectés à des classes réservées.

126. Pour ce qui est des requérants inscrits à l'école primaire de Macinec, le Gouvernement déclare que la procédure d'inscription comportait une évaluation psycho-physique des enfants par un groupe composé d'un médecin, un psychologue, un conseiller pédagogique (*pedagog*), un psychomotricien et un professeur et ce, en présence d'au moins un des parents de l'enfant.

127. Quant aux requérants inscrits à l'école primaire de Podturen, le Gouvernement indique que leurs dossiers d'inscription n'ont pas été retrouvés en raison du délai écoulé. Il a toutefois soumis le témoignage d'un professeur qui avait dirigé un programme préscolaire de trois mois pour les enfants roms et selon qui un enseignant avait évalué à la fin de ce programme le niveau de langue de chaque enfant, l'affectation à une classe mixte ou dans une classe réservée étant fonction des résultats obtenus.

128. Le Gouvernement a produit des dossiers scolaires montrant que tous les requérants ont bénéficié de cours de soutien en croate tant à l'école primaire de Podturen qu'à celle de Macinec. Selon lui, ils ont eu la possibilité de participer à diverses activités périscolaires effectuées en croate, dont certaines particulièrement centrées sur l'amélioration des compétences linguistiques (comme les récitations et la lecture). De plus, des assistants roms auraient été recrutés en 2002 à Podturen et en 2003 à Macinec pour aider les enfants des classes réservées à améliorer leurs connaissances.

129. Le Gouvernement argüe que l'appréciation des progrès accomplis par les requérants faisait partie de la procédure normale d'évaluation des élèves suivie dans ces écoles comme dans toutes les autres écoles de Croatie. Dans les petites classes, ce serait le professeur de la classe qui procéderait à l'évaluation dans toutes les matières. Une note finale serait donnée à la fin de l'année scolaire à partir de toutes celles attribuées pendant l'année. Les principaux éléments pour fixer cette note seraient la connaissance et la compréhension de la matière, l'expression orale et écrite, l'application en pratique des connaissances acquises et leur utilisation créative, l'acquisition de compétences, la participation en classe et le développement des capacités psycho-physiques de l'élève. Le niveau de connaissance du croate serait évalué en fonction des compétences en lecture et écriture, de l'expression orale et écrite, du vocabulaire et de la grammaire, de la lecture de livres et des devoirs à la maison. Une note serait le résultat de plusieurs facteurs, le plus important d'entre eux pour les élèves des petites classes étant la motivation et le développement personnel dans chaque matière. Les notes seraient attribuées selon les capacités individuelles de chaque enfant. Dès lors, les bonnes notes obtenues par certains des requérants après un ou plusieurs échecs à un niveau donné ne signifieraient pas nécessairement qu'ils avaient

acquis une bonne maîtrise de la langue croate, mais qu'ils avaient fait des progrès.

130. Pour en venir au cas particulier des requérants, le Gouvernement soutient que leurs progrès ont en réalité été très lents. Tous auraient dû recommencer plusieurs niveaux de suite. Il leur aurait parfois fallu deux ou trois ans pour en réussir un. A titre d'exemple, le douzième requérant aurait dû recommencer deux fois la première année, après quoi il aurait obtenu une note de 3 (bien) en croate. Or ce sont les compétences de base en lecture et en écriture qui seraient enseignées en première année, et la majorité des élèves obtiendraient de bonnes notes. Partant, une note de 3 en croate après avoir fait trois fois la première année ne saurait constituer la preuve d'une maîtrise adéquate de la langue croate. Ce requérant aurait ensuite mis trois ans pour réussir la deuxième année.

131. Le Gouvernement indique de plus qu'il existe plusieurs garanties d'ordre procédural. En effet, tous les parents auraient le droit de contester l'appréciation d'un professeur. Les directeurs d'école seraient tenus d'examiner toutes les plaintes. Selon le Gouvernement, lorsque la majorité des parents présents à une réunion scolaire estiment qu'un certain professeur n'a pas été objectif dans son appréciation, le professeur de la classe doit examiner la plainte lors d'une réunion du conseil d'école et, si ce dernier juge la plainte fondée, le directeur d'école doit prendre les mesures nécessaires prévues par la loi. Par ailleurs, tout élève aurait le droit de se plaindre des notes qui lui sont attribuées ainsi que celui de demander à un comité spécial d'apprécier ses connaissances. Pour ce qui est des requérants, ils ne se seraient jamais plaints de l'évaluation de leurs connaissances ni de leur placement dans des classes réservées aux Roms. De même, leurs parents n'auraient jamais demandé leur transfert dans des classes mixtes.

132. Le Gouvernement soumet des dossiers scolaires montrant qu'un certain nombre de mesures ont été prises. Tout d'abord, les professeurs encourageraient les élèves à fréquenter l'école. Les écoles organiseraient régulièrement des réunions entre les professeurs et les parents des élèves de chaque classe ainsi que des rencontres individuelles entre le professeur et les parents des élèves manquant d'assiduité, mais les parents de ces élèves ne répondraient en général pas aux invitations à participer à ces deux types de réunions. Les écoles emploieraient aussi des assistants roms qui joueraient notamment le rôle de médiateur entre l'école et les parents et rendraient visite à ceux-ci pour leur expliquer combien il est nécessaire et important pour leurs enfants de suivre l'enseignement scolaire.

133. Les autorités scolaires auraient aussi informé régulièrement les requérants et leurs parents qu'ils pouvaient poursuivre leurs études dans leur école même après avoir atteint l'âge de quinze ans. Les requérants

auraient également eu la possibilité de suivre des cours du soir, gratuits, dans une ville proche, pour terminer leurs études primaires. Trois d'entre eux se seraient inscrits à ces cours du soir, mais un seul serait réellement allé jusqu'au bout du programme. Pour ce qui est du cinquième requérant, les autorités scolaires auraient informé le centre d'aide sociale compétent de son manque d'assiduité afin que des mesures appropriées pussent être prises. Les professeurs auraient contribué à résoudre divers problèmes rencontrés par les intéressés. Le Gouvernement indique par exemple que lorsqu'un professeur de la classe que fréquentait le dixième requérant s'est aperçu que celui-ci avait des problèmes de vue, il l'a conduit chez l'ophtalmologue et s'est assuré qu'il obtienne des lunettes adaptées.

134. Le Gouvernement soutient que tous les enfants roms, quel que soit le type de classe fréquenté, sont mêlés aux autres enfants de nombreuses manières durant leur scolarité, par exemple grâce à toutes les activités périscolaires organisées dans les écoles (telles que chant, danse, travaux manuels, activités mixtes) et aux activités à l'extérieur organisées par les écoles (telles que leçons de natation, excursions en ville, visites de divers sites, monuments et institutions, ramassage de déchets, activités écologiques et diverses compétitions) et par le biais de leur participation avec les autres élèves aux activités sociales organisées à l'école (fêtes de Noël et du nouvel an, fête de l'école, fête du sport, journée du pain, par exemple), sans oublier que tous les enfants partagent les mêmes installations communes telles que la cantine et les terrains de jeu.

135. Les écoles en question organiseraient aussi des activités spéciales destinées à tous les élèves afin de mieux faire comprendre aux enfants non roms les traditions et la culture roms, comme la célébration de la journée des Roms, des visites dans les campements roms, l'information des élèves au sujet de la langue romani et des coutumes roms et des problèmes que rencontrent les Roms dans leur vie quotidienne, et elles inciteraient aussi les élèves roms à publier des textes et poèmes dans les journaux des écoles.

3. Les tiers intervenants

a) Le gouvernement de la République slovaque

136. Le gouvernement de la République slovaque reconnaît qu'il est nécessaire de s'attaquer aux difficultés d'apprentissage que rencontrent certains élèves, comme le manque de maîtrise de la langue dans laquelle l'enseignement est dispensé dans les écoles. Il juge constructives les différentes mesures adoptées pour y remédier. Il évoque la marge d'appréciation accordée aux Etats dans le domaine de l'éducation et souligne que les Etats ne doivent pas se voir interdire de créer des classes séparées dans les différents types

d'écoles pour les élèves en difficulté ou de mettre en place des programmes éducatifs spéciaux afin de répondre à des besoins particuliers.

137. Bien qu'il faille prendre en compte les besoins spéciaux des enfants ayant des difficultés d'apprentissage, cela ne pourrait prendre le pas sur le bon fonctionnement du système éducatif, qui doit continuer à former un tout et ne pas être éclaté en fonction des besoins individuels de chaque élève. Ainsi, le placement d'un enfant dans une classe différente pour des motifs objectifs et légitimes, comme le manque de maîtrise de la langue employée pour l'enseignement, ne pourrait passer pour discriminatoire. Les autres facteurs pertinents en l'espèce seraient l'attitude des parents et la possibilité de transférer les élèves dans des classes mixtes, ainsi que le contenu du programme scolaire.

b) Interights

138. L'organisation Interights souligne qu'il est nécessaire que la Cour élabore une jurisprudence complète sur les aspects matériels du droit à l'instruction. Le respect du droit à l'instruction mettrait les Etats parties dans l'obligation de se garder de prendre des mesures qui entravent ou empêchent la jouissance de ce droit. De par l'obligation qui pèse sur eux de veiller à ce que l'enseignement soit tout à la fois adapté et adéquat, les Etats seraient tenus de prendre des mesures positives qui permettent aux individus et aux communautés de bénéficier pleinement du droit à l'instruction. Les principaux objectifs de l'éducation ne pourraient être atteints que lorsque des enfants issus de cultures différentes sont éduqués ensemble au sein d'écoles intégrées.

139. L'accès à l'instruction sans discrimination impliquerait que les enfants aient la possibilité de faire partie d'un système éducatif majoritaire assurant leur intégration dans la société ainsi que d'en retirer le bénéfice. Toutes les normes internationales en matière d'éducation seraient construites sur le principe de non-discrimination. En raison de l'importance primordiale que revêt le droit à l'instruction, ne pas garantir ce droit aux enfants des minorités ethniques ou linguistiques amoindrirait la capacité de ces minorités à sortir du cycle de pauvreté et de marginalisation dans lequel vivent beaucoup d'entre elles.

140. Il existerait d'autres solutions pratiques et efficaces que la ségrégation dans les écoles sur la base de différences linguistiques et culturelles. La ségrégation pourrait aboutir à priver effectivement une minorité de son droit d'apprendre la langue majoritaire, avec les conséquences négatives que cela entraîne sur la capacité de ses membres à bénéficier de l'enseignement et à participer réellement à la vie du reste de la société et à s'y intégrer. Une ségrégation mise en œuvre par l'Etat sur la base de la culture ou de l'ethnie

ne serait pas admissible. Les Etats ne devraient pas ségréguer ou exclure les élèves en fonction de la langue de manière discriminatoire mais ils seraient amenés à adopter certaines mesures entraînant une ségrégation temporaire des élèves qui n'ont pas une maîtrise suffisante de la langue dans laquelle l'enseignement est dispensé. Toutefois, il conviendrait d'appliquer en la matière une marge d'appréciation très étroite, en sorte que la ségrégation ne se produise que sur la base de besoins linguistiques valables et de manière que les élèves soient totalement intégrés dans des conditions appropriées et en temps utile.

c) Le Moniteur grec Helsinki

141. S'appuyant sur la jurisprudence de la Cour relative au droit à l'instruction et notamment sur les arrêts *D.H. et autres c. République tchèque* ([GC], n° 57325/00, CEDH 2007-IV) et *Sampanis et autres c. Grèce* (n° 32526/05, 5 juin 2008), le Moniteur grec Helsinki insiste sur l'importance capitale des tests servant à évaluer le niveau d'éducation des enfants lors de leur inscription à l'école et la nécessité de placer en fin de compte tous les enfants roms dans des classes ordinaires. Il souligne aussi qu'il ne faut s'écarter du principe de l'éducation intégrée que dans certaines circonstances exceptionnelles et que seule une politique éducative intégrée est compatible avec la mission qu'ont à remplir les systèmes éducatifs des Etats membres.

142. Cette organisation invoque de plus le plan d'action visant à améliorer la situation des Roms et des Sintis dans l'espace de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe, qui recommande aux Etats participants d'« [é]laborer et mettre en œuvre de vastes programmes de déségrégation scolaire visant 1) à mettre fin à la pratique qui consiste à orienter systématiquement les enfants roms vers des écoles ou des classes spéciales (...); et 2) à transférer les enfants roms d'écoles spéciales dans des écoles ordinaires. » Elle renvoie aussi aux documents pertinents du Conseil de l'Europe, qui sont cités plus haut.

C. L'appréciation de la Cour

143. En l'espèce, les requérants invoquent l'article 2 du Protocole n° 1 pris isolément et combiné avec l'article 14 de la Convention pour se plaindre de leur placement dans des classes réservées aux Roms pendant leurs études primaires, dans lequel ils voient une violation de leur droit à l'instruction et de leur droit de ne pas subir de discrimination. Néanmoins, la Grande Chambre considère que l'espèce soulève principalement une question de discrimination.

144. A cet égard, la Cour rappelle que l'article 14 n'a pas d'existence autonome, mais joue un rôle important de complément des autres dispositions de la Convention et de ses protocoles puisqu'il protège les individus placés dans des situations analogues contre toute discrimination dans la jouissance des droits énoncés dans ces autres dispositions. Lorsque la Cour constate une violation séparée d'une clause normative de la Convention, invoquée devant elle à la fois comme telle et conjointement avec l'article 14, elle n'a en général pas besoin d'examiner aussi l'affaire sous l'angle de celui-ci, mais il en va autrement si une nette inégalité de traitement dans la jouissance du droit en cause constitue un aspect fondamental du litige (*Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, § 67, série A n° 45, *Chassagnou et autres c. France* [GC], n°s 25088/94, 28331/95 et 28443/95, § 89, CEDH 1999-III, et *Timichev c. Russie*, n°s 55762/00 et 55974/00, § 53, CEDH 2005-XII).

145. En l'espèce, les requérants se plaignent d'une discrimination relativement à leur droit à l'instruction en ce qu'ils ont été placés, pendant une partie de leur scolarité, dans des classes séparées composées selon eux sur la base de critères ethniques. Le Gouvernement soutient pour sa part que les requérants ont été affectés à des classes séparées en raison de leur maîtrise insuffisante de la langue croate. Il s'ensuit que la question centrale à examiner en l'espèce est celle de savoir si les autorités scolaires ont pris les mesures voulues pour que les requérants acquièrent rapidement une maîtrise suffisante du croate et, une fois ce résultat obtenu, soient intégrés immédiatement dans des classes mixtes. A cet égard, le programme suivi par les requérants et les procédures relatives à leur transfert dans des classes mixtes revêtent une grande importance. Aussi l'inégalité de traitement dans la jouissance du droit à l'instruction qui est alléguée constitue-t-elle un aspect fondamental de la présente affaire; il y a donc lieu d'analyser les questions pertinentes en l'occurrence sous l'angle de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 2 du Protocole n° 1.

146. Le droit à l'instruction, tel qu'il est prévu par la première phrase de l'article 2 du Protocole n° 1, garantit à quiconque relève de la juridiction des États contractants « un droit d'accès aux établissements scolaires existant à un moment donné »; mais l'accès à ces derniers ne forme qu'une partie de ce droit fondamental. Pour que ce droit « produise des effets utiles, il faut encore, notamment, que l'individu qui en est titulaire ait la possibilité de tirer un bénéfice de l'enseignement suivi, c'est-à-dire le droit d'obtenir, conformément aux règles en vigueur dans chaque État, sous une forme ou une autre, la reconnaissance officielle des études accomplies » (*Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique »* (fond), 23 juillet 1968, pp. 30-32, §§ 3-5, série A n° 6 (« l'affaire linguistique belge »), *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark*, 7 décembre 1976,

§ 52, série A n° 23, et *Leyla Şahin c. Turquie* [GC], n° 44774/98, § 152, CEDH 2005-XI).

147. Bien que l'affaire en cause concerne la situation individuelle de chacun des quatorze requérants, la Cour ne saurait faire abstraction de ce que ceux-ci appartiennent à la minorité rom. C'est pourquoi elle tiendra compte dans son analyse de la situation particulière de la population rom. Comme elle l'a noté dans des affaires précédentes, du fait de leur histoire, les Roms constituent un type particulier de minorité défavorisée et vulnérable (voir aussi les observations générales de la Recommandation n° 1203 (1993) de l'Assemblée parlementaire relative aux Tsiganes en Europe, au paragraphe 81 ci-dessus, et le point 4 de sa Recommandation n° 1557 (2002) relative à la situation juridique des Roms en Europe, au paragraphe 83 ci-dessus). Ils ont dès lors besoin d'une protection spéciale. Comme en témoignent les activités de nombreux organismes européens et internationaux et les recommandations des organes du Conseil de l'Europe, cette protection s'étend également au domaine de l'éducation. La présente affaire mérite donc une considération particulière, d'autant qu'au moment de la saisine de la Cour les requérants étaient des enfants mineurs pour qui le droit à l'instruction revêtait un intérêt primordial (*D.H. et autres*, précité, § 182).

148. Enfin, comme indiqué dans de précédentes affaires, la vulnérabilité des Roms/Tsiganes implique d'accorder une attention spéciale à leurs besoins et à leur mode de vie propre tant dans le cadre réglementaire considéré que lors de la prise de décisions dans des cas particuliers (*Chapman c. Royaume-Uni* [GC], n° 27238/95, § 96, CEDH 2001-I, et *Connors c. Royaume-Uni*, n° 66746/01, § 84, 27 mai 2004). Dans l'affaire *Chapman*, précitée, la Cour a également observé qu'un consensus international se faisait 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, et ce non seulement dans le but de protéger les intérêts des minorités elles-mêmes mais aussi pour préserver la diversité culturelle qui est bénéfique à la société dans son ensemble (*D.H. et autres*, précité, § 181).

1. Sur le point de savoir s'il y a eu une différence de traitement

149. Selon la jurisprudence constante de la Cour, la discrimination consiste à traiter de manière différente, sauf justification objective et raisonnable, des personnes placées en la matière considérée dans des situations comparables (*Willis c. Royaume-Uni*, n° 36042/97, § 48, CEDH 2002-IV, et *Okpisz c. Allemagne*, n° 59140/00, § 33, 25 octobre 2005). Toutefois, l'article 14 de la Convention 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, l'absence d'un traitement différencié pour corriger une inégalité peut en soi emporter violation de cette disposition (« *l'affaire linguistique belge* », précité, § 10, *Thlimmenos c. Grèce* [GC], n° 34369/97, § 44, CEDH 2000-IV, et *Stec et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 65731/01, § 51, CEDH 2006-VI). Par ailleurs, 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. Toutefois, seules des considérations très fortes peuvent amener la Cour à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement exclusivement fondée sur l'origine ethnique (*Timichev*, précité, § 56).

150. La Cour a également admis qu'une politique ou une mesure générale qui est apparemment neutre mais a des effets exagérément préjudiciables pour des personnes ou des groupes de personnes qui, comme en l'espèce, ne peuvent être identifiés qu'à partir d'un critère ethnique, puisse être jugée discriminatoire alors même qu'elle ne vise pas spécifiquement ce groupe (voir, *mutatis mutandis*, *Hugh Jordan c. Royaume-Uni*, n° 24746/94, § 154, 4 mai 2001, *Hoogendijk c. Pays-Bas* (déc.), n° 58461/00, 6 janvier 2005, et *Sampanis et autres*, précité, § 68), à moins que cette mesure ne soit objectivement justifiée par un but légitime et que les moyens d'atteindre ce but ne soient appropriés, nécessaires et proportionnés. De plus, une discrimination potentiellement contraire à la Convention peut résulter d'une situation de fait (*Zarb Adami c. Malte*, n° 17209/02, § 76, CEDH 2006-VIII). Lorsqu'un requérant produit un commencement de preuve de discrimination relativement à l'effet d'une mesure ou d'une pratique, la charge de la preuve incombe ensuite à l'Etat défendeur, qui doit démontrer que la différence de traitement est justifiée (*D.H. et autres*, précité, §§ 180 et 189).

151. La Cour signale d'emblée qu'elle a récemment adopté deux arrêts portant sur l'éducation d'enfants roms où elle a conclu que les requérants avaient fait l'objet d'une discrimination fondée sur leur origine ethnique, à savoir les arrêts *D.H. et autres* et *Sampanis et autres* (précités). Le premier se rapportait à une pratique ayant cours dans tout le pays, consistant à placer un nombre disproportionné d'enfants roms dans des écoles pour élèves ayant des difficultés d'apprentissage, que la Cour a jugée constitutive d'une discrimination fondée sur l'origine ethnique. Dans le second, la Cour a constaté que la pratique consistant à commencer par refuser d'inscrire les enfants roms à l'école pour ensuite les placer dans des classes spéciales logées dans une annexe du bâtiment principal de l'école primaire, combinée à un certain nombre d'incidents à caractère raciste survenus dans l'école

à l'instigation des parents d'enfants non roms, s'analysait aussi en une discrimination fondée sur l'origine rom des requérants.

152. Il y a lieu de distinguer l'espèce des deux affaires précitées, notamment en ce qui concerne la pertinence des statistiques fournies dans les trois affaires, car celles-ci peuvent avoir une incidence sur l'existence ou non d'un commencement de preuve de discrimination et donc sur la charge de la preuve. La Cour a établi dans l'affaire *D.H. et autres* (précitée, § 18) qu'en République tchèque 50 à 70 % des enfants roms étaient scolarisés dans des établissements spéciaux pour élèves ayant des difficultés d'apprentissage (et, dans l'affaire *Sampanis et autres* (précitée, § 81), que tous les enfants roms fréquentant l'école en cause suivaient les cours dans un bâtiment séparé. Pour ce qui est de l'espèce, la Cour note tout d'abord que, au contraire de la situation prévalant dans l'affaire *Sampanis et autres*, précitée, les requérants fréquentaient des écoles primaires ordinaires et que les classes réservées aux Roms étaient situées dans les mêmes locaux que les autres classes. La proportion d'enfants roms dans les petites classes est de 57 à 75 % à l'école primaire de Macinec et de 33 à 36 % à celle de Podturen. Les données fournies pour l'année 2001 indiquent qu'à l'école de Macinec 44 % des élèves étaient roms et que 73 % d'entre eux fréquentaient une classe réservée. A l'école de Podturen, 10 % des élèves étaient roms et 36 % d'entre eux fréquentaient une classe réservée. Ces statistiques montrent que ce n'est qu'à l'école primaire de Macinec qu'une majorité d'élèves roms fréquentaient des classes réservées aux Roms, alors qu'à l'école de Podturen ce pourcentage était inférieur à 50 %. Cela confirme qu'il n'y avait pas de politique générale consistant à placer automatiquement les élèves roms dans des classes séparées dans les deux écoles en cause. Dès lors, les statistiques soumises ne suffisent pas à établir l'existence d'un commencement de preuve de discrimination relativement à l'effet d'une mesure ou d'une pratique.

153. Une discrimination indirecte peut toutefois être prouvée sans l'aide de statistiques (*D.H. et autres*, précité, § 188). A cet égard, la Cour observe que le placement d'enfants dans des classes séparées en raison de leur maîtrise insuffisante de la langue croate est une mesure qui n'a été appliquée qu'aux enfants roms dans plusieurs écoles du comté de Medimurje, dont les deux écoles primaires fréquentées par les présents requérants. Cette mesure s'analyse dès lors manifestement en une différence de traitement.

154. S'agissant des motifs pour lesquels les requérants ont été placés dans des classes séparées, la Cour prend aussi en considération les observations générales formulées dans le troisième rapport de l'ECRI sur la Croatie, publié le 14 juin 2005 (paragraphe 67 ci-dessus), qui mentionne des « allégations selon lesquelles lorsque les autorités ont voulu instaurer dans certaines écoles des classes mixtes au lieu des classes séparées, elles se

sont heurtées à la volonté des parents non roms qui auraient notamment signé des pétitions contre une telle mesure et obtenu le maintien des classes séparées». Le Commissaire aux droits de l'homme, dans son rapport sur sa visite en Croatie (paragraphe 72 ci-dessus), a fait état d'une situation comparable dans le passage suivant: «[l]'année 2002 a vu l'exacerbation de problèmes autour de la ville de Čakovec qui connaissait une pratique de séparation entre enfants roms et non roms dans les écoles. Une atmosphère d'intolérance s'est installée, les parents non roms allant jusqu'à manifester à la rentrée 2002/2003 devant une école, bloquant l'entrée aux enfants roms.»

155. Vu les circonstances de la cause, et même en l'absence de toute intention discriminatoire de la part des autorités de l'Etat concernées, du fait que la mesure en question a été exclusivement appliquée aux membres d'un groupe ethnique particulier, à quoi vient s'ajouter l'opposition qu'auraient manifestée les parents des autres enfants envers l'affectation des enfants roms à des classes mixtes, l'Etat se doit de démontrer que cette pratique était objectivement justifiée par un but légitime et que les moyens d'atteindre ce but étaient appropriés, nécessaires et proportionnés.

2. *Sur le point de savoir si la différence de traitement avait une justification objective et raisonnable*

156. Selon la jurisprudence de la Cour, une différence de traitement est discriminatoire si elle «manque de justification objective et raisonnable», c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un «but légitime» ou s'il n'existe pas de «rapport raisonnable de proportionnalité» entre les moyens employés et le but visé (voir, parmi beaucoup d'autres, *Larkos c. Chypre* [GC], n° 29515/95, § 29, CEDH 1999-I, *Stec et autres*, précité, § 51, et *D.H. et autres*, précité, § 196). En cas de différence de traitement fondée sur la race, la couleur ou l'origine ethnique, la notion de justification objective et raisonnable doit être interprétée de manière aussi stricte que possible (*Sampanis et autres*, précité, § 69).

157. La Cour considère que le placement temporaire d'enfants dans une classe séparée au motif qu'ils n'ont pas une maîtrise suffisante de la langue n'est pas en soi automatiquement contraire à l'article 14 de la Convention. On pourrait dire que, dans certaines circonstances, pareil placement vise le but légitime d'adapter le système éducatif aux besoins particuliers des enfants. Toutefois, lorsqu'une telle mesure touche les membres d'un groupe ethnique spécifique de manière disproportionnée voire, comme en l'occurrence, exclusive, il faut que des garanties adaptées soient mises en place (*Buckley c. Royaume-Uni*, 25 septembre 1996, § 76, *Recueil* 1996-IV, *Connors*, précité, § 83, et *Timichev*, précité, § 56). C'est pourquoi la Cour

doit maintenant rechercher si de telles garanties étaient présentes à chaque étape de la mise en œuvre des mesures litigieuses et si elles étaient effectives.

a) Le placement initial des requérants dans des classes séparées

158. La Cour note tout d'abord que le placement dans des classes séparées des enfants n'ayant pas une maîtrise suffisante de la langue croate ne se fondait sur aucune base légale spécifique et claire. La législation invoquée par le Gouvernement, à savoir la loi sur l'enseignement primaire et le règlement sur le nombre d'élèves dans les classes ordinaires et les classes à plusieurs niveaux, ne prévoyait pas la création de classes séparées pour les enfants se trouvant dans ce cas. Le Gouvernement n'a pas montré que cette pratique ait été appliquée, dans quelque partie de la Croatie que ce soit, à l'égard d'élèves n'ayant pas une connaissance suffisante du croate autres que les enfants roms de plusieurs écoles du comté de Medimurje, dont les deux écoles en cause. En conséquence, les mesures litigieuses peuvent difficilement passer pour s'inscrire dans le cadre d'une pratique courante et générale destinée à résoudre les difficultés des enfants n'ayant pas une bonne maîtrise de la langue croate.

159. De plus, les tests servant à décider de l'affectation ou non des enfants à des classes réservées aux Roms ne sont pas spécialement conçus pour évaluer le niveau de connaissance du croate chez ces enfants. Lorsque les autorités de l'Etat choisissent de placer des enfants dans une classe séparée au motif qu'ils n'ont pas une maîtrise suffisante du croate, les tests auxquels les enfants en question sont soumis doivent être spécifiquement conçus pour permettre d'apprécier leur connaissance de la langue. Dans son avis sur la Croatie adopté le 6 avril 2001, le Comité consultatif de la Convention cadre pour la protection des minorités nationales a souligné que «la scolarisation d'enfants dans des classes spéciales et distinctes devrait intervenir uniquement en cas d'absolue nécessité, et toujours après réalisation de tests méthodiques, objectifs et approfondis» (paragraphe 68 ci-dessus).

160. En l'espèce, les requérants n'ont pas passé de tests portant spécifiquement sur leur connaissance de la langue croate. Les tests subis par les requérants qui ont fréquenté l'école primaire de Macinec (du onzième requérant à la quinzième requérante) devaient permettre d'évaluer leur niveau de développement psycho-physique en général et non leur connaissance du croate en particulier. Quant aux requérants qui ont fréquenté l'école primaire de Podturen (de la deuxième requérante au dixième requérant), le Gouvernement n'a pas montré qu'ils aient jamais réellement subi de tests à cet égard (paragraphe 127 ci-dessus).

161. Par ailleurs, on ne saurait passer sous silence certaines incohérences en ce qui concerne certains des requérants. La deuxième requérante et le dixième requérant, par exemple, ont tout d'abord été placés dans une classe mixte à l'école de Podturen à leur entrée en première année en 1997/1998. Ce n'est qu'au bout de deux ans qu'ils ont été transférés dans une classe réservée aux Roms. A supposer, comme le Gouvernement le soutient, que ce soit en raison de leur connaissance insuffisante du croate que les enfants roms sont placés dans des classes réservées, on comprend mal comment ces deux requérants auraient eu une connaissance suffisante de cette langue à l'âge de sept ans, à leur entrée à l'école primaire, mais plus deux ans après, à l'époque de leur transfert dans une classe réservée. Il est tout aussi peu probable qu'il ait fallu deux ans à leurs professeurs respectifs pour constater que ces élèves avaient une maîtrise insuffisante de la langue. S'il se peut que ces deux enfants aient eu des difficultés d'apprentissage, comme le donnent à penser leurs deux échecs successifs en première année de primaire, il ne semble pas que le simple fait de les placer dans une classe réservée ait constitué une solution adéquate pour résoudre ces difficultés. Le dixième requérant ne s'est quant à lui vu proposer un programme adapté à ses difficultés de développement qu'en 2005/2006, c'est-à-dire huit ans après son entrée à l'école primaire et alors qu'il avait déjà atteint l'âge de quinze ans et était sur le point de la quitter.

162. La Cour ne juge pas satisfaisante l'explication fournie par le Gouvernement selon laquelle, alors même que ces deux requérants n'avaient pas une maîtrise suffisante du croate à leur entrée à l'école, il n'existait pas à cette époque dans leur école de classe réservée aux Roms pour les accueillir. Il reste en effet qu'aucune mesure adéquate n'a été prise au cours des deux premières années de leur scolarité pour remédier à leur faible connaissance de la langue croate.

b) Le programme scolaire

163. Pour ce qui est du programme suivi dans les classes réservées aux Roms, le Gouvernement soutient d'une part qu'il était identique à celui enseigné dans toutes les autres classes de même niveau et que toutes les matières étaient enseignées en croate. Or il indique d'autre part que les requérants n'avaient pas une maîtrise suffisante du croate pour suivre le programme scolaire normal avec les autres élèves. Il reconnaît aussi que le programme appliqué dans les classes réservées a pu être réduit dans une proportion pouvant aller jusqu'à 30 % du programme normal complet, pareille réduction étant selon lui prévue par les lois nationales et non pas limitée aux classes réservées mais permise pour toutes les classes du primaire en Croatie, en fonction des capacités des élèves de chaque classe.

164. La Cour observe que, si les requérants suivaient le même programme que tous les autres élèves, il n'y avait aucune raison de les placer dans des classes séparées. Par contre, s'ils ont été affectés à des classes séparées parce qu'ils n'avaient pas une maîtrise suffisante du croate, alors le programme normal, enseigné en croate, ne pouvait nullement répondre à leurs besoins. De plus, l'argument du Gouvernement selon lequel les requérants ont suivi un programme normal est difficile à concilier avec les commentaires qu'il a lui-même soumis le 26 septembre 2001 en réponse à l'avis sur la Croatie du Comité consultatif de la Convention cadre pour la protection des minorités nationales, et aux termes desquels « [l]e ministère de l'Éducation et des Sports, en coopération avec l'administration locale, a pris diverses mesures à cet effet [à savoir surmonter la barrière de la langue] : aide supplémentaire pour surmonter les problèmes pour ce qui est de suivre et de comprendre les leçons à l'école, adaptation des programmes aux besoins des enfants rom[s] » (paragraphe 69 ci-dessus). Il apparaît donc que les enfants roms suivaient un « programme adapté », sans que l'on sache exactement en quoi il consistait.

165. Quant au fait que le programme enseigné dans les classes réservées aux Roms a pu être réduit de 30 %, premièrement le Gouvernement n'a pas indiqué précisément sur quelle base légale pareille réduction se serait fondée ; deuxièmement, et cela est plus important, il n'a pas montré en quoi le simple fait de pouvoir réduire le programme aurait constitué un moyen approprié de répondre au manque de maîtrise du croate qui aurait été constaté chez les requérants. Étant donné que, comme l'indique le Gouvernement, l'enseignement dans les écoles en question n'était dispensé qu'en croate, l'État avait en outre l'obligation de prendre des mesures positives de nature à aider les requérants à acquérir les compétences linguistiques nécessaires dans le délai le plus court possible, notamment par le biais de cours de langue spéciaux, afin qu'ils pussent être rapidement intégrés dans des classes mixtes.

166. À cet égard, la Cour renvoie aux commentaires précités fournis par le gouvernement croate en réponse à l'avis sur la Croatie du Comité consultatif de la Convention cadre pour la protection des minorités nationales, d'après lesquels « [l]es enfants qui ne parlent pas la langue croate peuvent être inscrits dans des classes spéciales où l'on insiste davantage sur l'apprentissage de la langue croate » (paragraphe 69 ci-dessus). Or, après avoir été placés dans des classes réservées aux Roms, les requérants n'ont suivi aucun programme spécial destiné à les aider à surmonter leurs insuffisances linguistiques alléguées. Le Gouvernement n'a pas non plus indiqué d'instructions écrites ou de directives relatives au programme devant être suivi par les élèves inscrits dans les classes réservées.

167. Pour ce qui est de l'existence de cours de soutien en croate, l'un des moyens utilisés, selon le Gouvernement, pour combler les lacunes

linguistiques des requérants, il semble que les troisième, quatrième et cinquième requérants n'en ont jamais bénéficié alors que tous trois ont fréquenté une classe réservée pendant les deux premières années de leur scolarité primaire au moins.

168. Concernant six des requérants (de la sixième requérante au onzième requérant), on ne leur a proposé des cours de soutien en croate qu'en troisième année, alors qu'ils avaient été placés dans des classes réservées dès la première année.

169. Les treizième, quatorzième et quinzième requérants n'ont bénéficié de cours de soutien en langue qu'en première année. Or ils ont effectué toute la suite de leur scolarité primaire dans des classes réservées.

170. Seul le douzième requérant a bénéficié de cours de soutien systématiques en langue en première, deuxième et troisième années. Il est néanmoins resté affecté à une classe réservée pendant la totalité de sa scolarité primaire.

171. Quoi qu'il en soit, même de tels cours de soutien en croate ne pouvaient au mieux que compenser en partie l'absence de programme spécialement conçu pour répondre aux besoins d'élèves placés dans des classes séparées au motif qu'ils n'avaient pas une maîtrise suffisante du croate.

c) La procédure de transfert et de suivi

172. S'agissant du passage de classes réservées à des classes mixtes, le Gouvernement a soutenu tant durant la procédure interne que devant la Cour que le critère d'homogénéité des classes avait joué un rôle important dans l'absence de transfert des requérants dans des classes mixtes. Toutefois, comme indiqué plus haut, le placement des requérants dans des classes réservées aux Roms ne pouvait passer pour viser un but légitime que s'il avait pour finalité de permettre aux intéressés d'atteindre un niveau suffisant en croate et d'être transférés dans des classes mixtes dès ce niveau atteint.

173. A cet égard, il faut noter qu'aucun programme n'a été mis sur pied pour répondre aux besoins particuliers des enfants roms ayant des connaissances linguistiques insuffisantes et prévoyant un calendrier pour les différentes phases d'acquisition des compétences linguistiques nécessaires. En conséquence, la Cour estime que la période que les requérants ont passée dans des classes réservées n'a pas suffi pour assurer leur transfert immédiat et automatique dans des classes mixtes dès le niveau linguistique adéquat atteint.

174. Dans les commentaires précités soumis en réponse à l'avis sur la Croatie du Comité consultatif de la Convention cadre pour la protection des minorités nationales, le Gouvernement a déclaré: «[c]ette pratique [consistant à inscrire les enfants roms dans des classes séparées] ne concerne

que les 1^{re} et 2^e classes de l'école primaire; par la suite, les enfants sont scolarisés avec des enfants d'autres nationalités» (paragraphe 69 ci-dessus). La Cour renvoie également au deuxième avis sur la Croatie adopté le 1^{er} octobre 2004 par le Comité consultatif, qui a estimé que «les enfants ne devraient pas être placés dans des classes de rattrapage séparées sur la seule base de leur appartenance à une minorité nationale, mais sur la base [des capacités et besoins des individus concernés] et, là où un tel placement est jugé nécessaire, seulement pour une durée limitée» (paragraphe 70 ci-dessus).

175. Or les requérants ont tous passé une partie importante de leur scolarité dans des classes réservées. Cinq d'entre eux (du onzième requérant à la quinzième requérante) ont été placés dans des classes réservées pendant leurs huit années de primaire, tandis que les neuf autres (de la deuxième requérante au dixième requérant) ont fréquenté alternativement des classes réservées aux Roms et des classes mixtes. Il n'existait toutefois aucune procédure particulière de suivi. Bien que certains requérants aient à certaines périodes fréquenté des classes mixtes, le Gouvernement n'a pas indiqué que des rapports individuels eussent été établis pour chacun d'eux au sujet de ses progrès dans l'apprentissage du croate. De tels rapports auraient pourtant été nécessaires pour garantir l'objectivité et pour identifier les domaines où subsistaient des problèmes, qui auraient ensuite pu être résolus au besoin à l'aide de mesures supplémentaires. L'absence de procédure de suivi imposée et transparente a laissé une large place à l'arbitraire.

d) Le taux élevé d'absentéisme et d'abandon

176. L'un des problèmes mis en lumière dans les rapports des organes du Conseil de l'Europe relatifs à la Croatie est le taux élevé d'absentéisme et d'abandon scolaire chez les enfants roms. Dans le deuxième rapport de l'ECRI sur la Croatie publié le 3 juillet 2001, il est indiqué que «[b]eaucoup de ces enfants ne vont pas à l'école, soit qu'ils l'aient quittée prématurément, soit qu'ils n'y soient jamais allés» (paragraphe 66 ci-dessus). Cette observation est confirmée dans le troisième rapport de l'ECRI sur la Croatie publié le 14 juin 2005, aux termes duquel «[d]e nombreux enfants roms quittent l'école très tôt» (paragraphe 67 ci-dessus). Il ressort des statistiques fournies par les requérants pour le comté de Međimurje, non réfutées par le Gouvernement, que 84 % des élèves roms abandonnent leurs études avant la fin du primaire. En l'espèce, les requérants ont tous sans exception quitté l'école à l'âge de quinze ans sans avoir terminé leurs études primaires. Leurs dossiers scolaires montrent un fort absentéisme.

177. Les autorités croates ne peuvent certes pas être tenues pour seules responsables de ce qu'un aussi grand nombre d'élèves ne vont pas jusqu'au

bout de l'instruction primaire ou ne parviennent pas à atteindre un niveau de maîtrise de la langue satisfaisant, mais un taux aussi élevé d'abandon chez les élèves roms dans le comté de Međimurje appelait à mettre en place des mesures positives notamment afin de sensibiliser la population rom à l'importance de l'éducation et d'aider les requérants à surmonter les difficultés qu'ils avaient pour suivre le programme scolaire. Il apparaît donc que des mesures supplémentaires telles qu'une participation active et structurée des services sociaux compétents étaient nécessaires pour surmonter ces difficultés. Or, d'après le Gouvernement, les services sociaux n'ont été informés d'un manque d'assiduité que pour le cinquième requérant. Aucun renseignement précis n'a été communiqué quant aux suites éventuellement données à cette information.

e) La participation des parents des requérants

178. Le Gouvernement insiste sur la passivité des parents et sur leur absence d'objection au placement de leurs enfants dans des classes séparées, ainsi que sur le fait qu'ils n'ont pas demandé leur transfert dans des classes mixtes. A cet égard, les conclusions suivantes énoncées dans l'arrêt *D.H. et autres* (précité) paraissent pertinentes :

«202. Pour ce qui est du consentement parental, la Cour note que celui-ci constituait, selon le Gouvernement, l'élément décisif sans lequel le placement des requérants dans des écoles spéciales n'aurait pas eu lieu. Une différence de traitement ayant été établie en l'espèce, un tel consentement signifierait donc l'acceptation de cette différence, fût-elle discriminatoire, c'est-à-dire la renonciation au droit de ne pas subir de discrimination. La jurisprudence de la Cour exige néanmoins que la renonciation à un droit garanti par la Convention – pour autant qu'elle soit licite – se trouve établie de manière non équivoque, qu'elle ait lieu en connaissance de cause, c'est-à-dire sur la base d'un consentement éclairé (*Pfeifer et Plankl c. Autriche*, 25 février 1992, §§ 37-38, série A n° 227) et qu'elle soit effectuée sans contrainte (*Deweert c. Belgique*, 27 février 1980, § 51, série A n° 35).

203. Dans les circonstances de l'espèce, la Cour n'est pas convaincue que les parents des enfants roms, en tant que membres d'une communauté défavorisée et souvent sans instruction, fussent capables d'évaluer tous les aspects de la situation et les conséquences de leur consentement. (...)

204. Rappelant l'importance fondamentale de la prohibition de la discrimination raciale (*Natchova et autres*, précité, § 145 ; *Timichev*, précité, § 56), la Grande Chambre considère que, à supposer même que les conditions énoncées dans le paragraphe 202 ci-dessus étaient réunies, l'on ne saurait admettre la possibilité de renoncer au droit de ne pas faire l'objet d'une telle discrimination. En effet, cette renonciation se heurterait à un intérêt public important (voir, *mutatis mutandis*, *Hermi c. Italie* [GC], n° 18114/02, § 73, CEDH 2006-XII).»

179. Le même raisonnement s'applique en l'espèce, les parents des requérants ne s'étant pas opposés au placement de leurs enfants dans des classes réservées aux Roms et n'ayant pas demandé leur transfert dans des classes mixtes.

f) Conclusion

180. Ainsi qu'il ressort de l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire *D.H. et autres*, précitée, des travaux de l'ECRI et du rapport du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe sur la situation en matière de droits de l'homme des Roms, Sintis et Gens du voyage en Europe (daté du 15 février 2006, paragraphes 73-76), la scolarisation des enfants roms dans des conditions satisfaisantes soulève de grandes difficultés dans un certain nombre d'États européens. Les autorités croates ont choisi de s'attaquer au problème. Toutefois, dans leurs efforts pour parvenir à l'intégration sociale et éducative du groupe défavorisé que forment les Roms, elles se sont heurtées à de nombreuses difficultés tenant notamment aux particularités culturelles de cette minorité et à une certaine hostilité qu'auraient manifestée les parents d'enfants non roms. Comme la Grande Chambre l'a constaté dans l'arrêt *D.H. et autres*, précité, il n'est pas facile de choisir le meilleur moyen de résoudre les difficultés d'apprentissage d'enfants n'ayant pas une connaissance suffisante de la langue dans laquelle l'enseignement est dispensé. Cela implique de procéder à un exercice difficile de mise en balance des divers intérêts en jeu. Pour ce qui est de la définition et de l'aménagement du programme des études, il s'agit, dans une large mesure, d'un problème d'opportunité sur lequel la Cour n'a pas à se prononcer (*D.H. et autres*, précité, § 205, et *Valsamis c. Grèce*, 18 décembre 1996, § 28, *Recueil* 1996-VI).

181. Néanmoins, chaque fois que les autorités nationales se voient reconnaître une marge d'appréciation susceptible de porter atteinte au respect d'un droit protégé par la Convention, il convient d'examiner les garanties dont dispose l'individu pour déterminer si l'Etat défendeur n'a pas fixé le cadre réglementaire en outrepassant les limites de son pouvoir discrétionnaire (*Buckley*, précité, § 76, et *Connors*, précité, § 83).

182. Les faits de la cause indiquent que les dispositions prises pour la scolarisation des enfants roms n'étaient pas accompagnées de garanties suffisantes de nature à assurer que, dans l'exercice de sa marge d'appréciation dans le domaine de l'éducation, l'Etat tienne suffisamment compte des besoins particuliers de ces enfants en tant que membres d'un groupe défavorisé (voir, *mutatis mutandis*, *Buckley*, précité, § 84, et *Connors*, précité, § 84). De plus, en vertu de ces dispositions, les requérants ont été placés dans des classes séparées appliquant un programme adapté dont

on ne connaît toutefois pas le contenu exact. Faute de transparence et de critères clairement définis en matière de transfert dans les classes mixtes, les requérants sont restés dans des classes réservées aux Roms pendant de longues périodes, parfois même pendant toute la durée de leur scolarité primaire.

183. La possibilité de poursuivre leurs études offerte aux enfants roms n'ayant pas achevé leur scolarité primaire à l'âge de quinze ans constitue un élément très positif. Après avoir quitté l'école primaire, les requérants pouvaient s'inscrire à des cours du soir financés par l'Etat et dispensés à Čakovec (une ville proche) afin de terminer leur instruction. Alors que tous les frais étaient payés par l'Etat, trois seulement des requérants se sont prévalus de cette possibilité et un seul a effectivement suivi les cours du soir jusqu'au bout. Cependant, la plupart de ces innovations sont apparues après la période à prendre en compte en l'espèce et ne sauraient remédier aux lacunes dans l'instruction des requérants qui sont décrites plus haut.

184. En bref, tout en reconnaissant les efforts accomplis par les autorités croates pour veiller à la scolarisation des enfants roms, la Cour considère que, dans les circonstances de l'espèce, il n'existait pas de garanties propres à assurer la formation et le maintien d'un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but légitime visé. Il s'ensuit que le placement des requérants dans des classes réservées aux Roms à certaines périodes de leurs études primaires était dépourvu de justification objective et raisonnable.

185. Dès lors, la Cour conclut qu'il y a eu en l'espèce violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 2 du Protocole n° 1.

186. Eu égard à cette conclusion, il n'y a lieu d'examiner aucune question distincte sous l'angle de l'article 2 du Protocole n° 1 pris isolément.

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

187. 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. L'arrêt de la chambre

188. Eu égard à la violation constatée par elle, la chambre a considéré que les requérants avaient subi un dommage moral à raison de la durée de la procédure devant les juridictions nationales, qui avait dépassé un « délai raisonnable », et qu'il y avait donc lieu de leur octroyer une réparation.

Statuant en équité, elle a accordé à chacun des requérants 1 300 euros (EUR) de ce chef, plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt. Elle a aussi alloué aux requérants conjointement 2 000 EUR pour frais et dépens, plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt.

B. Les arguments des parties

189. Les requérants réclament 22 000 EUR chacun pour dommage moral et 20 316,50 EUR conjointement pour les frais et dépens afférents à la procédure interne et à la procédure devant la Cour.

190. Le Gouvernement soutient qu'il y a lieu de rejeter les prétentions des requérants pour dommage moral. Quant au montant sollicité pour les frais et dépens exposés dans le cadre de la procédure devant la Cour, il le juge excessif.

C. L'appréciation de la Cour

1. Dommage moral

191. La Cour considère que les requérants ont forcément subi un dommage moral – en particulier à cause de la frustration due à la discrimination indirecte dont ils ont été victimes – et que le constat de violation de la Convention ne constitue pas une réparation suffisante à cet égard. Elle juge toutefois excessifs les montants réclamés par eux. Statuant en équité, elle leur alloue à chacun 4 500 EUR au titre du dommage moral.

2. Frais et dépens

192. La Cour rappelle que les frais de justice ne sont recouvrables que dans la mesure où ils se rapportent à la violation constatée (*Beyeler c. Italie* (satisfaction équitable) [GC], n° 33202/96, § 27, 28 mai 2002). Elle relève que M^e L. Kušan, M. A. Dobrushki et M. T. Alexandridis ont chacun soumis des justificatifs détaillés quant à leurs honoraires et aux frais de traduction des documents nécessaires. Prenant en compte tous les facteurs pertinents et eu égard à l'article 60 § 2 du règlement, la Cour accorde aux requérants conjointement 10 000 EUR pour frais et dépens.

3. Intérêts moratoires

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

PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Rejette*, à l'unanimité, l'exception préliminaire du Gouvernement relative à l'applicabilité de l'article 6 § 1 de la Convention en l'espèce ;
2. *Dit*, à l'unanimité, qu'il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention ;
3. *Dit*, par neuf voix contre huit, qu'il y a eu violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 2 du Protocole n° 1 ;
4. *Dit*, à l'unanimité, qu'il n'y a pas lieu d'examiner le grief tiré de l'article 2 du Protocole n° 1 pris isolément ;
5. *Dit*, par douze voix contre cinq,
 - a) que l'Etat défendeur doit verser aux requérants, dans les trois mois, les sommes suivantes, à convertir en kunas au taux applicable à la date du règlement :
 - i. 4 500 EUR (quatre mille cinq cents euros) à chacun des quatorze requérants, plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt, pour dommage moral,
 - ii. 10 000 EUR (dix mille euros) aux requérants conjointement, plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt par les requérants, 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 ;
6. *Rejette*, à l'unanimité, la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 16 mars 2010.

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 de l'opinion séparée des juges Jungwiert, Vajić, Kovler, Gyulumyan, Jaeger, Myjer, Berro-Lefèvre et Vučinić.

J.-P. C.
V. B.

OPINION EN PARTIE DISSIDENTE COMMUNE
AUX JUGES JUNGWIERT, VAJIĆ, KOVLER, GYULUMYAN,
JAEGER, MYJER, BERRO-LEFÈVRE ET VUČINIĆ

(Traduction)

1. Nous ne sommes pas en mesure de conclure en l'espèce à la violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 2 du Protocole n° 1 à la Convention.

I.

2. Nous nous rallions à la majorité pour ce qui est des principes exposés aux paragraphes 146, 149, 150 et 156 de l'arrêt. En particulier, nous admettons qu'une discrimination indirecte se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une origine ethnique donnée par rapport à d'autres personnes, à moins que cela ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens d'atteindre ce but ne soient appropriés, nécessaires et proportionnés.

II.

3. Nous n'approuvons pas l'avis de la majorité en ce qui concerne l'application de ces principes à l'affaire en cause et la conclusion que les mesures appliquées aux requérants étaient dépourvues de justification objective et raisonnable.

4. Tout d'abord, les requérants ne soutiennent pas que leur maîtrise de la langue croate à leur entrée à l'école primaire était satisfaisante – ils n'ont jamais contesté l'affirmation du Gouvernement selon laquelle ils ne possédaient pas le niveau de connaissance de la langue requis. (En ce qui concerne l'école primaire de Macinec, les requérants y sont entrés après qu'un comité comprenant un médecin, un psychologue, un conseiller pédagogique (*pedagog*), un psychomotricien et un professeur eut exprimé un avis sur leurs aptitudes psychophysiques, en présence de l'un des parents de l'enfant au moins.) Nous admettons donc que les requérants n'avaient pas une maîtrise suffisante de la langue croate pour suivre des cours donnés dans cette langue.

5. Ensuite, il est admis que les décisions relatives aux méthodes utilisées pour répondre aux besoins particuliers de certains élèves relèvent de la politique sociale, domaine dans lequel les Etats jouissent d'une marge d'appréciation assez large. Dès lors, placer les requérants dans des classes séparées afin de répondre à leurs besoins spéciaux n'est pas en soi contraire

à la Convention, que ce soit sous l'angle de l'article 2 du Protocole n° 1 ou sous celui de l'article 14 de la Convention.

6. Comme indiqué dans l'arrêt, la proportion d'enfants roms dans les petites classes s'échelonnait de 57 à 75 % à l'école primaire de Macinec et de 33 à 36 % à celle de Podturen. Nous admettons que la présence d'un grand nombre d'élèves roms dans les deux écoles primaires en cause, et notamment celle de Macinec, a constitué un obstacle à la création de classes mixtes à certains niveaux en vue de parvenir à l'intégration des élèves concernés. En dépit de ces difficultés, les classes réservées aux Roms n'ont pas été créées de manière systématique mais seulement lorsque le pourcentage d'élèves roms était suffisant pour former de telles classes.

Ainsi, à l'école de Podturen, sur 47 élèves roms, seuls 17 étaient placés dans une classe réservée aux Roms, tandis que 30 se trouvaient dans des classes mixtes (paragraphe 11 de l'arrêt). A l'école de Macinec, où 194 élèves roms étaient inscrits en 2001, 142 d'entre eux fréquentaient six classes réservées aux Roms et 52 des classes mixtes (paragraphe 15 de l'arrêt).

7. Dans l'affaire à l'étude, les déficits linguistiques et autres difficultés allaient de pair avec un manque évident de soutien parental, ainsi qu'il ressort des dossiers scolaires (paragraphe 21-51 de l'arrêt). On ne saurait nier que le faible niveau linguistique des requérants et la lenteur de leurs progrès en la matière étaient dans une large mesure dus à leur fort absentéisme (paragraphe 176-177 de l'arrêt), ce qui aurait également perturbé les progrès de la majorité des élèves dans les classes mixtes pour toutes les matières.

A ce propos, il faut noter que les autorités se sont efforcées de résoudre ces problèmes en organisant régulièrement des rencontres parents-professeurs au niveau de la classe ainsi que des rencontres individuelles entre les professeurs de chacun des requérants et ses parents. Elles ont aussi prévu des visites des assistants roms au domicile des élèves pour qu'ils insistent sur l'importance d'une fréquentation régulière de l'école. Or les parents des requérants ont rarement répondu à ces efforts. Le rôle des parents à cet égard ne saurait être sous-estimé. L'assiduité scolaire dépend de la collaboration entre les autorités scolaires et les parents, qui sont les premiers responsables de leurs enfants. Le rapport du Commissaire aux droits de l'homme souligne aussi qu'« [i]l revient (...) aux parents d'assurer le bon apprentissage de cette langue ainsi que la scolarisation assidue et complète de leurs enfants » (paragraphe 72 *in fine* de l'arrêt).

8. Pour apprécier la proportionnalité des mesures prises, il importe de signaler que la définition et l'aménagement du programme des études relèvent en principe de la compétence des Etats contractants. Les règles régissant les établissements d'enseignement peuvent varier dans le temps

et dans l'espace en fonction entre autres des besoins et des ressources de la communauté ainsi que des particularités de l'enseignement de différents niveaux. Par conséquent, les autorités nationales jouissent en la matière d'une certaine marge d'appréciation (*Leyla Şahin c. Turquie* [GC], n° 44774/98, § 154, CEDH 2005-XI).

9. Les autorités se trouvaient face à une situation où, dans une petite communauté, un nombre important d'enfants appartenant à la minorité rom n'avaient pas une maîtrise suffisante de la langue dans laquelle l'enseignement était dispensé au moment de leur inscription à l'école primaire. Elles devaient combattre les nombreuses difficultés résultant notamment des particularités culturelles de cette minorité. Le choix entre les différents moyens qui s'offraient pour affronter cette situation supposait un exercice ardu de mise en balance des divers intérêts en jeu : d'une part, l'intérêt des requérants et des autres enfants roms ne parlant pas le croate à acquérir le plus rapidement possible une bonne maîtrise linguistique pour être en mesure de suivre les cours dispensés dans cette langue et, d'autre part, l'intérêt des élèves, tant croates que roms, parlant croate à ne pas être trop retardés dans leurs études en raison des insuffisances linguistiques d'un très grand nombre d'autres élèves.

Par ailleurs, nous soulignons qu'il peut effectivement être difficile d'organiser l'enseignement dans des classes mixtes où un fort pourcentage voire la majorité des élèves n'ont pas une connaissance suffisante de la langue dans laquelle l'enseignement est pratiqué. En pareil cas, où un fort pourcentage, voire la majorité des élèves, a des besoins particuliers, il est évident que l'enseignement doit être adapté à leurs besoins, en particulier lorsqu'ils partagent une langue commune. Toutefois, cela peut aussi avoir une incidence sur les intérêts des autres élèves qui n'ont pas les mêmes besoins et dont les progrès pourraient de ce fait être entravés. Les autorités de l'Etat se sont donc trouvées confrontées à l'obligation d'assurer une répartition équitable des ressources disponibles entre deux groupes d'élèves. Nous considérons que leur placement dans la même classe pouvait se justifier sur le plan pédagogique pour cette raison aussi, puisque l'on sait que les enfants apprennent mieux dans un environnement stable ; c'est aussi pour cela que les parents sont souvent réticents à ce que leurs enfants changent de classe. Cet argument n'aurait pas dû être écarté sans mettre aussi en balance l'intérêt des enfants parlant croate ; l'importance pour les élèves parlant cette langue d'être en mesure de progresser correctement à l'école n'est mentionnée nulle part dans l'arrêt.

10. En scolarisant les enfants roms dans des établissements ordinaires, les autorités croates ont permis que le transfert des classes séparées aux classes mixtes se fasse souplement et sans formalités. C'est ainsi que la majorité

des requérants en l'espèce ont fréquenté à la fois des classes réservées aux Roms et des classes mixtes et ont partagé avec les autres élèves les mêmes installations scolaires telles que la cantine et les terrains de jeu, ainsi que diverses activités périscolaires et sociales (voir aussi les paragraphes 134-135 de l'arrêt).

11. Les établissements fréquentés par les requérants sont des établissements scolaires ordinaires appartenant au réseau des écoles primaires publiques de Croatie. Tous les élèves qui vont jusqu'au terme de leur scolarité dans ces écoles sont considérés comme ayant terminé avec succès le cycle de l'enseignement primaire et reçoivent un certificat de fin d'études standard. Les élèves qui ont été placés dans des classes réservées aux Roms à certains moments de leur scolarité primaire ou durant la totalité de celle-ci et ont terminé avec succès la dernière année reçoivent eux aussi le même certificat de fin d'études standard, qui n'indique en rien qu'ils ont fréquenté des classes séparées à caractère spécial. Tous les certificats remis à la fin des études primaires ont la même valeur et permettent également de s'inscrire dans les établissements d'enseignement secondaire ou de trouver un emploi. Ainsi, le fait que les requérants ont fréquenté des classes réservées aux Roms ne peut en tant que tel avoir compromis ou diminué leurs chances de poursuivre leurs études. Tous les enfants qui terminent leurs études primaires ont les mêmes possibilités lorsqu'il s'agit de tirer parti de l'instruction qu'ils ont reçue.

12. Il est donc important de souligner que les requérants n'ont à aucun moment été privés du droit d'aller à l'école et de recevoir une instruction. Ils sont tous entrés à l'école primaire à l'âge de sept ans, à savoir l'âge normal pour commencer la scolarité obligatoire en Croatie. Ils ont tous fréquenté l'école primaire jusqu'à l'âge de quinze ans et l'ont alors quittée de leur propre initiative car il n'était plus obligatoire pour eux d'aller à l'école.

Par ailleurs, les élèves n'ayant pas terminé leurs études primaires à l'âge de quinze ans avaient la possibilité de les reprendre en cours du soir. Bien que ces cours fussent entièrement financés par l'Etat, seuls les troisième, quatrième et sixième requérants se sont prévalus de cette possibilité et seul le troisième requérant a réellement suivi les cours du soir jusqu'au bout puisque les quatrième et sixième requérants se sont inscrits aux cours mais n'y sont pas allés.

13. Partant, il n'est pas démontré en l'espèce que le placement des requérants dans des classes réservées aux Roms à certaines périodes de leurs études primaires a entraîné pour eux un désavantage particulier par rapport aux autres élèves.

III.

14. La présente affaire ne concerne donc pas la situation d'une minorité en général mais une question concrète de pratique en matière d'éducation (dans deux écoles) à l'égard d'une minorité ayant une connaissance insuffisante de la langue dans laquelle l'enseignement est dispensé ainsi que les mesures prises par les autorités nationales pour faire face à cette situation. L'espèce se distingue manifestement des affaires *D.H. et autres c. République tchèque* ([GC], n° 57325/00, CEDH 2007-IV) et *Sampanis et autres c. Grèce* (n° 32526/05, 5 juin 2008), comme la majorité le sait pertinemment. La majorité admet également que les statistiques fournies en l'occurrence ne suffisent pas à établir l'existence d'un commencement de preuve de discrimination relativement à l'effet d'une mesure ou d'une pratique (paragraphe 151 et 152 de l'arrêt). Nous pensons aussi qu'une discrimination indirecte peut être prouvée sans l'aide de statistiques (paragraphe 153 de l'arrêt). Les faits doivent alors montrer que la pratique en cause a eu un effet négatif sur les requérants et ne pouvait se justifier pour d'autres motifs.

15. Il semblerait que la majorité ait considéré l'affaire avant tout comme un moyen de mieux définir la notion de discrimination indirecte dans la jurisprudence de la Cour. Pour parvenir à cela, toutefois, elle a dû s'appuyer sur des arguments autres que les faits concrets et se référer à la situation de la population rom en général (voir, par exemple, les paragraphes 147, 148, 176 et 177 de l'arrêt). Le résultat en est que, à certains égards, l'arrêt porte plutôt sur la situation particulière de la population rom de manière générale au lieu de se fonder sur les faits de la cause, car le point principal de l'affaire et sa portée ont été modifiés et interprétés au-delà de ce dont les requérants eux-mêmes se sont plaints dans leur requête. Or, en agissant ainsi, la majorité a négligé les critères précédemment élaborés par la Cour elle-même dans le domaine du droit à l'instruction sur le terrain de l'article 2 du Protocole n° 1 à la Convention (paragraphe 146 de l'arrêt).

16. Tout en reconnaissant que l'éducation par l'intégration est incontestablement une notion très importante, il faut toutefois noter qu'il n'existe aucune recommandation générale relative aux bonnes pratiques à suivre en pareil cas, et que les Etats doivent faire usage de leur marge d'appréciation pour résoudre ces problèmes concrets et très importants sur le terrain car ce sont eux qui sont les mieux placés pour ce faire.

17. En outre, la majorité n'a pas du tout pris en compte le fait que l'un des droits d'une minorité consiste à « préserver la diversité » (paragraphe 148 de l'arrêt) et que la séparation n'est donc pas toujours considérée comme

néfaste, notamment lorsqu'elle s'accompagne – comme en l'occurrence – de diverses activités sociales et mesures organisées dans l'école commune.

IV.

18. Nous sommes convaincus qu'en l'espèce, comme l'a indiqué la Cour constitutionnelle, il n'a pas été démontré que la différence alléguée de traitement à l'égard des requérants était fondée sur leur origine ethnique ou tout autre motif « suspect », mais qu'elle tenait exclusivement à leur maîtrise insuffisante de la langue, c'est-à-dire à des motifs pédagogiques. Dans ces conditions, les autorités de l'Etat jouissent d'une plus grande latitude dans le choix des méthodes destinées à répondre aux difficultés d'apprentissage des requérants. Une fois établi que les requérants n'avaient pas une maîtrise suffisante du croate, le choix des moyens destinés à surmonter ce problème appartenait aux autorités de l'Etat. Dès lors, et eu égard à la marge d'appréciation reconnue aux autorités nationales dans le domaine de l'éducation (voir, *mutatis mutandis*, *Sampanis et autres*, précité, § 92 *in fine*), nous considérons que, vu les circonstances de la cause, le placement des requérants dans des classes réservées aux Roms à certaines périodes de leur scolarité primaire visait un but légitime par le biais de moyens acceptables pendant une durée limitée, sans que l'on puisse distinguer d'autres solutions à portée de main. En d'autres termes, il existait une justification objective et raisonnable.

V.

19. Nous aimerions aussi souligner que, dans une situation comme celle qui se présente en l'espèce, où la Cour infirme un arrêt bien motivé de la Cour constitutionnelle ainsi qu'un arrêt rendu à l'unanimité par l'une de ses chambre et alors que l'arrêt de Grande Chambre a été adopté par neuf voix contre huit, elle aurait dû fournir des arguments plus convaincants pour justifier sa décision. De plus, il aurait été utile que la Cour se montre disposée à offrir plus de directives pratiques sur la manière de développer et appliquer la notion de discrimination indirecte. En l'état actuel des choses, où il n'y a pas d'indication claire en la matière, on pourrait être conduit à penser que la majorité a simplement utilisé son propre pouvoir discrétionnaire pour remplacer une décision de la plus haute juridiction nationale par la sienne propre. Ce faisant, la Cour risque de s'entendre dire qu'elle s'est arrogé le rôle des tribunaux internes, en particulier dans un cas où le raisonnement de la Cour constitutionnelle se fondait sur les principes de la Convention et où ses indications à l'intention des autorités nationales étaient claires. Ainsi, la présente affaire illustre bien le fait que, lorsque la Cour déclare qu'il convient de laisser une certaine marge d'appréciation aux

Etats, elle doit faire très attention à ne pas outrepasser son rôle, notamment lorsqu'un grand nombre de juges de la Cour ont exprimé leur approbation de la méthode employée par la Cour constitutionnelle.

Quoi qu'il en soit, il ne sera certainement pas facile pour l'Etat défendeur ou pour tout autre Etat partie à la Convention affrontant des problèmes de scolarisation de groupes minoritaires de suivre le présent arrêt.

ANNEXE

LISTE DES REQUÉRANTS

Nom	Date de naissance	Résidence
1. Stjepan Oršuš	22 décembre 1991	Orehovica
2. Mirjana Oršuš	30 septembre 1990	Podturen
3. Gordan Oršuš	16 juin 1988	Podturen
4. Dejan Balog	10 novembre 1990	Podturen
5. Siniša Balog	25 janvier 1993	Podturen
6. Manuela Kalanjoš	12 février 1990	Podturen
7. Josip Oršuš	25 février 1993	Podturen
8. Biljana Oršuš	20 avril 1990	Podturen
9. Smiljana Oršuš	6 avril 1992	Podturen
10. Branko Oršuš	10 mars 1990	Podturen
11. Jasmin Bogdan	11 mai 1990	Trnovec
12. Josip Bogdan	13 septembre 1991	Trnovec
13. Dijana Oršuš	20 janvier 1994	Trnovec
14. Dejan Oršuš	2 août 1991	Trnovec
15. Danijela Kalanjoš	7 octobre 1993	Trnovec

CARSON AND OTHERS v. THE UNITED KINGDOM
(Application no. 42184/05)

GRAND CHAMBER

JUDGMENT OF 16 MARCH 2010¹

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

SUMMARY¹**Refusal of index-linking for pensioners resident in overseas countries which had no reciprocal arrangements with the United Kingdom****Article 14 of the Convention in conjunction with Article 1 of Protocol No. 1**

Discrimination – Scope – Legislation providing for welfare benefits or pension – Other status – Place of residence – Refusal of index-linking for pensioners resident in overseas countries which had no reciprocal arrangements with the United Kingdom – Absence of relevantly similar position with persons making private pension contributions, residents or pensioners living in countries with reciprocal arrangements

*

* *

This case concerned allegedly discriminatory rules governing the entitlement to index-linking of the State pension. Under the rules, pensions were only index-linked if the recipient was ordinarily resident in the United Kingdom or in a country having a reciprocal agreement with the United Kingdom on the uprating of pensions. Those residents elsewhere continued to receive the basic State pension, but this was frozen at the rate payable on the date they left the United Kingdom. The thirteen applicants had spent most of their working lives in the United Kingdom, paying National Insurance contributions (NICs) in full, before emigrating or returning to South Africa, Australia or Canada, none of which had a reciprocal agreement with the United Kingdom on pension uprating. Their pensions were accordingly frozen at the rate payable on the date of their departure. Considering this to be an unjustified difference in treatment, the first applicant sought judicial review of the decision not to index-link her pension. However, her application was dismissed in 2002 and ultimately on appeal before the House of Lords in 2005, *inter alia*, on the grounds that she was not in an analogous, or relevantly similar, situation to a pensioner resident in the United Kingdom or in a country where uprating was available through a reciprocal agreement.

Held

Article 14 of the Convention in conjunction with Article 1 of Protocol No. 1:

(a) *Scope*: The applicants' case fell within the scope of both Convention provisions. Firstly, it was undisputed that where, as here, a State had decided to enact legislation providing for the payment as of right of a welfare benefit or pension, that legislation

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

had to be regarded as generating a proprietary interest falling within the ambit of Article 1 of Protocol No. 1 for persons satisfying its requirements. As to Article 14, although only differences in treatment based on a personal characteristic (or “status”) were capable of amounting to discrimination, the list of such characteristics in that provision was illustrative and not exhaustive, and the words “other status” had been given a wide meaning by the Convention institutions. Accordingly, place of residence constituted an aspect of personal status for the purposes of Article 14.

(b) *Relevantly similar position*: The applicants’ principal argument that, because they had worked in the United Kingdom and paid compulsory contributions to the National Insurance Fund, they were in a relevantly similar situation to pensioners who received uprating was misconceived. Unlike private pension schemes, where premiums were paid into a specific fund and were directly linked to the expected benefit returns, NICs had no exclusive link to retirement pensions but formed part of the revenue which paid for a whole range of social security benefits. Where necessary, the National Insurance Fund could be topped-up with money derived from the ordinary taxation of those resident in the United Kingdom, including pensioners. The variety of methods for funding welfare benefits and the interlocking nature of the benefits and taxation systems made it impossible to isolate the payment of NICs as a sufficient ground for equating the position of pensioners who received uprating and those, like the applicants, who did not.

Moreover, as regards the comparison with pensioners living in the United Kingdom, it had to be remembered that the social security system was essentially national in character with the aim being to ensure certain minimum standards of living for residents there. This made it hard to draw any genuine comparison with the position of pensioners living elsewhere, owing to the range of economic and social variables that were capable of affecting the value of the pension from one country to the next. As the domestic courts had noted, index-linking for all pensioners, wherever they had chosen to live, would inevitably have had random effects while, unlike residents, non-residents did not contribute to the United Kingdom’s economy by paying tax there to offset the cost of any increase in the pension.

Nor did the Court consider the applicants to be in a relevantly similar position to pensioners living in countries with which the United Kingdom had concluded a bilateral agreement providing for uprating. Bilateral social security treaties were entered into on the basis of judgments by both parties as to their respective interests and could depend on various factors, among them the numbers of people moving from one country to the other, the benefits available under the other country’s welfare scheme, how far reciprocity was possible and the extent to which the advantages to be gained by an agreement outweighed the additional expenditure likely to be incurred by each State in negotiating and implementing it. Where an agreement was in place, the flow of funds could differ depending on the level of each country’s benefits and the number of people going in each direction. It was the inevitable result of such a process that different conditions applied in each country

depending on whether or not a treaty had been concluded and on what terms. It would be extraordinary if the fact of entering into bilateral arrangements in the social security sphere had the consequence of creating an obligation to confer the same advantages on all others living in all other countries. Such a conclusion would effectively undermine the right of States to enter into reciprocal agreements and their interest in so doing.

In sum, the applicants were not in a relevantly similar position to residents of the United Kingdom or of countries which were party to such agreements.

Conclusion: no violation (eleven votes to six).

Case-law cited by the Court

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

Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark, 7 December 1976, Series A no. 23

Lindsay and Others v. the United Kingdom, no. 8364/78, Commission decision of 8 March 1979, Decisions and Reports 15

Johnston and Others v. Ireland, 18 December 1986, Series A no. 112

Darby v. Sweden, 23 October 1990, Series A no. 187

Gudmundsson v. Iceland, no. 23285/94, Commission decision of 17 January 1996, unreported

Magee v. the United Kingdom, 6 June 2000, no. 28135/95, ECHR 2000-VI

K. and T. v. Finland [GC], no. 25702/94, ECHR 2001-VII

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

Runkee and White v. the United Kingdom, nos. 42949/98 and 53134/99, 10 May 2007

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

Šilih v. Slovenia [GC], no. 71463/01, 9 April 2009

In the case of Carson and Others v. the United Kingdom,

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,
Karel Jungwiert,
Nina Vajić,
Dean Spielmann,
Renate Jaeger,
Danutė Jočienė,
Ineta Ziemele,
Isabelle Berro-Lefèvre,
Päivi Hirvelä,
Luis López Guerra,
Mirjana Lazarova Trajkovska,
Zdravka Kalaydjieva, *judges*,

and Vincent Berger, *Jurisconsult*,

Having deliberated in private on 2 September 2009 and on 27 January 2010,

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

PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 42184/05) against the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) on 24 November 2005 by thirteen British nationals: Ms Annette Carson, Mr Bernard Jackson, Mrs Venice Stewart, Mrs Ethel Kendall, Mr Kenneth Dean, Mr Robert Buchanan, Mr Terence Doyle, Mr John Gould, Mr Geoff Dancer, Ms Penelope Hill, Mr Bernard Shrubsole, Mr Lothar Markiewicz and Mrs Rosemary Godfrey (“the applicants”).

2. The applicants were represented by Mr T. Otty QC and Mr B. Olbourne, lawyers practising in London, and by Mr P. Tunley and Mr H. Gray, lawyers practising in Toronto. The United Kingdom

Government (“the Government”) were represented by their Agent, Ms H. Upton, Foreign and Commonwealth Office.

3. The applicants complained under Article 1 of Protocol No. 1 taken alone and in conjunction with Article 14, and under Articles 8 and 14 of the Convention taken together, about the refusal of the United Kingdom authorities to uprate their pensions in line with inflation.

4. The application was allocated to the Fourth Section of the Court (Rule 52 § 1 of the Rules of Court). On 17 February 2006 the Court decided to give notice of the application to the Government. Under the provisions of Article 29 § 3 of the Convention, it decided to examine the merits of the application at the same time as its admissibility. On 18 September 2007 the Court decided to adjourn its examination of the case pending delivery of judgment in *Burden v. the United Kingdom* ([GC], no. 13378/05, ECHR 2008).

5. In a joint decision and judgment dated 4 November 2008 a Chamber of that Section composed of Lech Garlicki, Nicolas Bratza, Giovanni Bonello, Ljiljana Mijović, Davíð Thór Björgvinsson, Ledi Bianku and Mihai Poalelungi, judges, and Fatoş Aracı, Deputy Section Registrar, unanimously declared the complaint under Article 1 of Protocol No. 1 taken alone inadmissible and the complaint under Article 14 taken in conjunction with Article 1 of Protocol No. 1 admissible; found, by six votes to one, no violation of Article 14 taken in conjunction with Article 1 of Protocol No. 1; and held, unanimously, that it was not necessary to consider the complaint under Article 14 taken in conjunction with Article 8. Judge Garlicki delivered a dissenting opinion.

6. On 6 April 2009, following a request by the applicants, a panel of the Grand Chamber decided to refer the case to the Grand Chamber in accordance with Article 43 of the Convention.

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

8. The applicants and the Government each filed observations on the merits. In addition, third-party comments were received from Age Concern and Help the Aged, which had been given leave by the President to intervene in the written procedure (Article 36 § 2 of the Convention and Rule 44 § 2).

9. A hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 2 September 2009 (Rule 59 § 3).

There appeared before the Court:

(a) *for the Government*

Ms H. Upton,	<i>Agent,</i>
Mr J. Eadie QC,	<i>Counsel,</i>
Ms J. Antill,	
Mr C. Hedley,	
Mr P. Lapraik,	
Mr L. Forster-Kirkham,	
Ms C. Payne,	<i>Advisers;</i>

(b) *for the applicants*

Mr T. Otty QC,	
Mr B. Olbourne,	<i>Counsel,</i>
Mr P. Tunley,	<i>Adviser.</i>

The Court heard addresses by Mr Otty and Mr Eadie, as well as their answers to questions put by the judges.

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

A. The applicants*1. Annette Carson*

10. Ms Carson was born in 1931. She spent most of her working life in the United Kingdom, paying National Insurance contributions (NICs) in full, before emigrating to South Africa in 1989. From 1989 to 1999 she paid further NICs on a voluntary basis (see paragraph 37 below).

11. In 2000 she became eligible for a basic State pension of 67.50 pounds sterling (GBP) per week. Her pension has remained fixed at this rate since 2000. Had her pension benefited from uprating in line with inflation, it would now be worth GBP 95.25 per week (see paragraphs 41-42 below).

12. Ms Carson brought domestic proceedings challenging the refusal to uprate her pension (see paragraphs 25-36 below).

2. Bernard Jackson

13. Mr Jackson was born in 1922. He spent fifty years working in the United Kingdom, paying NICs in full. He emigrated to Canada on his retirement in 1986 and became eligible for a State pension in 1987. His basic State pension was then GBP 39.50 per week, and it has remained fixed

at that level since 1987. Had his State pension benefited from uprating since 1987 it would now be worth GBP 95.25 per week.

3. *Venice Stewart*

14. Mrs Stewart was born in 1931. She spent fifteen years working in the United Kingdom, paying NICs in full, before emigrating to Canada in 1964. She became eligible for a reduced State pension in 1991. Her basic State pension was then GBP 15.48 per week, and it has remained fixed at that level since 1991.

4. *Ethel Kendall*

15. Mrs Kendall was born in 1913. She spent forty-five years working in the United Kingdom, paying NICs in full, before retiring in 1976. She became eligible for a State pension in 1973, and emigrated to Canada in 1986, at which point her State pension had increased to GBP 38.70 per week. It has remained fixed at that level, whereas the current uprated pension is worth GBP 95.25 (see paragraph 39 below).

5. *Kenneth Dean*

16. Mr Dean was born in 1923. He spent fifty-one years working in the United Kingdom, paying NICs in full, before retiring in 1991. He became eligible for a State pension in 1988, and emigrated to Canada in 1994, when his weekly State pension was GBP 57.60. It has remained fixed at that level since 1994. Had it benefited from uprating, it would now be worth approximately GBP 95.25 per week.

6. *Robert Buchanan*

17. Mr Buchanan was born in 1924. He spent forty-seven years working in the United Kingdom, paying NICs in full, before emigrating to Canada in 1985. He became eligible for a State pension in 1989. His basic State pension was then GBP 41.15 per week, and it has remained fixed at that level since 1989. Had his State pension benefited from uprating, it would now be worth approximately GBP 95.25 per week.

7. *Terence Doyle*

18. Mr Doyle was born in 1937. He spent forty-two years working in the United Kingdom, paying NICs in full, before retiring in 1995 and emigrating to Canada in 1998. He became eligible for a State pension in 2002. His basic State pension was then GBP 75.50 per week, and it has

remained fixed at that level since then. Had it benefited from uprating, it would now be worth approximately GBP 95.25 per week.

8. *John Gould*

19. Mr Gould was born in 1933. He spent forty-four years working in the United Kingdom, paying NICs in full, before retiring and emigrating to Canada in 1994. He became eligible for a State pension in 1998. His basic State pension was then GBP 64.70 per week, and it has remained fixed at that level since then. Had his State pension benefited from uprating, it would now be worth approximately GBP 95.25 per week.

9. *Geoff Dancer*

20. Mr Dancer was born in 1921. He spent forty-four years working in the United Kingdom, paying NICs in full, before emigrating to Canada in 1981. He became eligible for a State pension in 1986. His basic State pension was then GBP 38.30 per week, and it has remained fixed at that level. Had it benefited from uprating, it would now be worth approximately GBP 95.25 per week.

10. *Penelope Hill*

21. Mrs Hill was born in Australia in 1940; it appears that she remains an Australian national. She lived and worked in the United Kingdom between 1963 and 1982, paying NICs in full, before returning to Australia in 1982. She made further NICs for the tax years 1992 to 1999, and became eligible for a British State pension in 2000. Her basic State pension was then GBP 38.05 per week. Between August 2002 and December 2004 she spent over half her time in London. During this period, her pension was increased to GBP 58.78 per week, which included an uprating of the basic State pension. When she returned to Australia, her pension returned to the previous level, that is a basic State pension of GBP 38.05 per week. Her pension has remained at this level subsequently.

11. *Bernard Shrubshole*

22. Mr Shrubshole was born in 1933. His contribution record in the United Kingdom qualified him for a full basic State pension in 1998. He emigrated to Australia in 2000, at which point his State pension had increased to GBP 67.40 per week. Save for a period of seven weeks when he returned to the United Kingdom (during which time his pension was increased to take into account annual upratings), his State pension has

remained fixed at that level since 2000. Had his State pension benefited from uprating, it would now be worth approximately GBP 95.25 per week.

12. Lothar Markiewicz

23. Mr Markiewicz was born in 1924. He spent fifty-one years working in the United Kingdom, paying NICs in full, and became eligible for a State pension in 1989. In 1993 he emigrated to Australia. His basic State pension was then worth GBP 56.10 a week, and it has remained fixed at that level. Had it benefited from uprating, it would now be worth approximately GBP 95.25 per week.

13. Rosemary Godfrey

24. Mrs Godfrey was born in 1934. She spent ten years working in the United Kingdom between 1954 and 1965, paying NICs in full, before emigrating to Australia in 1965. She became eligible for a State pension in 1994. Her basic State pension was then GBP 14.40 per week, and it has remained fixed at that level.

B. The domestic proceedings brought by Ms Carson

25. In 2002 Ms Carson brought proceedings by way of judicial review to challenge the failure to uprate her pension, relying on Article 1 of Protocol No. 1 taken alone and in conjunction with Article 14 of the Convention.

1. The High Court

26. In a judgment dated 22 May 2002 (*R (Carson) v. Secretary of State for Work and Pensions* [2002] EWHC 978 (Admin)), the first-instance judge, Stanley Burnton J, dismissed Ms Carson's application for judicial review.

27. Applying the principles he drew from the case-law of the Court, the judge found that the pecuniary right that fell to be protected by Article 1 of Protocol No. 1 had to be defined by the domestic legislation that created it. He found that, by the operation of the domestic legislation, Ms Carson had never been entitled to an uprated pension, so that there could be no breach of Article 1 of Protocol No. 1 taken in isolation.

28. The matter nonetheless fell within the ambit of Article 1 of Protocol No. 1 and the judge therefore had to consider whether Ms Carson had suffered discrimination contrary to the provisions of Article 14. The Government initially contended that country of residence was not a prohibited ground of discrimination under Article 14, but this objection was subsequently withdrawn. The judge, however, dismissed Ms Carson's claim on the ground that she was not in a comparable position to pensioners

in countries attracting uprating. The differing economic conditions in each country, including local social security provision and taxation, made it impossible simply to compare the amount in sterling received by pensioners. Moreover, even if the applicant could claim to be in an analogous position to a pensioner in the United Kingdom or a country where uprating was paid subject to a bilateral agreement, the difference in treatment could be justified.

2. *The Court of Appeal*

29. Ms Carson appealed to the Court of Appeal, which dismissed her appeal on 17 June 2003 (*R (Carson and Reynolds) v. Secretary of State for Work and Pensions* [2003] EWCA Civ 797). For similar reasons to the High Court, the Court of Appeal (Simon Brown, Laws and Rix LJ) found that, since Article 1 of Protocol No. 1 conferred no right to acquire property, the failure to uprate Ms Carson's pension gave rise to no violation of that provision taken alone.

30. As to the complaint under Article 14 in conjunction with Article 1 of Protocol No. 1, the Court of Appeal noted that the Secretary of State accepted that place of residence constituted a "status" for the purposes of the Article. However, it found that the applicant was in a materially different position to those whom she contended were her comparators. In this connection it was significant that "the scheme of the primary legislation is entirely geared to the impact on the pension of price inflation in the United Kingdom". Laws LJ continued:

"There is simply no inherent probability that price inflation in other countries where expatriate UK pensioners might have made their home (or, for that matter, any other economic factors) will have a comparable effect on the value of the pension to such pensioners. They may do better, they may do worse. There will also, of course, be the impact of variable exchange rates. There will be, if I may be forgiven a jejune metaphor, swings and roundabouts. While I certainly do not suggest there are no principled arguments in favour of the annual uprate being paid to those in Ms Carson's position, it seems to me inescapable that its being awarded across the board to all such pensioners would have random effects. A refusal by government to put in place a measure which would produce such effects (which in the end is all that has happened here) cannot be said to stand in need of justification by reason if it is being compared with the clear and certain effects of the uprate for UK-resident pensioners."

31. The Court of Appeal also considered, in the alternative, the question of justification and found that the "true" justification of the refusal to pay the uprate was that Ms Carson and those in her position "had chosen to live in societies, more pointedly economies, outside the United Kingdom where the specific rationale for the uplift may by no means necessarily apply". The Court of Appeal thus considered the decision to be objectively

justified without reference to what they accepted would be the “daunting cost” of extending the uprate to those in Ms Carson’s position. Moreover, the cost implications were “in the context of this case a legitimate factor going in justification for the Secretary of State’s position”, because to accept Ms Carson’s arguments would be to lead to a judicial interference in the political decision as to the deployment of public funds which was not mandated by the Human Rights Act 1998, the jurisprudence of this Court or by a “legal imperative” which was sufficiently pressing to justify confining and circumscribing the elected Government’s macroeconomic policies.

3. *The House of Lords*

32. Ms Carson appealed to the House of Lords, relying on Article 1 of Protocol No. 1 read together with Article 14. Her appeal was dismissed on 26 May 2005 by a majority of four to one (*R (Carson and Reynolds) v. Secretary of State for Work and Pensions* [2005] UKHL 37).

33. The majority (Lords Nicholls of Birkenhead, Hoffmann, Rodger of Earlsferry and Walker of Gestinghope) accepted that a retirement pension fell within the scope of Article 1 of Protocol No. 1 and that Article 14 was thus applicable. They further assumed that a place of residence was a personal characteristic and amounted to “any other status” within the meaning of Article 14, and was thus a prohibited ground of discrimination. However, because a person could choose where to live, less weighty grounds were required to justify a difference of treatment based on residence than one based on an inherent personal characteristic, such as race or sex.

34. The majority observed that in certain cases it was artificial to treat separately the questions, firstly, whether an individual complaining of discrimination was in an analogous position to a person treated more favourably and, secondly, whether the difference in treatment was reasonably and objectively justified. In the present case, the applicant was not in an analogous position to a pensioner resident in the United Kingdom or resident in a country with a bilateral agreement with the United Kingdom. The State pension was one element in an interconnected system of taxation and social security benefits, designed to provide a basic standard of living for the inhabitants of the United Kingdom. It was funded partly from the NICs of those currently in employment and their employers, and partly out of general taxation. The pension was not means-tested, but pensioners with a high income from other sources paid some of it back to the State in income tax. Those with low incomes might receive other benefits, such as income support. The provision for index-linking was intended to preserve the value of the pension in the light of economic conditions, such as the cost of living and the rate of inflation, within the United Kingdom. Quite

different economic conditions applied in other countries: for example, in South Africa, where Ms Carson lived, although there was virtually no social security, the cost of living was much lower, and the value of the rand had dropped in recent years compared to sterling.

35. Lord Hoffmann, who gave one of the majority opinions, put the arguments as follows:

“18. The denial of a social security benefit to Ms Carson on the ground that she lives abroad cannot possibly be equated with discrimination on grounds of race or sex. It is not a denial of respect for her as an individual. She was under no obligation to move to South Africa. She did so voluntarily and no doubt for good reasons. But in doing so, she put herself outside the primary scope and purpose of the UK social security system. Social security benefits are part of an intricate and interlocking system of social welfare which exists to ensure certain minimum standards of living for the people of this country. They are an expression of what has been called social solidarity or *fraternité*; the duty of any community to help those of its members who are in need. But that duty is generally recognised to be national in character. It does not extend to the inhabitants of foreign countries. That is recognised in treaties such as the ILO [International Labour Organization] Social Security (Minimum Standards) Convention 1952 (Article 69) and the European Code of Social Security 1961.

19. Mr Blake QC, who appeared for Ms Carson, accepted the force of this argument. He agreed in reply that she could have no complaint if the United Kingdom had rigorously applied the principle that UK social security is for UK residents and paid no pensions whatever to people who had gone to live abroad. And he makes no complaint about the fact that she is not entitled to other social security benefits like jobseeker's allowance and income support. But he said that it was irrational to recognise that she had an entitlement to a pension by virtue of her contributions to the National Insurance Fund and then not to pay her the same pension as UK residents who had made the same contributions.

20. The one feature upon which Ms Carson seizes as the basis of her claim to equal treatment (but only in respect of a pension) is that she has paid the same National Insurance contributions. That is really the long and the short of her case. In my opinion, however, concentration on this single feature is an oversimplification of the comparison. The situation of the beneficiaries of UK social security is, to quote the European Court in *Van der Musselle v. Belgium* (1983) 6 EHRR 163, 180, para. 46, ‘characterised by a corpus of rights and obligations of which it would be artificial to isolate one specific aspect’.

21. In effect Ms Carson's argument is that because contributions are a necessary condition for the retirement pension paid to UK residents, they ought to be a sufficient condition. No other matters, like whether one lives in the United Kingdom and participates in the rest of its arrangements for taxation and social security, ought to be taken into account. But that in my opinion is an obvious fallacy. National Insurance contributions have no exclusive link to retirement pensions, comparable with contributions to a private pension scheme. In fact the link is a rather tenuous one. National Insurance contributions form a source of part of the revenue which

pays for all social security benefits and the National Health Service (the rest comes from ordinary taxation). If payment of contributions is a sufficient condition for being entitled to a contributory benefit, Ms Carson should be entitled to all contributory benefits, like maternity benefit and jobseeker's allowance. But she does not suggest that she is.

22. The interlocking nature of the system makes it impossible to extract one element for special treatment. The main reason for the provision of State pensions is the recognition that the majority of people of pensionable age will need the money. They are not means-tested, but that is only because means-testing is expensive and discourages take-up of the benefit even by people who need it. So State pensions are paid to everyone whether they have adequate income from other sources or not. On the other hand, they are subject to tax. So the State will recover part of the pension from people who have enough income to pay tax and thereby reduce the net cost of the pension. On the other hand, those people who are entirely destitute would be entitled to income support, a non-contributory benefit. So the net cost of paying a retirement pension to such people takes into account the fact that the pension will be set off against their claim to income support.

23. None of these interlocking features can be applied to a non-resident such as Ms Carson. She pays no United Kingdom income tax, so the State would not be able to recover anything even if she had substantial additional income. (Of course I do not suggest that this is the case; I have no idea what other income she has, but there will be expatriate pensioners who do have other income.) Likewise, if she were destitute, there would be no saving in income support. On the contrary, the pension would go to reduce the social security benefits (if any) to which she is entitled in her new country.

State and private pensions

24. It is, I suppose, the words 'insurance' and 'contributions' which suggest an analogy with a private pension scheme. But, from the point of view of the citizens who contribute, National Insurance contributions are little different from general taxation which disappears into the communal pot of the consolidated fund. The difference is only a matter of public accounting. And although retirement pensions are presently linked to contributions, there is no particular reason why they should be. In fact (mainly because the present system severely disadvantages women who have spent time in the unremunerated work of caring for a family rather than earning a salary) there are proposals for change. Contributory pensions may be replaced with a non-contributory 'citizen's pension' payable to all inhabitants of this country of pensionable age. But there is no reason why this should mean any change in the collection of National Insurance contributions to fund the citizen's pension like all the other non-contributory benefits. On Ms Carson's argument, however, a change to a non-contributory pension would make all the difference. Once the retirement pension was non-contributory, the foundation of her argument that she had 'earned' the right to equal treatment would disappear. But she would have paid exactly the same National Insurance contributions while she was working here and her contributions would have had as much (or as little) causal relationship to her pension entitlement as they have today.

Parliamentary choice

25. For these reasons it seems to me that the position of a non-resident is materially and relevantly different from that of a UK resident. I do not think, with all respect to my noble and learned friend, Lord Carswell, that the reasons are subtle and arcane. They are practical and fair. Furthermore, I think that this is very much a case in which Parliament is entitled to decide whether the differences justify a difference in treatment. It cannot be the law that the United Kingdom is prohibited from treating expatriate pensioners generously unless it treats them in precisely the same way as pensioners at home. Once it is accepted that the position of Ms Carson is relevantly different from that of a UK resident and that she therefore cannot claim equality of treatment, the amount (if any) which she receives must be a matter for Parliament. It must be possible to recognise that her past contributions gave her a claim in equity to some pension without having to abandon the reasons why she cannot claim to be treated equally. And in deciding what expatriate pensioners should be paid, Parliament must be entitled to take into account competing claims on public funds. To say that the reason why expatriate pensioners are not paid the annual increases is to save money is true but only in a trivial sense: every decision not to spend more on something is to save money to reduce taxes or spend it on something else.

26. I think it is unfortunate that the argument for the Secretary of State placed such emphasis upon such matters as the variations in rates of inflation in various countries which made it inappropriate to apply the same increase to pensioners resident abroad. It is unnecessary for the Secretary of State to try to justify the sums paid with such nice calculations. It distracts attention from the main argument. Once it is conceded, as Mr Blake accepts, that people resident outside the UK are relevantly different and could be denied any pension at all, Parliament does not have to justify to the courts the reasons why they are paid one sum rather than another. Generosity does not have to have a logical explanation. It is enough for the Secretary of State to say that, all things considered, Parliament considered the present system of payments to be a fair allocation of available resources.

27. The comparison with residents in treaty countries seems to me to fail for similar reasons. Mr Blake was able to point to government statements to the effect that there was no logical scheme in the arrangements with treaty countries. They represented whatever the UK had from time to time been able to negotiate without placing itself at an undue economic disadvantage. But that seems to me an entirely rational basis for differences in treatment. The situation of a UK expatriate pensioner who lives in a country which has been willing to enter into suitable reciprocal social security arrangements is relevantly different from that of a pensioner who lives in a country which has not. The treaty enables the government to improve the social security benefits of UK nationals in the foreign country on terms which it considers to be favourable, or at least not unduly burdensome. It would be very strange if the government was prohibited from entering into such reciprocal arrangements with any country (for example, as it has with the EEA [European Economic Area] countries) unless it paid the same benefits to all expatriates in every part of the world.”

36. Lord Carswell, dissenting, found that Ms Carson could properly be compared to other contributing pensioners living in the United Kingdom or other countries where their pensions were uprated. He continued:

“How persons spend their income and where they do so are matters for their own choice. Some may choose to live in a country where the cost of living is low or the exchange rate favourable, a course not uncommon in previous generations, which may or may not carry with it disadvantages, but that is a matter for their personal choice. The common factor for purposes of comparison is that all of the pensioners, in whichever country they may reside, have duly paid the contributions required to qualify for their pensions. If some of them are not paid pensions at the same rate as others, that in my opinion constitutes discrimination for the purposes of Article 14 ...”

Lord Carswell therefore considered that the appeal turned on the question of justification. He accepted that the courts should be slow to intervene in questions of macroeconomic policy. He further accepted that, had the Government put forward sufficient reasons of economic or State policy to justify the difference in treatment, he should have been properly ready to yield to its decision-making power in those fields. However, in the present case the difference in treatment was not justified: as the Department of Social Security itself accepted, the reason all pensions were not uprated was simply to save money, and it was not fair to target the applicant and others in her position.

II. RELEVANT NATIONAL AND INTERNATIONAL LAW

A. Domestic law and practice

1. *National Insurance contributions (NICs)*

37. NICs are payable by employees and the self-employed who earn income over a set limit and by employers in respect of employees earning over a set limit. It is also possible for individuals who are not liable to pay compulsory contributions, because for example they are resident outside the United Kingdom, to make voluntary contributions to protect the right to certain social security benefits. The amounts paid by employees and employers depend on income. In the current tax year (2009/10), employees earning between GBP 110 and GBP 844 per week pay 11% of their income, with an additional 12.8% paid by the employer. The basic rate for the self-employed is currently GBP 2.40 per week and the voluntary contributions rate is GBP 12.05 per week.

38. The social security benefits paid for from NICs include contribution-based jobseeker's allowance, incapacity benefit (now replaced by employment and support allowance), maternity allowance, widow's benefit, bereavement

benefit, retirement pensions of certain categories, child's special allowance and guardian's allowance. These benefits are financed on a "pay as you go" basis from NICs paid in the current year. If necessary, additional funding can be provided from money received in income tax and other forms of taxation, but this has not been necessary since 1998. NICs also partly pay for the cost of the National Health Service.

2. State pension

39. The basic State pension is, in the current financial year 2009/10, GBP 95.25 per week. To qualify for a State pension, it is necessary to have reached State pension age and to have paid or been credited with (or have a husband, wife or civil partner who has been paid or been credited with) NICs for a sufficient number of "qualifying years". The State pension age is currently 65 for men and 60 for women. It will increase gradually for women from 2010, so that by 2020 it will be 65 for both sexes. At present, men need 44 qualifying years by the age of 65 to get a full basic State pension and women who reach the age of 60 before 2010 need 39 qualifying years. The Pensions Act 2007 reduced the number of qualifying years needed for a full basic State pension to 30 for people who reach State pension age on or after 6 April 2010. A percentage of the full basic State pension is payable to an individual without the full number of qualifying years. To get the minimum basic State pension (25%) it is normally necessary to have 10 or 11 qualifying years.

40. Individuals resident in the United Kingdom who do not have sufficient qualifying years to entitle them to a State pension may be entitled to non-contributory welfare benefits, such as means-tested income support and housing benefit.

3. Pension uprating and reciprocal agreements

41. Under section 150 of the Social Security Administration Act 1992, the Secretary of State is required to make an order each year to increase the basic State pension to maintain its value "in relation to the general level of prices obtaining in Great Britain".

42. Although the basic State pension is payable to individuals resident outside the United Kingdom, non-residents are disqualified from receiving uprated pensions. Instead, unless or until they return to live in the United Kingdom, they continue to receive the State pension at the weekly rate applicable in the year in which they emigrated or, if they emigrated before reaching retirement age, at the rate applicable in the year in which they attained retirement age. A non-resident who returns to the United Kingdom

for a short period receives the uprated pension while in the United Kingdom, but, when he returns to his country of residence, the pension reverts to its previous amount.

43. The exception to this rule concerns individuals who move to States which have concluded a bilateral reciprocal social security agreement with the United Kingdom which provides for the pensions paid to qualifying individuals to be uprated in line with United Kingdom inflation.

44. States enter into bilateral agreements to provide on a reciprocal basis for wider social security cover for workers and their families moving between the party countries than is available under national legislation alone. Each results from negotiations between the party States, taking into account the scope for reciprocity between the two social security schemes. In all cases the agreement establishes the social security scheme which is to be applied to persons moving from one country to work in the other. Generally, the scheme applicable is that of the country of employment. Whether a reciprocal social security agreement with another country is entered into depends on various factors, among them the numbers of people moving from one country to the other, the benefits available under the other country's scheme, how far reciprocity is possible and the extent to which the advantages to be gained by an agreement outweigh the additional expenditure likely to be incurred by each State. Where an agreement is in place, the flow of funds may differ depending on the level of each country's benefits and the number of people going in each direction.

45. Of the bilateral agreements entered into by the United Kingdom which cover more than liability for contributions, nearly all cover retirement pensions and widow's/bereavement benefits. The majority also cover sickness, incapacity and maternity benefits. Some cover unemployment and child benefits. Where access to a benefit covered by the agreement is dependent on contributions, the agreement generally provides for aggregation of the contributions paid in each country. Each country then calculates a pro-rata pension based on contributions made in that country. Where access to a benefit depends on a period of residence, the agreement is likely to provide for residence in one country to count as residence in the other. Where benefit is paid in one country taking account of residence/contributions in the other, there is usually a provision for reimbursement of the former by the latter. Not all reciprocal agreements to which the United Kingdom is a party, therefore, involve the payment of pension uprating to United Kingdom expatriates.

46. The United Kingdom has reciprocal social security agreements providing for pension uprating with all European Economic Area (EEA)

States and with Barbados, Bermuda, Bosnia and Herzegovina, Croatia, the Federal Republic of Yugoslavia, Israel, Jamaica, Japan, Jersey and Guernsey, South Korea, Mauritius, New Zealand, Philippines, Turkey and the United States of America. Residents of the EEA countries and the countries listed above who qualify for a United Kingdom State pension receive the same level of uprating as United Kingdom residents; the uprating is based on the rate of inflation in the United Kingdom and no regard is paid to inflation in the country of residence.

47. All the above agreements were concluded between 1948 and 1992, and from 1979 onwards the agreements were to fulfil earlier commitments made by the United Kingdom Government. Since June 1996, the Government's policy has been that future reciprocal agreements should normally be limited to resolving questions of liability for social security contributions. Agreements with Australia, New Zealand and Canada came into force in 1953, 1956 and 1959 respectively, but these did not require payment of uprated pensions. The agreement with Australia was terminated by Australia as from 1 March 2001, because of the refusal of the United Kingdom to pay uprated pensions to its pensioners living in Australia.

48. During the passage of the Pensions Bill through Parliament in 1995, amendments tabled in both Houses, calling for uprating to be paid to all expatriate pensioners, were defeated by large majorities. According to the Government, it would cost approximately GBP 4 billion (4 thousand million) to pay the backdated claims to uprating of all United Kingdom pensioners resident abroad in "frozen" countries together with an ongoing annual bill of over GBP 500 million (0.79% of the GBP 62.7 billion spent in total by the United Kingdom in 2008/09 on pensions).

B. Relevant international law

49. Article 69 of the 1952 International Labour Organization's Social Security (Minimum Standards) Convention ("the 1952 ILO Convention") provides that a benefit to which a protected person would otherwise be entitled in compliance with the 1952 ILO Convention (including old-age benefit) may be suspended, in whole or in part, by national law as long as the person concerned is absent from the territory of the State concerned. The above provision is echoed in Article 68 of the 1964 European Code of Social Security and Article 74 § 1 (f) of the 1990 European Code of Social Security (Revised).

50. Part IV of the 1982 ILO Convention concerning the Establishment of an International System for the Maintenance of Rights in Social Security envisages that equal treatment of the nationals of the Contracting Parties in

respect of social security rights, including the retention of benefits arising out of social security legislation whatever the movements the persons protected might undertake between Contracting States, may be secured by the conclusion of appropriate bilateral and multilateral agreements. Bilateral agreements are the most utilised method of coordination of social security laws and vary greatly in both personal and material scope. Some bilateral agreements cover only nationals of the Contracting Parties, while others apply to any person who has been covered by the social security systems of at least one of the Contracting Parties. They sometimes cover both contributory and non-contributory benefits; sometimes they are confined to contributory benefits only.

51. In April 2008 a Council of Europe initiative to draw up a new framework agreement for the coordination of social security schemes within the member States, to enable in particular the export of benefits throughout the Council of Europe region, was abandoned when it became clear that most countries preferred to maintain the present system of bilateral agreements (see CM(2008)71, paragraph 11, 17 April 2008).

THE LAW

52. All the applicants complained that the failure to uprate their pensions violated their rights under Article 1 of Protocol No. 1 taken alone and in conjunction with Article 14. Six of the applicants also complained, under Article 8 of the Convention taken in conjunction with Article 14, that the failure to uprate their pensions had touched on their decisions to live with their families outside the United Kingdom in a discriminatory manner.

Article 14 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 1 of Protocol No. 1 provides:

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

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

Article 8 provides:

“1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.

2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.”

I. ADMISSIBILITY ISSUES

A. The Chamber’s conclusions

53. The Chamber declared the complaint under Article 1 of Protocol No. 1 taken alone inadmissible, on the ground that this provision did not guarantee the right to acquire possessions or to receive a social security benefit or pension payment of any kind or amount, unless provided for by national law. It declared the complaint under Article 14 taken in conjunction with Article 1 of Protocol No. 1 admissible and, without making any decision as to its admissibility, decided that it was not necessary to examine the complaint under Article 14 taken in conjunction with Article 8.

B. The parties’ submissions

54. The applicants submitted that their complaint under Article 1 of Protocol No. 1 had two limbs. Firstly, they claimed that the imposition of a residence condition on the right to receive uprated pension payments involved a deprivation or interference with the right to an uprated pension. Secondly, they complained that, without uprating, the year-on-year reduction in the value of the pension eroded the possession it represented. They claimed that the Chamber had been wrong to declare the complaint under Article 1 of Protocol No. 1 inadmissible. Moreover, they claimed that the Chamber had addressed only the first limb of this complaint.

55. The applicants accepted that, among them, only Ms Carson had brought domestic proceedings. However, they reasoned that once the House of Lords had found against her, there would have been no purpose in the other applicants attempting to pursue a domestic remedy. While it was true that the complaint under Article 14 taken in conjunction with Article 8 had not been raised in the national proceedings, the applicants should nonetheless be permitted to pursue it before the Court, since the

Government had not previously challenged it on grounds of non-exhaustion and since the applicants were elderly and should not be required to wait any longer for a conclusion.

56. The Government submitted, firstly, that the application should be declared inadmissible for non-exhaustion as far as it related to the twelve applicants other than Ms Carson, since they had not brought any domestic proceedings. Secondly, they contended that in any event the complaint under Article 14 taken in conjunction with Article 8 should be declared inadmissible for non-exhaustion since it had never been raised before the domestic courts.

C. The Court's assessment

57. With regard, firstly, to the question under Article 1 of Protocol No. 1 taken alone, the Court considers that what the applicants refer to as the second limb of their complaint amounts to no more than a restatement of the first limb. There is no right under national law for a resident of a country which has not concluded a reciprocal agreement with the United Kingdom to have his pension increased annually in line with inflation in the United Kingdom. The Chamber's decision to declare the complaint under Article 1 of Protocol No. 1 taken alone inadmissible was a final decision and this part of the application is not, therefore, before the Grand Chamber (see *K. and T. v. Finland* [GC], no. 25702/94, § 141, ECHR 2001-VII, and *Šilih v. Slovenia* [GC], no. 71463/01, §§ 119-21, 9 April 2009).

58. As regards the Government's preliminary objections, the Court considers that it would be wrong to declare the complaint under Article 1 of Protocol No. 1 inadmissible as regards the twelve applicants who did not bring domestic proceedings. Once Ms Carson's case had been rejected by the House of Lords, these applicants would have had no prospect of success before the domestic courts.

59. However, it considers that the complaint under Article 14 taken in conjunction with Article 8 should be declared inadmissible. The applicants do not contend that the available domestic remedies would not have been effective and Ms Carson pursued her complaints under Article 14 of the Convention and Article 1 of Protocol No. 1 through three tiers of the domestic courts, which gave considered and detailed judgments. In contrast, the issues arising under Article 14 taken in conjunction with Article 8 have never been raised before the domestic courts.

60. In conclusion, therefore, the Court rejects the Government's preliminary objection as to the admissibility of the complaints of the applicants other than Ms Carson. It accepts the Government's objection,

however, as regards the applicants' complaint under Article 14 taken in conjunction with Article 8, which it declares inadmissible.

II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 14 OF THE CONVENTION TAKEN IN CONJUNCTION WITH ARTICLE 1 OF PROTOCOL No. 1

A. The Court's general approach

61. The Court has established in its case-law that only differences in treatment based on an identifiable characteristic, or "status", are capable of amounting to discrimination within the meaning of Article 14 (see *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*, 7 December 1976, § 56, Series A no. 23). Moreover, in order for an issue to arise under Article 14 there must be a difference in the treatment of persons in analogous, or relevantly similar, situations (see *D.H. and Others v. the Czech Republic* [GC], no. 57325/00, § 175, ECHR 2007-IV, and *Burden v. the United Kingdom* [GC], no. 13378/05, § 60, ECHR 2008). Such a difference in treatment is discriminatory if it has no objective and reasonable justification; in other words, 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 Contracting State enjoys a margin of appreciation in assessing whether and to what extent differences in otherwise similar situations justify a different treatment (see *Burden*, cited above, § 60). The scope of this margin will vary according to the circumstances, the subject-matter and the background. A wide margin is usually allowed to the State under the Convention 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 legislature's policy choice unless it is "manifestly without reasonable foundation" (see *Stec and Others v. the United Kingdom* [GC], no. 65731/01 and 65900/01, § 52, ECHR 2006-VI).

62. The Court observes at the outset that, as with all complaints of alleged discrimination in a welfare or pensions system, it is concerned with the compatibility with Article 14 of the system, not with the individual facts or circumstances of the particular applicants or of others who are or might be affected by the legislation (see, for example, *Stec and Others*, cited above, §§ 50-67; *Burden*, cited above, §§ 58-66; and *Andrejeva v. Latvia* [GC], no. 55707/00, §§ 74-92, ECHR 2009). Much is made in

the applicants' submissions and in those of the third-party intervener of the extreme financial hardship which may result from the policy not to uprate pensions and of the effect that this might have on the ability of certain persons to join their families abroad. However, the Court is not in a position to make an assessment of the effects, if any, on the many thousands in the same position as the applicants and nor should it try to do so. Any welfare system, to be workable, may have to use broad categorisations to distinguish between different groups in need (see *Runkee and White v. the United Kingdom*, nos. 42949/98 and 53134/99, § 39, 10 May 2007). As in the cases cited above, the Court's role is to determine the question of principle, namely whether the legislation as such unlawfully discriminates between persons who are in an analogous situation.

B. Whether the facts underlying the complaint fall within the scope of Article 1 of Protocol No. 1

63. The Court notes that Article 14 complements the other substantive provisions of the Convention and the Protocols. It has no independent existence since it has effect solely in relation to "the enjoyment of the rights and freedoms" safeguarded by those provisions. The application of Article 14 does not necessarily presuppose the violation of one of the substantive rights guaranteed by the Convention. 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 Article of the Convention, for which the State has voluntarily decided to provide. 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 *Stec and Others v. the United Kingdom* (dec.) [GC], nos. 65731/01 and 65900/01, § 39, ECHR 2005-X, and *Andrejeva*, cited above, § 74).

64. The Chamber found that although there was no obligation on a State under Article 1 of Protocol No. 1 to create a welfare or pension scheme, if a State did decide to enact legislation providing for the payment as of right of a welfare benefit or pension – whether conditional or not on the prior payment of contributions – that legislation had to be regarded as generating a proprietary interest falling within the ambit of Article 1 of Protocol No. 1 for persons satisfying its requirements (see the decision in *Stec and Others*, cited above, § 54). In the present case, therefore, the facts fell within the scope of Article 1 of Protocol No. 1.

65. The Grand Chamber agrees with this finding, which is not, moreover, disputed by the Government.

C. Whether “country of residence” falls within the phrase “or other status” in Article 14

1. *The Chamber’s conclusions*

66. The Chamber held that, in the circumstances of the case, ordinary residence, like domicile and nationality, was to be seen as an aspect of personal status and that place of residence, applied as a criterion for the differential treatment of citizens in the granting of State pensions, was a ground falling within the scope of Article 14.

2. *The parties’ submissions*

67. The applicants submitted that the Chamber’s conclusion on this point was manifestly correct, for the reasons it gave. Its treatment of residence as an aspect of personal status was also consistent with the approach of “other pre-eminent constitutional courts”, such as the Supreme Court of Canada, which, in *Godbout v. Longueuil (City)* [1997] SCR 844, characterised an individual’s choice of place of residence as a “quintessentially private decision going to the very heart of personal or individual autonomy”. The applicants further submitted that it was artificial and inaccurate to treat an individual’s country of residence as a matter of free choice, since it might be driven by the need or desire to be close to family members.

68. Before the domestic courts, the Government conceded that Ms Carson’s foreign residence was a ground protected under Article 14 as falling within the phrase “or other status” (see paragraphs 28 and 30 above). In their observations before the Court, however, the Government contended that place of residence was not within the concept of “other status”, since it was a matter of choice, rather than an inherent personal characteristic or deeply held conviction or belief.

69. The third-party interveners, Age Concern and Help the Aged, emphasised the importance of family support in old age and referred to research indicating that the existence of family ties outside the United Kingdom could be an important factor in the decision to emigrate.

3. *The Court’s assessment*

70. The Grand Chamber agrees with the Chamber’s conclusions on this issue. It has established in its case-law that only differences in treatment based on a personal characteristic (or “status”) by which persons or groups of persons are distinguishable from each other are capable of amounting to discrimination within the meaning of Article 14 (see *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen*, cited above, § 56). However, the list set out in Article 14 is

illustrative and not exhaustive, as is shown by the words “any ground such as” (in French *notamment*) (see *Engel and Others v. the Netherlands*, 8 June 1976, § 72, Series A no. 22). It further notes that the words “other status” (and *a fortiori* the French equivalent *toute autre situation*) have been given a wide meaning so as to include, in certain circumstances, a distinction drawn on the basis of a place of residence. Thus, in previous cases the Court has examined under Article 14 the legitimacy of alleged discrimination based, *inter alia*, on domicile abroad (see *Johnston and Others v. Ireland*, 18 December 1986, §§ 59-61, Series A no. 112) and registration as a resident (see *Darby v. Sweden*, 23 October 1990, §§ 31-34, Series A no. 187). In addition, the Commission examined complaints about discrepancies in the law applying in different areas of a single Contracting State (see *Lindsay and Others v. the United Kingdom*, no. 8364/78, Commission decision of 8 March 1979, Decisions and Reports 15, p. 247, and *Gudmundsson v. Iceland*, no. 23285/94, Commission decision of 17 January 1996, unreported). It is true that regional differences of treatment, resulting from the application of different legislation depending on the geographical location of an applicant, have been held not to be explained in terms of personal characteristics (see, for example, *Magee v. the United Kingdom*, no. 28135/95, § 50, ECHR 2000-VI). However, as also pointed out by Stanley Burnton J (see paragraphs 26-28 above), these cases are not comparable to the present case, which involves the different application of the same pensions legislation to persons depending on their residence and presence abroad.

71. In conclusion, the Court considers that place of residence constitutes an aspect of personal status for the purposes of Article 14.

D. Whether the applicants are in a relevantly similar position to pensioners receiving uprating

1. The Chamber's conclusions

72. The Chamber held that, given that the United Kingdom's social security and pension system was primarily designed to provide a minimum standard of living for those resident within its territory, the applicants were not in a relevantly similar position to British pensioners who decided to remain in the country. It was “hesitant” to find an analogy between the positions of pensioners, such as the applicants, who did not receive uprating and pensioners resident in countries which had concluded bilateral agreements with the United Kingdom providing for uprating. In this connection, it noted that NICs were only one part of the United Kingdom's complex system of taxation and that the National Insurance Fund was one of a number of sources of revenue used to pay for the social security

and National Health systems. It did not therefore consider the applicants' payment of NICs during their working lives in the United Kingdom to be of any more significance than the fact that they might have paid income tax or other taxes while domiciled there. Moreover, even between States in close geographical proximity, such as the United States of America and Canada, South Africa and Mauritius, or Jamaica and Trinidad and Tobago, differences in social security provision, taxation, rates of inflation, interest and currency exchange made it difficult to compare the respective positions of residents.

2. The parties' submissions

(a) The applicants

73. The applicants contended that they were in a relevantly similar position to United Kingdom pensioners with the same employment and National Insurance records but now living either in the United Kingdom or in countries party to a reciprocal agreement providing for uprating.

74. They adopted the dissenting views expressed by Lord Carswell in the House of Lords and Judge Garlicki in the Chamber and argued that pensioners in each group would have spent a significant part of their working lives in the United Kingdom; all would have made the same NICs for the purpose of obtaining the basic State pension; all would have become entitled to the same amount of basic State pension at pensionable age. The State pension was a true contributory, or earned, benefit in that the level of entitlement was directly related to the number of years over which contributions are made. The United Kingdom authorities had themselves chosen to make the State pension, unlike other welfare benefits, payable to individuals resident abroad.

75. Moreover, regardless of the country of residence, all pensioners would have an identical interest in maintaining their standard of living beyond retirement. There was no evidence of any differences in the social and economic conditions applying in the countries where uprating was paid and those where it was not, nor any evidence that the United Kingdom based its approach on the existence of such differences.

76. It would be wrong to place too great an emphasis on the provisions of the 1952 ILO Convention or the 1964 European Code of Social Security (see paragraph 49 above). Both instruments focused on social security systems in general, rather than on contributory pensions in particular; there was no suggestion that either instrument authorised the suspension of some benefits to some individuals resident abroad, but not to others and there

was no evidence that the United Kingdom's approach had been informed by either instrument.

77. Under national law, the existence of a reciprocal agreement was not a requirement for the provision of uprated pensions. The existing pattern of reciprocal agreements was arbitrary and seeking to define the class of comparators by reference to their residence in a country with which the United Kingdom had entered into a reciprocal agreement was circular and amounted to no more than a restatement of the differential treatment complained of.

78. Finally, the applicants submitted that no weight should be given to the concession made by Ms Carson's counsel in the domestic proceedings (that Article 14 would not be breached if the State pension was payable only to United Kingdom residents: see paragraph 35 above). As her counsel had also pointed out later in the same hearing, the fact was that the United Kingdom had decided to adopt a scheme whereby it paid a pension to expatriates in recognition of their contributions and, having adopted such a system, it was irrational not to pay the same amount to everyone. In any event, the concession had been made on behalf of Ms Carson but not the other applicants and had been expressly withdrawn for the purposes of the application before the Court.

(b) The Government

79. The Government adopted the reasoning and conclusions of the domestic courts and the Chamber. The applicants could not claim to be in an analogous situation to United Kingdom residents. Most national systems of social security and taxation were tailored to the particular country and intended to be national in character, as was recognised by international law. In the United Kingdom, social security benefits, including the State pension, were part of an interlocking system of taxation and social welfare intended to ensure minimum standards of living for those who lived in the country. It was no doubt in recognition of the national character of social security schemes that Ms Carson's counsel agreed in the course of the domestic proceedings that she could have no complaint if the Government had paid no pensions whatever to people who had gone to live abroad (see paragraph 35 above).

80. Moreover, even if it could be assumed that inflation was common to all States, it would be artificial to isolate the single factor of inflation from other factors, such as different rates of growth and fluctuations in exchange rates. It would be practically impossible, or at least extraordinarily onerous, to require the State authorities to conduct a cost-of-living/value-based comparison between people living in the United Kingdom and those living

in different foreign countries and if a decision were made to pay something to those living abroad, it could not be a finely calibrated amount based on analysis of the cost of living and value of sterling in each country.

81. Focusing simply on the NICs paid by the applicants involved a misleading oversimplification. Contributions required to be made by earners, employers and others to the National Insurance Fund could not properly be equated with or compared to contributions made to a private pension scheme. The National Insurance scheme was a social-insurance scheme, based on a universal pooling of resources. Contribution liability was related to a person's ability to pay rather than to expectation of future entitlement. Not all contributory benefits were payable to non-residents.

82. The Government further contended that the applicants were not in a position analogous to pensioners living in States with which the United Kingdom had entered into reciprocal arrangements. The differences with this comparator group were founded, as the domestic courts at each level recognised, on the fact of reciprocal arrangements either being or not being in place with the relevant foreign State. Those arrangements were concluded in each case on the basis of judgments as to whether the proposed package of arrangements represented an acceptable, advantageous position for the United Kingdom. The applicants' argument necessarily involved the proposition that if a bilateral treaty in the social security sphere were entered into and conferred advantages on some people in relation to one or more aspects of social security, those advantages would necessarily have to be conferred on all others, living in all countries. The result would effectively negate the power to enter into bilateral treaties of this kind.

3. The Court's assessment

83. As noted in paragraph 61 above, the Court has established in its case-law that, in order for an issue to arise under Article 14, the first condition is that there must be a difference in the treatment of persons in relevantly similar situations.

84. The applicants' principal argument in support of their claim to be in a relevantly similar situation to pensioners who receive uprating is that they also have worked in the United Kingdom and paid compulsory contributions to the National Insurance Fund. However, in common with the national courts and the Chamber, the Grand Chamber considers that the applicants' argument misconceives the relationship between NICs and the State pension. Unlike private pension schemes, where premiums are paid into a specific fund and where those premiums are directly linked to the expected benefit returns, NICs have no exclusive link to retirement pensions. Instead, they form a source of part of the revenue which pays for a whole

range of social security benefits, including incapacity benefits, maternity allowances, widow's benefits, bereavement benefits and the National Health Service. Where necessary, the National Insurance Fund can be topped-up with money derived from the ordinary taxation of those resident in the United Kingdom, including pensioners (see paragraph 38 above). The variety of funding methods of welfare benefits and the interlocking nature of the benefits and taxation systems have already been recognised by the Court (see the decision in *Stec and Others*, cited above, § 50). This complex and interlocking system makes it impossible to isolate the payment of NICs as a sufficient ground for equating the position of pensioners who receive uprating and those, like the applicants, who do not. As Lord Hoffmann observed (see paragraph 35 above):

“... from the point of view of the citizens who contribute, National Insurance contributions are little different from general taxation which disappears into the communal pot of the consolidated fund. The difference is only a matter of public accounting.”

85. The Court does not, therefore, consider that the payment of NICs is alone sufficient to place the applicants in a relevantly similar position to all other pensioners, regardless of their country of residence. Moreover, in relation to the comparison with pensioners living in the United Kingdom, it cannot be ignored that social security benefits, including State pensions, are part of a system of social welfare which exist to ensure certain minimum standards of living for residents of the United Kingdom. The duty imposed on the Secretary of State in the Social Security Administration Act 1992 to review the sums specified for the various benefits covered by the Act, including the State pension, is to determine “whether they have retained their value in relation to the general level of prices obtaining in Great Britain” (see paragraph 41 above). The scheme of the primary legislation is, as the Court of Appeal said, “entirely geared to the impact on the pension of price inflation in the United Kingdom” (see paragraph 30 above). The essentially national character of the social security system is itself recognised in the relevant international instruments, the 1952 ILO Convention and the 1964 European Code of Social Security, which empower the suspension of benefits to which a person would otherwise be entitled for as long as the person concerned is absent from the territory of the State concerned (see paragraph 49 above).

86. Given that the pension system is, therefore, primarily designed to serve the needs of those resident in the United Kingdom, it is hard to draw any genuine comparison with the position of pensioners living elsewhere, because of the range of economic and social variables which apply from country to country. Thus, the value of the pension may be affected by any

one or a combination of differences in, for example, rates of inflation, comparative costs of living, interest rates, rates of economic growth, exchange rates between the local currency and sterling (in which the pension is universally paid), social security arrangements and taxation systems. As the Court of Appeal noted, it is inescapable that the grant of the uprate to all pensioners, wherever they might have chosen to live, would have random effects (see paragraph 30 above). Furthermore, as noted by the domestic courts, as non-residents the applicants do not contribute to the United Kingdom's economy; in particular, they pay no United Kingdom tax to offset the cost of any increase in the pension (see, for example, paragraph 35 above).

87. Nor does the Court consider that the applicants are in a relevantly similar position to pensioners living in countries with which the United Kingdom has concluded a bilateral agreement providing for uprating. Those living in reciprocal agreement countries are treated differently from those living elsewhere because an agreement has been entered into; and an agreement has been entered into because the United Kingdom considered it to be in its interests.

88. States clearly have a right under international law to conclude bilateral social security treaties and indeed this is the preferred method used by the member States of the Council of Europe to secure reciprocity of welfare benefits (see paragraphs 50-51 above). Such treaties are entered into on the basis of judgments by both parties as to their respective interests and may depend on various factors, among them the numbers of people moving from one country to the other, the benefits available under the other country's welfare scheme, how far reciprocity is possible and the extent to which the advantages to be gained by an agreement outweigh the additional expenditure likely to be incurred by each State in negotiating and implementing it (see paragraph 44 above). Where an agreement is in place, the flow of funds may differ depending on the level of each country's benefits and the number of people going in each direction. It is the inevitable result of such a process that different conditions apply in each country depending on whether or not a treaty has been concluded and on what terms.

89. The Court agrees with Lord Hoffmann that it would be extraordinary if the fact of entering into bilateral arrangements in the social security sphere had the consequence of creating an obligation to confer the same advantages on all others living in all other countries. Such a conclusion would effectively undermine the right of States to enter into reciprocal agreements and their interest in so doing.

90. In summary, therefore, the Court does not consider that the applicants, who live outside the United Kingdom in countries which are

not party to reciprocal social security agreements with the United Kingdom providing for pension uprating, are in a relevantly similar position to residents of the United Kingdom or of countries which are party to such agreements. It follows that there has been no discrimination and, therefore, no violation of Article 14 taken in conjunction with Article 1 of Protocol No. 1.

FOR THESE REASONS, THE COURT

1. *Declares* unanimously the complaint under Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8 inadmissible;
2. *Rejects* unanimously the Government's preliminary objection concerning the admissibility of the complaints of the applicants other than Ms Carson;
3. *Holds* by eleven votes to six that there has been no violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 1 of Protocol No. 1.

Done in English and in French, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 16 March 2010.

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 opinion of Judges Tulkens, Vajić, Spielmann, Jaeger, Jočienė and López Guerra is annexed to this judgment.

J.-P.C.
V.B.

JOINT DISSENTING OPINION OF JUDGES TULKENS,
VAJIĆ, SPIELMANN, JAEGER, JOČIENĖ AND
LÓPEZ GUERRA

1. We are unable to find that there has been no violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 1 of Protocol No. 1.

2. Article 14 of the Convention provides that the enjoyment of the rights and freedoms set forth in the Convention are to be secured without discrimination. As the judgment rightly notes, only differences in treatment based on a personal characteristic (or “status”) by which persons or groups are distinguishable from each other are capable of amounting to discrimination within the meaning of Article 14. In conformity with previous case-law, the judgment rightly confirms that place of residence constitutes an aspect of personal status (see paragraphs 70 to 71 of the judgment).

3. The applicants are in a relevantly similar situation, the only difference being their place of residence, which, as identified by the British authorities, is a personal characteristic distinguishing them from all other pensioners.

4. The majority consider that there has been no violation of Article 14 of the Convention because the two groups (pensioners residing in the United Kingdom and pensioners residing abroad) are not in relevantly similar positions (see paragraph 85 of the judgment), so that a difference in treatment could be accepted. A genuine comparison (see paragraph 86 of the judgment) would not hold water in the majority’s view because of the range of economic and social variables which apply from country to country (*ibid.*).

5. For us, to begin with, it seems difficult to identify “residence” – quite rightly – as one of the prohibited grounds under Article 14 while at the same time using this characteristic as the main reason for distinguishing between the two groups of pensioners. The majority approach therefore seems self-contradictory and inconsistent with the spirit of this provision.

6. Moreover, the conclusion of the majority is very difficult to accept because all the members of both groups in the comparison (pensioners residing in and outside the United Kingdom) share a wide range of identical characteristics. All of them are members of, and have contributed to, the National Insurance system, according to the rates fixed by law, which are general and binding in nature. All of them have been awarded pensions according to the same general rules, including common rules determining the number of years of contributions required to accrue pension rights, the length of the period to be taken into account in each case, and the amount of the initial pension to which they are entitled according to these general

rules. All of them (whether they reside in the United Kingdom or not) have therefore been included, under the same conditions, in a system whose goal is to guarantee that when reaching retirement age they will have an income based on the number of years they have contributed to the pension system, and on the amount of those contributions.

7. The majority maintain that the fact that both groups have made equal contributions to the National Insurance system does not place them in an equal position, and constitutes an insufficient ground to equate the position of those who receive uprated pensions with the position of those (such as the applicants) who do not. The majority are correct in stating that the funds for the payment of pensions derive from many sources, and not only from the (previous) contributions of current pensioners. But the sources of the funds to pay National Insurance pensions are not relevant in this case. Whatever these sources may be at any given time, the undisputed fact is that all members included in the system who have made contributions to it were equally subject to identical general rules concerning the amount of those contributions, the way in which they were paid, and the conditions required to establish the initial pension. In other words, the right to a pension and the right to be treated equally when receiving a pension derive, for all pensioners, from having complied with the general conditions and rules of the system established on an equal basis for all its members, and do not derive from the material sources from which pensions are paid at any given time.

8. Another very relevant characteristic is common to all the members of both groups: the initial value of their pensions, in real terms, is subject to a continuous loss of purchasing power, owing to the universal and undeniable phenomenon of currency depreciation (in this case, of the United Kingdom currency). The rate of depreciation may vary from year to year, but it is (and this was not denied by the parties to the case) a common and accepted fact.

9. A formula to compensate for depreciation is calculated in the pensions received by pensioners residing in the United Kingdom, so that the initial value of their pensions remains unaffected by inflation. No such formula is applied to non-resident pensioners, so that the progressive depreciation of their pensions is not compensated in any way. The nominal monetary value of the initial pension remains the same, no matter the rate of inflation and the corresponding depreciation of sterling. The consequences of this depreciation are very considerable. In the case of the first applicant, Ms Carson, residing in South Africa, over the first five years (2000-05) the lack of uprating resulted in a loss of 28% of her weekly pension, in comparison with someone in the same circumstances residing in the United Kingdom. Of course, the comparative loss increased further with time.

10. Given the characteristics shared by both groups of contributors to the pension system, no relevant differences can be found to justify such a radical and unfavourable difference in their treatment, and the Government do not provide convincing reasons in this regard. The fact of residing in another country cannot be considered sufficient justification. As indicated above, such an argument would be inconsistent with the spirit of Article 14 of the Convention.

11. The pension system of the United Kingdom is logically designed to take into account the needs of those residing in the United Kingdom, which is presumably the case of the vast majority of pensioners. But that is no justification for subjecting pensioners who choose not to live in the United Kingdom to extremely unfavourable and unequal treatment in comparison with those who do. There will of course always be differences in depreciation rates for pensioners residing in other countries, depending on exchange rates, the comparative cost of living and other factors. But these factors do not preclude the accepted fact that, at least based on the experience of a century, the depreciation of United Kingdom currency is undeniable and unavoidable, and in the space of a few years such depreciation results in an irreparable deterioration in the real value of pensions paid to persons not residing in the United Kingdom. Therefore, the complete denial (as is the case) of any formula for uprating pensions of pensioners not resident in the United Kingdom (whether or not the above-mentioned factors are taken into account) represents a disproportionate difference in treatment for which there is no convincing justification.

12. In a world of computers, the alleged complexity of such a formula for uprating the pensions of non-United Kingdom pensioners can hardly be regarded as a justification. Nor is it any justification that non-residents are not beneficiaries of the United Kingdom health system, since if anything, this fact further increases their unfavourable position *vis-à-vis* pensioners residing in the United Kingdom. Finally, while it is true that non-residents do not pay taxes in the United Kingdom, it is equally true that they do not receive the services paid for with those taxes, and, in any case, this could be remedied within the terms of an appropriate uprating formula.

CARSON ET AUTRES c. ROYAUME-UNI
(Requête n° 42184/05)

GRANDE CHAMBRE

ARRÊT DU 16 MARS 2010¹

1. Arrêt rendu par la Grande Chambre à la suite du renvoi de l'affaire en application de l'article 43 de la Convention.

SOMMAIRE¹**Refus de revaloriser les pensions de retraités résidant dans des pays étrangers n'ayant pas conclu d'accord de réciprocité avec le Royaume-Uni****Article 14 de la Convention combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1**

Discrimination – Champ d'application – Législation prévoyant le versement de prestations sociales ou de pensions – Autre situation – Lieu de résidence – Refus de revaloriser les pensions de retraités résidant dans des pays étrangers n'ayant pas conclu d'accord de réciprocité avec le Royaume-Uni – Situation non comparable à celle de personnes ayant cotisé à des régimes de pension privés ou à celle de pensionnés résidant au Royaume-Uni ou dans des pays ayant conclu des accords de réciprocité

*

* *

L'affaire porte sur le caractère prétendument discriminatoire des règles régissant le droit à la revalorisation des pensions de retraite servies par l'Etat britannique, selon lesquelles ne bénéficient de cette mesure que les retraités résidant au Royaume-Uni ou dans les pays ayant conclu avec cet Etat un accord de réciprocité prévoyant la revalorisation. Les retraités expatriés résidant dans d'autres pays reçoivent de l'Etat britannique une pension de base dont le montant reste bloqué au niveau atteint à la date de leur départ du Royaume-Uni. Les treize requérants ont passé la majeure partie de leur vie active au Royaume-Uni, où ils ont cotisé à taux plein à la caisse d'assurance nationale, avant d'émigrer ou de retourner en Afrique du Sud, en Australie ou au Canada, pays non liés au Royaume-Uni par un accord de réciprocité, raison pour laquelle le montant de leur pension a été bloqué au niveau qu'il avait atteint le jour de leur départ. Considérant que la non-revalorisation de sa pension s'analysait en une différence de traitement injustifiée, la première requérante sollicita un contrôle juridictionnel de la décision par laquelle la revalorisation lui avait été refusée. Sa demande fut rejetée en 2002, puis en 2005 par la Chambre des lords, saisie en appel et statuant en dernier ressort, au motif notamment que sa situation n'était pas analogue ou comparable à celle d'un retraité résidant au Royaume-Uni ou dans un pays où la revalorisation s'appliquait en vertu d'un accord bilatéral de réciprocité.

Article 14 de la Convention combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1 : a) *Champ d'application* – Les griefs des requérants relèvent du champ d'application de ces

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

deux dispositions de la Convention. En premier lieu, il n'est pas contesté que, dès lors que, comme en l'espèce, un Etat met en place une législation prévoyant le versement automatique d'une prestation sociale, cette législation doit être considérée comme engendrant un intérêt patrimonial relevant de l'article 1 du Protocole n° 1 pour les personnes remplissant ses conditions. En second lieu, si seules les différences de traitement fondées sur une caractéristique personnelle (« situation ») sont susceptibles de revêtir un caractère discriminatoire aux fins de l'article 14 de la Convention, la liste des caractéristiques que renferme cette disposition revêt un caractère indicatif, et non limitatif, et l'expression « toute autre situation » reçoit une interprétation large dans la jurisprudence de Strasbourg. Il s'ensuit que le lieu de résidence d'une personne s'analyse en un aspect de sa situation personnelle aux fins de l'article 14.

b) *Situation comparable* – La thèse principale des intéressés selon laquelle le fait qu'ils aient travaillé au Royaume-Uni et versé des cotisations obligatoires à l'assurance nationale britannique les place dans une situation comparable à celle des pensionnés bénéficiant de la revalorisation est erronée. Contrairement aux primes demandées par les assureurs privés, qui vont alimenter un fonds spécifique et présentent une corrélation directe avec les prestations que les assurés en attendent en retour, les cotisations à l'assurance nationale ne sont pas exclusivement affectées aux pensions de retraite. Elles constituent au contraire une source parmi d'autres des recettes qui servent à financer tout un éventail de prestations sociales. En tant que de besoin, la caisse d'assurance nationale peut bénéficier d'un financement complémentaire prélevé sur les contributions fiscales ordinaires auxquelles sont assujetties les personnes résidant au Royaume-Uni, y compris les pensionnés. Compte tenu de la diversité des modalités de financement des prestations sociales ainsi que de l'interdépendance de celles-ci et de la législation fiscale, on ne saurait isoler l'assujettissement à l'assurance nationale et le considérer comme un motif suffisant pour assimiler la situation des retraités dont la pension est revalorisée à celle des pensionnés qui, comme les requérants, ne bénéficient pas de cet avantage. En outre, en ce qui concerne la comparaison établie avec les pensionnés résidant au Royaume-Uni, il convient de rappeler que le régime de sécurité sociale revêt un caractère essentiellement national et qu'il vise à répondre aux besoins des retraités résidant dans ce pays. Dans ces conditions, il est difficile d'établir une véritable comparaison avec la situation des pensionnés résidant à l'étranger compte tenu des multiples disparités d'ordre socioéconomique susceptibles d'avoir des incidences sur la valeur relative de la pension d'un pays à un autre. Comme l'ont relevé les juridictions internes, l'application de la revalorisation à tous les pensionnés où qu'ils aient choisi de vivre aurait inévitablement des effets aléatoires, alors même que, contrairement aux résidents britanniques, les expatriés ne contribuent pas au fonctionnement de l'économie du Royaume-Uni en y payant des impôts susceptibles de compenser les éventuelles hausses de leur pension.

La Cour estime que la situation des intéressés ne peut davantage être comparée à celle des pensionnés installés dans des pays liés au Royaume-Uni par des accords bilatéraux prévoyant la revalorisation. La décision de deux pays de conclure un accord de réciprocité en matière de sécurité sociale dépend de l'appréciation qu'ils portent sur leurs intérêts respectifs et de certains facteurs, tels que le nombre de migrants concernés et les prestations prévues par le régime de sécurité sociale de l'autre pays, ainsi que des questions de savoir jusqu'à quel point la réciprocité est possible et dans quelle mesure les avantages escomptés de la conclusion d'un tel accord l'emportent sur le surcoût que sa négociation et son application risquent d'entraîner pour chacune des parties concernées. L'ampleur des transferts financiers liés à un accord de réciprocité varie selon le niveau des prestations servies par chacun des deux États signataires et le volume des flux migratoires entre leurs territoires respectifs. Dans ces conditions, il est inévitable que la situation diffère d'un pays à l'autre selon qu'un accord a ou non été conclu et selon les clauses qui y sont, le cas échéant, stipulées. Il serait extraordinaire que la conclusion d'une convention bilatérale en matière de sécurité sociale ait pour effet d'obliger les États signataires à étendre le bénéfice des avantages conventionnels à toutes les personnes résidant dans des pays tiers. Ce seraient alors en vérité le droit et l'intérêt pour les États de conclure des accords de réciprocité qui se trouveraient atteints.

En résumé, les requérants ne se trouvent pas dans une situation comparable à celle des pensionnés résidant sur le territoire britannique ou dans des pays signataires de tels accords.

Conclusion: non-violation (onze voix contre six).

Jurisprudence citée par la Cour

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

Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersenc. Danemark, 7 décembre 1976, série A n° 23

Lindsay et autres c. Royaume-Uni, n° 8364/78, décision de la Commission du 8 mars 1979, Décisions et rapports 15

Johnston et autres c. Irlande, 18 décembre 1986, série A n° 112

Darby c. Suède, 23 octobre 1990, série A n° 187

Gudmundsson c. Islande, n° 23285/94, décision de la Commission du 17 janvier 1996, non publiée

Magee c. Royaume-Uni, n° 28135/95, CEDH 2000-I

K. et T. c. Finlande [GC], n° 25702/94, CEDH 2001-VII

Stec et autres c. Royaume-Uni (déc.) [GC], n^{os} 65731/01 et 65900/01, CEDH 2005-X

Stec et autres c. Royaume-Uni [GC], n^{os} 65731/01 et 65900/01, CEDH 2006-VI

Runkee et White c. Royaume-Uni, n^{os} 42949/98 et 53134/99, 10 mai 2007

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

Šilih c. Slovénie [GC], n° 71463/01, 9 avril 2009

En l'affaire Carson et autres c. Royaume-Uni,

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,
Karel Jungwiert,
Nina Vajić,
Dean Spielmann,
Renate Jaeger,
Danutė Jočienė,
Ineta Ziemele,
Isabelle Berro-Lefèvre,
Päivi Hirvelä,
Luis López Guerra,
Mirjana Lazarova Trajkovska,
Zdravka Kalaydjieva, *juges*,

et de Vincent Berger, *jurisconsulte*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 2 septembre 2009 et le 27 janvier 2010,

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

PROCÉDURE

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 42184/05) dirigée contre le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et dont treize ressortissants de cet Etat, M^{me} Annette Carson, M. Bernard Jackson, M^{me} Venice Stewart, M^{me} Ethel Kendall, M. Kenneth Dean, M. Robert Buchanan, M. Terence Doyle, M. John Gould, M. Geoff Dancer, M^{me} Penelope Hill, M. Bernard Shrubsole, M. Lothar Markiewicz et M^{me} Rosemary Godfrey (« les requérants »), ont saisi la Cour le 24 novembre 2005 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »).

2. Devant la Cour, les requérants ont été représentés par M^e T. Otty QC, et M^e B. Olbourne, avocats à Londres, ainsi que par M^e P. Tunley et M^e H. Gray, avocats à Toronto. Le gouvernement britannique (« le Gouvernement ») a été représenté par son agent, M^{me} H. Upton, du ministère des Affaires étrangères et du Commonwealth.

3. Dans leur requête, les requérants se plaignaient du refus des autorités britanniques de revaloriser leur pension de retraite en fonction de l'inflation. Ils invoquaient l'article 1 du Protocole n° 1 à la Convention, pris isolément et combiné avec l'article 14 de la Convention, ainsi que l'article 8 combiné avec l'article 14.

4. La requête a été attribuée à la quatrième section de la Cour (article 52 § 1 du règlement de la Cour). Le 17 février 2006, la Cour a décidé de communiquer la requête au Gouvernement et, comme le permet l'article 29 § 3 de la Convention, d'en examiner conjointement la recevabilité et le fond. Le 18 septembre 2007, elle a résolu de surseoir à l'examen de la requête en attendant que la Grande Chambre se prononce sur l'affaire *Burden c. Royaume-Uni* ([GC], n° 13378/05, CEDH 2008).

5. Le 4 novembre 2008, statuant à la fois sur la recevabilité et le fond de la requête, une chambre de ladite section composée de Lech Garlicki, Nicolas Bratza, Giovanni Bonello, Ljiljana Mijović, David Thór Björgvinsson, Ledi Bianku et de Mihai Poalelungi, juges, ainsi que de Fatoş Araci, greffière adjointe de section, a, à l'unanimité, déclaré irrecevable le grief fondé sur l'article 1 du Protocole n° 1 pris isolément et recevable celui tiré de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1. Elle a conclu, par six voix contre une, à la non-violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1 et a estimé, à l'unanimité, qu'il n'y avait pas lieu d'examiner le grief tiré de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8. Le juge Garlicki a formulé une opinion dissidente.

6. Le 6 avril 2009, faisant droit à une demande de renvoi présentée par les requérants, le collège de la Grande Chambre a décidé de renvoyer l'affaire devant la Grande Chambre en vertu de l'article 43 de la Convention.

7. La composition de la Grande Chambre a été arrêtée conformément à l'article 27 §§ 2 et 3 de la Convention et à l'article 24 du règlement.

8. Tant les requérants que le Gouvernement ont déposé des observations écrites sur le fond de l'affaire. Par ailleurs, des observations ont également été reçues de l'association Age Concern and Help the Aged, que le président avait autorisée à intervenir dans la procédure écrite (article 36 § 2 de la Convention et article 44 § 2 du règlement).

9. Une audience s'est déroulée en public au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 2 septembre 2009 (article 59 § 3 du règlement).

Ont comparu :

– pour le gouvernement défendeur

M^{me} H. Upton,
M^e J. Eadie QC,

agent,
conseil,

M^{me} J. Antill,
 M. C. Hedley,
 M. P. Lapraik,
 M. L. Forster-Kirkham,
 M^{me} C. Payne, *conseillers;*

– *pour les requérants*
 M^e T. Otty QC,
 M^e B. Olbourne, *conseils,*
 M. P. Tunley, *conseiller.*

La Cour a entendu M^e Otty et M^e Eadie en leurs plaidoiries ainsi qu'en leurs réponses à ses questions.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

A. Les requérants

1. Annette Carson

10. M^{me} Carson est née en 1931. Elle a passé la majeure partie de sa vie active au Royaume-Uni, où elle a cotisé à taux plein à l'assurance nationale avant d'émigrer en Afrique du Sud en 1989. De 1989 à 1999, elle a versé des cotisations volontaires à cette assurance (paragraphe 37 ci-dessous).

11. En 2000, elle a été admise au bénéfice de la pension de base de l'Etat, dont le montant hebdomadaire était alors de 67,50 livres sterling (GBP). Le montant versé à la requérante n'a pas varié depuis lors. S'il avait été revalorisé en fonction de l'inflation, il s'élèverait aujourd'hui à 95,25 GBP (paragraphe 41-42 ci-dessous).

12. L'intéressée a contesté devant les juridictions internes le refus des autorités britanniques de revaloriser sa pension (paragraphe 25-36 ci-dessous).

2. Bernard Jackson

13. M. Jackson est né en 1922. Il a travaillé pendant cinquante ans au Royaume-Uni, où il a cotisé à taux plein à l'assurance nationale avant de prendre sa retraite et d'émigrer au Canada en 1986. En 1987, il a été admis au bénéfice de la pension de l'Etat, dont le montant hebdomadaire était à l'époque de 39,50 GBP. Le montant versé à M. Jackson n'a jamais varié

depuis lors. S'il avait été revalorisé depuis 1987, il s'élèverait aujourd'hui à 95,25 GBP.

3. *Venice Stewart*

14. M^{me} Stewart est née en 1931. Elle a travaillé pendant quinze ans au Royaume-Uni, où elle a cotisé à taux plein à l'assurance nationale avant d'émigrer au Canada en 1964. Depuis 1991, elle perçoit une pension à taux réduit, dont le montant hebdomadaire s'élève à 15,48 GBP et n'a jamais varié.

4. *Ethel Kendall*

15. M^{me} Kendall est née en 1913. Elle a travaillé pendant quarante-cinq ans au Royaume-Uni, où elle a cotisé à taux plein à l'assurance nationale avant de prendre sa retraite en 1976. Admise au bénéfice de la pension de l'Etat en 1973, elle a émigré au Canada en 1986. A l'époque, le montant hebdomadaire de sa pension, qui avait progressivement augmenté, était de 38,70 GBP. Il est resté inchangé depuis lors. S'il avait été revalorisé, il s'élèverait aujourd'hui à 95,25 GBP (paragraphe 39 ci-dessous).

5. *Kenneth Dean*

16. M. Dean est né en 1923. Il a travaillé pendant cinquante et un ans au Royaume-Uni, où il a cotisé à taux plein à l'assurance nationale avant de prendre sa retraite en 1991. Admis au bénéfice de la pension de l'Etat en 1988, il a émigré au Canada en 1994. A l'époque, le montant hebdomadaire de sa pension était de 57,60 GBP. Il est resté inchangé depuis lors. S'il avait été revalorisé, il s'élèverait aujourd'hui à 95,25 GBP.

6. *Robert Buchanan*

17. M. Buchanan est né en 1924. Il a travaillé pendant quarante-sept ans au Royaume-Uni, où il a cotisé à taux plein à l'assurance nationale avant d'émigrer au Canada en 1985. En 1989, il a été admis au bénéfice de la pension de l'Etat, dont le montant hebdomadaire était à l'époque de 41,15 GBP. Le montant versé à M. Buchanan est resté inchangé depuis lors. S'il avait été revalorisé, il s'élèverait aujourd'hui à 95,25 GBP.

7. *Terence Doyle*

18. M. Doyle est né en 1937. Il a travaillé pendant quarante-deux ans au Royaume-Uni, où il a cotisé à taux plein à l'assurance nationale avant de prendre sa retraite en 1995 et d'émigrer au Canada en 1998. En 2002, il a été admis au bénéfice de la pension de l'Etat, dont le montant hebdomadaire était à l'époque de 75,50 GBP. Le montant versé à M. Doyle est resté

inchangé depuis lors. S'il avait été revalorisé, il s'élèverait aujourd'hui à 95,25 GBP.

8. John Gould

19. M. Gould est né en 1933. Il a travaillé pendant quarante-quatre ans au Royaume-Uni, où il a cotisé à taux plein à l'assurance nationale avant de prendre sa retraite et d'émigrer au Canada en 1994. En 1998, il a été admis au bénéfice de la pension de l'Etat, dont le montant hebdomadaire était à l'époque de 64,70 GBP. Le montant versé à M. Gould est resté inchangé depuis lors. S'il avait été revalorisé, il s'élèverait aujourd'hui à 95,25 GBP.

9. Geoff Dancer

20. M. Dancer est né en 1921. Il a travaillé pendant quarante-quatre ans au Royaume-Uni, où il a cotisé à taux plein à l'assurance nationale avant d'émigrer au Canada en 1981. En 1986, il a été admis au bénéfice de la pension de l'Etat, dont le montant hebdomadaire était à l'époque de 38,30 GBP. Le montant versé à M. Dancer est resté inchangé depuis lors. S'il avait été revalorisé, il s'élèverait aujourd'hui à 95,25 GBP.

10. Penelope Hill

21. M^{me} Hill est née en 1940 en Australie, pays dont elle a apparemment conservé la nationalité. Elle a vécu et travaillé au Royaume-Uni de 1963 à 1982 et y a cotisé à taux plein à l'assurance nationale. Rentrée en Australie en 1982, elle a continué à verser des cotisations à l'assurance nationale britannique au cours des années fiscales 1992-1999 et a été admise en 2000 au bénéfice de la pension de l'Etat, dont le montant hebdomadaire était à l'époque de 38,05 GBP. D'août 2002 à décembre 2004, elle a passé plus de la moitié de son temps à Londres. Elle a ainsi pu bénéficier pendant cette période d'une revalorisation de sa pension, dont le montant hebdomadaire fut porté à 58,78 GBP. A son retour en Australie, sa pension fut ramenée à son niveau antérieur, soit 38,05 GBP. Le montant en est resté inchangé depuis lors.

11. Bernard Shrubshole

22. M. Shrubshole est né en 1933. Ses cotisations à l'assurance nationale britannique lui ouvrirent droit en 1998 à une pension de l'Etat à taux plein. En 2000, il émigra en Australie. A cette époque, les ajustements successifs avaient porté le montant hebdomadaire de sa pension à 67,40 GBP. Hormis une période de sept semaines que l'intéressé passa au Royaume-Uni et où sa pension fut augmentée pour tenir compte des revalorisations annuelles

antérieures, ce montant est resté inchangé depuis lors. S'il avait été revalorisé, il s'élèverait aujourd'hui à 95,25 GBP.

12. Lothar Markiewicz

23. M. Markiewicz est né en 1924. Il a travaillé pendant cinquante et un ans au Royaume-Uni, y cotisant à taux plein à l'assurance nationale, et a été admis au bénéfice de la pension de l'Etat en 1989. En 1993, il a émigré en Australie. A cette époque, le montant hebdomadaire de sa pension était de 56,10 GBP. Il est resté inchangé depuis lors. S'il avait été revalorisé, il s'élèverait aujourd'hui à 95,25 GBP.

13. Rosemary Godfrey

24. M^{me} Godfrey est née en 1934. Elle a travaillé pendant dix ans – de 1954 à 1965 – au Royaume-Uni, y cotisant à taux plein à l'assurance nationale, avant d'émigrer en Australie en 1965. En 1994, elle a été admise au bénéfice d'une pension de l'Etat d'un montant hebdomadaire de 14,40 GBP. Ce montant est resté inchangé depuis lors.

B. La procédure interne engagée par Mme Carson

25. En 2002, se fondant sur l'article 1 du Protocole n° 1 pris isolément et combiné avec l'article 14 de la Convention, M^{me} Carson sollicita un contrôle juridictionnel de la décision lui ayant refusé la revalorisation de sa pension.

1. La procédure devant la High Court

26. Par un jugement du 22 mai 2002 (*R (Carson) v. Secretary of State for Work and Pensions* [2002] EWHC 978 (Admin)), le juge Stanley Burton rejeta la demande de contrôle juridictionnel présentée par l'intéressée.

27. Appliquant les principes qui lui paraissaient se dégager de la jurisprudence de la Cour, il considéra que le droit patrimonial censé être protégé par l'article 1 du Protocole n° 1 devait être défini par la législation interne dans laquelle il était puisé. Ayant constaté que M^{me} Carson n'avait jamais bénéficié d'un droit à la revalorisation de sa pension au regard de la loi britannique, il conclut qu'aucune violation de l'article 1 du Protocole n° 1 pris isolément n'avait pu se produire.

28. Il estima toutefois que les griefs formulés par la requérante relevaient de l'article 1 du Protocole n° 1 et qu'il lui incombait en conséquence de rechercher si elle avait été victime d'une discrimination contraire à l'article 14. A cet égard, le gouvernement défendeur a d'abord soutenu devant la Cour, avant de renoncer à cet argument, que le pays de résidence ne constituait pas un motif de discrimination prohibé par l'article 14 de la

Convention. Pour sa part, le juge Burton rejeta les prétentions de l'intéressée au motif qu'elle ne se trouvait pas dans une situation comparable à celle des retraités résidant dans les pays concernés par la revalorisation. Il jugea qu'il existait de telles disparités entre les systèmes économiques nationaux, notamment du point de vue de la réglementation sociale et fiscale, que la comparaison des pensions en livres sterling perçues par les retraités était tout simplement impossible. Il ajouta qu'à supposer même que la requérante pût prétendre se trouver dans une situation analogue à celle des retraités résidant au Royaume-Uni ou dans des pays où la revalorisation s'appliquait dans les conditions d'un accord bilatéral, la différence de traitement litigieuse pourrait passer pour justifiée.

2. La procédure devant la Cour d'appel

29. Par un arrêt du 17 juin 2003 (*R (Carson and Reynolds) v. Secretary of State for Work and Pensions* [2003] EWCA Civ 797), la Cour d'appel débouta M^{me} Carson du recours dont celle-ci l'avait saisie. Reprenant les motifs adoptés par la *High Court*, la Cour d'appel (composée des *Lords Justice* Simon Brown, Laws et Rix) estima que la non-revalorisation de la pension de M^{me} Carson n'emportait pas violation de l'article 1 du Protocole n° 1 pris isolément car cette disposition ne garantissait pas un droit à acquérir des biens.

30. Examinant le moyen tiré de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1, la Cour d'appel observa que le ministre défendeur avait reconnu que le lieu de résidence était constitutif d'une « situation » au sens de la première de ces dispositions. Elle ajouta toutefois que la situation de l'intéressée se distinguait nettement de celle des pensionnés auxquels elle se comparait. A cet égard, elle souligna que « le dispositif aménagé par la législation primaire [était] entièrement axé sur les effets que la hausse des prix au Royaume-Uni [pouvait] avoir sur les pensions ». Et le *Lord Justice* Laws de préciser :

« Il n'y a tout simplement pratiquement aucune chance que la hausse du coût de la vie (et cela vaut pour tout autre paramètre économique) dans les pays étrangers où se sont installés des pensionnés de l'Etat britannique se répercute de manière comparable sur la valeur des pensions des intéressés. Ceux-ci se trouveront tantôt mieux, tantôt moins bien lotis. A cela s'ajoutent, bien entendu, les effets de la fluctuation des taux de change. Il existe donc une infinité de variations possibles, dans tous les sens. Je ne nie évidemment pas qu'il existe des arguments de principe militant en faveur de l'extension de la revalorisation annuelle aux pensionnés qui se trouvent dans la situation de M^{me} Carson. Mais il me semble que pareille mesure aurait inévitablement des effets aléatoires si elle devait s'appliquer de plein droit à toutes les personnes concernées. Le gouvernement n'est pas tenu de justifier son refus de prendre une mesure susceptible de produire pareils effets – au bout du compte, c'est tout ce qu'on lui reproche en l'espèce

– du seul fait que ces effets sont comparés avec ceux, clairs et certains, du mécanisme de revalorisation dont bénéficient les pensionnés résidant au Royaume-Uni».

31. La Cour d'appel se pencha également, à titre subsidiaire, sur la question de la justification de la non-revalorisation litigieuse et conclut que le «véritable» motif de celle-ci tenait au fait que M^{me} Carson et les personnes qui se trouvaient dans la même situation qu'elle «[avaient] choisi de vivre dans des sociétés – et surtout dans des économies – extérieures au Royaume-Uni, où la raison d'être du dispositif de revalorisation [pouvait] très bien ne pas exister». En conséquence, elle estima que la décision incriminée était objectivement justifiée, indépendamment du coût – dont elle admit qu'il serait «considérable» – de l'extension éventuelle de la revalorisation aux personnes se trouvant dans la même situation que M^{me} Carson. Elle considéra en outre que les implications financières «[étaient], dans le contexte de l'espèce, un facteur propre à faire conclure au caractère légitime de la position du ministre défendeur», dans la mesure où souscrire aux arguments de M^{me} Carson serait revenu à opérer, dans le processus politique de répartition des deniers publics, une ingérence judiciaire non obligatoirement requise par la loi de 1998 sur les droits de l'homme (*Human Rights Act 1998*), par la jurisprudence de Strasbourg ou par un «impératif juridique» suffisamment pressant pour justifier des limitations ou des restrictions à la politique macroéconomique menée par le pouvoir issu des urnes.

3. *La procédure devant la Chambre des lords*

32. Invoquant l'article 1 du Protocole n° 1 combiné avec l'article 14 de la Convention, M^{me} Carson se pourvut devant la Chambre des lords. Elle fut déboutée de son recours par un arrêt du 26 mai 2005 adopté à une majorité de quatre voix contre une (*R (Carson and Reynolds) v. Secretary of State for Work and Pensions* [2005] UKHL 37).

33. Les *Law Lords* majoritaires (Lord Nicholls of Birkenhead, Lord Hoffmann, Lord Rodger of Earlsferry et Lord Walker of Gestinghope) reconnurent que les pensions de retraite relevaient de l'article 1 du Protocole n° 1 et que l'article 14 de la Convention trouvait donc à s'appliquer. Ils admirent en outre que le lieu de résidence était une caractéristique personnelle couverte par l'expression «toute autre situation» employée à l'article 14 et qu'il constituait à ce titre un motif de discrimination prohibé. Relevant toutefois qu'une personne pouvait choisir son lieu de résidence, ils jugèrent que la justification d'une différence de traitement fondée sur ce critère pouvait se satisfaire de motifs moins impérieux que ceux requis pour une discrimination reposant sur une caractéristique personnelle intrinsèque telle que la race ou le sexe.

34. Ils observèrent qu'il était parfois artificiel d'examiner séparément les questions de savoir, premièrement, si la victime alléguée d'une discrimination se trouvait dans une situation analogue à celle d'une personne bénéficiant d'un traitement plus favorable et, deuxièmement, si la différence de traitement était raisonnablement et objectivement justifiée. Ils jugèrent qu'en l'espèce la requérante ne se trouvait pas dans une situation analogue à celle des pensionnés résidant au Royaume-Uni ou dans des pays parties à des accords bilatéraux conclus avec le Royaume-Uni. Ils relevèrent que la pension de l'Etat n'était que l'une des composantes d'un système combinant des dispositions fiscales et des mesures de protection sociale institué pour garantir un niveau de vie de base aux personnes résidant au Royaume-Uni. Ils précisèrent que le financement en était assuré pour partie par les cotisations à l'assurance nationale versées par les travailleurs actifs et les employeurs, et pour partie par les recettes fiscales ordinaires. Ils observèrent en outre que l'attribution d'une pension de retraite n'était pas soumise à condition de ressources, mais que les pensionnés qui disposaient de hauts revenus provenant d'autres sources en reversaient une partie à l'Etat au titre de l'impôt sur le revenu. Ils ajoutèrent que les retraités aux ressources modestes avaient accès à d'autres prestations, telles que le revenu minimum. Ils indiquèrent par ailleurs que l'indexation visait à préserver la valeur des pensions face aux fluctuations des paramètres de l'économie britannique, notamment celles du coût de la vie et du taux d'inflation. Ils relevèrent enfin que la situation économique était fort différente dans d'autres pays. Prenant l'exemple de l'Afrique du Sud, pays où résidait M^{me} Carson, ils observèrent ainsi que la sécurité sociale y était pratiquement inexistante, mais que le coût de la vie y était bien moindre qu'au Royaume-Uni et que le rand s'était déprécié par rapport à la livre sterling au cours des dernières années.

35. Lord Hoffmann, qui faisait partie de la majorité, s'exprima ainsi :

« 18. Le refus d'un avantage social opposé à M^{me} Carson au motif qu'elle réside à l'étranger ne saurait être assimilé à une discrimination fondée sur la race ou le sexe. Il ne porte pas atteinte au droit de l'intéressée au respect de sa personnalité. Rien n'obligeait M^{me} Carson à émigrer en Afrique du Sud. Elle s'y est établie de son plein gré, et sans doute pour de bonnes raisons. Mais en faisant ce choix, elle s'est placée dans une situation étrangère au champ d'application et à l'objectif premier de la sécurité sociale britannique. Les prestations sociales sont l'une des composantes d'un système de protection sociale complexe et intégré conçu pour garantir un niveau de vie de base à la population de ce pays. Elles constituent l'un des aspects de ce que l'on appelle la « solidarité sociale » ou la « fraternité », c'est-à-dire le devoir de toute communauté de venir en aide à ceux de ses membres qui sont dans le besoin. Ce devoir est généralement considéré comme revêtant un caractère national. Il ne s'étend pas à la population des pays étrangers. Ce principe est consacré par des traités tels que

la Convention concernant la sécurité sociale (norme minimum) adoptée en 1952 par l'OIT (voir l'article 69) et le code européen de sécurité sociale de 1961.

19. Le représentant de M^{me} Carson – M. Blake *QC* – a reconnu la valeur de cet argument. Il admet que sa cliente n'aurait aucune raison de se plaindre si les autorités britanniques appliquaient strictement le principe selon lequel la sécurité sociale nationale ne bénéficie qu'aux résidents du Royaume-Uni et ne versaient pas de pension aux expatriés. Par ailleurs, il ne trouve rien à redire au fait que l'intéressée ne puisse bénéficier d'autres prestations telles que l'indemnité de chômage ou le revenu minimum. Mais il estime qu'il est irrationnel de reconnaître à M^{me} Carson le droit à une pension au titre de ses cotisations à l'assurance nationale tout en lui refusant le bénéfice d'une pension identique à celle servie aux résidents britanniques qui ont versé les mêmes cotisations.

20. Pour revendiquer le droit à l'égalité de traitement – seulement en ce qui concerne la retraite – M^{me} Carson se fonde uniquement sur le fait qu'elle a versé à l'assurance nationale des cotisations identiques à celles payées par les retraités auxquels elle se compare. Toute son argumentation se résume à cela. Toutefois, j'estime qu'en se focalisant sur ce point l'intéressée simplifie à l'excès les termes de la comparaison opérée par elle. Pour reprendre la formule utilisée par la Cour européenne dans l'arrêt *Van der Musselle c. Belgique* ((1983) 6 EHRR 163, 180, § 46), la situation des assurés britanniques « se caractérise par un ensemble de droits et d'obligations dont il apparaît artificiel d'isoler un aspect donné ».

21. En réalité, la thèse de M^{me} Carson consiste à dire que, dès lors que les cotisations sont une condition nécessaire pour la pension de retraite servie aux résidents britanniques, elles devraient être une condition suffisante. Aucune autre considération ne devrait intervenir. Il n'y aurait notamment pas lieu de vérifier si les personnes concernées vivent au Royaume-Uni et participent au fonctionnement des autres volets du régime fiscal et social de ce pays. Pareil raisonnement me semble manifestement fallacieux. Contrairement aux primes payées aux caisses de retraite privées, les cotisations versées à l'assurance nationale ne sont pas exclusivement affectées aux pensions de retraite, avec lesquelles elles ne présentent en réalité qu'une corrélation assez faible. Elles ne constituent qu'une partie des recettes servant à financer l'ensemble des prestations sociales et le Service national de santé, l'autre partie provenant des prélèvements fiscaux ordinaires. S'il suffisait aux assurés d'avoir cotisé pour se voir accorder des avantages sociaux, M^{me} Carson devrait pouvoir prétendre à l'ensemble des prestations contributives existantes, y compris l'allocation de maternité ou l'indemnité de chômage. Ce n'est toutefois pas ce qu'avance l'intéressée.

22. L'intrication des composantes du système est telle que l'on ne peut en isoler un élément pour le soumettre à un régime spécial. La mise en place d'un système de pensions publiques repose principalement sur l'idée que la plupart des gens ont besoin d'argent à l'âge de la retraite. Les pensions en question ne sont pas soumises à condition de ressources, mais c'est seulement parce que le contrôle des revenus des pensionnés serait coûteux et qu'il dissuaderait les intéressés – même ceux qui en ont besoin – de faire valoir leur droit à pension. C'est pourquoi l'Etat verse une pension à chacun, sans rechercher si les bénéficiaires disposent ou non par ailleurs de revenus suffisants. En

revanche, les pensions sont assujetties à l'impôt, ce qui permet à l'Etat de recouvrer une partie de la pension servie aux retraités imposables et de réduire le coût réel de cette prestation. De surcroît, les retraités indigents pourraient de toute façon prétendre au revenu minimum, qui est une prestation non contributive. Pour apprécier le coût réel des pensions de retraite versées à ces personnes, il convient donc de tenir compte des économies susceptibles d'être réalisées au titre du revenu minimum.

23. Aucun de ces mécanismes interdépendants ne peut être appliqué à ceux qui, comme M^{me} Carson, ne résident pas sur le territoire britannique. M^{me} Carson n'étant pas imposable au Royaume-Uni, l'Etat ne serait pas en mesure de recouvrer la moindre somme auprès d'elle si elle avait d'importants revenus complémentaires (bien entendu, je ne prétends pas que tel soit le cas; je ne sais pas si M^{me} Carson dispose ou non d'autres revenus, mais il existe certainement des retraités expatriés qui en ont). De même, si M^{me} Carson était indigente, l'Etat ne pourrait rien économiser au titre du revenu minimum. Au contraire, sa pension de retraite viendrait en déduction des prestations sociales auxquelles elle pourrait avoir droit dans son pays de résidence.

Les pensions publiques et les pensions privées

24. Je pense que c'est l'emploi des termes «assurance» et «cotisations» dans le contexte des pensions publiques qui donne à croire que celles-ci présentent des analogies avec les régimes de retraite privés. Pourtant, du point de vue des cotisants, les cotisations à l'assurance nationale se différencient peu des recettes fiscales ordinaires, lesquelles se confondent dans la masse commune du fonds consolidé. La distinction entre cotisations sociales et contributions fiscales n'a de sens que pour la comptabilité publique. Pour l'instant, il existe bien une corrélation entre les pensions et les cotisations, mais aucune raison impérieuse ne requiert qu'il en soit ainsi. En fait (principalement parce que le système actuel pénalise gravement les femmes ayant renoncé au travail salarié pour se consacrer aux tâches non rémunérées qu'impose la tenue d'un foyer), des propositions de changement ont été formulées. Les pensions contributives pourraient ainsi être remplacées par une «pension de citoyen» non contributive, payable à tous les habitants du Royaume-Uni ayant atteint l'âge de la retraite. Il est évident toutefois que le financement de cette prestation nécessiterait également la collecte de cotisations à l'assurance nationale, comme c'est le cas de l'ensemble des autres prestations non contributives. En revanche, le passage à un régime de pension non contributif aurait eu des conséquences radicales sur la thèse de M^{me} Carson, car la suppression de la contributivité aurait privé l'intéressée de son argument selon lequel ses cotisations lui ont conféré un droit à l'égalité de traitement. Les cotisations que M^{me} Carson aurait dû verser à l'assurance nationale au cours de sa période d'activité au Royaume-Uni auraient été exactement identiques et leur corrélation avec son droit à pension n'aurait été ni plus forte ni moins forte qu'aujourd'hui.

Un choix du Parlement

25. Pour les raisons énoncées ci-dessus, j'estime que les personnes qui ne résident pas au Royaume-Uni se trouvent dans une situation matériellement et sensiblement différente de celle des personnes installées dans ce pays. Avec tout le respect que je dois à mon éminent collègue Lord Carswell, je ne pense pas que ces raisons soient subtiles et abscones. Elles me paraissent pragmatiques et légitimes. En outre, il me semble que

la présente affaire est précisément de celles pour lesquelles le Parlement est en droit de décider si les disparités entre les situations justifient une différence de traitement. Je conçois mal que le droit n'autorise le Royaume-Uni à se montrer généreux envers les retraités expatriés que s'il les traite exactement de la même manière que les pensionnés résidant sur son territoire. Dès lors qu'il est acquis que M^{me} Carson se trouve dans une situation sensiblement différente de celle des personnes résidant au Royaume-Uni et qu'elle ne peut donc pas revendiquer l'égalité de traitement, c'est au législateur qu'il doit revenir de décider du montant qu'elle doit percevoir (le cas échéant) à titre de pension. Il devrait être possible d'admettre que les cotisations versées par elle lui donnent droit, en équité, à une pension, sans avoir pour autant à renoncer au raisonnement justifiant qu'on lui refuse le bénéfice de l'égalité de traitement. Et lorsqu'il s'interroge sur le montant des pensions à verser aux retraités expatriés, le législateur doit pouvoir tenir compte des autres charges pesant sur le budget social de l'Etat. Dire que le refus des pouvoirs publics de revaloriser annuellement la pension des retraités en question vise à ménager les deniers publics, c'est énoncer une vérité, mais seulement au sens trivial du terme, car à chaque fois que l'on décide de ne pas augmenter les dépenses d'un poste budgétaire, on réalise une économie qui permet de réduire les impôts ou de financer d'autres opérations.

26. Je déplore que le ministre défendeur ait insisté autant sur des aspects tels que la disparité des taux d'inflation entre les différents pays concernés pour nous convaincre qu'il est légitime de ne pas revaloriser de la même façon les pensions des retraités expatriés et celles des résidents britanniques. Il n'était nullement obligé de présenter des calculs aussi savants pour justifier les montants octroyés. Ces considérations nous éloignent de la question centrale. Dès lors qu'il est acquis que les expatriés se trouvent dans une situation sensiblement différente de celle des personnes résidant au Royaume-Uni et qu'ils pourraient se voir dénier tout droit à pension, ce que M. Blake reconnaît, le Parlement n'est pas tenu de rendre compte à la justice des raisons pour lesquelles les premiers perçoivent tel ou tel montant. On peut se dispenser de rationaliser la générosité. Il suffisait au ministre défendeur d'indiquer que, tout bien considéré, le Parlement avait jugé que le régime de retraite ici incriminé opérait une juste répartition des ressources disponibles.

27. Des raisons analogues me conduisent à conclure que la comparaison avec les personnes installées dans des pays parties à des accords est inopérante. M. Blake fait état de déclarations du gouvernement d'où il ressortirait qu'il est impossible de discerner une quelconque logique dans l'économie des accords en question, les dispositions de chacun d'eux reflétant ce que le Royaume-Uni a pu négocier à un moment donné sans se placer dans une situation par trop défavorable du point de vue économique. Je pense pour ma part que l'existence de tels accords constitue un motif parfaitement rationnel pour justifier une différence de traitement. La situation d'un pensionné de l'Etat britannique expatrié dans un pays qui a souhaité aménager avec le Royaume-Uni un dispositif de réciprocité satisfaisant en matière de sécurité sociale est sensiblement différente de celle d'un pensionné résidant dans un pays qui n'a pas entrepris pareille démarche. En concluant ce type d'accord, l'Etat se donne la possibilité d'améliorer – à moindre coût, ou du moins sans que cela ne représente une charge excessive – les prestations sociales attribuées aux ressortissants britanniques installés à l'étranger. Il

serait très étrange que l'Etat ne puisse conclure pareils accords de réciprocité avec tel ou tel Etat – ce qu'il a fait notamment avec les pays de l'EEE – que pour autant qu'il serve des prestations identiques à tous les retraités expatriés où qu'ils se trouvent dans le monde.»

36. En désaccord avec la majorité, Lord Carswell estima pour sa part que M^{me} Carson était fondée à comparer sa situation avec celle des bénéficiaires d'une pension contributive résidant au Royaume-Uni ou dans d'autres pays où la revalorisation était appliquée. Il s'en expliqua ainsi :

« Les gens sont libres de dépenser leurs revenus où et comme ils le souhaitent. Certains décident de vivre dans un pays où le coût de la vie est faible ou le taux de change favorable. Cette pratique est répandue chez nos aînés. Qu'elle comporte ou non des inconvénients, elle reste une affaire de convenance personnelle. Le dénominateur commun de tous les retraités, où qu'ils résident, est d'avoir dûment cotisé en vue de bénéficier d'une pension. Verser à certains d'entre eux une pension plus faible constitue à mes yeux une pratique discriminatoire contraire à l'article 14 (...). »

Lord Carswell en conclut que la question centrale en l'espèce était celle de la justification de la différence de traitement incriminée. Reconnaissant que la justice devait faire preuve de circonspection dans le domaine de la politique macroéconomique, il admit qu'il aurait dû s'incliner devant le pouvoir décisionnel du gouvernement en la matière si celui-ci avait avancé des arguments d'ordre économique ou politique suffisants pour justifier la différence en question. Relevant que le ministère de la Sécurité sociale avait lui-même concédé que la seule raison pour laquelle la revalorisation ne s'appliquait pas à toutes les pensions tenait à la volonté des autorités de ménager les deniers publics, il jugea toutefois que la différence de traitement litigieuse ne se justifiait pas et qu'il n'était pas équitable d'en faire supporter les conséquences à la requérante et à ceux placés dans une situation identique à la sienne.

II. LE DROIT INTERNE ET LE DROIT INTERNATIONAL PERTINENTS

A. Le droit et la pratique internes

1. *Les cotisations à l'assurance nationale*

37. Au Royaume-Uni, sont assujettis à l'obligation de cotiser à l'assurance nationale les travailleurs salariés et indépendants dont les revenus excèdent un certain seuil et les employeurs pour chacun de leurs salariés dont la rémunération dépasse un certain montant. Il est par ailleurs possible à certaines personnes qui ne sont pas assujetties à cette obligation – par exemple parce qu'elles ne résident pas au Royaume-Uni – de verser des cotisations volontaires afin de pouvoir prétendre à certaines prestations de

sécurité sociale. Le montant des cotisations salariales et patronales varie en fonction du niveau des revenus. Pour l'année fiscale en cours (2009-2010), les salariés gagnant de 110 à 844 GBP par semaine doivent cotiser à hauteur de 11 % de leur rémunération. A ces cotisations salariales s'ajoutent des cotisations patronales s'élevant à 12,8 % de la rémunération en question. Le montant de base des cotisations dues par les travailleurs indépendants est de 2,40 GBP par semaine, celui des cotisations volontaires de 12,05 GBP par semaine.

38. Parmi les avantages sociaux financés par les cotisations à l'assurance nationale figurent les prestations contributives suivantes: l'allocation de chômage (*jobseeker's allowance*), l'allocation d'incapacité de travail (*incapacity benefit*), qui a été remplacée par l'allocation d'emploi et de soutien (*employment and support allowance*), l'allocation de maternité (*maternity allowance*), l'allocation de veuvage (*widow's benefit*), l'allocation de décès (*bereavement benefits*), la pension de retraite de certaines catégories de personnes, l'allocation spéciale de naissance (*child's special allowance*) et l'allocation de tutelle (*guardian's allowance*). Ces prestations sont régies par le principe de répartition, selon lequel les prestations servies au titre d'une année sont financées par les cotisations versées à l'assurance nationale la même année. En tant que de besoin, elles peuvent faire l'objet d'un financement complémentaire prélevé sur les recettes de l'impôt sur le revenu ou d'autres taxes. Toutefois, il n'a pas été nécessaire de recourir à ce dispositif depuis 1998. Les cotisations à l'assurance nationale contribuent également au financement du Service national de santé.

2. La pension servie par l'Etat

39. Le montant hebdomadaire de la pension de base servie par l'Etat s'élève à 95,25 GBP pour l'exercice budgétaire 2009-2010. Peuvent y prétendre les personnes ayant atteint l'âge de la retraite et cotisé ou bénéficié de crédits de cotisation auprès de la caisse d'assurance nationale (ou dont le conjoint ou le partenaire civil a cotisé ou bénéficié de crédits de cotisation auprès de la caisse d'assurance nationale) pendant un nombre suffisant d'«années d'assurance». L'âge d'admission à la pension de l'Etat est actuellement fixé à 65 ans pour les hommes et à 60 ans pour les femmes. A partir de 2010, il sera progressivement relevé pour les femmes, de manière à ce qu'en 2020 il soit de 65 ans pour les deux sexes. A l'heure actuelle, les hommes doivent justifier de 44 années d'assurance pour percevoir une pension de base à taux plein à l'âge de 65 ans. Les femmes qui auront 60 ans avant 2010 doivent avoir accompli 39 années d'assurance pour y être éligibles. La loi de 2007 sur les pensions a réduit à 30 le nombre d'années d'assurance requis pour l'obtention d'une pension de base à taux plein en ce

qui concerne les assurés qui atteindront l'âge d'admission au bénéfice de la pension au plus tôt le 6 avril 2010. Ceux qui ne justifient pas d'un nombre suffisant d'années d'assurance pour être éligibles à une pension de base à taux plein peuvent se voir accorder une pension à taux réduit. En principe, il faut avoir accompli 10 ou 11 années d'assurance pour pouvoir prétendre au taux minimum (25 %) de la pension de base servie par l'Etat.

40. Les personnes résidant au Royaume-Uni et n'ayant pas cotisé suffisamment longtemps pour être éligibles à une pension de l'Etat peuvent se voir attribuer des avantages sociaux non contributifs soumis à condition de ressources, tels que le revenu minimum (*income support*) et l'allocation de logement (*housing benefit*).

3. *La revalorisation des pensions et les accords de réciprocité*

41. L'article 150 de la loi de 1992 sur l'administration de la sécurité sociale (*Social Security Administration Act*) oblige le ministre compétent à revaloriser tous les ans, par voie de règlement, le montant de la pension de base servie par l'Etat, de manière à en préserver la valeur «par rapport au niveau général des prix en Grande-Bretagne».

42. Bien que la pension de base soit servie aux retraités résidant à l'étranger, ceux-ci ne bénéficient pas de la revalorisation de cette prestation. Tant qu'ils ne rétablissent pas leur résidence au Royaume-Uni, le montant hebdomadaire de la pension qui leur est versée reste bloqué au niveau que celle-ci avait atteint au cours de l'année où ils se sont expatriés ou, dans le cas où ils ont émigré avant d'avoir atteint l'âge de la retraite, au cours de l'année où ils ont été admis au bénéfice de la pension. Les retraités expatriés qui retournent au Royaume-Uni pour une courte période voient leur pension revalorisée pendant la durée de leur séjour, mais celle-ci est ramenée à son niveau antérieur dès que les intéressés regagnent leur pays de résidence.

43. Echappent à cette règle les pensionnés installés dans des pays ayant conclu avec les autorités britanniques des accords de réciprocité en matière de sécurité sociale qui prévoient la revalorisation des pensions en fonction de l'inflation relevée au Royaume-Uni.

44. Les accords bilatéraux conclus par les Etats ont pour objet de fournir, sur une base de réciprocité, aux travailleurs de chacune des deux parties contractantes qui s'installent dans l'autre, ainsi qu'à leurs familles, une couverture sociale plus étendue que celle dont ils bénéficieraient en vertu de la seule législation nationale. Chacun de ces accords est négocié entre les parties au vu des dispositions de leurs régimes de sécurité sociale respectifs qui se prêtent à la réciprocité. Tous déterminent le régime de sécurité sociale applicable aux personnes qui quittent le territoire de l'une des parties contractantes pour aller travailler dans l'autre. En règle générale,

le régime en question est celui du pays où s'exerce l'activité professionnelle. La décision d'un pays de conclure avec un autre un accord de réciprocité en matière de sécurité sociale dépend de certains facteurs, tels que le nombre de migrants concernés et les prestations prévues par le régime de sécurité sociale de l'autre pays, ainsi que des questions de savoir jusqu'à quel point la réciprocité est possible et dans quelle mesure les avantages escomptés d'un tel accord l'emportent sur le surcoût qu'il risque d'entraîner pour chacune des parties. L'ampleur des transferts financiers liés à un accord de réciprocité varie selon le niveau des prestations servies par chacun des deux Etats et le volume des flux migratoires entre leurs territoires respectifs.

45. La quasi-totalité des accords bilatéraux conclus par le Royaume-Uni dont la portée dépasse la question de l'assujettissement aux cotisations comportent des dispositions concernant les pensions de retraite et les allocations de veuvage et de décès. La plupart d'entre eux réglemeent aussi les prestations dues en cas de maladie, d'incapacité et de maternité. Certains couvrent les indemnités de chômage et les allocations familiales. Lorsque le bénéficiaire d'une prestation est soumis à condition de cotisation, l'accord prévoit en général la totalisation des cotisations versées dans les deux pays signataires. Chacun d'eux procède ensuite à la liquidation des droits à pension au prorata des cotisations qui lui ont été versées. Lorsque le bénéficiaire d'une prestation est subordonné à l'accomplissement d'une période de résidence, les accords de réciprocité assimilent en général les périodes de résidence effectuées dans l'un des deux pays signataires à celles accomplies dans l'autre. Lorsque l'un des deux pays signataires verse des prestations au vu des périodes de résidence effectuées dans l'autre pays ou des cotisations qui y ont été versées, l'accord prévoit généralement le remboursement par ce dernier des prestations en question. Les accords de réciprocité conclus par le Royaume-Uni ne prévoient pas tous la revalorisation des pensions versées aux expatriés britanniques.

46. Le Royaume-Uni a conclu des accords de réciprocité en matière de sécurité sociale prévoyant la revalorisation des pensions avec tous les Etats membres de l'Espace économique européen et avec la Barbade, les Bermudes, la Bosnie-Herzégovine, la Corée du Sud, la Croatie, les Etats-Unis d'Amérique, Israël, la Jamaïque, le Japon, Jersey et Guernesey, les îles Maurice, la Nouvelle-Zélande, les Philippines, la République fédérale de Yougoslavie et la Turquie. Les personnes admises au bénéfice de la pension de l'Etat britannique installées dans ces pays bénéficient de la revalorisation de leur pension dans les mêmes conditions que les pensionnés résidant au Royaume-Uni. Basée sur le taux d'inflation britannique, la revalorisation en question ne tient pas compte de l'inflation dans le pays hôte.

47. Tous les accords susmentionnés ont été signés entre 1948 et 1992. Les accords conclus depuis 1979 portent sur la mise en œuvre d'engagements pris antérieurement par le gouvernement du Royaume-Uni. Depuis juin 1996, celui-ci s'est donné pour principe de limiter la portée des accords de réciprocité à intervenir au règlement des questions d'assujettissement aux cotisations de sécurité sociale. Entrés en vigueur en 1953, 1956 et 1959 respectivement, les accords passés avec l'Australie, la Nouvelle-Zélande et le Canada ne prévoient pas la revalorisation des pensions. L'accord conclu avec l'Australie a été dénoncé par ce pays à compter du 1^{er} mars 2001 en raison du refus du gouvernement britannique de revaloriser les pensions des retraités britanniques résidant sur le territoire australien.

48. Lorsque le projet de loi relatif aux pensions fut examiné au Parlement en 1995, chacune des deux chambres repoussa à une large majorité les amendements visant à étendre le bénéfice de la revalorisation à l'ensemble des retraités expatriés qui avaient été déposés devant elle. Selon le Gouvernement, l'extension rétroactive de la revalorisation à tous les pensionnés de l'Etat britannique résidant dans des pays où elle n'est aujourd'hui pas applicable reviendrait à environ quatre milliards de GBP, auxquels il faudrait ajouter une facture annuelle de 500 millions de GBP (soit 0,79 % des 62,7 milliards de GBP au total que le Royaume-Uni a consacrés aux retraites en 2008-2009).

B. Le droit international pertinent

49. L'article 69 de la Convention concernant la sécurité sociale (norme minimum) adoptée par l'Organisation internationale du travail en 1952 (« la Convention de l'OIT de 1952 ») énonce que les prestations – notamment les prestations de vieillesse – auxquelles une personne protégée aurait eu droit en application de cet instrument peuvent être suspendues en tout ou partie par un Etat membre aussi longtemps que la personne en question ne se trouve pas sur le territoire de cet Etat. L'article 68 du Code européen de sécurité sociale de 1964 et l'article 74 § 1 f) du Code européen de sécurité sociale (révisé) de 1990 contiennent des dispositions analogues.

50. La quatrième partie de la Convention n° 157 de l'OIT concernant l'établissement d'un système international de conservation des droits en matière de sécurité sociale, adoptée en 1982, prévoit que l'égalité de traitement entre les ressortissants de chacune des Parties contractantes en ce qui concerne les droits à la sécurité sociale – y compris la conservation des avantages accordés par les législations de sécurité sociale quels que soient les déplacements des personnes protégées entre les territoires des Parties contractantes – peut être garantie par la conclusion de conventions bilatérales ou multilatérales appropriées. Les accords bilatéraux constituent la technique

la plus couramment utilisée pour la coordination des législations en matière de sécurité sociale. Leur champ d'application personnel et géographique est très varié. Certains d'entre eux ne s'appliquent qu'aux ressortissants des Etats qui y sont parties, d'autres bénéficient à toute personne couverte par le régime de sécurité sociale de l'une au moins des parties contractantes. Certains portent tant sur les prestations non contributives que sur les prestations contributives, d'autres se limitent à cette dernière catégorie.

51. En avril 2008, le Conseil de l'Europe a lancé une initiative en vue de l'adoption d'un nouvel accord-cadre de coordination des régimes de sécurité sociale des Etats membres prévoyant notamment la portabilité des droits à prestation dans l'ensemble des pays membres de cette organisation. Cette initiative a été abandonnée lorsqu'il s'est avéré que la plupart des Etats concernés préféraient conserver le système actuel d'accords bilatéraux (voir CM (2008) 71, § 11, 17 avril 2008).

EN DROIT

52. L'ensemble des requérants allèguent que le refus des autorités britanniques de revaloriser leur pension emporte violation de l'article 1 du Protocole n° 1 pris isolément et combiné avec l'article 14 de la Convention. Sous l'angle de l'article 8 combiné avec l'article 14, six d'entre eux soutiennent en outre que ce refus a lesté leur choix de se rapprocher des membres de leur famille installés à l'étranger de conséquences négatives d'ordre discriminatoire.

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 1 du Protocole n° 1 énonce :

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

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

L'article 8 de la Convention se lit comme suit :

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

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

I. SUR LA RECEVABILITÉ

A. Les conclusions de la chambre

53. La chambre a conclu à l'irrecevabilité du grief fondé sur l'article 1 du Protocole n° 1 pris isolément, au motif que cette disposition ne garantit pas un droit à acquérir des biens ou à percevoir des prestations sociales ou une pension de retraite de quelque type et de quelque montant que ce soit lorsque pareil droit n'est pas prévu par le droit interne. Elle a déclaré recevable le grief tiré de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1 et a estimé, sans se prononcer sur sa recevabilité, qu'il n'y avait pas lieu d'examiner le grief formulé sur le terrain de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8.

B. Les thèses des parties

54. Les requérants précisent que leur moyen tiré de la violation alléguée de l'article 1 du Protocole n° 1 pris isolément se décompose en deux branches. Selon la première, la subordination du droit de percevoir une pension revalorisée à une condition de résidence s'analyse en une privation de ce droit ou en une ingérence dans l'exercice de celui-ci. Selon la seconde, la dépréciation subie par leur pension au fil des années du fait de sa non-revalorisation s'analyse en une érosion du bien que cette prestation constitue. Les intéressés soutiennent que la chambre a eu tort de déclarer le grief en question irrecevable. Ils lui reprochent en outre de n'en avoir examiné que la première branche.

55. Concédant que M^{me} Carson est la seule parmi eux à avoir intenté une procédure au Royaume-Uni, ils allèguent toutefois qu'il aurait été vain pour eux d'exercer les recours prévus par le droit interne dès lors que le pourvoi de M^{me} Carson avait été rejeté par la Chambre des lords. Reconnaisant que les juridictions internes n'ont pas été saisies du grief tiré de la violation alléguée de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8, ils demandent cependant à la Cour de les autoriser à l'articuler devant elle. A cet égard, ils soulignent que le Gouvernement n'a pas plaidé le non-épuisement devant la chambre et que, compte tenu de leur âge avancé, on ne saurait leur imposer d'attendre plus longtemps l'aboutissement de leur affaire.

56. Pour sa part, le Gouvernement soutient d'abord que la requête doit être déclarée irrecevable faute d'épuisement des voies de recours internes pour autant qu'elle concerne les douze consorts de M^{me} Carson, lesquels n'ont pas agi devant les juridictions britanniques. Il plaide ensuite qu'en tout état de cause le grief fondé sur l'article 14 combiné avec l'article 8 doit être déclaré irrecevable pour le même motif, dès lors qu'il n'a jamais été soulevé devant les juridictions britanniques.

C. L'appréciation de la Cour

57. En ce qui concerne d'abord le grief fondé sur l'article 1 du Protocole n° 1 pris isolément, la Cour considère que ce que les requérants qualifient de seconde branche de leur moyen se ramène à une simple reformulation de la première. Le droit interne ne reconnaît pas aux pensionnés résidant dans des pays non parties à un accord de réciprocité conclu avec les autorités britanniques un droit à la revalorisation annuelle de leur pension en fonction de l'inflation relevée au Royaume-Uni. La décision par laquelle la chambre a conclu à l'irrecevabilité du grief tiré de l'article 1 du Protocole n° 1 étant définitive, cette partie de la requête est étrangère à l'objet du litige dont la Grande Chambre est présentement saisie (*K. et T. c. Finlande* [GC], n° 25702/94, § 141, CEDH 2001-VII, et *Šilih c. Slovénie* [GC], n° 71463/01, §§ 119-121, 9 avril 2009).

58. En ce qui concerne ensuite les exceptions préliminaires soulevées par le Gouvernement, la Cour estime qu'il serait erroné de conclure à l'irrecevabilité du grief tiré de l'article 1 du Protocole n° 1 relativement aux douze requérants qui n'ont pas agi devant les juridictions internes. Dès lors, en effet, que les prétentions de M^{me} Carson à cet égard avaient été rejetées par la Chambre des lords, celles de ses consorts n'avaient aucune chance de prospérer devant les tribunaux britanniques.

59. En revanche, la Cour considère que le grief tiré de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8 doit être déclaré irrecevable. Les requérants n'avancent pas que les recours internes disponibles n'auraient pas été effectifs et M^{me} Carson a pu faire valoir ses griefs tirés de l'article 14 de la Convention et de l'article 1 du Protocole n° 1 devant trois degrés de juridiction au Royaume-Uni, obtenant à cet égard des décisions précises et motivées. A l'inverse, les questions posées sur le terrain de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8 n'ont jamais été soulevées devant les tribunaux britanniques.

60. En conséquence, la Cour rejette l'exception préliminaire formulée par le Gouvernement relativement à la recevabilité des griefs des seuls consorts de M^{me} Carson. En revanche, elle accueille l'exception du Gouvernement

quant au grief tiré de l'article 14 combiné avec l'article 8, qu'elle déclare irrecevable.

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

A. La démarche générale de la Cour

61. Selon la jurisprudence établie de la Cour, seules les différences de traitement fondées sur une caractéristique identifiable (« situation ») sont susceptibles de revêtir un caractère discriminatoire aux fins de l'article 14 de la Convention (*Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark*, 7 décembre 1976, § 56, série A n° 23). En outre, pour qu'un problème se pose au regard de cette disposition, il doit y avoir une différence dans le traitement de personnes placées dans des situations analogues ou comparables (*D.H. et autres c. République tchèque* [GC], n° 57325/00, § 175, CEDH 2007-IV, et *Burden c. Royaume-Uni* [GC], n° 13378/05, § 60, CEDH 2008). Une telle distinction est discriminatoire si elle manque de justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un but légitime ou s'il n'y a pas un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. Par ailleurs, 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 (*Burden*, précité, § 60). L'étendue de cette marge d'appréciation varie selon les circonstances, les domaines et le contexte. Une ample latitude 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, et 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 » (*Stec et autres c. Royaume-Uni* [GC], nos 65731/01 et 65900/01, § 52, CEDH 2006-VI).

62. La Cour observe d'emblée que, à l'instar de toutes les affaires de discrimination en matière de prestations sociales ou de pensions de retraite, la cause dont elle est ici saisie porte sur la compatibilité d'un système de sécurité sociale avec l'article 14, et non sur des faits ou circonstances propres à des requérants bien précis ou à d'autres personnes affectées par la législation litigieuse ou susceptibles de l'être (voir, par exemple, *Stec et*

autres, précité, §§ 50-67, *Burden*, précité, §§ 58-66, et *Andrejeva c. Lettonie* [GC], n° 55707/00, §§ 74-92, CEDH 2009). Dans leurs observations respectives, les requérants et la partie intervenante se sont attachés à décrire les difficultés financières considérables que la politique de non-revalorisation des pensions pourrait entraîner ainsi que ses effets potentiels sur la capacité de certaines personnes à rejoindre les membres de leur famille installés à l'étranger. Toutefois, la Cour n'est pas en mesure d'apprécier les répercussions éventuelles de la politique dénoncée sur les milliers de personnes qui se trouvent dans la même situation que les intéressés, et il ne lui appartient pas de le faire. Pour être opérationnel, tout système de protection sociale peut devoir procéder à des catégorisations générales afin de différencier les groupes à aider (*Runkee et White c. Royaume-Uni*, n°s 42949/98 et 53134/99, § 39, 10 mai 2007). En l'espèce, comme dans les affaires susmentionnées, la Cour est appelée à se prononcer sur une question de principe, celle de savoir si, en tant que telle, la législation incriminée opère une discrimination illicite entre des personnes se trouvant dans une situation analogue.

B. Sur la question de savoir si les faits à l'origine du grief relèvent de l'article 1 du Protocole n° 1

63. La Cour rappelle que l'article 14 de la Convention ne fait que compléter les autres clauses 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. Son application ne présuppose pas nécessairement la violation de l'un des droits matériels garantis par la Convention. 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. 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 (*Stec et autres c. Royaume-Uni* (déc.) [GC], n°s 65731/01 et 65900/01, § 39, CEDH 2005-X, et *Andrejeva*, précité, § 74).

64. La chambre a estimé que si l'article 1 du Protocole n° 1 n'impose pas aux Etats contractants d'instituer un régime de sécurité sociale ou de pensions, dès lors que l'un d'eux met en place une législation prévoyant le versement automatique 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). Elle a ainsi conclu que les faits incriminés en l'espèce relevaient du champ d'application de l'article 1 du Protocole n° 1.

65. La Grande Chambre souscrit à cette conclusion, du reste non contestée par le Gouvernement.

C. Sur la question de savoir si le « pays de résidence » est couvert par l'expression « toute autre situation » employée à l'article 14 de la Convention

1. Les conclusions de la chambre

66. La chambre a considéré que, dans les circonstances de l'espèce, la résidence habituelle des requérants devait être regardée – à l'instar de leur domicile ou de leur nationalité – comme un aspect de leur situation personnelle et que, appliqué comme critère de différenciation entre les citoyens pour l'attribution de la pension de l'Etat, le lieu de résidence constituait un motif de discrimination relevant de l'article 14.

2. Les thèses des parties

67. Les requérants estiment que la conclusion à laquelle la chambre est parvenue sur ce point est manifestement exacte et en approuvent la motivation. La position de la chambre consistant à considérer leur lieu de résidence comme un aspect de leur situation personnelle s'inscrirait dans le droit fil de l'approche suivie par « d'autres cours constitutionnelles éminentes », telle la Cour suprême du Canada, qui, dans son arrêt *Godbout c. Longueuil (City)* (1997), aurait qualifié le choix du lieu de résidence de « décision essentiellement privée qui tient de la nature même de l'autonomie personnelle ». En outre, il serait artificiel et inexact de considérer le choix d'une personne de s'installer dans tel ou tel pays comme une convenance personnelle, ce choix pouvant être dicté par le besoin ou le souhait de se rapprocher des membres de sa famille.

68. Devant les juridictions internes, le Gouvernement a concédé que la résidence de M^{me} Carson à l'étranger était couverte par l'expression « toute autre situation » et constituait de ce fait un motif de discrimination prohibé par l'article 14 (paragraphes 28 et 30 ci-dessus). Dans ses observations devant la Cour, en revanche, il soutient que le lieu de résidence n'entre pas dans la notion d'« autre situation », l'élément en question étant le résultat d'un choix et ne pouvant donc être assimilé à une caractéristique personnelle innée, à un impératif moral ou à une conviction profonde.

69. La partie intervenante – Age Concern and Help the Aged – souligne l'importance du soutien familial pour les personnes âgées et renvoie à des études d'où il ressortirait que l'existence de liens familiaux à l'étranger est un élément important dans le choix de l'expatriation.

3. *L'appréciation de la Cour*

70. La Grande Chambre souscrit aux conclusions auxquelles la chambre est parvenue sur ce point. Selon la jurisprudence de la Cour, seules les différences de traitement fondées sur une caractéristique personnelle (« situation ») par laquelle des personnes ou groupes de personnes se distinguent les uns des autres sont susceptibles de revêtir un caractère discriminatoire aux fins de l'article 14 (*Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen*, précité, § 56). Cela dit, la liste que renferme l'article 14 revêt un caractère indicatif, et non limitatif, dont témoigne l'adverbe « notamment » (« *any ground such as* » dans la version anglaise) (*Engel et autres c. Pays-Bas*, 8 juin 1976, § 72, série A n° 22). En outre, la Cour rappelle que l'expression anglaise « *other status* » – et *a fortiori* son équivalent français « toute autre situation » – a reçu une interprétation large au point d'englober, dans certains cas, une distinction fondée sur le lieu de résidence. A cet égard, la Cour a déjà été appelée à se prononcer, sous l'angle de l'article 14, sur la légitimité de différences de traitement fondées notamment sur le fait que le requérant était domicilié à l'étranger (*Johnston et autres c. Irlande*, 18 décembre 1986, §§ 59-61, série A n° 112) ou y était enregistré comme résident (*Darby c. Suède*, 23 octobre 1990, §§ 31-34, série A n° 187). Pour sa part, la Commission a examiné des moyens critiquant des disparités juridiques entre les régions d'un Etat contractant (*Lindsay et autres c. Royaume-Uni*, n° 8364/78, décision de la Commission du 8 mars 1979, Décisions et rapports 15, p. 247, et *Gudmundsson c. Islande*, n° 23285/94, décision de la Commission du 17 janvier 1996, non publiée). Si dans certaines affaires des différences régionales de traitement dues à l'application de législations distinctes selon le lieu où les personnes concernées se trouvaient ont été jugées ne pas s'expliquer par des caractéristiques personnelles (voir, par exemple, *Magee c. Royaume-Uni*, n° 28135/95, § 50, CEDH 2000-VI), les affaires en question ne sont, comme l'a relevé le juge Stanley Burton, pas comparables avec la présente espèce, où est en cause l'application différenciée d'un même régime de pension selon que les personnes concernées résident ou séjournent à l'étranger ou au Royaume-Uni.

71. En conclusion, la Cour considère que le lieu de résidence d'une personne s'analyse en un aspect de sa situation personnelle et constitue par conséquent un motif de discrimination prohibé par l'article 14 de la Convention.

D. Sur la question de savoir si les requérants se trouvent dans une situation analogue à celle des retraités dont la retraite est revalorisée

1. Les conclusions de la chambre

72. La chambre a considéré que dès lors que le système de sécurité sociale et de pension britannique visait au premier chef à garantir un niveau de vie de base aux personnes résidant au Royaume-Uni, les requérants ne pouvaient passer pour se trouver dans une situation comparable à celle des pensionnés de l'Etat britannique demeurés au Royaume-Uni. Elle s'est par ailleurs déclarée « hésitante » à conclure à l'existence d'une analogie entre les retraités qui, comme les requérants, ne bénéficient pas de la revalorisation de leur pension et les pensionnés installés dans des pays étrangers ayant conclu avec les autorités britanniques des accords bilatéraux prévoyant la revalorisation. A cet égard, elle a observé que les cotisations à la caisse nationale d'assurance n'étaient que l'une des composantes du dispositif fiscal complexe mis en place au Royaume-Uni et que cette caisse n'était qu'une source de financement parmi d'autres du système national de sécurité sociale et d'assurance maladie. En conséquence, elle a considéré que les cotisations versées par les requérants à cette caisse au cours de leur vie active au Royaume-Uni n'importaient pas davantage que les impôts sur le revenu ou les autres taxes qu'ils avaient pu acquitter au cours de leur séjour dans ce pays. Elle a ajouté qu'il était malaisé de comparer les situations respectives de personnes résidant dans des pays différents – même géographiquement proches comme les Etats-Unis et le Canada, l'Afrique du Sud et les îles Maurice, ou la Jamaïque et Trinité-et-Tobago – du fait des disparités existant entre les systèmes de protection sociale, la fiscalité et les taux d'inflation, d'intérêts et de change.

2. Les thèses des parties

a) La thèse des requérants

73. Les requérants prétendent que leur situation est comparable à celle des retraités britanniques ayant eu la même carrière et ayant cotisé dans les mêmes conditions qu'eux à l'assurance nationale mais qui résident au Royaume-Uni ou dans des pays parties à des accords de réciprocité prévoyant la revalorisation.

74. Souscrivant à l'opinion dissidente jointe par Lord Carswell à l'arrêt de la Chambre des lords et à celle jointe par le juge Garlicki à l'arrêt de la chambre, les intéressés plaident que les retraités de chacune des catégories définies ci-dessus ont passé une grande partie de leur vie active au Royaume-

Uni, ont cotisé dans les mêmes conditions à l'assurance nationale en vue de percevoir la pension de base de l'Etat et ont donc droit à des prestations d'un montant identique une fois qu'ils ont atteint l'âge de la retraite. Le montant de la pension servie par l'Etat étant directement fonction du nombre d'années de cotisation, elle constituerait indiscutablement une prestation contributive, c'est-à-dire un revenu. La distinction opérée entre la pension de base, qui est servie aux retraités expatriés, et les autres prestations sociales, dont ils ne bénéficient pas, résulterait d'un choix des autorités britanniques.

75. Quel que soit le pays où ils résident, les pensionnés auraient tous un intérêt identique à conserver leur niveau de vie après leur départ à la retraite. La réalité des disparités des situations socioéconomiques respectives des pays où la revalorisation s'applique et de ceux où elle n'a pas cours n'aurait pas été démontrée, et rien ne prouverait que la politique des autorités britanniques soit fondée sur les disparités en question.

76. On aurait tort d'attribuer une importance excessive aux dispositions de la Convention concernant la sécurité sociale (norme minimum) adoptée par l'organisation internationale du travail en 1952 (« la Convention de l'OIT de 1952 ») ou à celles du Code européen de sécurité sociale (paragraphe 49 ci-dessus). Axés sur les mécanismes généraux de la protection sociale, ces deux instruments ne seraient pas spécifiquement consacrés aux pensions contributives. En outre, rien n'indiquerait que les dispositions de l'un ou de l'autre autorisent à suspendre tel ou tel avantage pour certains expatriés et pas pour d'autres, et rien ne donnerait à penser qu'il faille y voir la source d'inspiration de la politique britannique.

77. Le droit britannique ne subordonnerait pas la revalorisation des pensions à l'existence d'un accord de réciprocité. Les accords de réciprocité actuellement en vigueur formeraient du reste un ensemble arbitraire, et en cherchant à définir la catégorie de retraités prise comme point de comparaison à partir du critère de résidence dans un pays avec lequel l'Etat britannique a conclu un accord de ce type le Gouvernement tiendrait un raisonnement circulaire qui reviendrait tout simplement à réaffirmer la différence de traitement litigieuse.

78. Enfin, il conviendrait de ne pas tenir compte du fait que l'avocat de M^{me} Carson a concédé, au cours de la procédure suivie devant les juridictions internes, qu'il n'y aurait pas eu violation de l'article 14 si le bénéfice de la pension de l'Etat avait été réservé aux personnes résidant au Royaume-Uni (paragraphe 35 ci-dessus). Le conseil de l'intéressé aurait en effet aussi déclaré, dans le cadre de la même instance, que force était de constater que le Royaume-Uni s'était doté d'un système prévoyant le versement d'une pension aux retraités expatriés en contrepartie des cotisations versées par eux et qu'il était dès lors illogique de ne pas leur verser à tous le même montant.

En tout état de cause, cette concession aurait été faite au nom de M^{me} Carson, non en celui des autres requérants, et elle aurait été expressément rétractée aux fins de la présente procédure.

b) La thèse du Gouvernement

79. Souscrivant au raisonnement ainsi qu'aux conclusions des juridictions internes et de la chambre, le Gouvernement soutient que les requérants ne peuvent prétendre se trouver dans une situation analogue à celle des pensionnés résidant au Royaume-Uni. La sécurité sociale et la fiscalité d'un pays seraient presque toujours adaptées aux particularités locales et revêtiraient un caractère national, ce que reconnaîtrait le droit international. Les prestations sociales britanniques, y compris la pension servie par l'Etat, seraient l'une des composantes d'un dispositif complexe et intégré combinant protection sociale et fiscalité dans le but d'assurer un niveau de vie de base aux personnes installées au Royaume-Uni. Le fait que l'avocat de M^{me} Carson ait admis, dans le cadre de la procédure interne, que sa cliente n'aurait aucun motif de se plaindre si les autorités britanniques ne versaient pas de pension aux expatriés (paragraphe 35 ci-dessus) impliquerait nécessairement qu'il reconnaît le caractère national des systèmes de sécurité sociale.

80. En outre, à supposer même que l'inflation soit un phénomène commun à tous les Etats, il serait artificiel d'isoler ce facteur des autres paramètres économiques tels que la disparité des taux de croissance et les variations des taux de change. Contraindre les pouvoirs publics à comparer la situation des pensionnés qui résident au Royaume-Uni avec celle des retraités installés à l'étranger en se fondant sur le rapport entre le coût de la vie et la valeur des pensions reviendrait à leur imposer une tâche pratiquement irréalisable, ou à tout le moins extraordinairement onéreuse. Si tant est que les autorités décident d'allouer une pension aux retraités expatriés, le montant de celle-ci ne saurait résulter d'un calcul précis fondé sur une analyse du coût de la vie et de la valeur de la livre sterling dans chacun des pays concernés.

81. La focalisation du débat sur les cotisations versées à l'assurance nationale par les requérants constituerait une simplification abusive et spéieuse des questions qui se posent. Les cotisations auxquelles sont assujettis les salariés, les employeurs et les autres assurés ne sauraient être assimilées ou comparées aux primes versées à une caisse de retraite privée. L'assurance nationale serait un système de protection sociale fondé sur la mutualisation universelle des ressources. Le taux d'assujettissement des cotisants y serait déterminé en fonction de leur capacité contributive et

non selon le niveau des avantages attendus. Les prestations contributives ne seraient pas toutes ouvertes aux expatriés.

82. Par ailleurs, les requérants ne se trouveraient pas dans une situation analogue à celle des retraités résidant dans des Etats liés au Royaume-Uni par des accords de réciprocité. Comme l'auraient relevé les tribunaux internes de chaque degré, les différences entre la situation des intéressés et celle des retraités en question, auxquels ils prétendent se comparer, s'expliqueraient par l'existence ou l'absence d'accords de réciprocité avec les Etats étrangers concernés. Chacun des accords en question aurait été conclu après que le Royaume-Uni se fut assuré que les clauses envisagées étaient acceptables et avantageuses pour lui. La thèse des requérants aurait pour corollaire nécessaire que les avantages sociaux accordés par le Royaume-Uni à certaines personnes en vertu d'un accord bilatéral de sécurité sociale doivent être étendus de plein droit à tous les expatriés, en quelque pays qu'ils se trouvent. Accueillir pareille thèse reviendrait à dénier aux Etats le pouvoir de conclure des traités bilatéraux de cette nature.

3. L'appréciation de la Cour

83. Il a déjà été indiqué au paragraphe 61 ci-dessus que, selon la jurisprudence de la Cour, pour qu'un problème se pose au regard de l'article 14, il faut d'abord qu'il existe une différence dans le traitement de personnes placées dans des situations comparables.

84. A l'appui de leur thèse selon laquelle leur situation est comparable à celle des retraités dont la pension est revalorisée, les requérants en l'espèce font principalement valoir qu'ils ont eux aussi travaillé au Royaume-Uni et versé des cotisations obligatoires à la caisse d'assurance nationale. Toutefois, à l'instar des juridictions internes et de la chambre, la Grande Chambre considère que cet argument repose sur une conception erronée du rapport entre les cotisations à l'assurance nationale et la pension servie par l'Etat. Contrairement aux primes demandées par les assureurs privés, qui vont alimenter un fonds spécifique et présentent une corrélation directe avec les prestations que les assurés en attendent en retour, les cotisations à l'assurance nationale ne sont pas exclusivement affectées aux pensions de retraite. Elles constituent au contraire une source parmi d'autres des recettes qui servent à financer tout un éventail de prestations sociales – telles que l'allocation d'incapacité de travail, l'allocation de maternité, l'allocation de veuvage et l'allocation de décès – ainsi que le Service national de santé. En tant que de besoin, la caisse d'assurance nationale peut bénéficier d'un financement complémentaire prélevé sur les contributions fiscales ordinaires auxquelles sont assujetties les personnes résidant au Royaume-Uni, y compris les pensionnés (paragraphe 38 ci-dessus). La Cour a déjà eu l'occasion de

souligner la diversité des modalités de financement des prestations de sécurité sociale ainsi que l'interdépendance de celles-ci et de la législation fiscale (*Stec et autres*, décision précitée, § 50). Compte tenu de la complexité et de l'intrication du système, on ne saurait isoler l'assujettissement à l'assurance nationale et le considérer comme un motif suffisant pour assimiler la situation des retraités dont la pension est revalorisée à celle des pensionnés qui, comme les requérants, ne bénéficient pas de cet avantage. Comme l'a observé Lord Hoffmann (paragraphe 35 ci-dessus),

« du point de vue des cotisants, les cotisations à l'assurance nationale se différencient peu des recettes fiscales ordinaires, lesquelles se confondent dans la masse commune du fonds consolidé. La distinction entre cotisations sociales et contributions fiscales n'a de sens que pour la comptabilité publique. »

85. En conséquence, la Cour estime que le fait que les intéressés aient cotisé à l'assurance nationale ne suffit pas, à lui seul, à les placer dans une situation comparable à celle de tous les autres pensionnés où qu'ils résident. Quant à la comparaison avec les seuls retraités installés au Royaume-Uni, on ne peut ignorer que les prestations de sécurité sociale, y compris les pensions de retraite, ne sont que l'une des composantes d'un système de protection sociale complexe et intégré institué pour garantir un niveau de vie de base aux personnes résidant au Royaume-Uni. La loi de 1992 sur l'administration de la sécurité sociale oblige le ministre compétent à réévaluer le montant des diverses prestations qu'elle prévoit, notamment la pension servie par l'Etat, en vue de déterminer si elles ont conservé leur « valeur par rapport au niveau général des prix en Grande-Bretagne » (paragraphe 41 ci-dessus). Comme l'a souligné la Cour d'appel, ce dispositif aménagé par la législation primaire est entièrement axé sur les effets que la hausse des prix au Royaume-Uni peut avoir sur les pensions (paragraphe 30 ci-dessus). Le caractère essentiellement national des régimes de sécurité sociale est reconnu par les traités pertinents, à savoir la Convention de l'OIT de 1952 et le code européen de sécurité sociale de 1964, lesquels prévoient que les prestations normalement dues à une personne peuvent être suspendues aussi longtemps que celle-ci ne se trouve pas sur le territoire de la Partie contractante concernée (paragraphe 49 ci-dessus).

86. Etant entendu que le système de pension britannique vise au premier chef à répondre aux besoins des retraités résidant au Royaume-Uni, il est difficile d'établir une véritable comparaison avec la situation des pensionnés résidant à l'étranger, compte tenu des multiples disparités d'ordre socioéconomique que l'on peut constater d'un pays à un autre. En effet, la valeur relative de la pension servie par l'Etat est susceptible de varier en raison des différences pouvant exister entre un ou plusieurs paramètres tels que le taux d'inflation, le coût de la vie, les taux d'intérêts, le taux de

croissance économique, le taux de change entre la monnaie locale et la livre sterling (qui est la monnaie de paiement de toutes les pensions) ainsi que les mesures sociales et fiscales. A cet égard, la Cour observe que la Cour d'appel a souligné que l'application automatique de la revalorisation à tous les pensionnés où qu'ils aient choisi de vivre aurait inévitablement des effets aléatoires (paragraphe 30 ci-dessus). Par ailleurs, comme l'ont relevé les juridictions internes, les requérants, dès lors qu'ils ne résident pas au Royaume-Uni, ne contribuent pas au fonctionnement de l'économie de ce pays. En particulier, ils n'y paient pas des impôts susceptibles de compenser les éventuelles hausses de leur pension (voir, par exemple, le paragraphe 35 ci-dessus).

87. La Cour estime que la situation des intéressés ne peut davantage être comparée à celle des pensionnés installés dans des pays liés au Royaume-Uni par des accords bilatéraux prévoyant la revalorisation. La différence de traitement entre ces derniers et les retraités résidant dans des pays tiers découle de l'existence de tels accords, qui ont été conclus parce que les autorités britanniques ont jugé qu'ils répondaient aux intérêts du Royaume-Uni.

88. Le droit international permet incontestablement aux Etats de conclure des accords bilatéraux en matière de sécurité sociale. D'ailleurs, il s'agit là de la technique la plus couramment utilisée par les Etats membres du Conseil de l'Europe pour garantir la réciprocité des prestations sociales (paragraphe 50-51 ci-dessus). La décision d'un pays de passer avec un autre un accord de réciprocité en matière de sécurité sociale dépend de l'appréciation qu'il porte sur divers éléments, tels que le nombre de migrants concernés et les prestations prévues par le régime de sécurité sociale du pays tiers, ainsi que de la question de savoir jusqu'à quel point la réciprocité est possible et dans quelle mesure les avantages escomptés de la conclusion d'un tel accord l'emportent sur le surcoût que sa négociation et son application risquent d'entraîner pour chacune des parties concernées (paragraphe 44 ci-dessus). L'ampleur des transferts financiers liés à un accord de réciprocité varie selon le niveau des prestations servies par chacun des deux Etats signataires et le volume des flux migratoires entre leurs territoires respectifs. Dans ces conditions, il est inévitable que la situation diffère d'un pays à l'autre selon qu'un accord a ou non été conclu et selon les clauses qui y sont, le cas échéant, stipulées.

89. La Cour souscrit à l'opinion de Lord Hoffmann selon laquelle il serait extraordinaire que la conclusion d'une convention bilatérale en matière de sécurité sociale ait pour effet d'obliger les Etats signataires à étendre le bénéfice des avantages conventionnels à toutes les personnes résidant dans des pays tiers. Ce seraient alors en vérité le droit et l'intérêt pour les Etats de conclure des accords de réciprocité qui se trouveraient atteints.

90. En résumé, la Cour estime donc que les requérants, qui se sont expatriés dans des pays non liés au Royaume-Uni par des accords de réciprocité en matière de sécurité sociale prévoyant la revalorisation des pensions, ne se trouvent pas dans une situation comparable à celle des pensionnés résidant sur le territoire britannique ou dans des pays signataires de tels accords. Partant, elle conclut à l'absence de discrimination en l'espèce, et donc à la non-violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1.

PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Déclare irrecevable*, à l'unanimité, le grief tiré de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8 ;
2. *Rejette* à l'unanimité l'exception préliminaire du Gouvernement concernant la recevabilité des griefs formulés par les consorts de M^{me} Carson ;
3. *Dit*, par onze voix contre six, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1.

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 16 mars 2010.

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 de l'opinion séparée commune aux juges Tulkens, Vajić, Spielmann, Jaeger, Joćienė et López Guerra.

J.-P.C.
V.B.

OPINION DISSIDENTE COMMUNE AUX JUGES TULKENS, VAJIĆ,
SPIELMANN, JAEGER, JOČIENĖ ET LÓPEZ GUERRA

(Traduction)

1. Nous ne pouvons souscrire au constat de non-violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1 auquel la majorité de la Cour est parvenue.

2. Selon la première de ces dispositions, la jouissance des droits et libertés reconnus dans la Convention doit être assurée sans distinction aucune. L'arrêt souligne à juste titre que seules les différences de traitement fondées sur une caractéristique personnelle (« situation ») par laquelle des personnes ou groupes de personnes se distinguent les uns des autres sont susceptibles de revêtir un caractère discriminatoire aux fins de l'article 14 de la Convention. Il confirme tout aussi justement, dans le droit fil de la jurisprudence de la Cour, que le lieu de résidence d'une personne s'analyse en un aspect de sa situation personnelle (paragraphe 70-71 de l'arrêt).

3. Les requérants se trouvent dans une situation analogue à celle des retraités avec lesquels ils se comparent, sauf en ce qui concerne leur lieu de résidence, caractéristique personnelle qui distingue les intéressés de tous les autres pensionnés, ce que les autorités britanniques ont reconnu.

4. Pour conclure à la non-violation de l'article 14, la majorité de la Cour a estimé que les deux catégories de pensionnés (celle formée par les retraités résidant au Royaume-Uni et celle composée des retraités expatriés) ne se trouvaient pas dans une situation comparable (paragraphe 85 de l'arrêt), raison pour laquelle la question de la différence de traitement ne pouvait se poser. Selon la majorité, les multiples disparités d'ordre socioéconomique que l'on peut constater d'un pays à un autre (paragraphe 86 de l'arrêt) font obstacle à une véritable comparaison (*ibidem*).

5. Si le raisonnement suivi par la majorité nous paraît difficile à accepter, c'est d'abord parce que celle-ci qualifie le lieu de résidence de motif de discrimination prohibé par l'article 14 – conclusion à laquelle nous souscrivons – tout en se fondant principalement sur ce motif pour établir une distinction entre les deux catégories de pensionnés en cause. Cette approche nous semble contradictoire et contraire à l'esprit de l'article 14.

6. La seconde raison expliquant notre réticence à accepter la décision de la majorité tient aux très nombreux points communs qui existent entre les membres des deux catégories sur lesquelles porte la comparaison, celle des retraités résidant au Royaume-Uni et celle des pensionnés expatriés. Les uns et les autres sont affiliés à la caisse d'assurance nationale ou y ont versé des cotisations à un taux obligatoire et d'application générale fixé par la loi. Ils se

sont tous vu attribuer une pension soumise à un même régime, notamment en ce qui concerne la durée d'assurance requise pour l'ouverture du droit à pension, la durée de la période à prendre en compte dans chaque cas et le montant initial de la pension due en application de ces règles générales. Tous ces pensionnés – qu'ils résident ou non au Royaume-Uni – ont donc été assujettis, dans les mêmes conditions, à un système ayant pour but de leur garantir, à l'âge de la retraite, un revenu calculé sur la base du nombre d'années de cotisation et du montant de leurs contributions respectives.

7. La majorité a considéré que le fait que les pensionnés des deux catégories aient cotisé dans des conditions identiques à l'assurance nationale ne rendait pas leur situation comparable et ne constituait pas un motif suffisant pour assimiler la situation des retraités dont la pension est revalorisée à celle des pensionnés qui, comme les requérants, ne bénéficient pas de cet avantage. Si la majorité a raison de préciser que les fonds qui servent à financer les pensions proviennent d'une multitude de sources et pas seulement des contributions des anciens cotisants, la question du financement des pensions servies n'entre pas en ligne de compte dans la présente affaire. Si les sources de financement disponibles peuvent varier avec le temps, il n'en demeure pas moins que tous les affiliés à l'assurance-vieillesse sont soumis à des règles générales identiques en ce qui concerne le taux des cotisations exigibles, leurs modalités de paiement et la fixation du montant de la pension initiale. En d'autres termes, le droit de tous les retraités à la perception d'une pension et à l'égalité de traitement en la matière découle du fait qu'ils satisfont aux conditions et règles générales fixées par un système reposant sur l'égalité de ceux qui y participent; il ne dépend pas de la question de savoir d'où proviennent les fonds qui servent à financer les pensions à tel ou tel moment.

8. Les retraités de chacune des catégories en cause ont en commun une autre caractéristique très importante, celle de voir le pouvoir d'achat que représente la valeur nominale de leur pension se dégrader constamment en raison de la dépréciation de la monnaie (en l'espèce, celle du Royaume-Uni), phénomène universel dont nul ne conteste la réalité. Si l'ampleur de cette dépréciation peut varier d'une année à l'autre, il s'agit là d'un phénomène général et avéré (ce que les parties ont reconnu).

9. Pour en compenser les effets, l'Etat britannique corrige le montant des prestations de vieillesse par un dispositif adéquat de façon à ce que la valeur des pensions versées aux retraités résidant au Royaume-Uni ne soit pas affectée par l'inflation. Ce dispositif n'est pas applicable aux pensions servies aux expatriés, qui ne bénéficient d'aucun mécanisme compensant l'érosion de la valeur de ces revenus, dont la valeur d'origine reste inchangée en dépit de l'inflation et de la dépréciation corrélative de la livre sterling. Les conséquences de la dépréciation monétaire sont tout à fait considérables.

Au cours des cinq premières années de sa retraite en Afrique du Sud, où sa pension n'est pas revalorisée, M^{me} Carson, la première requérante, a vu sa pension hebdomadaire se déprécier de 28 % par rapport à celle qu'elle aurait perçue si elle avait résidé au Royaume-Uni. Il va sans dire que cet écart s'est creusé au fil du temps.

10. Les deux catégories de cotisants au régime de pension britannique présentent des traits communs et il n'existe entre elles aucune disparité assez importante pour justifier une différence de traitement aussi radicale et préjudiciable. Les explications du gouvernement défendeur ne nous convainquent pas. Le choix des requérants d'établir leur résidence à l'étranger ne saurait passer pour un motif suffisant. Comme il a été indiqué ci-dessus, il serait contraire à l'esprit de l'article 14 de faire droit à cet argument.

11. S'il est logique que le système de pension britannique soit conçu pour répondre aux besoins des retraités résidant au Royaume-Uni, lesquels représentent vraisemblablement la grande majorité des pensionnés, cela ne saurait justifier le traitement extrêmement défavorable et inégal réservé aux expatriés. Compte tenu de l'incidence des taux de change, des écarts de coût de la vie et d'autres facteurs, il est inévitable que l'érosion monétaire ne soit pas ressentie de la même manière par les pensionnés expatriés. Il n'en demeure pas moins que la dépréciation de la monnaie britannique est un phénomène inéluctable et démontré – au moins à l'aune de l'expérience acquise durant un siècle – et que, en quelques années seulement, elle se traduit par une érosion de la valeur réelle des pensions versées aux retraités résidant hors du Royaume-Uni. Dans ces conditions, le refus pur et simple (opposé en l'espèce par le gouvernement défendeur) de prévoir un dispositif de revalorisation des pensions des retraités expatriés (que les facteurs susmentionnés entrent ou non en ligne de compte) s'analyse en une différence de traitement disproportionnée qui ne s'appuie sur aucun motif légitime.

12. A l'ère de l'informatique, l'argument tiré de la complexité de l'élaboration d'un dispositif de revalorisation des pensions des retraités expatriés n'est guère défendable. Loin de pouvoir justifier la différence de traitement litigieuse, le fait que ceux-ci n'aient pas accès au système de santé britannique s'analyse plutôt en un élément de nature à aggraver leur situation par rapport à celle des pensionnés résidant au Royaume-Uni. Enfin, s'il est exact que les expatriés ne paient pas d'impôt au Royaume-Uni, il est également vrai qu'ils ne bénéficient pas des prestations financées par les recettes fiscales et qu'un dispositif de revalorisation bien conçu pourrait remédier à cette anomalie.